

vom 6.10.2004 einen Dämpfer bekommen. Der BGH folgt vielmehr in vollem Umfang dem BVerfG, denn auch dieses hatte keineswegs gesagt, dass Eheverträge nicht mehr wirksam geschlossen werden könnten.

*Nach der Entscheidung des BGH ist sowohl auf die objektive Sachlage bei Vertragsschluss (unter Berücksichtigung der Eingriffe in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts, dazu gehört auch der Altersunterhalt und als seine Ausprägung der Versorgungsausgleich) als auch subjektiv auf die mit der Vereinbarung verfolgten Zwecke und sonstigen Beweggründe abzustellen. Erst die umfassende Würdigung dieser Gesichtspunkte ergibt, ob die Vereinbarung nach § 138 BGB Bestand hat (hier: Versorgungsausgleichsverzicht ohne Kompensation, weil Kompensation nur für Grundstücksübertragung). Mit Recht sagt der BGH, dass das OLG eine solche umfassende Würdigung nicht vorgenommen hat (allerdings stammte die Entscheidung vom 15.7.1999 – also noch zur Geltung der überholten Rechtsprechung des BGH).*

Auch bei der weiteren Prüfung des § 242 BGB für den Zeitpunkt des Scheitern der Ehe ist wiederum zu fragen, ob sich durch die Regelung im Ehevertrag eine unzumutbare Lastenverteilung infolge der unvorhergesehen veränderten Verhältnisse (hier: Übernahme der Betreuung der Kinder) ergibt. *Grziwotz* (FF 2004, 275) ist zuzustimmen, wenn er salvatorische Klauseln nur für wirksam hält, soweit sie nicht eine solche unzumutbare Lastenverteilung ergeben.

Im Fall XII ZB 57/03 bejahte der BGH dagegen mit Recht (auf die Revision des Ehemannes) die Korrektur des OLG nach § 242 BGB in Bezug auf den Versorgungsausgleich, weil die Rechtsanwendung des OLG, die Ehefrau so zu behandeln, als wenn sie weitergearbeitet hätte, jedenfalls nicht zu seinen Lasten war (aber wie hätte er entschieden, wenn auch die Ehefrau Revision eingelegt hätte?).

Die Fragen, die der BGH in seiner Entscheidung vom 11.2.2004 (FF 2004, 79 = FamRZ 2004, 601) offen gelassen hat, werden auch in Zukunft im Wesentlichen offen bleiben, denn es bleibt nichts anderes übrig als im Einzelfall zu prüfen, ob die Vereinbarung gegen § 138 BGB oder gegen § 242 BGB verstößt. Inzwischen ergangene Entscheidungen der OLG zu Eheverträgen (OLG Celle (15.) NJW-RR 2004, 1585; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1445; OLG Celle (19.) OLG-Report 2004, 581; OLG Düsseldorf OLG-Report 2004, 505) bestätigen dies.

*Dr. Helmut Büttner, Vors. Richter am OLG Köln*

## Ablehnung der Abtrennung einer Scheidungsfolgensache

— §§ 628, 567 Abs. 1 ZPO

**Zur Anfechtung der Ablehnung, eine Scheidungsfolgensache abzutrennen.**

BGH, Beschl. v. 20.10.2004 – XII ZB 35/04 (OLG Zweibrücken, AG Pirmasens)

**Gründe:** I. Zwischen den Parteien ist ein Scheidungsverfahren rechtshängig. Das AG – Familiengericht – hat den Antrag des Antragsgegners abgelehnt, dem Scheidungsantrag wegen unzumutbarer Härte gem. § 628 S. 1 Nr. 4 ZPO vor der Entscheidung über die Folgesache Güterrecht stattzugeben. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat das OLG mit der Begründung als unzulässig verworfen, das Rechtsmittel sei nicht statthaft. Mit der – wegen dieser Frage zugelassenen – Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsgegner sein Begehren, die Folgesache Güterrecht aus dem Scheidungsverbund abzutrennen, weiter.

II. Das Rechtsmittel ist nicht statthaft.

1. Nach der Neufassung des Beschwerderechts durch das Zivilprozessreformgesetz v. 27.7.2001 (BGBl. I 1887, 1902 ff.) kann der BGH gegen Beschlüsse des Beschwerdegerichts ausschließlich in den Fällen des § 574 Abs. 1 ZPO angerufen werden. Danach ist die Rechtsbeschwerde nur statthaft, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder wenn das Beschwerdegericht sie in dem angefochtenen Beschl. zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

Gegen Beschlüsse, durch die eine sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen wurde, ist die Rechtsbeschwerde nach dem Gesetz nicht allgemein eröffnet. Im vorliegenden Fall hat das OLG die Rechtsbeschwerde zwar zugelassen. Der Senat ist aber an die Zulassung durch das Beschwerdegericht nicht gebunden. Durch die Zulassung wird dem Beschwerdeführer die Rechtsbeschwerde nur dann zugänglich gemacht, wenn sie nach dem Gesetz an sich statthaft ist. Sie wird dagegen nicht in den Fällen eröffnet, in denen die Anfechtbarkeit einer Entscheidung gesetzlich ausgeschlossen ist (BGH, Beschl. v. 12.9.2002 – III ZB 43/02 – NJW 2002, 3554; v. 8.10.2002 – VI ZB 27/02 – NJW 2003, 211, und v. 10.12.2003 – IV ZB 35/03 – FamRZ 2004, 437). Eine solche Entscheidung bleibt – auch bei irriger Rechtsmittelzulassung – unanfechtbar. Das gilt erst recht, wenn schon das Rechtsmittel zu dem Beschwerdegericht nicht statthaft war (Senatsbeschl. v. 21.4.2004 – XII ZB 279/03 – FamRZ 2004, 1191, 1192, und v. 6.10.2004 – XII ZB 137/03 – zur Veröffentlichung vorgesehen). Das war hier aber der Fall.

2. Das OLG ist zu Recht davon ausgegangen, dass gegen die Ablehnung der Abtrennung einer Scheidungsfolgensache kein Rechtsmittel gegeben ist.

a) Nach § 567 Abs. 1 ZPO findet die sofortige Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der AG und LG statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder wenn es sich um solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Die Voraussetzungen beider Alternativen sind hier nicht gegeben. Die Vorschriften der §§ 622 ff. ZPO sehen eine sofortige Beschwerde gegen die verweigerte Abtrennung einer Schei-

dungsfolgensache nicht vor. Ob ein solcher Beschluss gleichwohl der Anfechtung unterliegt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

Teilweise wird angenommen, die Anfechtbarkeit ergebe sich aus § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Zumindest dann, wenn die Entscheidung über bloße prozessleitende Maßnahmen hinausgehe und die Rechtsposition einer Partei in Bezug auf den Streitgegenstand unmittelbar berührt werde, müsse das Begehren auf Abtrennung als ein Gesuch i.S.d. vorgenannten Bestimmung verstanden werden (*Rolland*, 1. EheRG, 2. Aufl., § 628 Rn 15 f.; *Schwab/Maurer*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Kap. I Rn 396; so wohl auch *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 21. Aufl., § 628 Rn 17; OLG Hamm – 4. Familiensenat – FamRZ 1986, 1121).

Ferner wird die Auffassung vertreten, die sofortige Beschwerde sei in analoger Anwendung des § 252 ZPO statthaft, weil die versagte Abtrennung einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition der Partei darstelle, der im Einzelfall einer Verfahrensaussetzung gleichkommen könne (OLG Frankfurt FamRZ 1979, 62; einschränkend in FamRZ 1997, 1167, 1168; OLG Naumburg FamRZ 2002, 331, 332; *Zöller/Philippi*, ZPO, 24. Aufl., § 628 Rn 11; MüKo-ZPO/*Finger*, 2. Aufl., § 628 Rn 19; *Schwab/Maurer*, a.a.O., Kap. I Rn 397).

Die überwiegende Meinung hält ein ordentliches Rechtsmittel gegen die Ablehnung der Abtrennung dagegen nicht für statthaft (OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 123; FamRZ 1994, 1121; FamRZ 2002, 1574; OLG Stuttgart Justiz 1980, 415, 416; OLG-Report 1998, 433; OLG Bamberg FamRZ 1986, 1011, 1012; OLG Koblenz FamRZ 1991, 209; OLG Dresden FamRZ 1997, 1230, 1231; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 98, 99; OLG Oldenburg FamRZ 2001, 167, 168; OLG Hamm – 11. Familiensenat – FamRZ 2002, 333, 334; OLG Köln FamRZ 2003, 1197; OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 1197, 1198; *Musielak/Borth*, ZPO, 3. Aufl., § 628 Rn 15; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 61. Aufl., § 628 Rn 9; *Johannsen/Henrich/Sedemund-Treiber*, EheRG, 4. Aufl., § 628 Rn 16; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 166 Rn 17; FA-Familienrecht/*von Heintschel-Heinegg*, 4. Aufl., 1. Kap. Rn 185; *Bergerfurth/Rogner*, Der Ehescheidungsprozess, 14. Aufl., Kap. II Rn 14).

b) Der Senat verneint mit der überwiegenden Meinung die Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde.

aa) Mit der Ablehnung der Abtrennung einer Scheidungsfolgensache wird – von den noch zu erörternden Ausnahmen des § 623 Abs. 2 S. 2 und 3 ZPO abgesehen – kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Das Gericht prüft vielmehr von Amts wegen, ob eine Abtrennung aus den in § 628 Abs. 1 ZPO genannten Gründen veranlasst ist. Dem Antrag eines Ehegatten, in dieser Weise zu verfahren, kommt deshalb nur die Bedeutung einer Anregung zu. Soweit zur Begründung der gegenteiligen Auffassung darauf hingewiesen wird, diese formale Betrachtung lasse unberücksichtigt, dass zumindest § 628 Abs. 1 Nr. 4 ZPO die Äußerung eines auf Abtrennung gerichteten Willens voraus-

setze und die Belastungen der Ehegatten durch ein Hinausschieben der Scheidung wegen deren Koppelung an die Folgensache beträchtlich sein könnten, rechtfertigen diese Umstände keine andere Beurteilung. Denn auch dann bleibt es dabei, dass rechtstechnisch lediglich eine Anregung vorliegt, eine – im Ermessen des Gerichts stehende (vgl. hierzu Senatsurteil v. 29.5.1991 – XII ZR 108/90 – FamRZ 1991, 1043, 1044) – Abtrennung vorzunehmen. Deren Ablehnung bedeutet allein, dass der vom Gesetzgeber in § 623 ZPO grundsätzlich angeordnete Verbund von Scheidungs- und Folgesachen beibehalten wird. Die um Abtrennung nachsuchende Partei wird durch die Versagung im Vergleich zu ihrer Ausgangsposition nicht schlechter gestellt. Allein die Ablehnung verletzt die Partei zudem nicht in ihren Rechten, denn sie hat keinen Anspruch auf Auflösung des Scheidungsverbunds.

Dass das Gesetz danach einen Eingriff des Beschwerdegerichts in das erstinstanzliche Verfahren insoweit nicht zulässt, erscheint auch sachgerecht. Eine Entscheidung darüber, ob der in erster Instanz anhängige Scheidungsantrag entscheidungsreif ist, würde einen unzulässigen Eingriff in die Kompetenz des erstinstanzlichen Gerichts darstellen (vgl. OLG Stuttgart Justiz 1980, a.a.O.; OLG Oldenburg und *Musielak/Borth*, jeweils a.a.O.).

bb) Die Nichtabtrennung kann in ihren Auswirkungen auch nicht einem Verfahrensstillstand gleichgesetzt werden mit der Folge, dass eine sofortige Beschwerde hiergegen in entsprechender Anwendung des § 252 ZPO statthaft wäre. Für eine Analogie ist nur dann Raum, wenn die in den §§ 622 ff. ZPO nicht vorgesehene Anfechtbarkeit auf einer planwidrigen Regelungslücke beruht. Das ist indessen nicht der Fall.

Der Verbund der Entscheidungen über Scheidungs- und Folgesachen ist vom Gesetz gewollt. Dementsprechend kann eine einheitliche Entscheidung regelmäßig erst ergehen, wenn alle Teile entscheidungsreif sind. Diesem System sind aber Entscheidungsverzögerungen bezüglich des einen oder des anderen Teils immanent und deshalb grundsätzlich hinzunehmen. Nur soweit sich eine gleichzeitige Entscheidung außergewöhnlich verzögern würde, sieht § 628 Abs. 1 Nr. 4 ZPO die Möglichkeit der Abtrennung von Folgesachen vor, ohne allerdings zugleich ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung der Abtrennung zu eröffnen. Wenn aber die außergewöhnliche Verzögerung des Verbundverfahrens und damit in der Regel auch eine mittelbar eintretende Aussetzungswirkung eine besondere gesetzliche Regelung ohne Rechtsmittelmöglichkeit gefunden haben, kann für den Regelfall nicht auf eine entsprechende Anwendung der allgemeinen Bestimmung des § 252 ZPO zurückgegriffen werden (ebenso OLG Oldenburg, a.a.O.; OLG Düsseldorf FamRZ 2002, 1574).

Diese Beurteilung findet in dem durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16.12.1997 (BGBl. I 2942) neu gefassten § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO eine Bestätigung. Danach sind Entscheidungen über das Sorge- und Umgangsrecht sowie die Herausgabe eines Kindes nunmehr auf Antrag eines Ehegatten vom Scheidungsverbund abzutrennen, die Folgensache elterli-

che Sorge gegebenenfalls erweitert um die Folgesachen Ehegattenunterhalt (§ 621 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) und Kindesunterhalt (§ 621 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO), § 623 Abs. 2 S. 3 ZPO. Damit ist – in Kenntnis des seit Jahren bestehenden Streits um die Anfechtbarkeit der Ablehnung der Abtrennung einer Folgesache – nur für die vorgenannten Folgesachen ein Antragsrecht auf Abtrennung und damit im Fall der Ablehnung eine Beschwerdemöglichkeit nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO vorgesehen worden (so auch *Zöller/Philippi*, a.a.O., § 623 Rn 32i). Auch im Rahmen der umfassenden Zivilprozessrechtsreform ist eine darüber hinausgehende Rechtsmittelmöglichkeit nicht eröffnet worden (vgl. auch OLG Düsseldorf, a.a.O.).

3. Auch eine außerordentliche Beschwerde kommt nicht in Betracht. Nach der Neuregelung des Beschwerderechts durch das Zivilprozessreformgesetz können Beschlüsse der Beschwerdegerichte ausschließlich in den Fällen des § 574 Abs. 1 ZPO angefochten werden. Ein außerordentliches Rechtsmittel zum BGH ist auch dann nicht statthaft, wenn die Entscheidung ein Verfahrensgrundrecht des Beschwerdeführers verletzt oder aus sonstigen Gründen greifbar gesetzwidrig ist. In einem solchen Fall ist die angefochtene Entscheidung durch das Gericht, das sie erlassen hat, auf (fristgebundene) Gegenvorstellung zu korrigieren. Wird ein Verfassungsverstoß nicht beseitigt, kommt allein eine Verfassungsbeschwerde in Betracht (BGHZ 150, 133, 135 ff.).

Das BVerfG hat durch Plenarbeschluss v. 30.4.2003 (NJW 2003, 1924) dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31.12.2004 eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall zu schaffen, dass ein Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Für den Fall, dass der Gesetzgeber keine rechtzeitige Neuregelung trifft, hat es angeordnet, dass das Verfahren auf Antrag einer beschwerten Partei von dem Gericht fortzusetzen ist, dessen Entscheidung wegen der behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör angegriffen wird. Daraus ergibt sich, dass selbst in Fällen fehlerhafter Ermessensausübung eine außerordentliche Beschwerde nicht mehr zuzulassen ist, zumal dem Ausgangsgericht die Möglichkeit eröffnet wird, greifbaren Verfahrensverstößen selbst abzuwehren.

4. Die Versagung eines Rechtsmittels gegen die Ablehnung der Abtrennung begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Rechtsschutz gegen Akte eines Richters muss nicht zwingend zur Befassung einer höheren Instanz führen, sofern die rechtsstaatlich notwendige Kontrolle des behaupteten Verfahrensfehlers anderweitig in hinreichender Weise gesichert werden kann (BVerfG, a.a.O., 1926). Diese Kontrollmöglichkeit wird zum einen durch die (fristgebundene) Gegenvorstellung eröffnet. Wenn das Familiengericht eine Abtrennung weiterhin ablehnt und die betreffende Folgesache mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht zur Entscheidungsreife führt, sind zum anderen die dann in Betracht kommenden gerichtlichen Maßnahmen – etwa Vertagung auf unbestimmte Zeit, die Ablehnung einer Terminbestimmung oder eines Beweisbeschlusses – nach

§ 252 ZPO anfechtbar (so auch OLG Zweibrücken, a.a.O.). Damit wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Eine andere Beurteilung ist auch nicht mit Rücksicht auf die Entscheidung des EuGHMR v. 26.10.2000 (NJW 2001, 2694) veranlasst. Danach garantiert Art. 13 EMRK eine wirksame Beschwerde zu einer innerstaatlichen Instanz wegen einer behaupteten Verletzung der Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu einer Verhandlung innerhalb angemessener Frist. Solange hieraus keine innerstaatlichen gesetzgeberischen Konsequenzen gezogen werden, muss es indessen bei den vorgenannten Rechtsschutzmöglichkeiten bewenden. Die Verweigerung der Abtrennung von Folgesachen einem Rechtsmittel zugänglich zu machen, ist jedenfalls kein geeignetes Mittel, den Vorgaben des EuGHMR zu entsprechen. Denn die Vorabentscheidung über die Scheidung würde nicht zu einer Beschleunigung des Verfahrens insgesamt führen, weil die abgetrennte Folgesache anhängig bliebe. Ohne den Druck des Verbundverfahrens dürfte sich deren Dauer sogar eher verlängern.

#### — Anmerkung

Nachdem die Parteien ein Jahr Trennung hinter sich gebracht haben, die Trennung meist mithilfe anderweitiger Orientierung überwunden wurde, wollen die Parteien meist eine schnelle Scheidung. Der Grundsatz ist (§ 629 ZPO), dass gemeinsam mit der Scheidung alle im Verbund zu entscheidenden Ansprüche mit zu erledigen sind. Der Verbund der Scheidung mit dem Versorgungsausgleich bringt zwangsläufig eine zeitliche Verzögerung mit sich, insbesondere wenn die Trennungszeit nicht genutzt wurde, die Kontenklärung durchzuführen. Werden dann noch Anträge im Verbund gestellt (§ 623 Abs. 1 ZPO), dies dann noch als besonders zeitaufwändige Stufenklage (§ 254 ZPO), kann das Verfahren sich über Jahre hinziehen.

Die Dauer eines Verfahrens kann im Einzelfall auf Gründen beruhen, die von den Parteien nicht beeinflussbar sind. Kann ein Anspruch, der in den Versorgungsausgleich oder in den Zugewinn fällt, nicht vor Rechtskraft der Scheidung festgestellt werden, hat das Gericht diesen Anspruch abzutrennen und die Scheidung vorab auszusprechen (§ 628 Nr. 1). Ebenso verhält es sich, wenn eine Anwartschaft beim Versorgungsausgleich streitig ist und nach § 53c FGG eine Aussetzung erfolgt, weil vor dem jeweiligen Fachgericht eine Klärung herbeigeführt werden muss (Nr. 2). Letztlich ebenfalls unproblematisch sind die Fälle der Aussetzung von Entscheidungen zu Fragen der elterlichen Sorge und dem Umgangsrecht, wenn diese nach § 52 FGG erfolgt ist (Nr. 3).

Liegt keiner dieser objektiv nachvollziehbaren Gründe für die Auflösung des Entscheidungsverbundes vor, kann eine Abtrennung nur noch nach § 628 Nr. 4 ZPO erfolgen. Voraussetzung ist eine außergewöhnliche Verzögerung mit der Folge, dass das Warten auf eine Gesamtentscheidung für eine oder beide Parteien eine unzumutbare Härte darstellen würde. Mit dieser Problematik befasst sich erstmals der BGH, nachdem das FamG die Abtrennung verweigert hatte und das OLG

festgestellt hat, dass gegen die Ablehnung der Abtrennung ein Rechtsmittel nicht zulässig ist. Das OLG hat jedoch die Rechtsbeschwerde zugelassen, damit die in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortete Rechtsfrage höchstrichterlich entschieden wird.

Der BGH stellt zunächst fest, dass er an die Zulassung der Rechtsbeschwerde nur gebunden ist, wenn sie überhaupt statthaft ist. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn die Anfechtbarkeit gesetzlich ausgeschlossen ist (st. Rspr., vgl. BGH FamRZ 2004, 437). Ein solcher Fall ist stets dann gegeben, wenn schon ein Rechtsmittel zum OLG nicht gegeben ist. Der BGH stellt ausdrücklich fest, dass das OLG Zweibrücken zutreffend davon ausgegangen ist, dass die Verweigerung der Abtrennung nicht mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann. Diese Voraussetzungen liegen nur vor, wenn ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Die Voraussetzungen nach dieser Vorschrift liegen jedoch nicht vor. Auch die §§ 622 ff. ZPO sehen kein Rechtsmittel für den Fall der verweigerten Abtrennung vor.

Ausführlich setzt sich der BGH dann mit den unterschiedlichen Meinungen aus Literatur und Rechtsprechung auseinander. Insbesondere die in Kommentaren vertretene Auffassung, wenn die Entscheidung über bloße prozessleitende Maßnahmen hinausgehe, müsse das Begehren auf Abtrennung als Gesuch im Sinne von § 567 ZPO gesehen werden, wird vom BGH nicht geteilt. Auch eine analoge Anwendung von § 252 ZPO könne nicht Erfolg haben.

Der BGH stellt zunächst fest, dass die Abtrennung von Amts wegen zu prüfen und zu entscheiden ist. Das Gesetz sieht hier kein Antragsrecht vor. Dass es sich nicht um eine unbewusste Regelungslücke handelt, habe der Gesetzgeber spätestens mit der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 mit der Einführung der Abtrennung nach § 623 Abs. 2 Satz 2 ZPO (vgl. BGH FamRZ 1991, 1043) bestätigt. Mit der ausdrücklichen Zulassung der Abtrennung auf Antrag in bestimmten Fällen habe der Gesetzgeber gerade ausdrücklich in allen anderen Fällen die Beibehaltung des Verbundes gewollt. Die Nichtabtrennung kann auch grundsätzlich nicht dem Stillstand des Verfahrens gleichgesetzt werden, und einer analogen Anwendung des § 252 ZPO steht entgegen, dass die Nichtanfechtbarkeit nicht auf einer planwidrigen Regelungslücke beruht. Der Gesetzgeber hat nach Ansicht des BGH grundsätzlich die gleichzeitige Entscheidung der Scheidung mit allen Folgesachen gewollt und nur in den ausdrücklich normierten Fällen des § 628 ZPO eine Auflösung vorgesehen, ohne für den Fall der Nichtabtrennung ein Rechtsmittel vorzusehen.

Auch einer außerordentlichen Beschwerde erteilt der BGH erneut eine Absage. Durch die ZPO-Reform ist ein außerordentliches Rechtsmittel auch dann nicht statthaft, wenn die Entscheidung ein Verfahrensgrundrecht verletzt oder aus sonstigen Gründen greifbar gesetzwidrig ist. In diesen Fällen kommt nur eine fristgebundene Gegenvorstellung in Betracht und im Falle der Nichtabhilfe die Verfassungsbeschwerde. Letztlich weist der BGH noch auf die Pflicht des Gesetzgebers hin, bis zum

31.12.2004 eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu schaffen.

Mit dieser Entscheidung des BGH steht fest, dass die Nichtabtrennung eines Verbundantrages mit der sofortigen oder einfachen Beschwerde nicht angreifbar ist. Der BGH schließt sich insoweit der wohl überwiegenden Meinung der Oberlandesgerichte an (OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 123; OLG Stuttgart Justiz 1980, 415; OLG Bamberg FamRZ 1986, 1011; OLG Koblenz FamRZ 1991, 209; OLG Dresden FamRZ 1997, 1230; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 98; OLG Oldenburg FamRZ 2001, 167; OLG Hamm – 11. Familiensenat – FamRZ 2002, 333; OLG Köln FamRZ 2003, 1197; OLG Naumburg – 1. Familiensenat – OLGR Naumburg 1997, 69; OLG Naumburg – 2. Familiensenat – FamRZ 2001, 430). Die Abtrennung ist deshalb von Amts wegen zu prüfen, ein Antragsrecht steht den Parteien nicht zu. Das Gericht wird im Regelfall keine Abtrennung von Amts wegen nach Nr. 4 (Verzögerung und unzumutbare Härte) prüfen, da ihm die entsprechenden Tatsachen und Umstände unbekannt sind. Es ist deshalb Aufgabe der Prozessbevollmächtigten, die Umstände vorzutragen, die eine Abtrennung rechtfertigen könnten. Die unzumutbare Härte ist ausschließlich aus Sicht der Parteien zu beurteilen (OLG Saarbrücken OLGR Saarbrücken 2004, 660). Zutreffend vertritt das OLG die Ansicht, dass es auf das subjektive Empfinden der Eheleute ankommt und bei Ablehnung der Abtrennung dies zu respektieren ist, die gegenteilige Ansicht des Gerichtes dann nicht zur Abtrennung führen darf.

Kann die Nichtabtrennung nicht mit einem Rechtsbehelf gerügt werden, darf nicht übersehen werden, dass die erfolgte Abtrennung hingegen im Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann. Der Gesetzgeber hat die Auflösung des Verbundes dem Scheidungsantrag zugeordnet (§§ 628, 629 ZPO). Werden ein oder mehrere Verbundteile abgetrennt, kann dies als Verfahrensfehler nur mit dem Rechtsmittel gegen die Hauptsachenentscheidung, also die Scheidung, gerügt werden (BGH FamRZ 1996, 1333) mit dem Ziel, das Urteil mit der Vorabscheidung aufzuheben und an das FamG zurück zu verweisen, wodurch der Verbund wieder hergestellt wird. Aufgrund der Nachprüfbarkeit der Abtrennung ist es also nicht ausreichend, den Gesetzeswortlaut sinngemäß oder wörtlich zu wiederholen (OLG Naumburg EzFamR aktuell 2002, 220). Erfolgreich ist ein Rechtsmittel aber nur, wenn die abgetrennte Folgesache nicht inzwischen rechtskräftig abgeschlossen ist.

*Dr. Peter Friederici, Vors. Richter am OLG Naumburg*

### **Umschreibung eines Unterhaltstitels auf den Erben des Unterhaltsschuldners**

— § 727 ZPO; § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB

**Zur Umschreibung eines Unterhaltstitels gegen den nach § 1586b BGB haftenden Erben des Unterhaltsschuldners.**