

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Rainer Rackl

Das Rechtsmittelrecht nach dem FamFG

Band 2



Wolfgang Metzner Verlag

Band 2

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Rainer Rackl

Das Rechtsmittelrecht nach dem FamFG



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2011

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-8019-0418-0

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Vorwort 10

1. Teil 11

Einleitung 11

2. Teil 16

Die Rechtsmittel nach dem FamFG 16

A. Die Beschwerde 16

I. Die dogmatische Einordnung der Beschwerde in das Rechtsmittelrecht des FamFG 16

II. Die Einleitung des Beschwerdeverfahrens 18

1. Der Anwendungsbereich der Rechtsmittelvorschriften nach dem FamFG 18

2. Der Beschwerdegegenstand 21

a) Die Anfechtung erlassener Endentscheidungen 21

b) Die Anfechtbarkeit von Nebenentscheidungen 23

aa) Die grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Nebenentscheidungen 23

(1) Die gesetzliche Regelung 23

(2) Die Beurteilung der Anfechtungsbegrenzung 24

bb) Die ausnahmsweise Anfechtbarkeit von Nebenentscheidungen 28

(1) Die Zulassung der ZPO-Beschwerde aufgrund einzelner FamFG-Vorschriften 28

(2) Die Anwendbarkeit der ZPO-Beschwerde aufgrund der Verweisung auf ZPO-Vorschriften 30

(3) Die Beurteilung der Zulassung der ZPO-Beschwerde 31

cc) Die Kontrolle im Zusammenhang mit der Endentscheidung 33

(1) Die inzidente Kontrolle 33

(2) Die Beurteilung der Regelung 33

dd) Die Anfechtung von Kostenentscheidungen 34

- (1) Kostenentscheidungen, die zusammen mit der Hauptsache ergehen 34
 - (2) Kostenentscheidungen, die ohne Hauptsacheentscheidung ergehen 40
 - c) Die Statthaftigkeit der Beschwerde nach Erledigung der Hauptsache 42
 - aa) Die Kodifikation von Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts 42
 - bb) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde 44
 - (1) Die Entscheidung in der Hauptsache 44
 - (2) Das Erfordernis einer ursprünglich zulässigen und begründeten Beschwerde 44
 - (3) Die Erledigung der Hauptsache 44
 - (4) Das Erfordernis des berechtigen Interesses 45
 - (a) Die Generalklausel des § 62 Abs. 1 FamFG 45
 - (b) Die Regelbeispiele des § 62 Abs. 2 FamFG 47
 - (5) Das Antragserfordernis 50
 - cc) Der zeitliche Anwendungsbereich der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde 51
 - dd) Die Befristung der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde 54
 - ee) Die Feststellungentscheidung des Beschwerdegerichts 56
 - ff) Die Beurteilung der Neuregelung 57
- 3. Die Beschwerdeinstanz 57
 - 4. Die Beschwerdeerhebung 60
 - a) Die Beschwerdeerhebung beim Ausgangsgericht 60
 - b) Die Beschwerdeeinlegung in Ehe- und Familienstreitsachen 64
 - 5. Die Beschwerdeschrift 65
 - a) Die Formerfordernisse bezüglich der Beschwerdeeinlegung 65
 - aa) Die Voraussetzungen an die Beschwerdeeinlegung 65
 - bb) Die Beschwerdeeinlegung in Ehe- und Familienstreitsachen 68
 - b) Die Begründung der Beschwerde 71
 - aa) Das Begründungserfordernis als Soll-Vorschrift 71
 - bb) Die Befristung der Begründung 74
 - cc) Der Begründungzwang in Ehe- und Familienstreitsachen 78
 - 6. Die Befristung der Beschwerde 80
 - a) Die Kodifikation der befristeten Beschwerde 80

- b) Die Vereinbarkeit der befristeten Beschwerde mit dem Wesen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 82
 - aa) Der Meinungsstand 82
 - bb) Die Beurteilung der generellen Befristung 84
 - c) Der Fristbeginn 85
 - aa) Der Fristbeginn nach der Vorstellung des Gesetzgebers 85
 - bb) Der Fristbeginn in den einzelnen Konstellationen 88
 - cc) Die Beurteilung des Fristbeginns in den einzelnen Konstellationen 90
7. Die Beschwerdeberechtigung und Beschwerdeführungsbefugnis Minderjähriger 93
8. Die Wertgrenze in vermögensrechtlichen Angelegenheiten 98
- a) Die Wertgrenze 98
 - b) Die Errechnung der Wertgrenze 101
 - c) Die Zulassungsalternative 104
 - aa) Das Zulassungsverfahren 104
 - bb) Die Zulassungsentscheidung 106
 - d) Die Beurteilung des Beschwerdewerts und der Zulassungsalternative 108
9. Die Anschlussbeschwerde 109
- a) Die Kodifikation der Anschlussbeschwerde 109
 - b) Der Anwendungsbereich der Anschlussbeschwerde 110
 - c) Die Regelungsgehalt im Einzelnen 113
 - d) Die Befristung und Begründung der Anschlussbeschwerde 116
 - e) Die Modifikationen in Ehe- und Familienstreitsachen 119
 - aa) Keine Begründungspflicht 119
 - bb) Der Wirkungsverlust der Anschlussbeschwerde bei Zurückweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit 120
 - f) Die Bewertung der Kodifikation der Anschlussbeschwerde 123
10. Der Verzicht auf die Beschwerde 123
- a) Die Kodifikation des Verzichts im FamFG 123
 - b) Die Verzichtserklärung 124
 - c) Der einseitige Verzicht durch Erklärung gegenüber dem Gericht 126
 - aa) Die Wirksamkeit eines Verzichts vor Bekanntgabe des Beschlusses 126
 - bb) Das für die Verzichtserklärung zuständige Gericht 130
 - d) Der Verzicht gegenüber einem anderen Beteiligten 131

- aa) Der Verzicht als prozessuale Einrede 131
 - bb) Die Möglichkeit eines Rechtsmittelverzichts vor Bekanntgabe des Beschlusses 132
 - e) Der Verzicht auf die Anschlussbeschwerde 134
 - aa) Die besondere Regelung in § 67 Abs. 2 FamFG 134
 - bb) Der Verzicht gegenüber dem Gericht oder einem Beteiligten 134
 - cc) Die Möglichkeit eines Verzichts auf die Anschlussbeschwerde vor Einlegung des Hauptrechtsmittels 137
 - dd) Der Verzicht gegenüber einem Beteiligten vor Einlegung der Beschwerde 139
 - f) Die Beurteilung der Kodifikation des Verzichts 139
11. Die Rücknahme der Beschwerde 140
- a) Die Kodifikation der Rücknahme 140
 - b) Das für die Rücknahme zuständige Gericht 141
 - c) Die Rücknahme der Anschlussbeschwerde 144
 - d) Die Rücknahmereklärung gegenüber einem Beteiligten 145
 - e) Die Beurteilung der Rücknahmeregelung 147
- III. Der Ablauf des Beschwerdeverfahrens 147
- 1. Das Abhilfeverfahren beim Ausgangsgericht 148
 - a) Die Abhilfemöglichkeit des Ausgangsgerichts 148
 - b) Die Abhilfe einer unzulässigen oder unstatthaften Beschwerde 152
 - c) Die Vorlage an das Beschwerdegericht 155
 - d) Die Beurteilung des Abhilfeverfahrens 156
2. Der Gang des Verfahrens vor dem Beschwerdegericht 157
- a) Die Prüfung der Zulässigkeit 157
 - aa) Die Prüfung der Zulässigkeit von Amts wegen 157
 - bb) Die Möglichkeit eindeutig unbegründete Beschwerden ohne Entscheidung über die Zulässigkeit zurückzuweisen 159
 - cc) Die Zulässigkeitsprüfung bei Beschwerden in Ehe- und Familienstreitsachen 160
 - b) Die Prüfung der Begründetheit durch das Beschwerdegericht 161
 - aa) Das Beschwerdeverfahren als vollwertige Tatsacheninstanz 161
 - bb) Der Beschwerdeumfang 165
 - cc) Das Absehen von einzelnen Verfahrenshandlungen 166

- (1) Die Voraussetzungen für ein Absehen von Verfahrenshandlungen 166
 - (2) Die Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK 169
 - (3) Die praktische Anwendbarkeit der Vorschrift 170
 - (4) Die Möglichkeit des Absehens von Verfahrenshandlungen in Ehe- und Familienstreitsachen 172
 - (a) Die Durchbrechung des Mündlichkeitsprinzips 172
 - (b) Die Begründungspflicht des Gerichts und das Recht der Beteiligten zur Stellungnahme 174
 - (5) Die Beurteilung der Regelung 176
 - c) Die Übertragung der Entscheidung auf den Einzelrichter 177
 - aa) Der fakultative Einzelrichter in allen Beschwerdeverfahren 177
 - bb) Die Voraussetzungen einer Übertragung auf den Einzelrichter nach § 526 Abs. 1 ZPO 179
 - cc) Die Einschränkung der Übertragung auf einen Richter auf Lebenszeit 181
 - dd) Die Rückübertragung auf das Kollegium 183
 - ee) Die Beurteilung der Übertragung des Beschwerdeverfahrens auf den Einzelrichter 186
- IV. Die Beschwerdeentscheidung 187
- 1. Die Anwendbarkeit der Beschlussvorschriften auf die Beschwerdeentscheidung 187
 - 2. Die Entscheidungsmöglichkeiten des Beschwerdegerichts 188
 - 3. Die Möglichkeiten der Aufhebung und Zurückverweisung an das Ausgangsgericht 189
 - a) Die Zurückverweisung mangels Entscheidung des Ausgangsgerichts 190
 - b) Die Zurückverweisung wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels 192
 - c) Die Bindung des Ausgangsgerichts als Folge der Zurückverweisung 195
 - d) Die Zurückverweisung in Ehe- und Familienstreitsachen 197
 - 4. Die Bindung des Beschwerdegerichts an die Anträge der Beteiligten 198
 - 5. Die Begründungspflicht des Beschwerdegerichts 199
 - a) Die Kodifikation der Begründungspflicht des Beschwerdegerichts 199
 - b) Die Ausnahmen vom Begründungszwang 201

6. Die Beurteilung der gesetzlichen Kodifikation der Beschwerdeentscheidung 203
- V. Das Rechtsmittel im einstweiligen Rechtsschutz 203
1. Die grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Entscheidungen in Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familiensachen 206
 2. Die Ausnahmen von der Unanfechtbarkeit 208
 - a) Die Entscheidung aufgrund mündlicher Erörterung als Voraussetzung der Anfechtbarkeit 208
 - aa) Die mündliche Erörterung im Sinne des § 32 FamFG 208
 - bb) Die Anfechtung einer einstweiligen Anordnung aufgrund eines gemischt mündlich-schriftlichen Verfahrens 209
 - b) Die einzelnen Ausnahmetatbestände 212
 - aa) Die Anfechtbarkeit einer Sorgerechtsentscheidung 212
 - (1) Die erweiterte Anfechtbarkeit von Sorgerechtsentscheidungen 213
 - (2) Die Unanfechtbarkeit von Umgangentscheidungen 214
 - bb) Die sonstigen Fälle der Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen 216
 3. Die Beurteilung des Rechtsmittels im einstweiligen Rechtsschutz 218
- B. Die Rechtsbeschwerde 219
- I. Die dogmatische Einordnung der Rechtsbeschwerde in das Rechtsmittelrecht des FamFG 219
 - II. Die Einleitung des Rechtsbeschwerdeverfahrens 221
 1. Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde 221
 - a) Die Statthaftigkeit in Bezug auf die Art der anzufechtenden Entscheidung und das vorinstanzliche Gericht 221
 - b) Die Beurteilung der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde 224
 2. Das Erfordernis der Zulassung der Rechtsbeschwerde 225
 - a) Das Zulassungsverfahren 225
 - b) Die Gründe für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde 229
 - aa) Der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen 229
 - bb) Die einzelnen Zulassungsgründe 231

- c) Die Bindung des Rechtsbeschwerdegerichts an die Zulassung durch das Beschwerdegericht 234
 - d) Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde ohne Zulassung 235
 - aa) Die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 3 FamFG 235
 - bb) Die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde kraft Gesetz in Ehe- und Familienstreitsachen 238
 - e) Der Ausschluss der Rechtsbeschwerde in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes 240
 - f) Die Nichtkodifikation der Nichtzulassungsbeschwerde 242
 - g) Die Beurteilung des Zulassungserfordernisses 246
3. Die Rechtsbeschwerdeinstanz beim Bundesgerichtshof 247
4. Die Einlegung der Rechtsbeschwerde 248
- a) Die Einlegung der Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof 248
 - b) Die Form und der Inhalt 250
 - aa) Die Formerfordernisse bezüglich der Rechtsbeschwerdeschrift 250
 - bb) Der notwendige Inhalt der Rechtsbeschwerdeschrift 250
 - c) Die Befristung der Rechtsbeschwerde 251
 - d) Die Begründung der Rechtsbeschwerde 254
 - aa) Form und Frist der Rechtsbeschwerdebegründung 254
 - bb) Die Möglichkeit der Fristverlängerung 255
 - cc) Die Wiedereinsetzung in die Frist zur Rechtsbeschwerdebegründung 257
 - dd) Der Inhalt der Rechtsbeschwerdebegründung 259
 - e) Die Bekanntgabe an die anderen Beteiligten 261
 - f) Die Beurteilung der Rechtsbeschwerdeeinlegung 261
5. Die Rechtsbeschwerdeberechtigung und das Rechtsschutzbedürfnis 262
6. Die Anschlussrechtsbeschwerde 263
- a) Die Voraussetzungen an die Einlegung der Anschlussrechtsbeschwerde 263
 - aa) Die Einreichung einer Anschlussrechtsbeschwerdeschrift 263
 - bb) Das Begründungserfordernis der Anschlussrechtsbeschwerde 264
 - cc) Die sonstigen Voraussetzungen der Anschlussrechtsbeschwerde 266
 - b) Die Stellungnahme zur Anschlussrechtsbeschwerde 267
7. Die Sprungrechtsbeschwerde 267
- a) Der Anwendungsbereich der Sprungrechtsbeschwerde 268

- b) Die Anforderungen an die Einlegung der Sprungrechtsbeschwerde 270
 - aa) Das Antragserfordernis 270
 - bb) Das Einwilligungserfordernis 271
 - cc) Die Folgen der Antragseinlegung 273
 - c) Das Zulassungsverfahren vor dem Rechtsbeschwerdegericht 273
 - d) Das Verfahren nach der Zulassung 275
 - e) Die Beurteilung der Kodifikation der Sprungrechtsbeschwerde 276
- III. Der Ablauf des Rechtsbeschwerdeverfahrens 277
 - 1. Die Vorabprüfung der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde 277
 - 2. Die Prüfung der Begründetheit durch das Rechtsbeschwerdegericht 277
 - a) Der Prüfungsumfang des Rechtsbeschwerdegerichts 277
 - b) Die Begrenzung des Prüfungsumfangs nach § 72 FamFG 279
 - aa) Die Begrenzung auf Rechtsverletzungen 279
 - bb) Der Ausschluss der Rechtsbeschwerde bei Zuständigkeitsrügen 280
 - cc) Der Verlust des Rügerechts bei Verfahrensfehlern 282
 - dd) Die Bindung an Feststellungen zu ausländischem Recht 283
 - ee) Die Beurteilung des Prüfungsumfangs nach § 72 FamFG 285
 - c) Das weitere Rechtsbeschwerdeverfahren bis zur Entscheidung 285
 - aa) Das Rechtsbeschwerdeverfahren nach den im ersten Rechtszug geltenden Vorschriften 285
 - bb) Die notwendige Anwendbarkeit der Beschwerdevorschriften bezüglich des Rechtsbeschwerdeverfahrens 286
 - d) Die Beurteilung des Rechtsbeschwerdeverfahrens 290
 - IV. Die Rechtsbeschwerdeentscheidung 291
 - 1. Die Rechtsbeschwerdeentscheidung in Form eines Beschlusses 291
 - 2. Die Entscheidung bei unbegründeten Rechtsbeschwerden 292
 - a) Die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde 292
 - b) Die Möglichkeit der Zurückweisung der Rechtsbeschwerde durch einstimmigen Beschluss gemäß § 74a FamFG 292
 - aa) Die Voraussetzungen für einen Zurückweisungsbeschluss 293
 - bb) Das Verfahren bezüglich des Zurückweisungsbeschlusses 296
 - cc) Die Beurteilung der Zurückweisungsmöglichkeit nach § 74a FamFG 296

3.	Die Entscheidung bei begründeten Rechtsbeschwerden	297
a)	Die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die eigene Sachentscheidung	297
b)	Die Aufhebung der Entscheidung und die Zurückverweisung	298
4.	Die Möglichkeiten von einer Begründung der Rechtsbeschwerdeentscheidung abzusehen	301
5.	Die Beurteilung der Kodifikation der Rechtsbeschwerdeentscheidung	303
C.	Die Kostenentscheidung im Rechtsmittelverfahren	303
I.	Die Kostenentscheidung bei Erfolglosigkeit des Rechtsmittels	303
II.	Die Kostenverteilung im Übrigen	306
III.	Die Beurteilung der Kostenentscheidung	308
3. Teil		309
	Abschließende Bemerkungen	309
	Literatur- und Quellenverzeichnis	314

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Sommersemester 2010 der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation vor. Die mündliche Prüfung fand am 20. September 2010 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2010 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Löhnig, der die Wahl des Themas anregte und durch seine vorzügliche Betreuung zum Gelingen der Arbeit maßgeblich beitrug. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dr. Herbert Roth für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Prof. Dr. Henning Müller für die Mitwirkung an der mündlichen Prüfung.

Herzlich danken möchte ich meinen Eltern, auf deren Unterstützung ich mich in jeder Hinsicht nicht nur während der Promotionszeit verlassen konnte. Mein größter Dank gilt jedoch Pia Gambke für ihre Unterstützung in allen Bereichen. Ihr möchte ich diese Arbeit widmen.

Rainer Rackl

Oktober 2010

1. Teil

Einleitung

Die vorliegende Arbeit hat das Rechtsmittelrecht nach dem FamFG zum Thema. Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ist am 1.9.2009 in Kraft getreten. Im Zuge dessen wurden das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) und das 6. Buch der ZPO über das Verfahren in Familiensachen aufgehoben. Dessen Regelungsgegenstände sind nun im FamFG enthalten. Dabei stellt die Neugestaltung und Vereinheitlichung des Rechtsmittelsystems einen wesentlichen Inhalt der Reform dar¹.

Zur näheren Bestimmung des Themas bedarf es der Definition des Rechtsmittels. Darunter ist ein Antrag zu verstehen, durch den ein Verfahrensbeteiligter die Überprüfung und Aufhebung einer bestimmten Entscheidung durch das im Instanzenzug übergeordnete Gericht anstrebt². Ein Rechtsmittel ist dadurch gekennzeichnet, dass dessen Einlegung den Eintritt der Rechtskraft hindert (Suspensiveffekt), siehe § 45 S. 2 FamFG³. Den Eintritt der Wirksamkeit und der Vollstreckbarkeit hemmt das Rechtsmittel aber nicht automatisch, sondern nur in bestimmten Fällen, siehe §§ 40 Abs. 1 und 86 Abs. 2 FamFG. Als wesentliches Merkmal zeichnet das Rechtsmittel aus, dass das Verfahren mit dessen Einlegung in eine höhere Instanz gelangt (Devolutiveffekt)⁴. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich das Rechtsmittel von den sonstigen Rechtsbehelfen wie der Gehörsrüge nach § 44 FamFG oder der Rechtspflegererinnerung gemäß § 11 Abs. 2 RPfIG, durch die das Verfahren nicht in eine höhere Instanz gebracht wird, sondern nur von dem Gericht der Ausgangsinstanz erneut überprüft wird⁵.

¹ BT-Dr. 16/6308, S. 166; Saenger-Kemper FamFG Vorbem. zu §§ 58-75 Rn. 1.

² Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Vorbemerkungen zu §§ 58-75 Rn. 2; siehe auch Bork/Jacoby/Schwab-Müther Vor § 58 Rn. 1; Bumiller/Harders § 58 Rn. 2; siehe zur ZPO Zöller-Heßler Vor § 511 Rn. 4.

³ Bumiller/Harders § 58 Rn. 4; Keidel-Meyer-Holz § 58 Rn. 8; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Vorbemerkungen zu §§ 58-75 Rn. 8; siehe zum FGG Jansen-Briesemeister Vor §§ 19-30 Rn. 5.

⁴ Bork/Jacoby/Schwab-Müther Vor § 58 Rn. 1; Friederici/Kemper-Klußmann Vor §§ 58 ff. Rn. 2; Garbe/Ullrich-Klee-Wambach § 10 Rn. 5; siehe zum FGG Jansen-Briesemeister Vor §§ 19-30 Rn. 5.

⁵ Bumiller/Harders § 58 Rn. 2; Friederici/Kemper-Klußmann Vor §§ 58 ff. Rn. 2; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Vorbemerkungen zu §§ 58-75 Rn. 24.

Die Rechtsmittel gegen Endentscheidungen im FamFG sind die Beschwerde und die Rechtsbeschwerde. Sie sind in den §§ 58 bis 75 FamFG für den gesamten Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgesehen, soweit nicht in Sondervorschriften dieses oder eines anderen Gesetzes Abweichendes geregelt ist⁶. Daneben ist aufgrund besonderer gesetzlicher Verweisungen die sofortige Beschwerde gemäß §§ 567 ff. ZPO gegen Nebenentscheidungen gegeben.

Die Arbeit beschäftigt sich vornehmlich mit der Beschwerde und der Rechtsbeschwerde nach dem FamFG und legt den Schwerpunkt auf die Änderungen des Rechtsmittelrechts durch das FamFG gegenüber der alten Rechtslage. Da das FamFG erst am 1.9.2009 in Kraft getreten ist, ist allein schon wegen der Aktualität der Materie noch keine umfassende und geschlossene wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Thema vorhanden. Das Verfahrensrecht steht dabei naturgemäß nicht in gleicher Weise wie das materielle Recht im Fokus der Wissenschaft. Überdies fristet die freiwillige Gerichtsbarkeit im Hinblick auf die wissenschaftliche Aufarbeitung neben der Zivilprozessordnung ein Schattendasein. So war bereits zum Rechtsmittelrecht des FGG die wissenschaftliche Literatur in Form von Dissertationen oder Monographien sehr überschaubar⁷.

Daher ist es nicht verwunderlich, dass zum Rechtsmittelrecht des FamFG bisher überwiegend nur Kommentare und Aufsätze herangezogen werden können, nicht aber Monographien und Dissertationen, die auch aufgrund der Aktualität des Themas noch nicht vorhanden sind. Aus dem gleichen Grund wurden erst sehr vereinzelt obergerichtliche Entscheidungen hierzu erlassen. Die Bedeutung der Rechtsmittel für die Gewährleitung effektiven Rechtsschutzes für die Beteiligten macht es erforderlich, dass diese Lücke durch die nachfolgende Untersuchung geschlossen wird.

In der Arbeit sollen die Neuerungen des Rechtsmittelrechts nach dem FamFG mit der Rechtslage im FGG und der ZPO verglichen werden. Daneben werden auch die Reformversuche des Weißbuchs und der FrGO berücksichtigt⁸. Es wird geprüft, ob die Neugestaltung eine Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage

⁶ Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Vorbemerkung zu §§ 58-75 Rn. 1.

⁷ Siehe zum Beispiel: *Bonnet*, Studien zur Beschwerdebefugnis und zum Beschwerdegegenstand in der freiwilligen Gerichtsbarkeit; *Hofmann*, Das Verbot der reformatio in peius im Beschwerdeverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit; *Kahl*, Beschwerdeberechtigung und Beschwerde in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

⁸ Der Entwurf für eine Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit (FrGO) entwickelte sich aus den Änderungsvorschlägen des FGG in den 1950er und 1960er Jahre (Weißbuch), wurde aber nicht in ein Gesetzgebungsverfahren eingebracht; siehe auch Keidel-Sternal Einl. Rn. 10.

darstellt. Als Grundlage für die Untersuchung dient das Gesetz mit der jeweiligen Gesetzesbegründung und es werden die Kommentarliteratur sowie die maßgeblichen Aufsätze zum Rechtsmittelrecht des FamFG herangezogen. Besonders ist das Augenmerk auf das Gesetzgebungsverfahren gerichtet, da dieses zur Klärung bestehender Zweifelsfragen wichtige Hinweise liefern kann. Außerdem werden bei der kritischen Betrachtung verschiedene Stellungnahmen von großen Interessenverbänden berücksichtigt. Aufgrund der bewussten Anlehnung an die ZPO wird auch die diesbezügliche Literatur herangezogen.

Prüfungsmaßstab der Untersuchung sollen die Ziele sein, die sich das FamFG selbst gesteckt hat. Das FamFG wird daran gemessen, ob es seine Ziele erreichen kann oder dahinter zurückbleibt.

So hat das FamFG den Anspruch eine vollständige, zusammenhängende, moderne, rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Verfahrensordnung zu sein⁹. Diese soll bürgernah, flexibel, möglichst unformalistisch und pragmatisch, insbesondere soll das FamFG in Inhalt, Aufbau und Sprache für den interessierten Laien verständlich sein.

Im Sinne der Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit ist es zudem ein wesentliches Ziel der Reform, alle nicht gebotenen Abweichungen gegenüber anderen Verfahrensordnungen zu vermeiden. Die Neugestaltung bezweckt, dass das Rechtsmittelrecht vereinheitlicht, systematisiert und durch die Aufgabe des unübersichtlichen Nebeneinanders verschiedener Rechtsmittel übersichtlicher gestaltet wird. Durch die Regelung der Rechtsmittel im allgemeinen Teil des FamFG kann dabei die Übersichtlichkeit und Transparenz des Gesetzes für die Gesetzesanwender erhöht werden¹⁰. Daneben soll durch den dreistufigen Instanzenzug und die allgemeine Befristung das Verfahren gestrafft werden und mit anderen Verfahrensordnungen harmonisiert werden¹¹. Zuletzt besteht das Ziel durch die Angleichung an das Beschwerdeverfahren der ZPO Rechtssicherheit zu schaffen. Dabei wurden mehrere Vorschriften nahezu wörtlich den korrespondierenden ZPO-Vorschriften nachempfunden. So können bei vielen Merkmalen – wie zum Beispiel dem Erfordernis der grundsätzlichen Bedeutung in §§ 61 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG – die Rechtsprechung und das Schrifttum zu §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO herangezogen werden. Bei der entsprechenden Anwendung der ZPO-Vorschriften müssen

⁹ BT-Dr. 16/6308, S. 163 f.

¹⁰ Bahrenfuss-Joachim/Kräft § 58 Rn. 7.

¹¹ BT-Dr. 16/6308, S. 166.

aber stets die Besonderheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit berücksichtigt werden.

Unter anderem wird dargestellt, dass bei der Neugestaltung der Rechtsmittel verschiedene Unklarheiten und Probleme auftreten, die oftmals einen gemeinsamen Ursprung haben. So wurde das FamFG bis zum Inkrafttreten durch mehrere Reparaturgesetze immer wieder verändert¹². Auf diese Weise sollten offenkundige Unstimmigkeiten im Gesetz ausgebessert werden. Dies hat aber zum Teil zu weiteren Problemen in anderen Fallgestaltungen geführt. Außerdem treten in Ehe- und Familienstreitsachen durch den Ausschluss weiter Teile des allgemeinen Teils des FamFG und der Anwendbarkeit der Vorschriften der ZPO gemäß § 113 Abs. 1 FamFG sowie durch die Modifikationen der Rechtsmittelvorschriften in § 117 FamFG bezüglich der anzuwendenden Vorschriften häufig Schwierigkeiten auf. Bereits hier zeigt sich eine Unstimmigkeit insofern, als zwar eine eigenständige Verfahrensordnung geschaffen werden sollte, im Sinne der Rechtssicherheit aber großzügig auf die ZPO-Vorschriften verwiesen wird, anstatt diese Gegenstände eigenständig im FamFG zu regeln.

Entsprechend der Reihenfolge der Rechtsmittel wird zuerst die Beschwerde dargestellt und dann die Rechtsbeschwerde. Dabei orientiert sich der Aufbau der Arbeit jeweils an dem typischen Ablauf des Rechtsmittelverfahrens beginnend mit der Einleitung des Verfahrens. Danach werden der weitere Gang des Verfahrens und die Entscheidung erörtert. Zuletzt wird auf die Kostenverteilung bezüglich des Rechtsmittelverfahrens eingegangen. In die Untersuchung einbezogen werden wegen deren besonderen Bedeutung auch die Besonderheiten in Ehe- und Familienstreitsachen nach § 117 FamFG sowie die beschränkte Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen nach § 57 FamFG. Die sofortige

¹² Auch wenn es die Gesetzesbezeichnung nicht immer vermuten lässt, so wurde das FamFG durch folgende Gesetze geändert: Gesetz zur Umsetzung der Beteiligungsrichtlinie vom 12.3.2009, BGBI I 470; Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStr-RefG) vom 3.4.2009, BGBI I 700; Bilanzmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25.5.2009, BGBI I 2009, 1102; Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009, BGBI I 1696; Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung vom 29.7.2009, BGBI I 2258; Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009, BGBI I 2286; Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30.7.2009, BGBI I 2449; Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung vom 31.7.2009, BGBI I 2512.

Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO wird nur kurz dargestellt, da sich deren Voraussetzungen nach der ZPO richten¹³.

¹³ Die außerordentliche Beschwerde und die Untätigkeitsbeschwerde werden nicht dargestellt, da sich durch das FamFG diesbezüglich keine Änderungen ergeben haben; siehe dazu Keidel-*Meyer-Holz* Anhang zu § 58 Rn. 56 ff., 65 ff.; Meysen-*Finke* Vorbemerkungen § 58 Rn. 5 ff.; *Vogel* FPR 2009, 165 ff.

2. Teil

Die Rechtsmittel nach dem FamFG

A. Die Beschwerde

I. Die dogmatische Einordnung der Beschwerde in das Rechtsmittelrecht des FamFG

Als ordentliches Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Hauptentscheidungen in Verfahren nach dem FamFG steht die Beschwerde nach §§ 58 bis 69 FamFG zur Verfügung. Aufgrund gesetzlicher Verweisung kann daneben gegen Nebenentscheidungen die sofortige Beschwerde nach §§ 567 bis 572 ZPO eingelegt werden.

Die Beschwerde tritt an die Stelle der einfachen Beschwerde nach § 19 FGG, der sofortigen Beschwerde nach § 22 FGG, bezüglich der FG-Familiensachen an die Stelle der befristeten Beschwerde nach § 64 Abs. 3 S. 1 FGG iVm § 621e Abs. 1, 629a Abs. 2 ZPO a.F. sowie bezüglich der Ehe- und Familienstreitsachen nach §§ 112, 113, 117 FamFG an die Stelle der Berufung gemäß § 511 ff. ZPO.

Durch die nun grundsätzlich fristgebundene Beschwerde wird eine vollwertige zweite Tatsacheninstanz und Rechtsinstanz eröffnet¹⁴. Das Beschwerdegericht tritt dabei in den Grenzen des Rechtsmittels an die Stelle des Ausgangsgerichts. Dogmatisch ist die Beschwerde als Rechtsmittel gegen die Hauptsacheentscheidung an die Berufung der ZPO angelehnt¹⁵. Dies ist sinnvoll, da beide Rechtsmittel erstinstanzliche Hauptsacheentscheidungen zum Gegegenstand haben. Daneben ist eine Anlehnung an dieses Rechtsmittel zweckmäßig, da wegen der Einbeziehung der ZPO-Familiensachen und der bisherigen Zivilprozesssachen durch die Zuständigkeiterweiterung im Rahmen des „Großen Familiengerichts“ frühere Berufungsgegenstände nun FamFG-

¹⁴ Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Vorbemerkung zu §§ 58-75 Rn. 7; Zöller-Feskorn Vor § 58 FamFG Rn. 3.

¹⁵ BT-Dr. 16/6308, S. 203; Bork/Jacoby/Schwab-Müther Vor § 58 Rn. 1; Roth JZ 2009, 585, 589; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Vorbemerkungen zu §§ 58-75 Rn. 6; Zöller-Feskorn § 58 FamFG Rn. 1.

Angelegenheiten darstellen. Aufgrund dieser Anlehnung kann bezüglich der Gesetzesanwendung vielfach die Rechtslage zur ZPO herangezogen werden. Dies dient der Verfahrensvereinheitlichung und schafft Rechtssicherheit.

Bezüglich Endentscheidungen in Ehe- und Familienstreitsachen sind die §§ 58 ff. FamFG ebenfalls anzuwenden. Bezüglich der Beschwerde findet aber durch § 117 FamFG eine weitere Annäherung an die Berufung durch Sonderregelungen und Verweise auf Berufungsvorschriften statt¹⁶. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass es sich bei diesen Gegenständen um frühere ZPO-Angelegenheiten mit kontraktorischem Charakter handelt und dies im FamFG dadurch zum Ausdruck kommt, dass nach § 113 FamFG anstelle der meisten FamFG-Vorschriften des allgemeinen Teils umfangreich auf den allgemeinen Teil der ZPO verwiesen wird. Um die Einhaltung der daher geltenden ZPO-Verfahrensgrundsätze wie dem Beibringungsgrundsatz¹⁷ auch im Rechtsmittelverfahren sicherstellen zu können, müssen die Rechtsmittelvorschriften in diesem Sinne modifiziert werden. Wegen der Eigenart der Verfahrensgegenstände besteht somit die schon nach alter Rechtslage zum Rechtsmittelrecht bestehende parallele Anwendung zweier Verfahrensordnungen für ZPO- und FG-Familiensachen im FamFG fort. Im Ergebnis ändert sich daher bezüglich Ehe- und Familienstreitsachen gegenüber der alten Rechtslage wenig¹⁸.

Eine vollständige Anwendbarkeit der Berufungsvorschriften verbieten dabei die Eigenarten des familiengerichtlichen Verfahrens, da der Berufung als eingeschränkte Tatsacheninstanz die Vorstellung zugrunde liegt, dass über einen bereits abgeschlossenen Lebenssachverhalt gestritten wird¹⁹. Dies wird den Bedürfnissen des familiengerichtlichen Verfahrens, die Tatsachenfeststellungen an das meist im Fluss befindliche Geschehen anzupassen, nicht gerecht. Damit Änderungen bereits im Rechtsmittelverfahren und nicht erst in einem neuen Verfahren berücksichtigt werden können ist die Beschwerdeinstanz deshalb als vollwertige Tatsacheninstanz ausgestaltet²⁰.

¹⁶ Meysen-Rakete-Dombek § 117 Rn. 1; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger § 117 Rn. 1.

¹⁷ Siehe dazu Keidel-Weber § 113 Rn. 1.

¹⁸ Allein die Systematik wurde geändert. So gilt nun grundsätzlich das FamFG und es wird auf die ZPO verwiesen, wohingegen nach alter Rechtslage die ZPO galt, deren Vorschriften teilweise modifiziert wurden; Bahrenfuss-Blank § 117 Rn. 1; Prütting/Helms-Feskorn § 117 Rn. 3.

¹⁹ BT-Dr. 16/6308, S. 224 f.; siehe bezüglich des Merkmals der eingeschränkten Tatsacheninstanz §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2, 533 ZPO.

²⁰ BT-Dr. 16/6308, S. 225; Keidel-Weber § 117 Rn. 1; Prütting/Helms-Feskorn § 117 Rn. 25; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger § 117 Rn. 2.

Zu Beginn der Untersuchung werden der Anwendungsbereich der Beschwerde näher beleuchtet sowie die neue Systematik bezüglich der Anfechtung von Endentscheidungen. Dabei wird auch die Möglichkeit der ausnahmsweisen Anfechtung von Nebenentscheidungen dargestellt. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Anfechtbarkeit von Kostenentscheidungen. Der Gesetzgeber hat zwar deren Anfechtbarkeit als Endentscheidung in der Gesetzesbegründung bestimmt, jedoch stellt er sich dabei gegen seine eigene Definition einer Endentscheidung. Obwohl die überwiegende Ansicht dem folgt, wird gezeigt, dass dieses Ergebnis ohne eine Analogie nicht erreicht werden kann. In diesem Zusammenhang wird auch das Erfordernis des Erreichens der Beschwerdewertgrenze gemäß § 61 Abs. 1 FamFG bei der Anfechtung einer Kostenentscheidung untersucht. Daneben wird auf die Statthaftigkeit der Beschwerde nach Erledigung der Hauptsache eingegangen. Im Fall der Erledigung vor Beschwerdeerhebung wird besonders auf die ungeklärte Problematik eingegangen, ob ein derartiger Feststellungsantrag fristgebunden eingelegt werden muss. Weiter wird die nun generelle Befristung der Beschwerde dargestellt und in diesem Zusammenhang die unübersichtliche und komplizierte Regelung bezüglich des Fristbeginns näher beleuchtet. Ferner wird die lückenhafte Regelung des Verzichts und der Rücknahme in § 67 FamFG behandelt und dargestellt, dass durch diese Regelung die strittigen Problemkonstellationen nicht hinreichend klargestellt werden konnten.

II. Die Einleitung des Beschwerdeverfahrens

1. Der Anwendungsbereich der Rechtsmittelvorschriften nach dem FamFG

Zuerst ist zu untersuchen, in welchen Fällen die Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG statthaft ist.

Bei Gegenständen, die sich ausschließlich nach dem FamFG richten, ist grundsätzlich die FamFG-Beschwerde anwendbar. Denn die Beschwerde findet gemäß § 58 Abs. 1 FamFG „in Angelegenheiten nach diesem Gesetz statt“.

Problematisch ist, was bei Gegenständen gilt, bezüglich derer auf die ZPO verwiesen wird, wie in §§ 9 Abs. 5, 16 Abs. 2, 29 Abs. 2 FamFG. Diese Frage stellte sich bereits im FGG und wurde vom Gesetz selbst nicht eindeutig beantwortet. So wurde zum Beispiel gemäß § 14 oder § 15 Abs. 1 FGG allgemein auf die ZPO verwiesen. Inwieweit dieser Verweis auch für das Rechtsmittelverfahren gelten sollte, war nicht ersichtlich. Es war jedoch allgemein anerkannt, dass bei einer allgemeinen Verweisung die ZPO-Vorschriften lediglich die Statthaftig-

keit des Rechtsmittels bestimmten²¹. Der Rechtsmittelzug und vor allem das Verfahren richteten sich dann nach den Beschwerdevorschriften des FGG. Somit lag ein eigenes Rechtsmittel mit Voraussetzungen sowohl aus der ZPO als auch aus dem FGG vor.

In § 58 Abs. 1 FamFG ist nun ausdrücklich festgeschrieben, dass die Beschwerde gegen alle Endentscheidungen statthaft ist, die im ersten Rechtszug in FamFG-Angelegenheiten im Sinne von § 1 FamFG ergangen sind. Dies gilt folglich auch, wenn in solchen FamFG-Angelegenheiten allgemein auf die ZPO verwiesen wird. Somit verabschiedet sich der Gesetzgeber von „Mischrechtsmitteln“, die sich teilweise nach der ZPO und teilweise nach der freiwilligen Gerichtsbarkeit richten. Diese Systematik hatte die Rechtsmitteleinlegung verkompliziert. Die Abkehr von solchen Rechtsmitteln und die diesbezügliche Klarstellung im Gesetz sind daher zu begrüßen.

Auch für die früheren ZPO-Familiensachen stellt die Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG nun grundsätzlich das alleinige Rechtsmittel dar²². Denn die §§ 58 ff. FamFG werden in § 113 Abs. 1 S. 1 FamFG nicht – wie andere Vorschriften des allgemeinen Teils des FamFG – für unanwendbar erklärt. Somit sind die §§ 58 ff. FamFG anstatt der Berufungsvorschriften anzuwenden. Damit endet das Nebeneinander von verschiedenen Rechtsmitteln der ZPO und des FGG. Denn früher kamen bei der Frage nach dem statthaften Rechtsmittel in Familiensachen die Berufung nach § 511 Abs. 1 ZPO, die ZPO-Beschwerde nach § 567 Abs. 1 ZPO, die FGG-Beschwerde nach § 19 FGG beziehungsweise § 22 FGG sowie nach § 621e Abs. 1, 3 S. 1 ZPO eine Mischung aus ZPO- und FGG-Rechtsmitteln in Betracht²³.

Dabei wird vereinzelt gefordert, dass am früheren Rechtsmittelsystem festzuhalten sei, da es sich bewährt habe²⁴. Dem ist jedoch zu widersprechen. Das komplizierte Nebeneinander verschiedenster Rechtsmittel führte zu Rechtsunsicherheit und verkomplizierte die Rechtsanwendung. Die Lösung, ein zentrales Rechtsmittel für alle Familiensachen für anwendbar zu erklären, vereinfacht das Rechtsmittelwesen und gestaltet es übersichtlicher und einfacher²⁵. Diese Lösung ist somit zu befürworten.

²¹ BGH NJW-RR 2004, 1077; BayObLGZ 1991, 414, 416; OLG Dresden FamRZ 2004, 1979; *Demharter FGPrax* 2002, 256; *Bumiller/Winkler* § 19 Rn. 28; Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl Vorb. §§ 19-30 Rn. 24.

²² BT-Dr. 16/6308, S. 203; *Meyer-Seitz/Kröger/Heiter* FamRZ 2005, 1430, 1434.

²³ Zu der komplizierten Rechtslage siehe näher *Heintschel-Heinegg* § 5; siehe auch BT Dr. 16/6308, S. 162; *Liermann* FamRZ 1982, 987 f.; *Liike* Jus 1979, 863, 866.

²⁴ *Deutscher Anwaltsverein* Stellungnahme S. 5, 10.

²⁵ *Meyer-Seitz/Kröger/Heiter* FamRZ 2005, 1430, 1434; *Rotax* ZFE 2005, 380, 382.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass grundsätzlich die FamFG-Beschwerde in allen Angelegenheiten des FamFG anwendbar ist.

Bezüglich des zeitlichen Anwendungsbereichs der Beschwerde ist Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG zu beachten²⁶. Danach gelten für Verfahren, die bis zum Inkrafttreten des FamFG eingeleitet worden sind oder deren Einleitung beantragt wurde, das bisher geltende Recht, und somit weiterhin auch das FGG. Dabei bestimmt Art. 111 Abs. 2 FGG-RG, dass jedes gerichtliche Verfahren, das mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird, als selbstständiges Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1 FGG-RG anzusehen ist. Dies könnte bedeuten, dass jede Instanz ein selbstständiges gerichtliches Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1 FGG-RG darstellt und somit eine nach dem 1.9.2009 eingelegte Beschwerde oder Rechtsbeschwerde bezüglich eines vor diesem Termin eingeleiteten Verfahrens sich nach neuer Rechtslage und somit dem FamFG richten würde²⁷. Für diese Auslegung könnte sprechen, dass durch die frühe Anwendung des neuen Rechtsmittelrechts die Schwebezustände durch die unbefristete Beschwerde nach § 19 Abs. 1 FGG vermieden werden könnten.

Jedoch soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auch die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach bisherigem Recht erfolgen, wenn das Verfahren in erster Instanz nach dem bisherigen Recht eingeleitet worden ist²⁸. Durch den später eingefügten Absatz 2 des Art. 111 FGG-RG sollte an diesem Grundsatz nichts geändert werden²⁹. Vielmehr sollte Art. 111 FGG-RG dazu dienen, Bestandverfahren wie Betreuung und Vormundschaft möglichst schnell neuem Recht zu unterstellen³⁰. Die Grundsätze bezüglich des Rechtsmittelverfahrens sollten aber von dieser Änderung unberührt bleiben. Art. 111 Abs. 2 FGG-RG ist daher im Sinne der Rechtssicherheit zu auszulegen, dass das Rechtsmittelverfahren kein eigenständiges Verfahren darstellt, sondern Teil des „Gesamtverfahrens“ ist³¹. Dies ist auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass das Beschwerdegericht lediglich an die Stelle des Ausgangsgerichts tritt und gegebenenfalls für dieses entscheidet. Auch wenn eine erneute Endentscheidung getroffen wird, so ersetzt sie nur die vorhergehende, sodass insgesamt nur von

²⁶ Siehe dazu *Götz* NJW 2010, 897; *Klein* FuR 2010, 121; *Nickel* FamRB 2010, 91; *Schwamb* FamRB 2010, 27.

²⁷ So *Geimer* FamRB 2009, 386; *Prütting/Helms-Prütting* Art. 111 Rn. 5; *Zöller-Geimer* Einl FamFG Rn. 54.

²⁸ BT-Dr. 16/6308, S. 359.

²⁹ Siehe BT-Dr. 16/11903, S. 61.

³⁰ Siehe BT-Dr. 16/11903, S. 61.

³¹ So auch *Maurer* FamRZ 2009, 465.

einer Entscheidung bezüglich eines Verfahrens auszugehen ist. Das gesamte Verfahren, einschließlich des Rechtsmittelverfahrens, unterliegt daher einheitlich dem gleichen Recht³². Ist das Verfahren vor dem Stichtag eingeleitet worden, so richtet sich auch ein späteres Rechtsmittelverfahren nach dem alten Recht. Im Ergebnis wird daher das alte Recht bezüglich der Rechtsmittel noch längere Zeit gelten. Es kommen in dieser Zeit zwei Verfahrensrechte parallel zur Anwendung.

2. Der Beschwerdegegenstand

a) Die Anfechtung erlassener Endentscheidungen

Bezüglich des Anfechtungsgegenstands bestimmt § 58 Abs. 1 FamFG, dass grundsätzlich die Beschwerde gegen „die im ersten Rechtszug ergangene Endentscheidungen“ statthaft ist. Dadurch grenzt das FamFG gegenüber dem FGG den Beschwerdegegenstand ein. Denn nach der Generalklausel des früheren § 19 Abs. 1 FGG waren grundsätzlich alle Verfügungen des Gerichts erster Instanz durch die Beschwerde angreifbar³³. Darunter waren alle Willensentschließungen des Gerichts zu verstehen, die auf eine Feststellung oder Änderung der Sach- und Rechtslage abzielen oder dies ablehnen, mithin alle sachlichen Entschließungen des Gerichts³⁴. Dabei war allgemein anerkannt, dass unter § 19 Abs. 1 FGG auch Endentscheidungen fielen³⁵.

Nun können nur noch im ersten Rechtszug ergangene Endentscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte angefochten werden. Bei solchen Endentscheidungen handelt es sich nach der Legaldefinition in § 38 Abs. 1 FamFG um Entscheidungen, durch die der Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigt wird³⁶. Derartige Entscheidungen sind schriftliche Regelungen des Gerichts mit Außenwirkung, die ein Verfahren insgesamt erledigen oder die Anhängigkeit hinsichtlich eines Teils des Verfahrensgegenstands, der einer selbstständigen Erledigung zugänglich ist, beenden³⁷. Solche Entscheidungen sind einheitlich

³² BGH FamRZ 2009, 192; BGH FamRZ 2010, 639; OLG Schleswig NJW 2010, 242; OLG Zweibrücken 2 UF 138/09; Bork/Jacoby/Schwab-Müther Vor § 58 Rn. 18; Krause FPR 2010, 76, 77; Müko-Pabst Art. 111 FGG-RG Rn. 16; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger Art. 111 FGG-RG Rn. 12; Zöller-Feskorn Vor § 58 FamFG Rn. 7.

³³ Bumiller/Winkler § 19 Rn. 2.

³⁴ Bassenge/Roth § 19 FGG Rn. 1; Jansen-Briesemeister § 19 Rn. 20; Knöringer S. 32.

³⁵ Bassenge/Roth § 19 FGG Rn. 2; Bumiller/Winkler § 19 Rn. 4; Habscheid S. 222; Jansen-Briesemeister § 19 Rn. 21; Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl § 19 Rn. 2; Knöringer S. 32.

³⁶ BT-Dr. 16/6308, S. 203; Schael FPR 2009, 11, 12.

³⁷ Keidel-Meyer-Holz § 58 Rn. 16; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger § 58 Rn. 11.

gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG in der Form eines Beschlusses zu erlassen. Das unübersichtliche Nebeneinander von verschiedenen Entscheidungsformen im FGG wird damit aufgegeben³⁸.

Diese Definition stimmt mit der des früheren § 621e ZPO überein, der die Beschwerde gegen Endentscheidungen in FG-Familiensachen eröffnete³⁹. Auch dort war entscheidend, dass die Instanz für einen bestimmten Verfahrensgegenstand beendet wird und diese Entscheidung in Urteilform ergehen müsste, wenn ZPO-Bestimmungen maßgeblich wären⁴⁰. Dass im FamFG nach § 38 Abs. 1 FamFG durch Beschluss entschieden wird und nicht durch Urteil, ist dabei insofern unbedeutlich, als beide die gleiche verfahrensbeendende Funktion erfüllen⁴¹. All diese Endentscheidungen sind nun einheitlich nach § 58 Abs. 1 FamFG anfechtbar. Dabei ist die gesetzlich vorgegebene Definition und Form der anfechtbaren Entscheidung im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen.

Eine weitere Begrenzung der Statthaftigkeit besteht darin, dass nur noch Entscheidungen angegriffen werden können, die bereits erlassen wurden. Dies entspricht der früheren herrschenden Ansicht zur FGG-Beschwerde⁴². Dort konnten nur Entscheidungen angegriffen werden, wenn sie nach § 16 Abs. 1 FGG bekanntgegeben wurden oder wenn eine noch nicht bekanntgegebene Entscheidung mit Willen des Gerichts aus seiner Verfügungsgewalt hinausgegeben wurde⁴³. Insoweit findet lediglich eine Kodifizierung der bisherigen Rechtslage statt.

Die Klarstellung, dass grundsätzlich nur bereits erlassene Endentscheidungen anfechtbar sind, ist zu begrüßen. Die Generalklausel des § 19 Abs. 1 FGG hatte insoweit zu großer Rechtsunsicherheit geführt und musste erst durch unzählige Gerichtsentscheidungen konkretisiert werden. Die Neuregelung bringt daher Klarheit und grenzt den Beschwerdegegenstand präziser ein. Sie trägt somit zur Rechtsvereinfachung und Rechtssicherheit bei. Zudem findet bezüglich der Un-

³⁸ Dort wurde unter anderem auf Verfügungen, Entscheidungen, Anordnungen und Beschlüsse Bezug genommen; Bahrenfuss-*Joachim/Kräft* § 58 Rn. 17.

³⁹ BGH FamRZ 2003, 232; OLG Dresden FamRZ 2002, 1053; *Schael* FPR 2009, 11, 12.

⁴⁰ OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 186; OLG Karlsruhe FamRZ 1978, 732; KG FamRZ 1979, 76; MüKo-Finger § 621e Rn. 3; Musielak-*Borth* § 621e Rn. 2; Zöller-*Philippi* § 621e Rn. 1.

⁴¹ Die Endentscheidung, die durch Beschluss erfolgt, entspricht dem Begriff des Endurteils im Sinne von § 300 Abs. 1 ZPO, FamFG-E, 417.

⁴² *Brehm* Rn. 477; *Habscheid* S. 222; *Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl* § 19 Rn. 51; *Jansen-Briesemeister* § 19 Rn. 30; *Knöringer* S. 32.

⁴³ BGH Rpfleger 1984, 62; KG OLGZ 1977, 129, 131; KG Berlin FamRZ 1988, 321 322; *Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl* § 19 Rn. 51.

terscheidung zwischen End- und Zwischenentscheidungen eine Harmonisierung mit der ZPO statt. Denn mit der Berufung nach § 511 Abs. 1 ZPO sind grundsätzlich auch nur Endentscheidungen anfechtbar. Was die Begrenzung der Anfechtbarkeit auf Endentscheidungen für die Anfechtbarkeit von Nebenentscheidungen bedeutet, soll im nächsten Punkt erörtert und bewertet werden.

Wenn in Ehe- und Familienstreitsachen ein Säumnisverfahren stattfindet, siehe § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG iVm §§ 330 ff. ZPO, § 130 FamFG, § 142 Abs. 1 S. 2 FamFG, steht gegen die Zurückweisung eines Antrags auf eine Versäumnisentscheidung nach § 336 Abs. 1 S. 1 ZPO die sofortige Beschwerde zur Verfügung und gegen eine unechte Versäumnisentscheidung die Beschwerde nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 58 ff. FamFG⁴⁴.

Daneben ist gegen die Versäumnisentscheidung nur der Einspruch nach §§ 338 ff. ZPO gegeben. Daher ist in diesem Fall gemäß § 117 Abs. 2 S. 1 FamFG iVm § 514 ZPO die Beschwerde oder Anschlussbeschwerde nicht statthaft⁴⁵. Der Einspruch ist in diesem Fall der speziellere Rechtsbehelf⁴⁶. Dabei unterliegt ein Versäumnisbeschluss gegen den ein Einspruch an sich nicht statthaft ist entsprechend § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO der Beschwerde oder Anschlussbeschwerde, wenn sie darauf gestützt werden, dass ein Fall der schuldhafte Säumnis nicht vorgelegen habe. In entsprechender Anwendung des § 514 Abs. 2 S. 2 ZPO ist dabei § 61 FamFG nicht anzuwenden⁴⁷.

b) Die Anfechtbarkeit von Nebenentscheidungen

aa) Die grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Nebenentscheidungen

(1) Die gesetzliche Regelung

Es ist näher zu untersuchen, ob und wie Zwischen- und Nebenentscheidungen anfechtbar sind. Bei Zwischenentscheidungen handelt es sich um Verfügungen des Gerichts, die das Verfahren fördern, der Endentscheidung vorausgehen oder sie vorbereiten und bei Nebenentscheidungen um solche, die die Hauptsache ergänzen oder ihrer Durchsetzung dienen⁴⁸. Sie beinhalten keine Entscheidung über den Verfahrensgegenstand. Dazu zählen die Prozesskostenhilfeversagung,

⁴⁴ Schulte-Bunert/Weinreich-Unger § 117 Rn. 28.

⁴⁵ Bork/Jacoby/Schwab-Löhnig § 117 Rn. 11; Keidel-Weber § 117 Rn. 11.

⁴⁶ BT-Dr. 16/12717, S. 60.

⁴⁷ Meysen-Rakete-Dombek § 117 Rn. 7.

⁴⁸ Siehe ausführlich dazu Keidel-Meyer-Holz § 58 Rn. 25; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger § 58 Rn. 26; siehe zum FGG Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl § 19 Rn. 9.

die Verfahrensaussetzung, Ordnungs- und Zwangsmittelbeschlüsse, Berichtigungsentscheidungen sowie Beschlüsse im Vollstreckungsverfahren⁴⁹. Nicht erfasst sind dabei bloße Bewirkungshandlungen und Vollzugsakte, bei denen der tatsächliche oder rechtliche Erfolg unmittelbar herbeigeführt wird⁵⁰.

Im FGG war die Anfechtbarkeit von Zwischen- und Nebenentscheidungen umstritten. Denn der Wortlaut des § 19 Abs. 1 FGG enthielt keine Beschränkung auf Endentscheidungen. Vielmehr stellten Zwischenentscheidungen auch Verfügungen des Gerichts im Sinne von § 19 Abs. 1 FGG dar. Dennoch ging die überwiegende Meinung von der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit solcher Entscheidungen aus⁵¹. Eine Ausnahme davon, und somit als Zwischenentscheidung anfechtbar, waren Entscheidungen, die in erheblichem Maße in die Rechte Beteiliger eingriffen⁵². Daneben konnten Zwischenentscheidungen angefochten werden, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen war.

Nach § 58 Abs. 1 FamFG ist nun eindeutig festgeschrieben, dass grundsätzlich nur Endentscheidungen anfechtbar sind. Zwischenentscheidungen können nur noch nach § 58 Abs. 1 a.E. FamFG angegriffen werden, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist⁵³. Daneben können sie gemäß § 58 Abs. 2 FamFG nur gemeinsam mit der Endentscheidung inzident angegriffen werden. Ansonsten sind Nebenentscheidungen grundsätzlich nicht selbstständig angreifbar⁵⁴.

(2) Die Beurteilung der Anfechtungsbegrenzung

Eine Ansicht fordert, dass grundsätzlich alle Entscheidungen des Familienrichters durch die Beschwerde anfechtbar sein sollten⁵⁵. Begründet wird dies mit der oft existenziellen Bedeutung der Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und mit dem Machtzuwachs des Familienrichters, der durch das „Große Familiengericht“ mehr Kompetenzen erhält.

⁴⁹ Schael FPR 2009, 11, 12; ausführlich dazu Keidel-Meyer-Holz § 58 Rn. 26 ff.; siehe zur ZPO Musielak-Borth § 621e Rn. 3; Wieczorek/Schütze-Kemper § 621e Rn. 9 ff.; Zöller-Philippi § 621e Rn. 11.

⁵⁰ Keidel-Meyer-Holz § 58 Rn. 41.

⁵¹ BayObLG FamRZ 2000, 249 250; OLG Brandenburg FamRZ 1997, 1019; OLG Zweibrücken FGPrax 2000, 109; Bumiller/Winkler § 19 Rn. 18; Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl § 19 Rn. 9; a.A. Brehm Rn. 374, 476, Blomeyer DNotZ 1971, 329 und Jansen DNotZ 1971, 531, die von einer allgemeinen Anfechtbarkeit ausgehen.

⁵² OLG Köln FamRZ 1997, 1549; OLG Frankfurt FamRZ 1993, 442; Zimmermann S. 30; BayObLG NJW-RR 1987, 1202; Bumiller/Winkler § 19 Rn. 18; BayObLG FamRZ 2000, 249, 250; Jansen-Briesemeister § 19 Rn. 22; Knöringer S. 32.

⁵³ BT-Dr. 16/6308, S. 203; Schael FPR 2009, 11, 12.

⁵⁴ BT-Dr. 16/6308, S. 203; Bergschneider S. 70; Schulte-Bunert/Weinreich-Unger § 58 Rn. 26.

⁵⁵ Väteraufbruch für Kinder Stellungnahme S. 2.

Die andere Ansicht hält eine solche unbeschränkte Anfechtbarkeit für nicht geboten⁵⁶. Es genüge eine Überprüfung im Zusammenhang mit der Anfechtung der Hauptsache. Gemessen an der untergeordneten Rolle der Nebenentscheidungen stelle dies einen ausreichenden Rechtsschutz dar. Nur auf diese Weise könne eine übermäßige Verzögerung des Verfahrens vermieden werden. So war eine Begrenzung der Anfechtbarkeit auf Endentscheidungen aus diesen Gründen schon im Weißbuch und in der FrGO vorgesehen⁵⁷. Für diese Ansicht spricht auch, dass gerade gegen besonders belastende Verfügungen die sofortige Beschwerde der ZPO gesetzlich vorgesehen ist, wie zum Beispiel bei den Zwangsmitteln nach § 35 Abs. 5 FamFG, dem Vollstreckungsverfahren nach § 87 Abs. 4 FamFG und der Unterbringung zur Begutachtung nach § 284 Abs. 3 S. 2 FamFG⁵⁸.

Meines Erachtens muss bei dieser Problematik eine differenzierte Lösung gefunden werden. Wären alle Nebenentscheidungen anfechtbar, würde dies den Verfahrensablauf erheblich verzögern. Wären keine Nebenentscheidungen anfechtbar, würde dies bei erheblichen Grundrechtseingriffen zu Lücken im Rechtsschutz führen.

Im FamFG besteht nun die Möglichkeit Endentscheidungen mit der Beschwerde anzugreifen und Nebenentscheidungen mit der ZPO-Beschwerde, wenn dies ausdrücklich gesetzlich zugelassen ist. Einziges FamFG-Rechtsmittel ist somit die Beschwerde. Ein eigenes Rechtsmittel für Nebenentscheidungen besteht nicht. Fraglich ist, ob dieses System des Einheitsrechtsmittels zu befürworten ist. Im Ergänzten Referentenentwurf war nach § 62 Abs. 1 Nr. 3 FamFG-E noch eine Beschwerdemöglichkeit für Entscheidungen vorgesehen, die eine mündliche Verhandlung nicht erfordern und ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweisen. Diese Regelung entspricht der der ZPO-Beschwerde in § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Dabei ist fraglich, weshalb diese beschränkte Generalklausel nicht ins FamFG übernommen wurde. In diesem Fall wären viele Zwischenentscheidungen autonom anfechtbar gewesen. Dem Ergänzten Referentenentwurf lag jedoch die Vorstellung zugrunde, dass die FamFG-Beschwerde sowohl die Berufung als auch die ZPO-Beschwerde für das FamFG in sich vereinigt⁵⁹. Dagegen geht die Vorstellung des Gesetzentwurfs nun dahin, dass die FamFG-

⁵⁶ Noch zur FrGO *Kuntze* ZRP 1980, 15, 19; FrGO S. 100.

⁵⁷ Weißbuch S. 355; FrGO S. 35, 100.

⁵⁸ FamFG-E, 418.

⁵⁹ FamFG-E, 416.

Beschwerde die Funktion der Berufung übernimmt⁶⁰. Daher sind grundsätzlich keine Nebenentscheidungen durch die Beschwerde anfechtbar. Sollte gesetzlich eine Anfechtbarkeit vorgesehen sein, so ist die ZPO-Beschwerde anzuwenden. Diese dogmatische Überlegung lässt nur den Schluss zu, dass sich eine generelle Anfechtbarkeit von Nebenentscheidungen, wie nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, verbietet. Da die FamFG-Beschwerde das einzige erstinstanzliche Rechtsmittel ist, fehlt es an einem eigenen Rechtsmittel für Nebenentscheidungen. Diese Lücke schließt aufgrund gesetzlicher Zulassung die ZPO-Beschwerde.

Der Umstand, dass in der ZPO grundsätzlich alle Nebenentscheidungen anfechtbar sind, im FamFG aber nicht, ist dadurch zu erklären, dass in der ZPO die Parteien aufgrund der Dispositionsmaxime und des Verhandlungsgrundsatzes das Verfahren selbst gestalten. Daher können sie auch ablehnende Beschlüsse bezüglich des Verfahrens gerichtlich kontrollieren lassen. Im FamFG herrscht der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 FamFG und in beschränktem Maße die Offizialmaxime. Daher gestaltet größtenteils das Gericht das Verfahren und die Beteiligten können diese Gestaltung nur in beschränktem Maße überprüfen lassen.

Zudem trägt die bewusste Anlehnung der Beschwerde an die Berufung zur Verfahrensvereinheitlichung bei. Denn die Regelung der Rechtsmittel im FamFG mit der Beschwerde und der im Einzelfall gesetzlich zugelassenen ZPO-Beschwerde stellt einen Gleichlauf zu den ZPO-Rechtsmitteln der Berufung und der ZPO-Beschwerde her. Diese Verfahrensvereinheitlichung ist zu begrüßen. Auch ist die Beibehaltung der Beschwerde als einheitliches Rechtsmittel zu begrüßen.

Näher zu untersuchen bleibt, ob dadurch der Rechtsschutz gegen Nebenentscheidungen nicht zu sehr eingeschränkt wird. Denn Verfügungen, die in Rechte Beteiliger eingreifen, konnten früher angefochten werden. Nun sind sie nur noch ausnahmsweise anfechtbar. *Maass* hält dies für kein befriedigendes Ergebnis vor allem im Vergleich zu § 11 Abs. 2 RPflG, der die Erinnerung weiterhin gegen Zwischenverfügungen vorsieht⁶¹. Nach dieser Auffassung sei nicht nachvollziehbar, dass die Zwischenbeschlüsse des Rechtspflegers anfechtbar sind, die des Richters jedoch nicht.

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht, da Zwischenentscheidungen immer noch zusammen mit der Endentscheidung angefochten werden können. Zu-

⁶⁰ BT-Dr. 16/6308, S. 203

⁶¹ *Maass* ZNotP 2006, 282, 287.