

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

■ Bemerkungen zum 1. Gesetz zur Modernisierung der Justiz (JuMoG)

von Vorsitzendem Richter am Oberlandesgericht Hermann Bischoff, Nürnberg

Am 30. August 2004 wurde das JuMoG im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I 2004, 2198). Es trat mit seinen wesentlichen Bestimmungen am 1. September, also bereits zwei Tage nach Verkündung, in Kraft, und schon kurz darauf wurde eine Berichtigung erforderlich (BGBl. I 2004, 2300). Der Beitrag beschränkt sich auf den zivilrechtlichen Teil des Gesetzes und hier auf die für das familiengerichtliche Verfahren relevanten Vorschriften. Der Verfasser, der für den FamRB bereits die Rechtsmittel in Familiensachen nach der ZPO-Reform 2002 kritisch dargestellt hat (FamRB 2003, 306; 380), versteht das Gesetz in seinem zivilrechtlichen Teil als „1. Reparaturgesetz zur ZPO-Reform 2002“. Er zeigt auf, dass es eine Reihe von begrüßenswerten Änderungen und Vereinfachungen bringt, dass aber nach wie vor eine Reihe von Fragen offen bleibt bzw. neue Probleme geschaffen wurden, deren Beantwortung und Lösung durch die Rechtsprechung erfolgen muss.

1. § 15 Abs. 1 Satz 2 ZPO¹

In § 15 Abs. 1 Satz 2 ZPO wurde als zuständiges Gericht das **AG Schöneberg** in Berlin bestimmt, um die Ungewissheit auszuschalten, welches der Berliner Amtsgerichte das **Amtsgericht am Sitz der Bundesregierung** ist.

2. § 47 Abs. 2 ZPO

Neu geschaffen wurde § 47 Abs. 2 ZPO, der dem Richter, gegen den ein **Ablehnungsgesuch während der Verhandlung** eingereicht wurde, die Möglichkeit gibt, die Verhandlung zu Ende zu führen. Damit wird vermieden, dass eine Beweisaufnahme oder eine Verhandlung sofort nach einem Ablehnungsantrag unterbrochen werden muss. Die Vorschrift dient damit einer Beschleunigung des Verfahrens. Wenn der Ablehnungsantrag allerdings Erfolg hatte, müssen die vom abgelehnten Richter nach der Ablehnung vorgenommenen Prozesshandlungen wie-

derholt werden (§ 47 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Bei einem **Kollegialgericht** gilt das Gleiche, wenn ein einzelnes Mitglied des Kollegiums abgelehnt wurde.

Die Vorschrift dient im Regelfall der **Beschleunigung** und ist daher zu begrüßen. Sie kann den Nebeneffekt haben, dass eine Ablehnung unterbleibt, die nur dazu dienen soll, eine Verfahrensverzögerung zu erreichen. Sie kann aber auch einen Nachteil bringen: Es dürfte schwer sein, während einer längeren Beweisaufnahme (u.U. mit auswärtigen Zeugen) ein erfolgreiches Ablehnungsgesuch anzubringen. Die ohnehin schwach ausgeprägte Neigung der Gerichte, solchen Anträgen stattzugeben, wird in diesen Fällen sicher noch weiter abnehmen.

Ich meine aber, dass man diese Gefahr in Kauf nehmen kann, weil Ablehnungsanträge in Zivil- oder Familiensachen selten sind. Es wird jedenfalls vermieden, dass querulatorische Ablehnungsanträge automatisch zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen.

3. § 91 ZPO

§ 91 ZPO erhielt einen neuen Absatz 4: „Zu den Kosten der Rechtsstreits im Sinne von Abs. 1 gehören auch Kosten, die die obsiegende Partei der unterlegenen Partei im Verlaufe des Rechtsstreits gezahlt hat.“ Die Bestimmung soll Unklarheiten beseitigen, die bisher dadurch entstanden sind, dass eine „**Rückfestsetzung**“ von **zuvor überzahlten Kosten** im Gesetz nicht geregelt war.

Ihrem Wortlaut nach erfasst die neue Bestimmung aber auch solche Kosten, die als **Prozesskostenvorschuss** von einer Partei an die Gegenpartei geleistet werden mussten. Ich glaube nicht, dass auch diese Fälle durch die Bestimmung geregelt werden sollten. Ein Prozesskostenvorschuss ist nach der Rechtsprechung im Regelfall nicht zurückzahlen, soweit er die von der begünstigten Partei insgesamt zu zahlenden Kosten nicht übersteigt. Eine (teilweise) Rückzahlung des Prozesskostenvorschusses kommt stets in Betracht, wenn die „arme“ Partei an dem Prozesskostenvorschuss „verdienen“ würde, d.h. wenn ihr nach Bezahlung der von ihr nach den Kostenbestimmungen zu leistenden Kosten noch Geld aus dem Prozesskostenvorschuss verbliebe.

Im Übrigen kommt eine Rückzahlung nur dann in Frage, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der „armen“ Partei wesentlich gebessert haben oder wenn die Rückforderung aus anderen Gründen der **Billigkeit** entspricht.² Eine **wesentliche Verbesserung der finanziellen Verhältnisse** der Partei kann in einer größeren Zahlung auf einen **Zugewinnausgleichsanspruch** liegen. **Nicht** in Frage kommt m.E. eine (auch erhebliche) **Unterhaltsnachzahlung**.

¹ Im Folgenden werden die neuen Bestimmungen, soweit sie für das familienrechtliche Verfahren eine Rolle spielen, der Reihe nach vorgestellt und, soweit nötig, kurz erläutert. Soweit Bestimmungen zusammenhängen oder sich ergänzen, wird im Einzelfall darauf hingewiesen. Verzichtet wurde auf eine Darlegung der Änderung folgender Bestimmungen, die für Praktiker des Familienrechts weniger relevant sind: §§ 181 Abs. 1 Satz 1, 527 Abs. 3, 553 Abs. 1, 554 Abs. 4, 623 Abs. 2 Satz 4, 629 Abs. 3 Satz 3, 915 Abs. 1 Satz 2 ZPO sowie Änderungen des GVG, des FGG und des RPfGG.

² Vgl. BGH v. 14.2.1990 – XII ZR 39/89, MDR 1990, 623 = FamRZ 1990, 491.

4. § 91a Abs. 1 ZPO

In § 91a Abs. 1 ZPO wurde ein Satz 2 eingefügt. Danach ist eine **Kostenentscheidung** wie in Satz 1 auch dann zu fällen, **wenn der (Wider-)Beklagte einer Erledigungserklärung des Gegners nicht innerhalb einer Notfrist von 2 Wochen widerspricht**. Auf diese Folge muss er aber vorher hingewiesen werden. Eine solche Entscheidung ist denkbar, wenn die Erledigungserklärung in einem Schriftsatz erfolgt. Dadurch wird eine mündliche Verhandlung über die Erledigung des Rechtsstreits vermieden. Die Bestimmung hat aber noch eine weitere Wirkung: Es wird eine **beiderseitige Erledigungserklärung fingiert** mit der Folge, dass die beklagte Partei nach Ablauf der Frist der Erledigungserklärung nicht mehr widersprechen und damit eine günstigere Kostenfolge (etwa nach § 91 ZPO) erwirken kann. Gegen die unverschuldete Versäumung der Frist kann **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand gewährt werden (Notfrist!).

5. § 159 Abs. 1 Satz 2 ZPO

Durch die Neufassung des § 159 Abs. 1 Satz 2 ZPO wird der Einsatz von **Protokollführern** eingeschränkt. Ein Protokollführer „kann“ zugezogen werden, „wenn dies auf Grund des zu erwartenden Umfangs des Protokolls, in Anbetracht der besonderen Schwierigkeiten der Sache oder aus einem sonstige wichtigen Grund erforderlich ist“. Ob die Zuziehung eines Protokollführers erforderlich ist, entscheidet der Vorsitzende, dessen Entscheidung nicht anfechtbar ist. Die derzeitige Sparwut der öffentlichen Hand macht also auch vor dem Zivilprozess nicht Halt. Ich glaube nicht, dass diese Vorschrift in der Praxis etwas ändern wird.

6. § 234 ZPO

In § 234 ZPO wurde ein neuer Satz 2 in Absatz 1 eingefügt, der im Falle der (unverschuldeten) Versäumung der **Frist zur Begründung** (nicht zur Einlegung, hier bleibt es bei der 2-Wochen-Frist) **der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a Abs. 2 ZPO** eine **Monatsfrist** einräumt. Damit gibt es jetzt bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zwei verschiedene Fristen. Das trägt sicher nicht zur Klarheit bei. Durch die Bestimmung wird erreicht, dass bei einem unverschuldeten Versäumen einer dieser Fristen, die im Regelfall eine Folge der Unkenntnis der Partei über eine Entscheidung ist, der Partei die Zeit zur Verfügung steht, die sie normalerweise bei Kenntnis der Entscheidung hätte.

Die Monatsfrist hat aber auch zur Folge, dass eine Partei, die **Prozesskostenhilfe** für ein beabsichtigtes Rechtsmittel beantragt, weil sie nicht in der Lage ist, die Prozesskosten zu zahlen, wesentlich **mehr Zeit zur Begründung** ihres Rechtsmittels hat als eine Partei, die die Kosten des Rechtsmittelverfahrens selbst vorstrecken muss: Die arme Partei kann bis zu einem Monat nach Zustellung der Entscheidung den PKH-Antrag (nach der Rechtsprechung des BGH ohne Vortrag zur Sache³) stellen. Das Rechtsmittelgericht leitet den Antrag der Gegenpartei zur Stellungnahme zu. Wenn die Stellungnahme erfolgt oder die gesetzte Frist zur Stellungnahme abgelaufen ist, entscheidet das Gericht über die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Bis

dahin ist meist neben der Rechtsmitteleinlegungsfrist auch die Begründungsfrist (bei der Rechtsbeschwerde des § 574 ZPO sind diese Fristen gleichlaufend) abgelaufen. Hier hat die „arme“ Partei nun die Möglichkeit, innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO (2 Wochen) Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einlegungsfrist zu beantragen und innerhalb eines Monats den entsprechenden Antrag für die Begründungsfrist zu stellen.

Eine weitere Frage, die in der Rechtsprechung des BGH⁴ offen gelassen wurde, ist durch die neue Bestimmung auch nicht geklärt: **Wann beginnt die Begründungsfrist zu laufen**: mit Zustellung des PKH-Bewilligungsbeschlusses oder erst mit Zustellung des Beschlusses, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Einlegungsfrist bewilligt?

Zu den noch offenen Fragen werden verschiedene Meinungen vertreten: *Fölsch* meint, aus verfassungsrechtlichen Gründen könne die Monatsfrist erst mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der *Einlegungsfrist* zu laufen beginnen.⁵ Dem Gesetz ist diese Auslegung m.E. nicht zu entnehmen. Ich bin der Meinung, dass auch die Frist zur *Begründung* der Berufung (Revision, Rechtsbeschwerde, Nichtzulassungsbeschwerde) unmittelbar mit der Beseitigung des Hindernisses, das diese Begründung bisher verhinderte, zu laufen beginnt. Dieses Hindernis ist einzig und allein die „Armut“ der Partei. Mit der Bewilligung der PKH ist dieses Hindernis beseitigt. Alle anderen Auslegungen sind m.E. juristische Verbiegungen, die einen vermeintlich verfassungsgemäßen Zustand herbeiführen sollen. Eine Verfassungswidrigkeit kann ich aber nicht erkennen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass der „armen“ Partei ab Zustellung des Urteils (Beschlusses) bis zur Zustellung eines die PKH bewilligenden oder auch ablehnenden Beschlusses ausreichend Zeit zur Verfügung steht, sich auf eine Begründung ihres Rechtsmittels vorzubereiten. Das gilt zumindest für die Berufung, die im Regelfall vom erstinstanzlichen Anwalt eingelegt und begründet wird.

Wollte man der Meinung von *Fölsch* folgen, ergäbe sich für die um Prozesskostenhilfe nachsuchende Partei gegenüber einer Partei, die ihr Rechtsmittel auf eigene Kosten führen muss, ein erheblicher zeitlicher Vorteil: Nach Zustellung des Urteils wird innerhalb eines Monats mit einer knappen Begründung Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Berufung beantragt. Dieser Antrag wird dem Gegner mit einer Frist zur Stellungnahme von 3–4 Wochen zugestellt. Nach Eingang dieser Frist wird innerhalb von ca. 2 Wochen Prozesskostenhilfe bewilligt. Ein paar Tage später (angesichts der Einsparungen von Personal auch bei den Berufungsgerichten) wird diese Zeit immer

3 A.A. verschiedene Oberlandesgerichte, die eine Begründung verlangen, aus der sich zumindest das Ziel des Rechtsmittels erkennen lässt, z.B. OLG Schleswig v. 21.1.2004 – 7 U 30/03, OLGReport Schleswig 2004, 266; OLG Dresden v. 30.7.2003 – 10 UF 447/03, MDR 2003, 1443 = OLGReport Dresden 2003, 456 = FamRZ 2004, 121; OLG Celle v. 22.1.2003 – 3 U 278/02, MDR 2003, 470 = OLGReport Celle 2003, 277.

4 Vgl. BGH v. 9.7.2003 – XII ZB 147/02, BGHReport 2003, 1155 = MDR 2003, 1308 = FamRZ 2003, 1462 (1465); vgl. dazu *Bischoff*, FamRB 2003, 380.

5 *Fölsch*, MDR 2004, 1029 [1032].

länger) wird der Beschluss zugestellt. 2 Wochen nach der Zustellung beantragt der Berufungsführer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dieser Antrag muss wiederum zur Wahrung des rechtlichen Gehörs dem Gegner zur Stellungnahme, diesmal innerhalb von 2 Wochen, zugestellt werden. Nach Ablauf dieser Frist wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Einlegungsfrist bewilligt. Jetzt beginnt die Monatsfrist zur Begründung des Rechtsmittels zu laufen. Dass diese ganze Prozedur weit länger als 2 Monate in Anspruch nimmt, erschließt sich unschwer. Der „Selbstfinanzierer“ hat aber nur 2 Monate zur Verfügung. Der Schutz der armen Partei darf m.E. aber nicht dazu führen, dass die Partei, die keine Prozesskostenhilfe erhalten kann, schlechter gestellt wird.

7. § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO

In § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO ist das **Wort „unverzüglich“ gestrichen** worden. Dadurch wurde ein Streitpunkt eliminiert. Die Frage, ob die Klagerücknahme „unverzüglich“ (vgl. § 122 BGB) erfolgt ist, braucht nicht mehr geprüft zu werden.

Der Vorschrift wurde ein neuer Halbsatz angefügt: „...; dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.“ Damit wird der Streit, ob die **Billigkeitsentscheidung bei Klagerücknahme auch schon vor Rechtshängigkeit** (nach Anhängigkeit) der Klage erfolgen kann, geklärt. **In Familiensachen** kommt dieser Fall häufiger vor als in allgemeinen Zivilsachen, wenn ein PKH-Verfahren vor der Klagezustellung durchgeführt wird. In solchen Fällen kommt es immer wieder zu einer Klagerücknahme, bevor die Klage förmlich zugestellt wurde, da der Gegenpartei zunächst das rechtliche Gehör gewährt werden muss, bevor der Klagepartei Prozesskostenhilfe bewilligt wird. Die Entgegnung des Beklagten kann dann Anlass zur Klagerücknahme sein. Nicht seltener Anlass zur Klagerücknahme ist in Kindesunterhaltsverfahren, dass der Unterhaltspflichtige nach Zugang des PKH-Antrags, aber vor Zustellung der Klage eine dem Klageantrag entsprechende Urkunde bei einem Jugendamt errichtet. In diesen Fällen ist durch die neue Bestimmung klargestellt, dass eine Kostenentscheidung ergehen kann, die auch berücksichtigt, wenn der Beklagte vor Eingang des PKH-Antrags Anlass zur Klageerhebung gegeben hat.

8. § 278 Abs. 6 ZPO

Die Möglichkeiten eines **gerichtlichen Vergleichs schlusses außerhalb der mündlichen Verhandlung** wurden durch eine Neufassung des § 278 Abs. 6 ZPO erweitert. Die Parteien können jetzt, ohne vorher einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag „abwarten“ zu müssen, durch entsprechende Schriftsätze einen vom Gericht durch Beschluss zu bestätigenden Vergleich schließen.

Daneben bleibt die Möglichkeit, einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag durch Schriftsatz anzunehmen.

9. § 284 ZPO

Dem § 284 ZPO wurden drei Sätze hinzugefügt, die es ermöglichen, mit Einverständnis der Parteien bei der Beweiserhebung **vom Strengbeweis des Zivilprozesses abzuweichen**. Dadurch kann das Gericht unter Umständen schneller und einfacher einen Rechtsstreit entscheidungsreif machen.

10. § 307 ZPO

§ 307 ZPO in der neuen Fassung ermöglicht es, **in jeder Lage des Rechtsstreits ein (Teil-)Anerkenntnisurteil** zu erlassen. Bisher gab es die Möglichkeit eines Anerkenntnisurteils ohne mündliche Verhandlung nur im schriftlichen Vorverfahren nach einer Aufforderung an den Beklagten nach § 276 Abs. 1 Satz 1 ZPO oder im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO. Nach der Neufassung ist ein Anerkenntnisurteil ohne mündliche Verhandlung auch noch in der zweiten und in der dritten Instanz zulässig. Zum Erlass eines Anerkenntnisurteils ist auch kein Antrag der Klagepartei erforderlich, weil es keinen Anspruch eines Klägers auf ein streitiges Urteil gibt.⁶

11. § 310 Abs. 3 ZPO

§ 310 Abs. 3 ZPO wurde erweitert: Jetzt kann auch die **Verwerfung eines Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil**, die bisher in einem anberaumten Verkündungstermin erfolgen musste, **im schriftlichen Verfahren** erfolgen. Die Verkündung wird in diesen Fällen durch die Zustellung des Verwerfungsurteils ersetzt.

12. § 320 Abs. 3 ZPO

Im **Berichtigungsverfahren** ist nach § 320 Abs. 3 ZPO eine mündliche Verhandlung nur noch auf Antrag erforderlich.

13. § 321a Abs. 5 Satz 1 ZPO

In § 321a Abs. 5 Satz 1 ZPO wird durch die Neufassung klargestellt, dass die Fortführung des „nur“ wegen des von der **Verletzung des rechtlichen Gehörs** betroffenen Teils nötig ist. Das hatte zwar bislang noch kaum Bedeutung, wird aber mit dem zum 1.1.2005 in Kraft getretenen Anhörungsrügensgesetz⁷ an Bedeutung gewinnen.

14. § 331 Abs. 3 Satz 3 ZPO

Im Säumnisverfahren kann nach dem neuen § 331 Abs. 3 Satz 3 ZPO **im schriftlichen Vorverfahren** des § 276 ZPO ein „**unechtes**“ **Versäumnisurteil** in einer **Nebenforderung** gegen den Kläger ergehen, wenn ihm vorher die (teilweise) Unschlüssigkeit seiner Klage mitgeteilt wurde. Das kann vor allem vorkommen, wenn ein Anspruch über **Verzugszinsen**, deren Höhe über dem gesetzlichen Zinssatz liegt, nicht ausreichend begründet wurde.

15. § 411a ZPO

Neu eingeführt wurde § 411a ZPO. Er ermöglicht die **Verwendung eines von einem Gericht in einem anderen Verfahren eingeholten Gutachtens**. Bisher war dies nur im Wege des Urkundenbeweises möglich. Dass die Neuregelung für die Parteien eine erhebliche Zeit- und Geldersparnis bedeuten kann, braucht wohl nicht näher dargelegt werden.

⁶ Vgl. Reichold in Thomas/Putzo, 26. Aufl., § 307 ZPO Rz. 11.

⁷ Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) v. 9.12.2004, BGBl. I 2004, 3220; s.a. Becker, ProZR 2004, 343.

16. § 511 Abs. 4 ZPO

In § 511 Abs. 4 ZPO wurde die **Zulassung einer wegen Nichterreichens der Berufungssumme sonst unzulässigen Berufung** neu gefasst. Dabei wurde klargestellt, dass die Frage, ob eine Entscheidung über die Zulassung einer Berufung erfolgen muss, ausschließlich von der Beschwer des Berufungsführers durch das anzufechtende Urteil abhängig ist. Es ist also nicht erforderlich (und nach der Neufassung sogar falsch!), dass ein erstinstanzliches Gericht immer über die Frage der Zulassung einer Berufung entscheiden muss wegen der abstrakten Möglichkeit, dass eine Partei nicht wegen der vollständigen Beschwer des Urteils, sondern nur wegen eines 600 € nicht übersteigenden Betrags Berufung einlegt.

17. § 524 Abs. 2 ZPO

Eine der für die Praxis wichtigsten Neuerungen enthält § 524 Abs. 2 ZPO: Die Frist zur **Einlegung der Anschlussberufung** beträgt nicht mehr einen Monat, sondern die Anschlussberufung kann und muss jetzt in „**der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwidern**“ eingelegt werden. Es kann also nicht mehr vorkommen, dass eine Frist zur Berufungserwidern gesetzt wird, die später als einen Monat nach der Zustellung der Berufungsbegründung abläuft, und dass bei Ausnützen dieser Frist die Frist für die Einlegung und Begründung der Anschlussberufung abgelaufen ist. Solche Fälle gab es bisher häufig dann, wenn die Erwidernfrist auf Antrag verlängert wurde. Eine **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand war wohl unzulässig,⁸ weil die Frist zur Einlegung der Anschlussberufung keine Notfrist war. An dieser Lage hat sich durch die Rechtsänderung nichts geändert, weil gegen die Versäumung richterlicher Fristen, zu denen auch die Berufungserwidernfrist gehört, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand grundsätzlich nicht möglich ist. Wenn die Frist zur Berufungserwidern versäumt wurde, kann zwar u.U. der Sachvortrag zur Rechtsverteidigung noch berücksichtigt werden (**in Familiensachen** gilt in diesem Fall § 621d ZPO, nicht § 531 ZPO!), eine Anschlussberufung, die gleichzeitig eingelegt wird, ist aber verspätet. Wenn vom Vorsitzenden der Berufungskammer oder des Berufungssenats die Frist zur Berufungserwidern verlängert wird, verlängert sich die Frist zur Einlegung der Anschlussberufung ebenfalls. Hier ist also durch das JuMoG eine Vereinfachung erfolgt, die auch viele **Anwaltsfehler** verhindert, die zwischen dem 1.1.2002 und dem 31.8.2004 „passiert“ sind.

Die neue Bestimmung kann aber auch zur Folge haben, dass die Frist zur Einlegung und zur gleichzeitigen Begründung der Anschlussberufung **kürzer als ein Monat** ist, wenn nämlich die Frist zur Berufungserwidern entsprechend knapp gesetzt wurde.

18. § 524 Abs. 2 Satz 3 ZPO

Eine erhebliche und wichtige Neuerung wurde auch durch den neuen § 524 Abs. 2 Satz 3 ZPO geschaffen. Nach dieser Bestimmung kann eine **Anschlussberufung** auch noch **später** eingelegt werden, „**wenn die Anschließen eine Verurteilung zu künftig fälligen Leistungen (§ 323 ZPO) zum Gegenstand hat**“. Das bedeutet, dass in **Unterhaltssachen** auch noch nach Ablauf der Frist des

§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO Anschlussberufung eingelegt werden kann. Hier hat der Gesetzgeber reagiert, bevor die Rechtsprechung wieder einmal in „berichtigender Auslegung“ eine nur dem Gesetzgeber zustehende Korrektur des Gesetzes vornahm.⁹ Die Vorschrift ermöglicht aber m.E. nicht, in allen Unterhaltsstreitigkeiten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine Anschlussberufung einzulegen, obwohl dies nach dem Text möglich erscheint. Der Hinweis in der Klammer auf § 323 ZPO bedeutet, dass eine Anschlussberufung nach Ablauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen für die **Zulässigkeit einer Abänderungsklage** (§ 323 ZPO) vorliegen.

Unklar ist wohl noch, wann die **Abänderungsgründe** eingetreten sein müssen, und wie lange nach einer Änderung der Verhältnisse, die zu einer zulässigen Abänderungsklage führen können, die Anschlussberufung eingelegt werden kann. Ich meine, dass die Abänderungsgründe **nach der letzten mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz** entstanden oder der Partei bekannt geworden sein müssen. Wenn sie vorher schon vorhanden oder bekannt waren, besteht kein Grund, für sie eine Ausnahme vom Grundsatz des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu machen. Zur Frage, wie lange nach dem Entstehen (bzw. Bekanntwerden) der Abänderungsgründe die Anschlussberufung eingelegt werden kann, ist den Beteiligten zu empfehlen, diese **unverzüglich** einzulegen. Ich halte es für möglich (und aus Gründen der Prozessökonomie auch für machbar), dass die Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet, die Anschlussberufung **bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Berufsrechtszug** eingelegt werden kann. Man sollte sich als Rechtsanwalt aber nicht darauf verlassen, bevor diese Frage nicht durch die Rechtsprechung (des BGH, nicht einzelner Oberlandesgerichte!) geklärt ist. Man darf hierbei nicht übersehen, dass es durch ein spätes Einlegen einer Anschlussberufung, die (wesentlich) früher hätte eingelegt werden können, u.U. zu Verzögerungen des Rechtsstreits kommen kann, die z.B. für unterhaltsberechtigte minderjährige Kinder nicht zumutbar sind. Ein Unterhaltspflichtiger, der wegen des Verlustes seiner Arbeitsstelle während des Berufungsverfahrens eine Anschlussberufung auf Herabsetzung des in erster Instanz festgesetzten Unterhalts erheben will, sollte dies möglichst bald tun, um nicht wegen des Interesses seiner Kinder an einer baldigen Entscheidung mit seinem Rechtsmittel ausgeschlossen zu werden.

Beraterhinweis: Nicht in allen Fällen von Anschlussrechtsmitteln gilt die neue Regelung, dass das Rechtsmittel innerhalb der vom Vorsitzenden gesetzten Erwidernfrist eingelegt werden kann. Die Frist des **§ 629a Abs. 3 ZPO ist unverändert!** Wer also in einem **Verbundverfahren** gegen eine andere Familiensache als die vom Gegner angefochtene ein Rechtsmittel einlegen will, muss dies weiterhin in der Monatsfrist nach Zustellung der gegnerischen Rechtsmittelbegründung tun. Wer diese Frist versäumt, muss eine Verwerfung seines Rechtsmittels hinnehmen. Die neue Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO gilt also nur für ein Anschlussrechtsmittel, das die

⁸ Str., a.A. z.B. *Hüßtege* in Thomas/Putzo, 26. Aufl., § 233 ZPO Rz. 5.

⁹ Vgl. meinen Aufsatz in FamRB 2003, 306 [309 II. 1. a.E.].

gleiche Familiensache zum Gegenstand hat wie das Hauptrechtsmittel. ◀

19. § 541 Abs. 1 ZPO

§ 541 Abs. 1 ZPO wendet sich an die Geschäftsstellen des Erstgerichts, die die **Akten nach Anforderung unverzüglich an das Berufungsgericht** übersenden müssen. Dabei dürfen demnach noch nicht erledigte Anträge (z.B. PKH-Anträge, Kostenanträge, Anträge auf Streitwertfestsetzung) nicht mehr vor der Übersendung der Akten an das Berufungsgericht bearbeitet werden, wenn damit eine Verzögerung der Aktenvorlage, sei sie auch nur kurzfristig, verbunden ist. Durch diese Bestimmung soll erreicht werden, dass ein **erstmalig im Berufungsverfahren eingeschalteter Rechtsanwalt frühzeitig Akteneinsicht** erhalten kann.¹⁰ Dies ist seit dem 1.1.2002 besonders wichtig, weil eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist ohne Zustimmung des Gegners nur noch für einen Monat zulässig ist, § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO.

20. § 551 Abs. 2 Satz 6 ZPO

§ 551 Abs. 2 Satz 6 ZPO: Diese Vorschrift gibt dem Vorsitzenden des Revisionsssenats die Möglichkeit, die **Revisionsbegründungsfrist bis zwei Monate nach Übersendung der Akten zur Einsicht an den Revisionsanwalt zu verlängern**. Auch diese Vorschrift soll verhindern, dass der Rechtsanwalt das Rechtsmittel wegen zu wenig zur Verfügung stehender Zeit nicht ordnungsgemäß begründen kann.

21. § 552a ZPO

§ 552a ZPO wurde neu eingefügt. Er gibt dem **Revisionsgericht** die Möglichkeit, eine vom Berufungsgericht **zugelassene Revision, die es für unzulässig und für aussichtslos hält, durch begründeten Beschluss „zurückzuweisen“**. Hier muss aber der Revisionsführer vorher auf diese Möglichkeit hingewiesen werden. § 522 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO sind entsprechend anzuwenden.

Durch diese neue Bestimmung wird der Grundsatz des § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO durchbrochen, dass das Revisionsgericht an die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht gebunden ist. Ob diese Lösung dem BGH Arbeit erspart, halte ich für zweifelhaft, da er sich in diesen Fällen außer mit der Revision des Revisionsklägers auch noch mit der Ansicht des Berufungsgerichts auseinandersetzen muss, es lägen Gründe für die Zulassung der Revision vor. Ob meine Zweifel begründet sind, wird die Praxis zeigen.

22. § 574 Abs. 1 ZPO

§ 574 Abs. 1 ZPO wurde dahin ergänzt, dass § 542 Abs. 2 ZPO entsprechend angewendet wird. Das bedeutet, dass in den Verfahren, in denen eine **Revision nicht statthaft** ist (z.B. bei Arrest und einstweiliger Verfügung), **auch eine Rechtsbeschwerde gegen Neben- und/oder Zwischenentscheidungen nicht statthaft** ist.

23. § 577 Abs. 6 ZPO

§ 577 Abs. 6 ZPO erhielt einen neuen Satz 3, der es dem **Rechtsbeschwerdegericht** ermöglicht, in den Fällen von einer **Begründung** des Beschlusses **abzusehen**, „wenn sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen“. Es handelt sich demnach im Wesentlichen um die Fälle, bei denen nach Meinung des Rechtsbeschwerdegerichts die Rechtsbeschwerde nicht hätte zugelassen werden dürfen. Sie stellt also für das Rechtsbeschwerdeverfahren das **Pendant zu § 552a ZPO im Revisionsverfahren** dar.

24. § 708 Nr. 10 ZPO

In § 708 Nr. 10 ZPO wurde klargestellt, dass auch **landgerichtliche Berufungsurteile in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar** zu erklären sind. Diese Änderung wurde notwendig, weil seit 1.1.2002 auch gegen landgerichtliche Berufungsurteile die Revision statthaft ist. Die Anpassung des § 708 Nr. 10 ZPO wurde damals übersehen. Entsprechend wurden in **§ 717 Abs. 3 Satz 1 ZPO** die „Urteile der Oberlandesgerichte“ durch „Berufungsurteile“ ersetzt.

25. § 26 Nr. 9 EGZPO

Eine für das **familiengerichtliche Verfahren** wichtige neue Regelung enthält § 26 Nr. 9 EGZPO (eine gleichlautende Änderung enthält die Nr. 8 für allgemeine Zivilverfahren): Es wurde der Satz angefügt: „Dies gilt nicht, wenn das Berufungsgericht die Berufung verworfen hat.“ In den Fällen einer **Verwerfung einer Berufung durch Urteil** ist demnach die **Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO** statthaft. Bis zu dieser Änderung gab es in Familiensachen und in allgemeinen Zivilsachen, bei denen der Wert des Beschwerdegegenstandes unter 20.000,01 € lag, nur im Falle der Verwerfung einer Berufung durch **Beschluss** die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde (§ 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO). Gegen eine Verwerfung einer Berufung durch Urteil war bisher kein Rechtsmittel gegeben, wenn das Berufungsgericht die Revision nicht zuließ. Nach dem Wortlaut der Neufassung des § 26 Nr. 8 und 9 EGZPO ist jetzt **gegen Beschlussverwerfungen** offenbar **neben der Rechtsbeschwerde auch die Nichtzulassungsbeschwerde möglich!**

26. § 29 EGZPO

§ 29 EGZPO enthält für die Neufassungen der §§ 91, 91a und 411a ZPO gesonderte **Übergangsvorschriften**. Für die übrigen Gesetzesänderungen gibt es keine Übergangsvorschriften. Man darf also (vorübergehend) rätseln, wie z.B. eine Anschlussberufung zu behandeln ist, die innerhalb der vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts gesetzten Frist zur Berufsbeantwortung, aber nach Ablauf der Monatsfrist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F. eingegangen ist, wenn die Berufungsbegründung im August 2004 zugestellt wurde.

¹⁰ Vgl. Fölsch, MDR 2004, 1029 (1033 unter III. 3.).