

Die Anschlussberufung im Unterhaltsprozess – neuere gesetzliche Entwicklungen und Reformaussichten

Dr. Frank Klinkhammer, Richter am OLG Düsseldorf

Die Anschlussberufung ist in der jüngeren Vergangenheit zweimal gesetzlichen Änderungen unterworfen worden, zunächst durch das ZPO-Reform-Gesetz (ZPO-RG) 2002, sodann durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz (1. JuMoG) 2004. Hier sollen beide Änderungen und mit ihnen verbundene Probleme kurz dargestellt werden. Außerdem soll ein Blick auf eine weitere – geplante – Reform geworfen werden, den Referentenentwurf eines FGG-Reformgesetzes, der das Verfahrensrecht und auch die Anschlussberufung (dann „Anschlussbeschwerde“) wiederum grundsätzlich ändern will.

1. Sinn und Zweck der Anschlussberufung

Befindet sich ein Unterhaltsprozess im Berufungsverfahren, so empfiehlt es sich für den Berufungsbeklagten nicht selten, eine Anschlussberufung einzulegen (§ 524 ZPO).¹

Mit der Anschlussberufung kann – und soll – allen nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingetretenen Änderungen Rechnung getragen werden. Die Anschlussberufung ist kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne. Sie kann auch ohne Beschwer durch das erstinstanzliche

Urteil und ohne Erreichen der Berufungssumme eingelegt werden. Die Anschlussberufung kann ausschließlich in einer Klageerweiterung bestehen. Zuweilen wird sich in der Berufungsinstanz erstmals – je nach Parteistellung – eine Klageänderung oder Widerklage auf Auskunft empfehlen,² soweit der Berufungsbeklagte die Beweislast trägt und der Berufungskläger nicht zur vollständigen Auskunft bereit ist.

Zur Vermeidung der **Präklusion** ist bei inzwischen eingetretenen Veränderungen eine Anschlussberufung sogar regelmäßig geboten. Legt der Berufungsbeklagte keine Anschlussberufung ein, so droht ihm, in einem späteren Verfahren nach §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2 ZPO mit dem diesbezüglichen Tatsachenvorbringen ausgeschlossen zu werden. Ähnliches

¹ Wer durch das erstinstanzliche Urteil beschwert ist, sollte sich indessen nicht auf die Anschlussberufung beschränken, sondern innerhalb der Berufungsfrist eine eigene Berufung einlegen. Diese muss unbedingt als Berufung bezeichnet werden. Wird sie als Anschlussberufung bezeichnet, so würde sie nach Rücknahme der Hauptberufung wirkungslos. Eine selbständige Anschlussberufung ist nach dem ZPO-RG nicht mehr möglich; zu Auslegungsfragen s. BGH FamRZ 2003, 1465.

² Vgl. *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess, 4. Aufl., Rn 5296.

gilt auch bei einem zwischenzeitlichen Abänderungsverfahren, selbst wenn dieses in vollem Umfang gewonnen wurde.

Beispiel³: Im Ursprungsverfahren wurde der M zu einem monatlichen Ehegattenunterhalt von 3.000 EUR an die seinerzeit nur teilweise erwerbsfähige F verurteilt. Später klagt die F auf Erhöhung des Unterhalts. M wendet ein, dass F inzwischen in vollem Umfang erwerbsfähig sei, was durch ein Sachverständigen-Gutachten bestätigt wird. Das Familiengericht weist die Klage ab. Die Berufung der F bleibt erfolglos. Im Anschluss erhebt M seinerseits Abänderungsklage auf Reduzierung des Unterhalts und beruft sich auf die volle Erwerbsfähigkeit der F.

Die Abänderungsklage ist wegen Präklusion nach § 323 Abs. 2 ZPO unzulässig. Der M hat es hier versäumt, in der Berufungsinstanz eine Anschlussberufung einzulegen und mit einer Abänderungswiderklage die Herabsetzung des Unterhalts zu beantragen.

Man sieht, dass die Anschlussberufung ein wirksames, aber nicht zuletzt zur Vermeidung anwaltlicher Haftungsrisiken auch notwendiges Mittel ist, um den Unterhalt in einem Verfahren und nach beiden Seiten hin erschöpfend zu klären. Da ein Unterhaltsprozess ohne wesentliche Veränderungen während des laufenden Verfahrens eher die Ausnahme als die Regel darstellt, kann durch die Anschlussberufung der weiteren Entwicklung während des laufenden Verfahrens Rechnung getragen werden. Damit wird durch die Anschlussberufung nicht zuletzt zwischen den Parteien prozessuale Waffengleichheit hergestellt.⁴

Regelmäßig nimmt der Berufungskläger seine Berufung zurück, nachdem er vom OLG-Senat darauf hingewiesen worden ist, dass auf die Anschlussberufung ein für ihn noch ungünstigeres Ergebnis zu befürchten ist. Um sein Ziel zu erreichen, muss der Anschlussberufungskläger dann eine Abänderungsklage erheben. Nach dem BGH ist in diesem Fall der Wirkungszeitpunkt der Abänderungsklage nach § 323 Abs. 3 ZPO auf den Zeitpunkt der Einlegung der Anschlussberufung zurückzulegen („Vorwirkung“), falls die Abänderungsklage alsbald erhoben wird.⁵ Verliert ein zulässig erhobenes Anschlussrechtsmittel seine Wirkung durch Rücknahme des Rechtsmittels, sind dem Rechtsmittelkläger im Regelfall auch die Kosten des Anschlussrechtsmittels aufzuerlegen.⁶

2. Befristung der Anschlussberufung nach dem ZPO-RG

Durch das ZPO-RG 2002⁷ wurde nun für die Anschlussberufung eine Frist eingeführt, die sich nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO (a.F.) auf einen Monat ab Zustellung der Berufungsbegründung belief. Hierbei hatte allerdings der Reformgesetzgeber leider nicht die Besonderheiten des Unterhaltsprozesses beachtet.

Die Anschlussberufungsfrist brachte für den Berufungsbeklagten erhebliche Probleme mit sich. Vor allem fragte es sich, wie vorzugehen ist, wenn sich nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist die wesentlichen Tatsachen geändert haben.⁸ Die Versäumung der Anschlussberufungsfrist konnte im Unterhaltsprozess im Hinblick auf die Präklusion nach §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2 ZPO einschneidende Folgen haben, die nicht zuletzt für den Rechtsanwalt ein erhebliches Haftungsrisiko begründeten.

Hielt man nun streng nach dem Gesetzeswortlaut eine Anschlussberufung wegen Fristablaufs für unzulässig, obwohl sich die Tatsachenlage erst nach Ablauf der Frist geändert hatte, blieb als einzige denkbare Möglichkeit nur die missliche Konsequenz einer parallelen Abänderungsklage. Der Berufungsbeklagte hätte dann noch während des laufenden Berufungsverfahrens Abänderungsklage erheben müssen,⁹ obwohl die Abänderungsklage sich grundsätzlich gegen das die Tatsacheninstanz abschließende Urteil zu richten hat. Damit hätte in zwei Instanzen über nicht trennbare Teile desselben Streitgegenstands verhandelt werden müssen.¹⁰ Völlig unklar war zudem, ob eine Herabsetzung des Unterhalts schon ab Eintritt der tatsächlichen Veränderung hätte erreicht werden können oder erst ab Erlass des Berufungsurteils für die Zukunft.

3. Änderung durch das 1. JuMoG

Auf die vielfältige Kritik¹¹ an der missglückten Regelung hat der Gesetzgeber durch die Änderung des § 524 ZPO reagiert. Auf Grund des 1. JuMoG gilt seit dem 1.9.2004 folgende Regelung in § 524 Abs. 2 ZPO:

„Die Anschließung (...) ist zulässig bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwidern. Diese Frist gilt nicht, wenn die Anschließung eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen (§ 323) zum Gegenstand hat.“

Nach der Begründung des Rechtsausschusses,¹² auf dessen Veranlassung die Neuregelung in das Gesetz aufgenommen wurde, entspricht es der Prozessökonomie, wesentliche Än-

³ BGH FamRZ 1998, 99.

⁴ Vgl. BGH FamRZ 2005, 1538.

⁵ BGH FamRZ 1988, 601 = NJW 1988, 1735.

⁶ BGH FamRZ 2005, 513.

⁷ Dazu näher *Klinkhammer*, Berufung in Familiensachen, Entwicklungen seit der ZPO-Reform 2002, FF 2003, 225.

⁸ Zur Frage der Wiedereinsetzung ablehnend BGH FamRZ 2005, 1538; vgl. *Klinkhammer*, FF 2003, 225, 227 f.

⁹ So etwa *Gerken*, NJW 2002, 1095, 1096, der zwar bezweifelt hat, dass dem Gesetzgeber die Folgen bewusst waren, aber dennoch den Beschleunigungszweck für vorrangig gehalten hat.

¹⁰ Vgl. *Soyka*, FuR 2002, 481, 482.

¹¹ Vgl. etwa *Born*, Die Monatsfrist bei der Anschlussberufung – ein gesetzgeberischer Blindgänger, FamRZ 2003, 1245; Empfehlungen des 14. DFGT, FamRZ 2002, 296, 297.

¹² BT-Drucks 15/3482 S. 18.

derungen der für die Höhe der Leistung maßgebenden Umstände nicht erst im Abänderungsverfahren gem. § 323 ZPO zu berücksichtigen, sondern den Rechtsstreit zwischen den Parteien im Berufungsverfahren umfassend zu entscheiden.

Die Neuregelung schießt nun allerdings insoweit über das von der Praxis nach der Rechtslage auf Grund des ZPO-RG formulierte Ziel hinaus, als die Anschließung auch bei unveränderter Tatsachenlage möglich ist. Bei dem Verweis des Rechtsausschusses auf die die Zulassung neuen Tatsachenvorbringens einschränkende Regel des § 531 Abs. 2 ZPO¹³ wurde zudem übersehen, dass in Familiensachen die wesentlich großzügigere Vorschrift des § 621d ZPO gilt.

Nach der Auffassung *Borns*¹⁴ ist die nunmehr gültige gesetzliche Regelung einschränkend auszulegen. Bei genauerer Prüfung müsse man wohl davon ausgehen, dass die Nichtgeltung der Monatsfrist nur bei solchen Sachverhalten eingreife, in denen die der Anschlussberufung zu Grunde liegenden Umstände erst während der Berufungsinstanz eingetreten seien. Denn in § 524 Abs. 2 S. 3 ZPO werde gerade nicht auf § 258 ZPO (Klage auf wiederkehrende Leistungen) verwiesen, sondern auf § 323 ZPO. *Born* verweist auf § 323 Abs. 1 ZPO, wo nicht nur die „künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen“ erwähnt werden, sondern die Abänderungsklage daran geknüpft wird, dass eine „wesentliche Änderung“ der seinerzeit maßgeblichen Verhältnisse eintritt. Dieser Umstand sowie die Gesetzesbegründung sprächen dafür, die Nichtgeltung der Frist gem. § 524 Abs. 2 S. 3 ZPO auf die Fälle der Veränderung in den Verhältnissen des Anschlussberufungsklägers während der Berufungsinstanz zu beschränken.¹⁵

Konsequent zu Ende gedacht, müsste der Vorschlag *Borns* sich allerdings nicht auf eine Veränderung „während der Berufungsinstanz“ beziehen, sondern auf eine Veränderung „nach Ablauf der Anschlussfrist“. Auch so formuliert lässt sich indessen eine einschränkende Auslegung nicht rechtfertigen.

Der Gesetzeswortlaut ist bewusst weit gefasst. Die Anschließung muss nur eine Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen **zum Gegenstand** haben.

Dies kann zweierlei bedeuten:

- die Anschließung richtet sich **gegen** eine Verurteilung zu künftig fälligen Leistungen durch das **AG** oder
- die Anschließung richtet sich **auf** eine Verurteilung zu künftig fälligen Leistungen durch das **OLG**.

In beiden Fällen handelt es sich um Verurteilungen i.S.v. § 323 ZPO. Dass in § 524 Abs. 2 S. 3 ZPO auf § 323 ZPO und nicht auf § 258 ZPO verwiesen wird, lässt daher entgegen *Born* keinen Schluss darauf zu, die Zulässigkeit setze veränderte Tatsachen voraus.

Erst recht beinhaltet die Nennung des § 323 ZPO nicht, dass dessen sämtliche Voraussetzungen gegeben sein müssen. Wäre dies beabsichtigt gewesen, hätte die Vorschrift so gefasst werden müssen, dass eine Anschließung nur unter den Voraussetzungen des § 323 ZPO zulässig sein solle.¹⁶ Darauf stellt die Neufassung dagegen nicht ab.

Und schließlich greift auch ein Rückgriff auf die Gesetzesbegründung nicht durch. Richtig ist zwar, dass der Rechtsausschuss den Anlass für die Neuregelung darin sah, dass einer Änderung der Verhältnisse nach Ablauf der Anschlussfrist nicht mehr Rechnung getragen werden konnte.¹⁷

Zur Behebung des festgestellten Problems geht aber schon die Begründung des Ausschusses über den zuvor genannten Anlass hinaus, indem der Ausschuss das Ziel ganz allgemein dahin formuliert, „für Unterhaltsfälle, in denen auf Grund geänderter persönlicher oder wirtschaftlicher Verhältnisse eine Anpassung des Streitgegenstandes in der Berufungsinstanz nicht selten vorkomme, eine gesetzliche Ausnahme von der Monatsfrist einzuführen“.¹⁸ Der Rechtsausschuss hat also eine typisierende Regelung vorgeschlagen und ist damit weiter gegangen, als es zur Lösung des Problems nachträglich geänderter Verhältnisse erforderlich gewesen wäre.

Die Beschränkung des Prozessstoffs sah der Rechtsausschuss, dem überdies an der Harmonisierung mit der Präklusion nach § 323 Abs. 2 ZPO gelegen war, stattdessen durch die strikte Beschränkung der Zulassung neuer Tatsachen gem. § 531 Abs. 2 ZPO gewährleistet, also gerade eben nicht durch die Beschränkung auf während der Berufungsinstanz oder nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist eingetretene Tatsachen.

Dass in Familiensachen nicht § 531 Abs. 2 ZPO, sondern die wesentlich offenere Regelung des § 621d ZPO Anwendung findet, braucht hier schließlich nicht weiter zu stören, weil § 621d ZPO ja gerade den Besonderheiten des Familienprozesses Rechnung tragen soll.

Letztlich bleibt hierzu festzuhalten: Die Beschränkung von Verfahrensrechten muss sich aus dem Gesetz eindeutig ergeben. Dafür bieten – wie gezeigt – weder der Gesetzeswortlaut noch seine Entstehung eine Grundlage. Die erstmalige Einlegung der Anschlussberufung nach Ablauf der grundsätzlichen Anschlussberufungsfrist gem. § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO ist demnach entsprechend dem Gesetzeswortlaut nur dann ausgeschlossen, wenn sie sich nicht gegen eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen durch das AG wendet und auch keine solche Verurteilung durch das OLG erstrebt.¹⁹

¹³ BT-Drucks 15/3482 S. 18.

¹⁴ NJW 2005, 3038, 3040; ebenso *Soyka*, Abänderungsklage im Unterhaltsrecht, 2. Aufl., S. 57; i.E. wohl ebenso *Hoppenz*, 8. Aufl., § 323 ZPO, Rn 66; *Büttner/Niepmann*, NJW 2005, 2360 geben den Gesetzeswortlaut ohne nähere Kommentierung wieder.

¹⁵ Ebenso *Soyka*, Abänderungsklage, 2. Aufl., S. 57.

¹⁶ In diesem Sinne (zutreffend) OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 554; FamRZ 2004, 1048 (allerdings für die Rechtslage nach dem ZPO-RG).

¹⁷ BT-Drucks 15/3482 S. 18.

¹⁸ BT-Drucks 15/3482 S. 18.

¹⁹ Der maßgebliche Zeitpunkt ist allerdings unklar. Für die Berufung des Beklagten dürfte auf die mündliche Verhandlung vor dem Amtsgericht abgestellt werden, für den Kläger dürfte aus Gründen der Gleichbehandlung der gleiche Zeitpunkt gelten. Dessen ungeachtet kann die einmal eingelegte Anschlussberufung nachträglich noch erweitert werden; vgl. BGH FamRZ 2005, 1538.

4. Ausblick auf das geplante FamFG

Nach dem inzwischen vorliegenden Referentenentwurf eines FGG-Reformgesetzes²⁰ und des als Art. 1 vorgesehenen FamFG²¹ soll das familiengerichtliche Verfahren grundlegend umgestaltet werden. Das Verfahren in ZPO-Familien-sachen, künftig „Familienstreitsachen“ (§§ 105 ff. FamFG-E), soll sich indessen weiterhin – so sagt es wenigstens die Entwurfsbegründung²² – nach den Vorschriften der ZPO richten.

Allerdings wird es in Unterhaltssachen nach §§ 108, 62 ff. FamFG-E nur noch die sofortige Beschwerde statt der Berufung geben. Diese richtet sich dann gegen den Unterhalts**beschluss** als Endentscheidung.

Nach § 69 FamFG-E kann ein Beteiligter sich der Beschwerde eines anderen Beteiligten anschließen (Anschlussbeschwerde). Eine Frist für die Anschließung sieht der Entwurf nicht vor. In der Begründung²³ ist hervorgehoben, dass die Besonderheiten des familiengerichtlichen Verfahrens schon zu der Sonderregelung in § 524 Abs. 2 ZPO geführt hätten. Wenn – wie geplant – das Rechtsmittel in Familiensachen als volle

unbeschränkte zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet werde, sei diese Sonderregelung entbehrlich.

Es verwundert allerdings, dass die Ziele der ZPO-Reform 2002, für die Rechtsmittelinstanz also insbesondere die Beschränkung auf die Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung, in den künftigen Familienstreitsachen überhaupt keine Berechtigung mehr haben sollen. Zentrale Regelungen des ZPO-RG wie etwa § 529 ZPO haben sich auch in Unterhaltssachen durchaus als sinnvoll und zweckdienlich erwiesen.

Die Anschlussberufung jedenfalls wäre mit dem FamFG wieder dort angekommen, wo sie vor dem ZPO-RG und dem 1. JuMoG schon war. Sie hieße jetzt nur anders, ein Fortschritt?

²⁰ Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

²¹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

²² Seite 230 der Entwurfsbegründung.

²³ Seite 358 der Entwurfsbegründung.