

Bericht über die Herbsttagung 2003

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Klaus Schnitzler, Euskirchen

Die Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht fand in diesem Jahr vom 27. bis 29.11.2003 in Hamburg statt. Nach 1996 ist die traditionsbewusste und liberale Hansestadt zum 2. Mal Austragungsort der Jubiläumsveranstaltung 10 Jahre nach dem Beginn der Arbeitsgemeinschaft in Nürnberg (Bericht über die neu gegründete Arbeitsgemeinschaft, FamRZ 1994, 285).

Der Donnerstag begann mit einem Festvortrag des früheren DAV-Präsidenten *Dr. Ludwig Koch* aus Köln „Entwicklung der Rolle des Rechtsanwalts in den letzten 10 Jahren“. Nach einer intensiven Diskussion hat man sich dann mit dem zweiten Festvortrag „Reformbedarf im Erbrecht“ von *Prof. Dr. Thomas Rauscher*, Leipzig, auseinandergesetzt. Der Abend klang mit einem Empfang im Hanseatischen Oberlandesgericht durch die junge Vizepräsidentin des OLG, Frau *Erika Andreß*, aus.

Der Freitag stand ganz im Zeichen zahlreicher wichtiger Vorträge:

„Unterhaltsbemessung zwischen Gesetz, Richtlinien und freier richterlicher Entscheidung“ von *Prof. Dr. Dieter Schwab*, Universität Regensburg. An diesen Vortrag schloss sich das Referat von *Prof. Henrich*, ebenfalls Universität Regensburg, „Europäische Aspekte des ehelichen Güterrechts“ an. Vor dem Mittagessen referierte der Vorsitzende des Deutschen Familiengerichtstages *Dr. Gerd Brudermüller*, Richter am OLG Karlsruhe, über „Versorgungsausgleich“, parallel lief der Vortrag „Stiftung nicht nur für Reiche – zur aktuellen Entwicklung im Stiftungszivilrecht und im Stiftungssteuerrecht“ von Rechtsanwalt *Dr. Jan Schiffer*, Bonn.

Prof. Dr. Uwe Diederichsen, Universität Göttingen, befasste sich mit „Betreuungsrecht – auch eine Aufgabe für Anwälte“. *Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe*, Berlin, erläuterte erneut „Der Anwalt in Europa“ und *Micha Guttman*, WDR Köln, befasste sich mit „Der Anwalt in der Öffentlichkeit“.

Bei einem festlichen Abendessen klang der Tag aus. Im Rahmen dieser Veranstaltung wurde Frau Rechtsanwältin *Dr. Groß* die Festschrift überreicht, die von 19 Autorinnen und Autoren verfasst worden ist und mit der sich die Arbeitsgemeinschaft für ihren unermüdlichen Einsatz in den letzten 10 Jahren ihrer „Präsidenschaft“ für die Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht bedanken möchte.

Der Samstag war von der Podiumsdiskussion „Anwaltsbild – Risiko Rechtsanwalt“ mit *Prof. Dr. Uwe Wesel*, Berlin, und dem Kölner Rechtsanwalt *Dr. Bernd Hirtz*, unter der



RA Schnitzler u. RAin Dr. Groß mit der gerade verliehenen Festschrift

bewährten Moderation von Kollegin *Dr. Lore Peschel-Gutzeit*, Berlin, geprägt.



Die Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft RAin Dr. Groß in der Mitgliederversammlung am 29.11.2003 in Hamburg

Die Mitgliederversammlung brachte eine Überraschung. Zur Wiederwahl hatten sich die drei Familienrechtler (*Rakete-Dombek*, *Saathoff* und *Kleinwegener*) und die beiden Erbrechtler (*Dr. Rohlfing* und *Dr. Frieser*) gestellt. Für die nicht mehr kandidierenden Mitglieder (*Oenning* und *Dr. Groß*) hatten sich RA *Weißenfels*, RAin *Dr. Niebergall-Walter* und RA *Schnitzler* beworben.

Die Wahl musste für ungültig erklärt werden, weil mehr Wahlzettel vorhanden waren, als die Teilnehmerliste (150) Mitglieder auswies.

Dies bedeutet, dass der bisherige Vorstand im Amt bleibt und im nächsten Jahr eine außerordentliche Mitgliederversammlung stattfinden muss. Diese außerordentliche Mitgliederversammlung soll am 7.2.2004 erfolgen. Einladungen werden noch ergehen.

Aufsätze

Berufung in Familiensachen – Entwicklungen seit der ZPO-Reform 2002

Richter am OLG *Dr. Frank Klinkhammer*, Düsseldorf

Die Änderungen des Zivilprozessrechts durch das ZPO-RG¹ sind nunmehr seit nahezu zwei Jahren in Kraft. Das gibt Anlass zu einer Bestandsaufnahme, wie die gesetzliche Neuregelung von der Rechtsprechung in Familiensachen bislang umgesetzt worden ist und welche Fragen noch offen sind.

Die größten Einschnitte hat die Reform für das Rechtsmittelrecht gebracht. Das Berufungsverfahren soll nach der Absicht des Gesetzgebers nunmehr im Wesentlichen auf die Überprüfung von Rechtsfehlern („Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung“) beschränkt bleiben und auch sonst beschleunigt werden.² Diesem Zweck sollen vor allem eine Beschränkung des Streitstoffs, eine Verkürzung der Berufungsbegründungsfrist sowie auch die neu eingeführte Anschlussberufungsfrist dienen.

Im Folgenden wird anhand ausgewählter Änderungen die zwischenzeitlich ergangene und für Familiensachen bedeut-

¹ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.7.2001; BGBl. I, 1887; vgl. dazu in Bezug auf Familiensachen *Philippi*, FPR 2002, 593; *Luthin*, FF 2002, 2; *van Els*, FF 2002, 4; *Klinkhammer*, Familienrecht kompakt (FK) 2001, 92.

² Vgl. *Ebel*, ZRP 2001, 309.

same Rechtsprechung – vor allem des BGH – dargestellt, wobei auch einzelne neue Entwicklungen, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der ZPO-Reform stehen, mit einbezogen werden.

1. Anwendbarkeit des neuen Rechts

Für die Berufung gelten die am 31.12.2001 geltenden Vorschriften weiter, wenn die mündliche Verhandlung, auf die das anzufechtende Urteil ergeht, vor dem 1.1.2002 geschlossen worden ist. In schriftlichen Verfahren tritt an die Stelle des Schlusses der mündlichen Verhandlung der Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können (§ 26 Nr. 5 EGZPO).

Wurde im abschließenden Verhandlungstermin eine Schriftsatzfrist nach § 283 ZPO gewährt, so ändert das nichts an der Maßgeblichkeit des Verhandlungstermins.³ Den Rechtsanwalt, der die Übergangsregeln nicht beachtet⁴ oder seine Büroangestellten nicht im Einzelfall danach instruiert und überwacht,⁵ trifft ein Verschulden, sodass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen abgelaufener Berufungs- oder Berufungsbegründungsfrist nicht gewährt werden kann. Nach einer neueren Entscheidung des BGH (XII. Zivilsenat)⁶ genügt es indessen für die Wiedereinsetzung, wenn der Rechtsanwalt einer zuverlässigen Büroangestellten erklärt hat, dass altes Berufungsrecht anwendbar ist und diese jahrelang unbeanstandet die Berufungsbegründungsfrist selbstständig ermittelt und eingetragen hat.

2. Wert- oder Zulassungsberufung

Die Berufung ist zulässig (§ 511 Abs. 2 ZPO n.F.)

- bei einem Wert des Beschwerdegegenstands von über 600 EUR (Nr. 1) oder
- bei Zulassung durch das Gericht im Urteil (Nr. 27).

Die Berufung ist nach § 511 Abs. 4 ZPO zuzulassen:

- bei grundsätzlicher Bedeutung der Sache,
- zur Fortbildung des Rechts oder
- zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

In Familiensachen kommt es selten vor, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes (§ 511 Abs. 2 ZPO) nicht über 600 EUR liegt. Denn es kommt hier nicht auf den Gebühren-, sondern auf den Rechtsmittelstreitwert an. Dieser bemisst sich bspw. beim laufenden Unterhalt nach dem 3,5fachen Jahresbetrag (§ 9 ZPO). Die Berufungssumme ist schon bei einem vom erstinstanzlichen Urteil zu- oder aberkannten laufenden Unterhalt von mtl. 14,29 EUR erreicht.⁸ Auch beim Zugewinnausgleich wird die Berufungssumme regelmäßig erreicht sein. In Ehesachen (ebenso Kindschaftssachen, Lebenspartnerschaftssachen) ist dies ohnehin der Fall.

3. Fristen

Wichtige Änderungen hat das ZPO-RG bei den zu beachtenden Fristen gebracht. Die Frist zur Berufungseinlegung beträgt wie bisher einen Monat ab Zustellung des vollständigen Urteils (§ 517 ZPO). Dagegen läuft die Berufungsbegründungsfrist nicht erst ab Einlegung der Berufung, sondern – wie die Berufungsfrist – ab Zustellung des Urteils. Sie beträgt nunmehr zwei Monate.

a) PKH und Berufung

Probleme ergeben sich daraus, wenn der Berufungseinlegung ein PKH-Verfahren vorgeschaltet wird.⁹ Nach bisherigem Zivilprozessrecht (§ 519 Abs. 2 S. 2 ZPO a.F.) musste die prozesskostenhilfebedürftige Partei nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe innerhalb der Zweiwochenfrist des § 236 Abs. 2 S. 2 ZPO nur die Rechtsmitteleinlegung nachholen. Sodann verblieb ihr aber die volle vom Gesetz vorgesehene Frist von einem Monat ab Einlegung des Rechtsmittels, um dieses zu begründen oder eine Verlängerung der Begründungsfrist nach § 519 Abs. 2 S. 3 ZPO a.F. zu beantragen.

Dagegen ist nach der ZPO-Reform bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts nicht selten auch die Berufungsbegründungsfrist abgelaufen oder auf wenige Tage geschrumpft.

Beispiel 1: *Das amtsgerichtliche Urteil wird dem Beklagten am 16.5.2003 zugestellt. Er beantragt beim OLG durch seinen erstinstanzlichen Rechtsanwalt A, der beim OLG nicht zugelassen ist, die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für seine beabsichtigte Berufung. Der Antrag geht beim OLG am 16.6.2003 ein. Der Senatsvorsitzende leitet das PKH-Gesuch dem Prozessgegner zur Stellungnahme zu. Nach Eingang der Stellungnahme am 3.7.2003 bewilligt der OLG-Senat durch Beschl. v. 9.7.2003 Prozesskostenhilfe und ordnet dem Beklagten antragsgemäß den beim OLG zugelassenen Rechtsanwalt B bei. Der Beschluss wird dem erstinstanzlichen Rechtsanwalt des Beklagten am 10.7.2003 zugestellt.*

Was haben die Rechtsanwälte A und B zu veranlassen?

Zu beachten ist, dass zwei Fristen zu wahren sind:

- Die Berufungsfrist (Einlegungsfrist) ist mit dem 16.6.2003 abgelaufen. Insoweit ist von Rechtsanwalt B innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist nach § 233 ZPO die Prozesshandlung (Einlegung der Berufung) nachzuholen (§ 236 Abs. 2 S. 2 ZPO). Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt mit der Zustellung des PKH-Beschlusses an Rechtsanwalt A,¹⁰ weil damit das Hindernis, die Bedürftigkeit, behoben ist. Dass Rechtsanwalt B beigeordnet ist, ändert daran noch nichts, weil allein durch die Beordnung noch kein Mandatsverhältnis begründet wird. Fristablauf (von A zu notieren und zu überwachen¹¹): 24.7.2003
- Die Berufungsbegründungsfrist läuft erst am 16.7.2003 ab.

Würde man hier vom Beklagten die Wahrung der Berufungsbegründungsfrist verlangen, würde das bedeuten, dass er die Berufung bereits vor Einlegung begründen müsste, was nicht richtig sein kann.¹² Dasselbe dürfte auch für eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gelten.

Es wird also ausreichen, wenn er für die Nachholung der Berufungseinlegung die gesamte Zweiwochenfrist nach § 234 ZPO ausschöpft und die Berufung gleichzeitig mit der Einlegung begründet, mit der Folge, dass gegen die Versäumung der Berufungseinlegungsfrist wie der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung zu gewähren ist.

Das bedeutet allerdings, dass dem zweitinstanzlichen Anwalt B nur höchstens zwei Wochen zur Verfügung stehen, um die Berufung zu begründen, was – soweit ersichtlich – allgemein als unangemessen kurz angesehen wird und der vom BVerfG geforderten Gleichbehandlung der mittellosen mit der bemittelten Partei widerspricht.¹³ Dies hat der BGH (XII. ZS)¹⁴ jüngst bestätigt. Der BGH hat sich für eine auf verfassungskonformer Auslegung beruhende Einräumung einer Begründungsfrist von zwei Monaten ab Zustellung der PKH-Entscheidung ausgesprochen, eine abschließende Aussage aber letztlich noch offen gelassen.

3 BGH 5.11.2002, X ZB 22/02, BGHZ 152, 303 = NJW 2003, 434.

4 OLG Stuttgart 10.6.2002, 11 UF 29/02, OLGR 2002, 279.

5 OLG Frankfurt 14.5.2002, 13 U 15/02, OLGR 2002, 253; vgl. auch OLG Oldenburg 17.4.2002, 6 U 21/02, OLGR 2002, 173.

6 BGH 4.6.2003, XII ZB 86/02, FamRZ 2003, 1269.

7 S. hierzu *Fölsch*, NJW 2002, 3758; *Greger*, NJW 2002, 3049; *Gehrein*, MDR 2003, 421; *Jauernig*, NJW 2001, 3027 sowie neuerdings Art. 1 Nr. 16 JuMoG.

8 *Luthin*, FF 2002, 1, 2.

9 S. *Eschenbruch/Klinkhammer*, Der Unterhaltsprozess, 3. Aufl., Rn 5135.

10 BGH FamRZ 2001, 1606; zur sog. Überlegungsfrist bei PKH-Versagung s. BGH FamRZ 1993, 1428.

11 BGH FamRZ 2001, 1606.

12 Zutreffend *Kramer*, MDR 2003, 434, 438; vgl. demgegenüber OLG Köln OLGR 2002, 186 für den Fall der unbedingt eingelegten Berufung und damit allerdings wohl unvereinbar BGHZ 38, 376.

13 Vgl. *Strohn*, in: FS Wiedemann, S. 155, 157; *Kramer*, MDR 2003, 434.

14 BGH 9.7.2003, XII ZB 147/02, FamRZ 2003, 1462.

Für das geltende Recht stehen sich nach der vom BGH aufgeführten höchstrichterlichen Rechtsprechung folgende Auffassungen gegenüber:

1. BSG,¹⁵ BerwG,¹⁶ BAG¹⁷ und 2. Strafsenat des BGH:¹⁸ Einräumung einer weiteren Frist zur Begründung des Rechtsmittels von einem Monat, beginnend mit der Zustellung der Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch
2. BVerwG:¹⁹ Falls keine Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch ergeht (vgl. § 238 ZPO), Einräumung einer weiteren Frist zur Begründung des Rechtsmittels von zwei Monaten ab Zustellung der Entscheidung über das PKH-Gesuch
3. Auffassung des XII. Zivilsenats: Einräumung einer weiteren Frist zur Begründung des Rechtsmittels von zwei Monaten, ohne Rücksicht darauf, ob eine Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch ergeht oder nicht. Die Frist beginnt mit Zustellung der Entscheidung über das PKH-Gesuch.

Der BGH lässt dahinstehen, welcher Ansicht zu folgen ist, weil nach allen drei Auffassungen die Begründungsfrist nicht abgelaufen war. Bezeichnend ist, dass der BGH den gesetzgeberischen Plan (Art. 1 Nr. 7 JuMoG), die Einräumung einer Begründungsfrist von einem Monat (ab Wegfall des Hindernisses = im vorliegenden Fall Zustellung der PKH-Entscheidung) hier schon nicht mehr einbezieht, sondern als unzureichend verwirft. Nach dieser Lösung könnte die Berufung ebenfalls noch in zulässiger Weise begründet werden, weil das Hindernis der Mittellosigkeit noch nicht beseitigt wäre.

Welches anwaltliche Vorgehen ist hier anzuraten?

Den Schwierigkeiten geht man aus dem Weg, indem bereits mit dem PKH-Gesuch eine vollständige und von einem postulationsfähigen Anwalt unterzeichnete Begründung als Entwurf beigelegt wird. Es genügt dann, wenn mit der Berufungseinlegung auf diesen Schriftsatz Bezug genommen wird.²⁰

Anderenfalls ist man aus Gründen anwaltlicher Vorsicht gut beraten, der strengsten Alternative zu folgen. Das wäre hier im Fall der PKH-Bewilligung für die Berufung die (allerdings nur legislatorische) Auffassung des BMJ, die nach Zustellung des PKH-Entscheidung einen Monat zur Berufungsbegründung Zeit lässt.

b) Zweite Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist

Nach § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO kann die Berufungsbegründungsfrist ohne Einwilligung des Gegners nur um bis zu einen Monat verlängert werden. Wird nun eine zweite Fristverlängerung beantragt und verweigert der Gegner die Einwilligung, so ist dem Vorsitzenden des Berufungsgerichts eine Fristverlängerung nach dem Gesetz nicht möglich, und zwar ungeachtet der für die Fristverlängerung angeführten Gründe. Selbst bei Gründen, die eine Fristversäumung ohne weiteres entschuldigen, müsste die Verlängerung verweigert werden. Die Konsequenz wäre dann allerdings, dass der Berufungskläger die Frist verstreichen lassen und nach Fortfall des Hinderungsgrundes Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen muss.

Das kann aber nicht i.S.d. Gesetzgebers sein, schon weil das gesetzgeberische Ziel der Verfahrensbeschleunigung in sein Gegenteil umschlagen würde. Auch eine zweite Fristverlängerung darf und sollte demnach vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts zugelassen werden, wenn die hierfür angeführten und glaubhaft gemachten Gründe im Fall der Fristversäumung zu einer Wiedereinsetzung führen würden.

c) Anschlussberufung oder eigene Berufung?

Bei der Anschlussberufung ist zu beachten, dass die selbstständige Anschlussberufung im Zuge der ZPO-Reform abgeschafft wurde. Wer also sein innerhalb der Berufungsfrist

eingelegetes Rechtsmittel nicht als Berufung, sondern nur als Anschlussberufung bezeichnet, läuft Gefahr, dass diese nach § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung verliert, wenn die Berufung zurückgenommen, verworfen oder durch Beschluss zurückgewiesen wird.²¹

d) Probleme der Anschlussberufungsfrist

Im familiengerichtlichen Berufungsverfahren empfiehlt es sich für den Berufungsbeklagten nicht selten, Anschlussberufung einzulegen (§ 524 ZPO; Einlegung und Begründung: § 524 Abs. 3 ZPO). Mit der Anschlussberufung kann (und sollte) z.B. allen nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingetretenen Änderungen Rechnung getragen werden. Die Anschlussberufung kann auch ohne Beschwer durch das erstinstanzliche Urteil und ohne Erreichen der Berufungssumme eingelegt werden. Mit ihr kann die Klage erweitert werden. Zuweilen wird sich auch in der Berufungsinstanz erstmals – je nach Parteistellung – eine Klageerweiterung oder Widerklage (regelmäßig sachdienlich, § 533 ZPO) auf Auskunft empfehlen, 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.

Die Anschlussberufung ist allerdings nach dem ZPO-RG im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage nunmehr fristgebunden.²² Sie ist nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO nur bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung der Berufungsbegründungsschrift zulässig. Der Gesetzgeber hatte bei dieser Änderung erkennbar vorwiegend abgeschlossene Sachverhalte im Blick, wie sie in den allgemeinen Zivilsachen regelmäßig vorliegen. Die Ansicht der Gesetzesverfasser, dass die Anschlussberufungsfrist in jedem Fall ausreichend sei und kein Grund für eine längerfristige Zulassung der Anschlussberufung bestehe, ist allerdings fragwürdig²³ und berücksichtigt jedenfalls nicht die Besonderheiten des Familienverfahrens, insbesondere des Unterhaltsprozesses. Entscheidungen in Unterhaltssachen reichen regelmäßig weit in die Zukunft, und es ist mehr die Ausnahme als die Regel, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt seit der erstinstanzlichen Entscheidung unverändert bleibt. Das wirft erhebliche Probleme auf.

Durch die starre Befristung der Anschlussberufung ist eine durch PKH-Bewilligung bedingte Einlegung stark eingeschränkt, ebenfalls die Androhung der Anschlussberufung als prozesstaktisches Mittel.²⁴ Des Weiteren ist fraglich, wie vorzugehen ist, wenn sich nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist die wesentlichen Tatsachen geändert haben.²⁵

Die Einlegung der Anschlussberufung in vollem Umfang von der PKH-Bewilligung abhängig zu machen, ist nicht unbedenklich. Denn die Wiedereinsetzung in den vorigen

15 SozR 1500 § 164 SGG Nr. 9.

16 NJW 1992, 2307.

17 NJW 1984, 941.

18 BGHSt 30, 335.

19 DVBl. 2002, 1050.

20 Vgl. BGH FamRZ 1981, 534 = BGHF 2, 457.

21 Vgl. *Gehrlein*, MDR 2003, 421, 426 m.N.; zur Auslegung einer „selbstständigen Anschlussberufung“ vgl. BGH 30.4.2003, V ZB 71/02, FamRZ 2003, 1465.

22 Die Befristung wird von einigen Autoren wegen des Verstoßes gegen die Waffengleichheit für verfassungswidrig gehalten; so z.B. *Piekenbrock*, MDR 2002, 675; *E. Schneider*, MDR 2003, 901, 903; kritisch auch OLG Celle, FamRZ 2003, 1303 = MDR 2002, 1142.

23 Vgl. *Strohn*, in: FS Wiedemann, S. 155, 158.

24 S. dazu *Luthin*, FF 2002, 2.

25 S. dazu *Gerken*, NJW 2002, 1095, 1096.

Stand ist in § 233 ZPO weder ausdrücklich vorgesehen, noch handelt es sich bei der Einlegungsfrist um eine Notfrist. Ob die Wiedereinsetzungsregeln entsprechende Anwendung finden, mag in Anbetracht der Tatsache, dass andere neu eingeführte Fristen, namentlich die Fristen zur Einlegung und Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO n.F. in § 233 ZPO aufgenommen worden sind, bezweifelt werden. Allerdings ist die analoge Anwendbarkeit der Wiedereinsetzungsregeln vom BGH für die Anschlussrevision nach § 556 ZPO a.F. angenommen worden²⁶ und wird auch für Anschlussrechtsmittel nach § 629a Abs. 3 ZPO vertreten.²⁷ Das kann und sollte auf die Anschlussberufung übertragen werden.²⁸

Das Problem kann im Übrigen in der Praxis dadurch entschärft werden, dass innerhalb der Anschlussberufungsfrist eine eingeschränkte, aber vollständig begründete Anschlussberufung eingelegt wird. Im Rahmen der Anschlussberufungsbegründung kann später – ggf. bedingt durch eine PKH-Bewilligung – die Anschlussberufung erweitert werden.²⁹

Dieses Vorgehen ist allerdings nicht möglich, wenn sich die wesentlichen Tatsachen erst nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist ändern.

Beispiel 2:³⁰ *Die arbeitsunfähige Klägerin hat einen erstinstanzlichen Titel auf Krankheitsunterhalt i.H.v. 500 EUR erwirkt, dessen Erhöhung auf 700 EUR sie in der Berufungsinstanz erstrebt. Ihr Antrag auf Erwerbsunfähigkeitsrente wurde zurückgewiesen. Nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist wird überraschend der ursprüngliche Bescheid zurückgenommen und doch noch eine Erwerbsunfähigkeitsrente bewilligt.*

Prozessuale Möglichkeiten des Beklagten?

Der Beklagte kann den Rentenbezug als neue Tatsache in den Prozess zwar einführen, um damit eine Erhöhung des Unterhalts zu verhindern. Eine Unterhaltsreduzierung könnte er aber in II. Instanz nur durch eine Anschlussberufung erreichen.

Die Anschlussberufungsfrist ist abgelaufen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint, selbst wenn man die Wiedereinsetzungsvorschriften für analog anwendbar hält, ebenso wenig begründet wie bei der Berufung, wenn sich nach Ablauf der Berufungsfrist die wesentlichen Tatsachen geändert haben. Es stellt sich daher die Frage, ob die Einlegung der Anschlussberufung trotz des Fristablaufs zuzulassen ist oder der Berufungsbeklagte auf die Geltendmachung in einem neuen Verfahren zu verweisen ist:

a) Nach den Empfehlungen des 14. Deutschen Familiengerichtstages³¹ soll in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 629a Abs. 3 ZPO³² bei wesentlicher Änderung der Tatsachen die Anschlussberufung auch nach Ablauf der Frist zugelassen werden.

b) Daneben bleibt als einzige denkbare Möglichkeit nur die missliche Konsequenz, dass der Beklagte in erster Instanz eine Abänderungsklage erheben muss.³³ Damit müsste in zwei Instanzen über nicht trennbare Teile desselben Streitgegenstands verhandelt werden.³⁴ Die Abänderungsklage des Beklagten müsste sich gegen das die Tatsacheninstanz abschließende Urteil, also das Berufungsurteil richten, das noch nicht ergangen ist. Es könnte eine Herabsetzung des Unterhalts nicht schon ab Eintritt der tatsächlichen Veränderung, sondern erst ab Erlass des Berufungsurteils für die Zukunft erreicht werden.

Der Zweck der Anschlussberufungsfrist, der zügige Abschluss des Berufungsverfahrens, rechtfertigt die genannten Konsequenzen nicht. Die prozessuale Situation in Familiensachen ist vom Gesetzgeber vernachlässigt worden. Zur Vermeidung der aufgezeigten Systembrüche und Rechtsschutzlücken sollte bei nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist eingetretenen Tatsachen die darauf gestützte Anschlussberufung ungeachtet des Fristablaufs entsprechend der aner-

kannten Praxis im Verbundverfahren zugelassen werden. Hierfür spricht nicht zuletzt auch die Verfahrensweise, die der BGH für neue Tatsachen im Revisionsverfahren schon auf Grund der früheren Rechtslage praktiziert hat. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH³⁵ war schon § 561 Abs. 1 S. 1 ZPO a.F. einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen. Da die Berufungsinstanz Tatsacheninstanz ist, brauchen hier neue Tatsachen nicht unstreitig zu sein. Vielmehr ist beiden Parteien schon aus Gründen der Waffengleichheit zu gestatten, neue Tatsachen im gleichen Umfang in der Berufungsinstanz einzuführen.³⁶

4. Inhalt der Berufungsbegründung und Prüfungsumfang des Berufungsgerichts

Die Grundnorm des Berufungsverfahrens ist § 513 Abs. 1 ZPO: Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546) beruht oder nach § 529 zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.³⁷ Aus § 513 Abs. 2 ZPO ergibt sich, dass Unzuständigkeitsrügen auf die erste Instanz beschränkt bleiben. Dies gilt auch, wenn anstelle des AG (Familiengericht) das LG entschieden hat oder umgekehrt oder innerhalb des AG die falsche Abteilung. Eine Ausnahme gilt allerdings für die internationale Zuständigkeit, deren Fehlen nach dem BGH weiterhin in der Rechtsmittelinstanz gerügt werden kann.³⁸

Dem entsprechend muss die Berufungsbegründung folgende Angaben enthalten:

– Die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge; § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO)

– Der Inhalt der Berufungsbegründung hat sich jetzt im Wesentlichen daran zu orientieren, dass die Berufung nicht mehr generell eine Tatsacheninstanz ist und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur viel eingeschränkter als bisher zulässig sind (vgl. § 520 Abs. 3 Nr. 2–4 ZPO). Grundsätzlich kann die Berufung aus Angriffen gegen die erstinstanzliche Entscheidung bestehen („Urteilskritik“: § 520 Abs. 3 Nr. 2, 3 ZPO) oder auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (§ 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO) gestützt werden.

Der Berufungskläger muss daher insbesondere:

– Umstände anführen, aus denen sich eine für die Entscheidung erhebliche Rechtsverletzung ergibt (Nr. 2),

– Anhaltspunkte nennen, die Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen können (Nr. 3),

26 BGH NJW 1952, 425.

27 Zöller/Philippi, ZPO, 23. Aufl., § 629a Rn 31.

28 So OLG Zweibrücken 27.6.2003, 2 UF 151/02, NJW-RR 2003, 1299 und bereits – mit weiter gehender Begründung – Strohn, in: FS Wiedemann, S. 155, 158 f.

29 Luthin, FF 2002, 3 m.N.

30 Eschenbruch/Klinkhammer, Der Unterhaltsprozess, 3. Aufl., Rn 5144a.

31 FamRZ 2002, 296, 297; ebenso Born, FamRZ 2003, 1245, 1248.

32 Vgl. Philippi, FPR 2002, 593, 595 m.w.N.; i.E. ähnlich Soyka, FuR 2002, 481, 482.

33 So Gerken, NJW 2002, 1095, 1096, der zwar bezweifelt, dass dem Gesetzgeber die Folgen bewusst waren, aber dennoch den Beschleunigungszweck für vorrangig hält.

34 Vgl. Soyka, FuR 2002, 481, 482.

35 BGH FamRZ 2002, 318, 319 m.w.N.; vgl. auch BGH FamRZ 2002, 88, 90 (Widerruf eines Anerkenntnisses).

36 Born, FamRZ 2003, 1245, 1248.

37 Zur Tatsachengrundlage des Berufungsverfahrens s. Philippi, FPR 2002, 593; Heiderhoff, JZ 2003, 490; Fellner, MDR 2003, 721.

38 BGH NJW 2003, 426; BGH 27.5.2003, IX ZR 203/02, BGHR 2003, 1111; so bereits Strohn, in: Festschrift für Wiedemann, S. 155, 159 f. m.w.N.

– neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen und die Tatsachen, weshalb sie nach § 531 zulässig sind (Nr. 4); hier gelten allerdings die strengen Regelungen des allgemeinen Zivilprozesses nicht. In Familiensachen können nach §§ 615, 621d ZPO neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zurückgewiesen werden bei Verzögerung des Rechtsstreits und grober Nachlässigkeit.

Bei Mängeln der inhaltlichen Berufungsbegründung gilt also Folgendes:

Fehlt eine den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2–4 ZPO entsprechende Begründung (enthält die Berufungsbegründung z.B. allein einen – unzureichenden – Verweis auf erstinstanzliches Vorbringen), so ist die Berufung nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Beruhet das erstinstanzliche Urteil auf einer fehlerhaft zugrunde gelegten Tatsache, wird dieser Fehler mit der Berufung aber nicht angegriffen, so ist dieser Umstand vom Berufungsgericht nach § 529 ZPO nicht zu überprüfen. Umstritten ist die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts bei fehlerhaftem oder unvollständigem Tatbestand des angefochtenen Urteils. Zum Teil wird analog zum Revisionsverfahren (§ 559 Abs. 1 ZPO) ein vorheriger Berichtigungsantrag nach § 320 ZPO verlangt.³⁹ Hat etwa das erstinstanzliche Gericht zu Unrecht streitiges Vorbringen als unstreitig behandelt, so wäre nach dieser Auffassung zunächst binnen der Zweiwochenfrist des § 320 ZPO ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung zu stellen.

Dagegen hat *Gehrlein* zu Recht eingewendet, dass das Berufungsgericht nach wie vor nicht an unvollständige oder unrichtige Feststellungen des Ausgangsgerichts gebunden ist, sondern die Bindungswirkung vom Gesetzgeber nur für im Wege der Beweisaufnahme festgestellte Tatsachen festgeschrieben werden sollte.⁴⁰

Hinsichtlich der Rechtsverletzungen orientiert sich die Berufung an der für das Revisionsrecht geltenden Vorschrift des § 546 ZPO. Deswegen ist nach § 529 Abs. 2 ZPO die Rechtsüberprüfung an § 557 Abs. 3 ZPO orientiert. Danach ist das Berufungsgericht an die geltend gemachten Berufungsgründe gebunden, was allerdings für Verfahrensmängel nicht gilt, wenn sie von Amts wegen zu berücksichtigen sind. Fehlen materiellrechtliche Rechtsausführungen, so ist das nur von Bedeutung, wenn ansonsten keine zulässigen Berufungsgründe angeführt werden. Dann ist die Berufung wegen unzureichender Begründung zu verwerfen. Enthält dagegen die Berufungsbegründung anderweitig zulässige Gründe, so gilt der Grundsatz „iura novit curia“. Die Anforderungen an die innerhalb der Berufungsbegründung gemachten Rechtsausführungen sind durch das ZPO-RG jedenfalls nicht erhöht worden.⁴¹ Es ist daher auch nach neuem Berufsrecht erforderlich (aber auch ausreichend), dass nicht nur die Rechtsausführungen des angefochtenen Urteils angegriffen werden, sondern auch die eigene Rechtsansicht dargelegt wird.⁴²

Trotz der in Familiensachen großzügigeren Zulassung nachgeschobenen Vorbringens durch §§ 615, 621d ZPO ist es aber auch hier wichtig, auf einen umfassenden Sachvortrag und eine konkrete Urteilskritik zu achten. Eine pauschale Bezugnahme auf erstinstanzliches Vorbringen ist jedenfalls – wie auch nach der früheren Rechtslage – nicht zulässig. Ferner haben die mit der Berufungsbegründung geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht nur Bedeutung bei der Zulässigkeit nachgeschobenen Vorbringens, sondern begrenzen nach § 529 ZPO auch den Prüfungsumfang des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht ist an die rechtsfehlerfreien Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO n.F.). Diese konkreten Anhaltspunkte sind vom Berufungskläger in jedem Fall vorzutragen.

5. Entscheidung/Zurückweisungsbeschluss

a) Entscheidungsmöglichkeiten

Neu ist die nach § 522 Abs. 2 ZPO n.F. eröffnete Möglichkeit der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, die unter folgenden Voraussetzungen steht:

- Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg
- die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung
- die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht
- vorheriger Hinweis auf die beabsichtigte Zurückweisung und ihre Gründe sowie Gelegenheit zur Stellungnahme
- der Beschluss des Berufungsgerichts (also nicht des Einzelrichters) muss einstimmig ergehen.

Der Beschluss ist zu begründen, soweit die Gründe nicht bereits in dem erteilten Hinweis enthalten sind. Der Zurückweisungsbeschluss ist nicht anfechtbar (§ 522 Abs. 3 ZPO n.F.).

Es hängt nunmehr von der Art der Entscheidung des Berufungsgerichts ab, ob und ggf. welche Rechtsmittel zulässig sind:

- Verwerfung der Berufung als unzulässig durch Beschluss: Rechtsbeschwerde (§ 522 Abs. 1 ZPO n.F.).
- Entscheidung durch Urteil: Revision nur bei Zulassung (§ 542 ZPO n.F.); dagegen (in Familiensachen erst bei Verkündung ab 1.1.2007, § 26 Nr. 9 EGZPO) die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO n.F. (vgl. allerdings Art. 2 JuMoG).
- Zurückweisung durch einstimmigen Beschluss: nicht anfechtbar (§ 522 Abs. 3 ZPO n.F.).

Ob das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO, das auf Grund der gesetzgeberischen Konzeption vor der Terminierung zwingend („weist ... unverzüglich zurück“) durchzuführen ist, zweckmäßig ist, wird unterschiedlich beurteilt.⁴³ Die Zweckmäßigkeit dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, wie die Terminlage des Berufungsgerichts ist. Wird etwa nach Eingang der Berufungsbegründung zwei bis drei Monate im Voraus terminiert, ist das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO eher hinderlich und führt jedenfalls zu keiner Beschleunigung.⁴⁴

b) Inhalt des Berufungsurteils

Für das Urteil des Berufungsgerichts sind nach § 540 Abs. 1 ZPO weder ein Tatbestand noch Entscheidungsgründe zwingend vorgeschrieben.⁴⁵ Das Urteil enthält gem. § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen:

1. die Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen,
2. eine kurze Begründung für die Abänderung, Aufhebung oder Bestätigung der angefochtenen Entscheidung.

Ein Tatbestand ist demnach auch bei revisiblen Urteilen nicht mehr erforderlich.⁴⁶ Wie die Begründung nebst erforderlichenfalls ergänzenden oder geänderten Feststellungen zu bezeichnen ist, ob als „Gründe“ oder als „Entscheidungsgründe“,⁴⁷ ist gleichgültig. Wichtiger ist, welchen Inhalt das Berufungsurteil im Hinblick auf die Revisionsentscheidung

39 So *Musielak/Ball*, ZPO, 3. Aufl., § 529 Rn 6; *Grunsky*, NJW 2002, 800, 802 sogar für vom Erstgericht für unerheblich gehaltene Umstände.

40 *Gehrlein*, MDR 2003, 421, 427 m.w.N.; ebenso *Fellner*, MDR 2003, 721.

41 BGH 28.5.2003, XII ZB 165/02, FamRZ 2003, 1271.

42 BGH NJW 1995, 1560; NJW 1984, 177.

43 Vgl. etwa skeptisch *Fellner*, MDR 2003, 69; anders *Siegel*, MDR 2003, 481.

44 Eingehend *Strohn*, in: FS Wiedemann, S. 155, 162 ff.

45 Ausführlich *Burgermeister*, ZZZ 2003, 165 ff.

46 Auch nicht in den Gründen, vgl. *Burgermeister*, ZZZ 2003, 165, 170 m.w.N.; a.A. *Lindner*, NJW 2003, 3320 m.w.N.

47 Vgl. *Burgermeister*, ZZZ 2003, 165, 172 m.N.

haben muss. § 559 Abs. 1 ZPO verwies insoweit in der ursprünglichen Fassung nach dem ZPO-RG unverändert auf den Tatbestand des Berufungsurteils, der aber nicht mehr vorgeschrieben ist. Insoweit wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nachgebessert, indem die Worte „Tatbestand des“ gestrichen wurden.⁴⁸ Was dagegen nunmehr Grundlage der revisionsgerichtlichen Überprüfung sein soll, ist zweifelhaft.⁴⁹ Allein aus dem deutlich verkürzten Berufungsurteil wird sich die Entscheidungsgrundlage nicht mehr ohne weiteres gewinnen lassen, weil das Berufungsurteil und auch das Sitzungsprotokoll des Berufungsgerichts keine vollständige und zusammenhängende Wiedergabe der entscheidungserheblichen Tatsachen mehr zu enthalten brauchen. Nach dem BGH (VIII. ZS) muss das Berufungsurteil auch in der neuen Kurzfassung wenigstens erkennen lassen, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat.⁵⁰ Im Übrigen sollte das Urteil auch vom Berufungsgericht zugrunde gelegte neue Tatsachen i.S.v. §§ 615, 621d ZPO aufführen.

Das Urteil hat – wie in Familiensachen im Wesentlichen bereits nach der Rechtslage vor dem ZPO-RG – eine Entscheidung über die Zulassung der Revision zu enthalten. Ist sie nicht ausdrücklich im Urteil aufgeführt, so ist die Revision nicht zugelassen. Zu beachten ist, dass die Zulassung sich auch auf einzelne Punkte beschränken kann und die Beschränkung sich auch aus den Urteilsgründen ergeben kann.⁵¹ Fraglich ist, ob das Berufungsgericht im Hinblick auf die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO die Nichtzulassung zu begründen hat. Dies ist zwar wünschenswert, zwingend erforderlich ist eine Begründung aber nicht.⁵²

Im Hinblick auf die Nichtzulassungsbeschwerde wird bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit stets eine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO auszusprechen sein. In Familiensachen sind diese Fragen allerdings derzeit noch nicht relevant, weil die Nichtzulassungsbeschwerde auf Grund der Übergangsregelung nach § 26 Nr. 9 EGZPO erst gegen Entscheidungen zulässig sein wird, die ab dem 1.1.2007 verkündet werden (vgl. allerdings Art. 2 JuMoG).

6. Entscheidender Einzelrichter

Das Berufungsgericht kann nach § 526 Abs. 1 ZPO n.F. durch Beschluss den Rechtsstreit einem seiner Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen, wenn

1. die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter erlassen wurde
2. die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist
3. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und
4. noch nicht im Haupttermin zur Hauptsache verhandelt worden ist (Ausn.: nach Vorbehalts-, Teil- oder Zwischenurteil).

Bei Änderung der Prozesslage oder auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien legt der Einzelrichter den Rechtsstreit dem Berufungsgericht vor, das die Sache bei wesentlicher Änderung der Prozesslage und neu entstandenen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten übernimmt (§ 526 Abs. 2 ZPO n.F.). Auf einen Verfahrensfehler in dieser Hinsicht kann ein Rechtsmittel nicht gestützt werden (§ 526 Abs. 3 ZPO n.F.).

Der BGH (IX. Zivilsenat) hatte über eine Beschwerdeentscheidung eines Einzelrichters zu entscheiden, in der die Rechtsbeschwerde zugelassen worden war, obwohl unter diesen Umständen das Verfahren nach § 568 S. 2 ZPO auf den gesamten Spruchkörper hätte übertragen werden müssen. Nach Auffassung des BGH ist die Zulassung des Rechtsmittels wirksam. Dagegen sei die Entscheidung wegen Verstoßes gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters aufzuheben.⁵³ Auch § 568 S. 3 ZPO stehe einer Berücksichtigung der Verletzung des gesetzlichen Richters

nicht entgegen. Im Fall der unterlassenen Übertragung schütze die Vorschrift nur die sachliche Nachprüfbarkeit der Einzelrichterentscheidung bei zulassungsfreier Rechtsbeschwerde, während anderenfalls die fehlende Übertragung bereits als Verfahrensmangel zur Aufhebung führen müsste. Davon unterscheidet sich die Entscheidung des Einzelrichters, der trotz der von ihm bejahten Grundsätzlichkeit von einer Übertragung auf das Gremium absehe, grundlegend. Dem hat sich der XII. Zivilsenat angeschlossen.⁵⁴

Etwas anderes gilt allerdings für eine Entscheidung des Einzelrichters nach § 526 ZPO.⁵⁵ Denn hierbei handelt es sich anders als im Fall des § 568 ZPO nicht um eine originäre Einzelrichterzuständigkeit. Vielmehr setzt eine Entscheidung des Einzelrichters in der Berufungsinstanz die vorherige Übertragung der Sache durch den vollständig besetzten Spruchkörper voraus. Die Rückübertragung ist nach § 526 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nur bei wesentlicher Änderung der Prozesslage oder übereinstimmendem Antrag der Parteien möglich. Wenn also der Einzelrichter etwa von vornherein anderer Ansicht war als die Mehrheit des Spruchkörpers oder aber später trotz unveränderter Prozesslage zu der Einsicht gelangt, der Rechtsstreit habe doch grundsätzliche Bedeutung, stehen die Entscheidung durch den Einzelrichter und die Zulassung der Revision nicht im Widerspruch zueinander. Es entscheidet also der gesetzliche Richter.

7. Kosten und Streitwert im Berufungsverfahren

a) Kosten

Auf Grund der neueren Rechtsprechung des BGH dürfte der Problemkreis der sog. fristwährenden Berufung weitgehend erledigt sein.

Der BGH (X. ZS)⁵⁶ hat zunächst entschieden: Auch wenn der Berufungskläger die Berufung nur zur Fristwahrung einlegt und vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zurücknimmt, ist dem Berufungsbeklagten eine zur Kostenfestsetzung angemeldete 13/20-Gebühr eines zu diesem Zeitpunkt bereits beauftragten zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten zu erstatten. Diesen Ansatz hat der VIII. Zivilsenat des BGH⁵⁷ vervollständigt: Hat eine Partei gegen ein erstinstanzliches Urteil Berufung (nur) zur Fristwahrung eingelegt und nimmt sie ihr Rechtsmittel, bevor sie es begründet hat, innerhalb der Begründungsfrist zurück, so kann die Gegenpartei die zweite Hälfte der anwaltlichen Prozessgebühr, die durch ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung entstanden ist, nicht gem. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO erstattet verlangen.

Umstritten ist, wer die Kosten der Anschlussberufung zu tragen hat, wenn die Berufung gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen wird.⁵⁸ Der BGH (GSZ)⁵⁹ hat die Frage für die Anschlussrevision dahin beantwortet, dass im Fall der Nichtannahme der Revisionsbeklagte die anteiligen Kosten zu tragen habe. Das OLG Düsseldorf⁶⁰ hält die Zurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO für vergleichbar und hat daher auch in diesem Fall die Kosten gequotelt. Dieser Auffassung tritt *Ludwig*⁶¹ mit beachtlichen Gründen entgegen.

48 Vgl. *Burgermeister*, ZJP 2003, 165, 174.

49 *Burgermeister*, ZJP 2003, 165, 175.

50 BGH 26.2.2003, VIII ZR 262/02, FamRZ 2003, 747; BGH 13.8.2003, XII ZR 303/02, NJW 2003, 3352.

51 BGH 9.7.2003, XII ZR 83/00, FamRZ 2003, 1471.

52 *Burgermeister*, ZJP 2003, 165, 185 f. m.w.N.

53 BGH 13.3.2003, IX ZB 134/02, NJW 2003, 1254.

54 BGH 2.4.2003, XII ZB 198/02, FamRZ 2003, 748.

55 BGH 16.7.2003, VIII ZVR 286/02, NJW 2003, 2900.

56 BGH 17.12.2002, X ZB 9/02, NJW 2003, 756.

57 BGH 3.6.2003, VIII ZB 19/03, FamRZ 2003, 1461.

58 Vgl. *Ludwig*, MDR 2003, 670 m.w.N. zum Streitstand.

59 BGH NJW 1981, 1790.

60 OLG Düsseldorf 28.10.2002, 24 U 81/02, MDR 2003, 288 m.w.N.

61 *Ludwig*, MDR 2003, 670.

b) Streitwert in Unterhaltssachen

Der Gebührenstreitwert in Unterhaltssachen ergibt sich aus § 17 Abs. 1, 4 GKG in der schon auf Grund Art. 8 Abs. 1 S. 2 KindUG seit dem 1.7.1998 geltenden Neufassung. Für den laufenden Unterhalt ist danach der für die ersten zwölf Monate nach Einreichung der Klage geforderte Betrag maßgeblich, höchstens jedoch der Gesamtbetrag der geforderten Leistung (§ 17 Abs. 1 S. 1 GKG).

Die Beschränkung des laufenden Unterhalts auf die ersten zwölf Monate nach Klageeinreichung ist vor dem Hintergrund der neu eingeführten Dynamisierungsmöglichkeit sowie der Festsetzung für künftige Altersstufen zu sehen. Die gesetzliche Regelung ist wenig geglückt und vor allem in der Berufungsinstanz nicht recht sinnvoll anzuwenden. Der BGH hat daher jüngst eine Korrektur für notwendig gehalten.⁶²

Beispiel 3:⁶³ *Der Beklagte ist auf die Klage vom Familiengericht zum laufenden Unterhalt ab 1/01 i.H.v. mtl. 500 EUR verurteilt worden. Er erhebt dagegen lediglich Einwände für die Zeit ab Eintritt seiner Arbeitslosigkeit (1/02) und beantragt in der Berufungsinstanz, die Klage abzuweisen, soweit er ab 1/02 zum Unterhalt verurteilt worden ist.*

Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 GKG, der auch für die Berufungsinstanz gilt, ist bei Ansprüchen auf Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht der für die ersten zwölf Monate nach Einreichung der Klage geforderte Betrag maßgeblich. Das wären in der I. Instanz 6.000 EUR, in der II. Instanz 0 EUR.

Der BGH hat klargestellt, dass diese Folge vom Gesetz nicht gewollt sein kann,⁶⁴ und stattdessen unter Hinweis auf § 14 Abs. 1 S. 1 GKG den Streitwert nach den ersten zwölf Monaten bemessen, die noch im Streit sind.⁶⁵ Der so ermittelte Wert darf nicht höher sein als der erstinstanzliche Streitwert. Auch durch diese Methode sind Wertungswidersprüche aber noch nicht ausgeschlossen. Denn das Abstellen auf die ersten zwölf im Streit befindlichen Monate kann zu folgender Konsequenz führen: Wenn der Beklagte sich hinsichtlich des Unterhalts der ersten zwölf Monate nach Klageeinreichung nur gegen einen Spitzenbetrag, etwa 100 EUR, verteidigt und für die Zeit danach gegen die gesamte Forderung, wäre der Streitwert 1.200 EUR. Würde er sich dagegen erst ab dem dreizehnten Monat gegen die gesamte Forderung verteidigen, wäre der Streitwert 6.000 EUR. Damit wäre im zweiten Fall der Streitwert – deutlich – höher, obwohl über weniger gestritten wird.⁶⁶

8. Zulässigkeit der Revision

Die Revision findet nach § 543 ZPO n.F. nur noch auf Zulassung statt, was für allgemeine Zivilsachen (Übergangsregelung: § 26 Nr. 8 EGZPO) neu ist, nicht jedoch für Familiensachen (§§ 621d, 546 ZPO a.F.). Die neu eingeführte Zulassung durch das Revisionsgericht auf eine Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO gilt nach § 26 Nr. 9 EGZPO in Familiensachen erstmals für ab dem 1.1.2007 verkündete Entscheidungen. Die Nichtzulassungsbeschwerde wird dann auch bei Entscheidungen auf befristete Beschwerden nach § 621e ZPO eröffnet sein. Durch Art. 2 JuMoG soll die Nichtzulassungsbeschwerde bei Verwerfung der Berufung durch Urteil schon früher eröffnet werden. Schon ab 2002 kann auch in Familiensachen eine Sprungrevision nach § 566 ZPO eingelegt werden, wenn der Gegner einwilligt und der BGH die Revision wegen grundsätzlicher Natur der Sache zulässt.⁶⁷

9. Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde findet (in Familiensachen) nach § 574 Abs. 1 ZPO n.F. statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (Nr. 1) oder das OLG sie zugelassen hat (Nr. 2).

Hat das OLG die Berufung durch Beschluss als unzulässig verworfen, so ist dagegen die Rechtsbeschwerde nach dem BGH⁶⁸ abweichend vom früheren Rechtszustand auch dann nur nach § 574 Abs. 2 ZPO zulässig, d.h. unter folgenden Voraussetzungen:

- grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache oder
- Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts wegen erforderlicher Fortbildung des Rechts oder Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung.

Die weiteren Regelungen zur Rechtsbeschwerde (§§ 575 ff. ZPO n.F.) orientieren sich weitgehend – allerdings mit Abweichungen, z.B. hinsichtlich der Begründungsfrist: (nur ein Monat) – an der Revision.

10. Abhilfepflicht bei Verletzung des rechtlichen Gehörs

Umstritten ist, ob die Abhilfemöglichkeit nach § 321a ZPO auch für unanfechtbare Entscheidungen der Berufungsinstanz Anwendung findet.⁶⁹ Aus dem Gesetzgebungsverfahren zum ZPO-RG soll das Gegenteil folgen, weil die Ausweitung des § 321a ZPO auf sämtliche unanfechtbare Entscheidungen erwogen, aber verworfen worden ist.⁷⁰ Das konnte allerdings von vornherein nicht überzeugen. Stünde ein Verfahren wie § 321a ZPO für andere Entscheidungen nicht zur Verfügung, bliebe immer noch das bereits in der Vergangenheit entwickelte Instrument der außerordentlichen Beschwerde, der Gegenvorstellung oder die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde. Eine Anwendung des § 321a ZPO auch auf andere Entscheidungen könnte deshalb gerade dem effizienten Einsatz vorhandener Ressourcen dienen, weil sie eine Selbstkorrektur der Gerichte ermöglichte, ohne dass sich die Rechtsmittelgerichte oder das BVerfG in einem jeweils deutlich aufwändigeren Verfahren mit der Sache befassen müssten.⁷¹

Das BVerfG⁷² hat daher jüngst durch Plenarbeschluss entschieden, dass die Garantie des wirkungsvollen Rechtsschutzes, mit dem die Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG im funktionalem Zusammenhang stehe, es erfordere, dass der Gesetzgeber das Rechtsschutzsystem so auszuformen habe, dass Verstöße in erster Linie durch die Fachgerichte zu korrigieren seien. Es mache keinen Unterschied, ob die Grundrechtsverletzung in erster Instanz oder in der Rechtsmittelinstanz geschehen sei.⁷³ Bei letztinstanzlichen Entscheidungen müsse die Verfahrensordnung eine eigenständige gerichtliche Abhilfemöglichkeit vorsehen.⁷⁴ Das BVerfG hat vom Gesetzgeber aus dem Gesichtspunkt der Rechtsmittelklarheit eine lückenlose Regelung im geschriebenen Recht gefordert und dem Gesetzgeber hierzu eine Frist bis zum 31.12.2004 bestimmt. Sollte der Gesetzgeber dem nicht nachkommen, sei das Verfahren auf entsprechenden Antrag der benachteiligten Partei, der binnen

62 BGH 4.6.2003, XII ZB 24/02, FamRZ 2003, 1274 m.w.N.

63 *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess, 3. Aufl., Rn 5151.

64 BGH 4.6.2003, XII ZB 24/02, FamRZ 2003, 1274; bildhaft hierzu *Ewers*, FamRZ 2001, 1050: „Welchen Wert hat eine Berufung, die nur den Unterhalt aus der Zeit nach den genannten zwölf Monaten angreift, vielleicht einem erloschenen Stern vergleichbar, dessen ungeheuer schweres schwarzes Loch angeblich überhaupt keine Zeit mehr aufweist?“

65 Diese Diskrepanz kann sich freilich auch schon für die erste Instanz ergeben.

66 *Philippi*, FPR 2002, 593, 595.

67 BGH 7.5.2003, XII ZB 191/02, FamRZ 2003, 1093; a.A. *Piekenbrock/Schulze*, JZ 2002, 911, 920.

68 BGH 7.5.2003, XII ZB 191/02, FamRZ 2003, 1093.

69 Dafür OLG Celle NJW 2003, 906; *Schmidt*, MDR 2002, 915, 918; a.A. OLG Oldenburg NJW 2003, 149; offenbar auch *Gehrlein*, MDR 2003, 421, 424 („nur durch ein höchstrichterliches Machtwort“); ähnlich *Greger*, NJW 2002, 3049, 3051.

70 Vgl. *Schmidt*, MDR 2002, 915, 918.

71 *Schmidt*, MDR 2002, 915, 918.

72 BVerfG 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, FamRZ 2003, 995; dazu *Rimmelspacher*, JZ 2003, 797.

73 BVerfG 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, FamRZ 2003, 995, 997 f.

74 BVerfG 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, FamRZ 2003, 995, 998.

14 Tagen seit Zustellung der Entscheidung zu stellen sei, fortzusetzen.

Aber auch für die Zwischenzeit bis zum 31.12.2004 oder bis zu einer gesetzlichen Neuregelung sollte schon so verfahren werden.⁷⁵ Wenn der Gesetzgeber den vorhandenen Rechtszustand bei der Reform eines Gesetzes nicht vollständig wahrgenommen hat, folgt aus der nur eingeschränkten Neuregelung noch kein verbindlicher Ausschluss bisher anerkannter außerordentlicher Rechtsmittel. Die Gegenvertretung mit Abhilfemöglichkeit bei Verletzung des rechtlichen Gehörs war aber bereits vor der ZPO-Reform in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt,⁷⁶ woran der Gesetzgeber nichts ändern wollte.

Die analoge Anwendung des § 321a ZPO dient daher weniger der Schaffung eines zusätzlichen außerordentlichen Rechtsmittels, sondern eher dessen Reglementierung. In diesem Sinne ist es zu befürworten, wenn das nunmehr in § 321a ZPO enthaltene gesetzliche Modell der Selbstkorrektur auch für andere unanfechtbare Entscheidungen übernommen wird und im Sinne einer einheitlichen und für die Prozessparteien berechenbaren Rechtsanwendung auch bis zu der vom BVerfG angemahnten umfassenden gesetzlichen Regelung durchgehend angewendet wird. Ganz auf dieser Linie hat der BGH (IX. Zivilsenat) neuerdings eine ungeachtet der gesetzlichen Voraussetzungen denkbare außerordentliche Rechtsbeschwerde wegen greifbarer Gesetzwidrigkeit im Hinblick auf die entsprechend heranzuziehende und abschließende Regelung des § 321a ZPO n.F. nicht mehr zugelassen.⁷⁷ Auch der XII. Zivilsenat hat so entschieden.⁷⁸ Nach § 321a ZPO ist das Verfahren auf Rüge der durch das Urteil (die Entscheidung) beschwerten Partei in derselben Instanz fortzuführen, wenn ein Rechtsmittel nicht gegeben ist und der Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden ist. Die näheren Voraussetzungen der erforderlichen Rügeschrift regelt § 321a Abs. 2 ZPO. Die Rügeschrift ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen beim Gericht einzureichen und muss neben der Bezeichnung des Prozesses die Verletzung des rechtlichen Gehörs und deren Entscheidungserheblichkeit darlegen. In Art. 1 Nr. 12 JuMoG ist als Änderung (lediglich) vorgesehen, dass das Gericht den Prozess fortführt, „soweit die Rüge reicht“. Die Zurückweisung oder Verwerfung der Rüge ist nicht anfechtbar (§ 321a Abs. 4 S. 3 ZPO).

75 Böttner/Niepmann, NJW 2003, 2492, 2500; ebenso Gravenhorst, MDR 2003, 887, 888.

76 Z.B. BGH FamRZ 1995, 1137.

77 BGH 17.3.2002, IX ZB 11/02, NJW 2002, 1577; dazu Lipp, NJW 2002, 1700.

78 BGH 4.12.2002, XII ZA 17/02.

Zum aktuellen Stand der PAS-Diskussion

Dipl.-Psychologe Dr. Josef Salzgeber, München

Kaum ein Begriff hat so schnell den Weg in die Fachliteratur und in die Rechtsprechung¹ gefunden wie der von Gardner zum ersten Mal im Jahr 1984 geprägte Begriff PAS (Parental Alienation Syndrom²). Vielleicht hat der Begriff „Bindungstoleranz“ eine ähnliche Karriere erfahren, aber mit anderen Folgen und Implikationen. In unmittelbarer Folge der Veröffentlichung von Kodjoe und Koeppl³ im Jahre 1998 löste der Begriff heftige Diskussionen in der deutschen Fachwelt aus, die zum Teil heute noch andauern. Anfänglich schienen sich Befürworter und Gegner des PAS-Konzeptes feindlich gegenüberzustehen.⁴ Eine solche kon-

frontative Diskussion verwundert im Nachhinein nicht, da der Begriff „PAS“ meist von Interessenverbänden, in der Regel Vätergruppen, einseitig in einem Schuld zuweisenden Sinne verwendet worden ist. Dabei bezog sich der Begriff PAS in erster Linie auf Kinder im mütterlichen Umfeld bzw. auf ein Verhalten der Mütter, das sich durch Programmierung der Kinder auszeichnet und in der Folge zu einer kompromisslosen, feindseligen und eigentlich unbegründeten Ablehnung des getrennt lebenden Vaters durch das Kind führt.

Der schnelle Erfolg des PAS-Konzeptes liegt wohl darin, dass es einen sensiblen Bereich der familienrechtlichen Praxis anspricht. Es sind gerade diese tragisch zu nennenden Familienkonflikte, bei denen sich häufig alle am Scheidungsgeschehen Beteiligten ohnmächtig erleben. Dabei spielt über die Grenzen des Gesetzes die traurige Erkenntnis eine Rolle, dass ein Elternteil die Rechte des getrennt lebenden Elternteils und die offensichtlichen Bedürfnisse des gemeinsamen Kindes eigenmächtig missachten kann, ohne letztendlich Sanktionen oder Konsequenzen befürchten zu müssen.

Hinzu kommt, dass seit der Kindschaftsrechtsreform ein Umgangausschluss für längere Zeit nur unter der Maßgabe des § 1666 BGB möglich ist. Diese Rechtsvorschrift zwingt die Beteiligten, die familiären Konflikte in Bezug auf mögliche Ursachen näher zu betrachten. Zudem ist ein derartiger Eingriff in das Elternrecht, wie ihn die Aussetzung eines Umgangs für den betroffenen Elternteil darstellt, erst möglich ist, wenn alle anderen Hilfen nicht mehr greifen.

Auf der sozialwissenschaftlichen Seite ist seit den Veröffentlichungen von Fthenakis⁵ und anderer Autoren die Rolle der Väter und deren Bedeutung für die Entwicklung der Kinder immer mehr in das Bewusstsein gerückt, wenn auch durch fehlende Differenzierungen⁶ nicht immer wissenschaftlich korrekt.⁷ Die lange Zeit gültige These, der Sorgeberechtigte könne am besten einen dem Kindeswohl gemäßen Umgang bestimmen, gilt nicht mehr.⁸

Aus der ohnmächtigen Ausgangssituation getrennt lebender Väter und der zugleich verstärkt in den Vordergrund getretenen Bedeutung der Väter für das gedeihliche Aufwachsen der Kinder entstand ein Interessenverbund, der bestrebt war, mit juristischen Mitteln das Recht zum Wohle des Kindes durchzusetzen und dies mit Hilfe eines „psychologisch-klinischen Syndroms“ untermauerte. PAS gibt hierzu nur vermeintliche Hilfestellung, da es einerseits dem vorliegenden Familienkonflikt einen angeblich klinisch relevanten Terminus verleiht und aus der Vaterabwesenheit,⁹ bedingt durch

1 Beispielhaft: AG Fürstenfeldbruck FamRZ 2002, 118; AG Rinteln ZfJ 1998, 344; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 638; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 975; OLG Dresden FPR 2003, 140.

2 Gardner, The Parental Alienation Syndrom, 1992.

3 Kodjoe & Koeppl, DAVorm 1998, 10.

4 Z.B. Kodjoe & Koeppl, Kind-Prax 1998, 138; Leitner & Schöler, DAVorm 1998, 850; Jopt & Behrens, ZfJ 2000, 223 auf der einen Seite; Rexilius, Kind-Prax 1999, 149; Salzgeber & Stadler, Kind-Prax 1998, 167; dies. FPR 1999, 231; Fegert, Kind-Prax 2001, 3 und 39; Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, 2001, auf der anderen Seite.

5 Fthenakis, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung – Möglichkeiten und Grenzen eines Ansatzes – Gutachten erstattet am 8.6.1982 vor dem BVerfG – Karlsruhe, 1982; ders.; Väter I. II. 1985; ders.; Vaterrolle in der Familienforschung. In: Heller, Nickel (Hrsg.), Psychologie in Erziehung und Unterricht, 1984, S. 1.

6 So auch Jopt, U., Im Namen des Kindes. Plädoyer für die Abschaffung des alleinigen Sorgerechts, 1992 oder Rexilius, Kind-Prax 2000, 3.

7 Über die Folgen von Vaterabwesenheit und deren Bedeutung für die Kinder unter Berücksichtigung weiterer Einflussvariablen siehe: Metastudie: Amato & Gilbreth, Nonresident Fathers and Children's Well-Being: A Meta Analysis, 1999, 557, aber auch die Scheidungsforschungen von Wallerstein & Kelly, 1980; Hetherington & Kelly, 2003; Macoby & Mnookin, 1992.

8 So noch Goldstein, Freud, Solnit, Diesseits des Kindeswohls, 1979.

9 Eigenartigerweise nur bei vermeintlichem oder tatsächlichem Umgangsboykott, nie bei Verweigerung des getrennt lebenden Elternteils zum Kind Kontakt aufzunehmen.