

Antrag ergehen müssen¹⁹. Dazu gehören etwa die Prüfung der Rechnungslegung oder die vom Betreuer erbetene Beratung nach §§ 1837 I, 1908 i BGB.

VI. Zusammenfassung

Alle vor dem 1. 9. 2009 bereits eingeleiteten Verfahren werden vom Vormundschaftsgericht nach altem Recht abgeschlossen. Das erfasst sowohl die so genannten Erstentscheidungen (z. B. Betreuerbestellung), als auch die selbstständigen Folgeentscheidungen (z. B. Genehmigungserteilung) innerhalb eines so genannten Bestandsverfahrens.

Der Anwendung alten Rechts bedarf es auch für alle Rechtsmittelverfahren, wenn sich die erstinstanzliche Entscheidung nach altem Recht richtete, unabhängig davon, wann das Rechtsmittel eingelegt wurde. Das gilt für Erstentscheidungen und für selbstständig anfechtbare Folgeentscheidungen.

Sind alle anhängigen Erst- und Folgeentscheidungen abgeschlossen, kann das Verfahren nach neuem Recht weiterbearbeitet werden (also ggf. vom Vormundschaftsgericht an das Familiengericht abgegeben werden), auch wenn keine konkreten Verfahrenshandlungen oder administrative Handlungen anstehen.

Die endgültige Abgabe vom Vormundschaftsgericht an das Familiengericht setzt nach allgemeinen Grundsätzen voraus, dass alle bereits anstehenden Aufgaben – gerade soweit sie nicht selbstständige Verfahren im Sinne der Überleitungsvorschriften darstellen, etwa Verpflichtung des Vormunds, Rechnungslegungsprüfungen, erbetene Beratung des Betreuers – erledigt sind. ■

19 Jansen/Sonnenfeld, FGG, 3. Aufl. (2006), § 65 a Rdnr. 21 m. w. Nachw.

Dr. Rainer Kemper, Münster*

Das Übergangsrecht des FGG-Reformgesetzes

Am 1. 9. 2009 ist das FamFG in Kraft getreten. Gleichzeitig änderten sich große Teile des Scheidungsfolgenrechts, vor allem das Güterrecht, das Recht des Versorgungsausgleichs und das Haushaltssachen- und Ehewohnungsrecht. Es kommt deswegen der Frage große Bedeutung zu, für welche Fälle das neue Recht gilt und wann noch altes Verfahrensrecht und/oder materielles Recht anzuwenden ist. Gegenstand dieses Beitrags ist deswegen die Auseinandersetzung mit einigen Zweifelsfragen, welche die Übergangsregelung des Art. 111 FGG-RG für den Bereich des Verfahrensrechts gebracht hat. Zugleich werden damit auch die entsprechenden Probleme im Bereich des materiellen Versorgungsausgleichsrechts behandelt, da Art. 111 FGG-RG seine endgültige Fassung durch das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs erhalten hat, durch das die Norm an die entsprechende Norm des VersAusglG (§ 48 VersAusglG) angeglichen wurde. Soweit für bestimmte Sonderverfahren (die Anpassungsverfahren des bisherigen Rechts) gesonderte Regelungen in § 49 VersAusglG geschaffen wurden, weil es sich bislang nicht um gerichtliche Verfahren handelte, finden sich deswegen ebenfalls Hinweise für die Handhabung (siehe dazu u. II 3).

I. Einleitung

Die Probleme bei der Anwendung des Übergangsrechts ergeben sich vor allem daraus, dass die Regelung des Art. 111 FGG-RG nicht alle auftauchenden Fragen regelt. Das galt schon für die ursprüngliche Fassung der Norm. Durch die späteren Hinzufügungen durch das VAstrRefG wurde die Übergangsregelung aber teilweise noch unklarer. Es gibt daher eine Reihe von Fällen, in denen Art. 111 FGG-RG keine eindeutigen Problemlösungen gestattet. Die folgende Darstellung erläutert zunächst die Grundregel des Art. 111 I FGG-RG mit ihren Zweifelsfragen, um dann die unterschiedlichen Modifikationen dieser Regel und ihre Konsequenzen aufzuzeigen, die sich aus den folgenden Absätzen der Vorschrift ergeben.

II. Ausgangspunkt: Maßgeblichkeit der Einleitung des Verfahrens

Die Übergangsvorschriften des FGG-RG sind von dem Gedanken getragen, das neue Recht möglichst schnell und mög-

lichst vollständig vom Inkrafttreten des FamFG am 1. 9. 2009 an zur Anwendung zu bringen. Das Gleiche gilt für die anderen Übergangsregeln, vor allem die des VersAusglG¹. Damit soll vermieden werden, dass sich die Praxis über Jahre mit zwei verschiedenen Verfahrensrechten und (beim Versorgungsausgleich auch Ausgleichssystemen) auseinandersetzen muss. Art. 111 FGG-RG und die §§ 48 ff. VersAusglG regeln deswegen nur die Ausnahmefälle, in denen weiterhin das alte Recht gilt und Gegenmaßnahmen, mit denen bestimmte dieser Fälle dann doch wieder dem neuen Recht unterstellt werden. Daraus folgt das als selbstverständlich vorausgesetzte Prinzip, dass auf nach dem 1. 9. 2009 eingeleitete Verfahren grundsätzlich nur noch das neue Recht Anwendung finden soll.

1. Prinzip

Art. 111 I 1 FGG-RG ordnet an, dass auf Verfahren, die bis zum Inkrafttreten des FGG-RG eingeleitet worden sind oder deren Einleitung bis zum Inkrafttreten des FGG-RG beantragt wurde, weiter die vor Inkrafttreten des FGG-RG geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Entsprechendes bestimmt Art. 111 I 2 FGG-RG für Abänderungs-, Verlängerungs- und Aufhebungsverfahren. Diese Verfahren werden also gegenüber den Ursprungsverfahren als selbstständige Verfahren behandelt, auf die nur dann das bisherige Recht anzuwenden ist, wenn sie selbst die Voraussetzung erfüllen, dass sie noch zur Zeit der Geltung des alten Rechts eingeleitet wurden².

Entscheidend dafür, welches Recht anzuwenden ist, ist damit, wann das Verfahren eingeleitet wurde. Dass in Art. 111 I FGG-RG alternativ auf die Einleitung und die Beantragung der Einleitung abgestellt wird, liegt daran, dass viele Verfahren in Familiensachen von Amts wegen eingeleitet werden können. Nur für die echten Antragsverfahren kann es deswegen auf den Antragszeitpunkt ankommen. Die Unterscheidung kann in einem Scheidungsverfahren mit den typischen Folgesachen dazu führen, dass für unterschiedliche Folgesachen auf verschiedene Zeitpunkte abzustellen ist,

* Der Autor ist Lehrbeauftragter an der Universität Münster.

1 BT-Dr 16/10144, S. 85.

2 Keidell/Engelhardt, FamFG, 16. Aufl. (2009), Art. 111 FGG-RG Rdnr. 2.

weil es sich zum Teil um Antrags- und zum Teil um amtswegige Verfahren handelt. Im Übrigen ist es für die Anwendung der Übergangsregel – jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut – aber irrelevant, ob es sich um eine Folgesache (§ 137 II FamFG) oder um eine selbstständige Familiensache handelt.

a) *Amtswegige Verfahren.* Die amtswegigen Verfahren sind dann eingeleitet, wenn das Gericht sich erstmals mit ihnen befasst hat. Im Zusammenhang mit Scheidungen kommen in diesem Bereich grundsätzlich nur die Versorgungsausgleichsverfahren in Betracht, da die ebenfalls im Zwangsverbund stehenden Verfahren nach § 1666 BGB (vgl. § 623 III ZPO a. F.) nur sehr selten vorkommen und alle anderen Verfahren nicht von Amts wegen eingeleitet werden können.

Der relevante Zeitpunkt ist für den Versorgungsausgleich damit das Anhängigwerden des Scheidungsverfahrens, mit dem im Verbund über den Versorgungsausgleich bzw. das Verfahren nach § 1666 BGB von Amts wegen zu entscheiden ist (§ 623 I ZPO, § 137 II FamFG zum Versorgungsausgleich). Von diesem Moment an steht fest, dass auch über den Versorgungsausgleich entschieden werden muss; das Verfahren ist damit auch ohne einen eigenen Antrag, der auf die Durchführung dieses Verfahrens gerichtet wäre, eingeleitet. Es stellen sich insofern in Bezug auf den Scheidungsantrag damit alle die Rechtsfragen, die in den nur auf Antrag einzuleitenden Verfahren ebenfalls – dann aber in Bezug auf den das Verfahren einleitenden Antrag – auftreten können. Auf die Ausführungen dazu – unter II 1 b sei verwiesen.

In allen anderen von Amts wegen durchzuführenden Verfahren – also auch den Verfahren nach § 1666 BGB, soweit sie nach bisherigem Recht im Verbund mit einer Scheidungssache standen – kommt es für die Frage der Einleitung des Verfahrens auf die Erstbefassung des Gerichts mit der Angelegenheit an, also darauf, wann die erste Aktivität des Gerichts erfolgte³. Das gilt auch dann, wenn diese Verfahren erst angeregt werden müssen, damit sie durchgeführt werden können, wie etwa isolierte, nach einer Auslandsscheidung durchgeführte Verfahren auf Durchführung des Versorgungsausgleichs.

b) *Antragsverfahren.* Art. 111 I 1 FGG-RG stellt für Antragsverfahren ausdrücklich auf den Zeitpunkt ab, in dem die Einleitung des Verfahrens beantragt wurde. Es ist zwar nirgends explizit definiert, was damit gemeint ist. Es besteht aber Einigkeit darüber, dass es sich um den Zeitpunkt der Anhängigkeit des Antrags handeln muss⁴, weil nur dieser durch den Antragsteller bestimmt werden kann. Die Einreichung des Antrags bei Gericht bis zum 31. 8. 2009 reichte also aus, um die weitere Geltung des bisherigen Rechts zu gewährleisten; die Zustellung vor Inkrafttreten des Gesetzes war dagegen nicht erforderlich, um die Anwendung des neuen Rechts zu hindern.

Diese Grundregel erscheint auf den ersten Blick eindeutig und klar. Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch, dass insofern zahlreiche Zweifelsfragen verbleiben, vor allem wenn es um verschiedene, aber in Zusammenhang stehende Verfahren geht.

2. Zweifelsfälle

Auch die auf den ersten Blick klar erscheinende Übergangsregelung des Art. 111 I 1 FGG-RG hat aber einige Lücken bzw. Problemfälle, die nicht ganz klar geregelt zu sein scheinen. Hierher gehört die Frage, ob auch ein Antrag bei einem örtlich unzuständigen Gericht rechtswahrend wirken kann⁵, ob ein Prozesskostenhilfesuch, das vor dem 1. 9. 2009

gestellt wurde, die Geltung des alten Verfahrensrechts erhält⁶, die Frage, ob ein vor dem 1. 9. 2009 eingeleitetes Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Geltung des bisherigen Verfahrensrechts auch in Bezug auf ein später eingeleitetes Hauptsacheverfahren führt⁷ bzw. umgekehrt⁸, und die Problematik einer Folgesache, die erst nach dem 31. 8. 2009 anhängig gemacht wird, während die Ehesache und andere Folgesachen bereits vor diesem Zeitpunkt anhängig waren⁹.

a) *Antrag vor dem 1. 9. 2009 bei einem unzuständigen Gericht.* Fraglich ist schon, ob ein Antrag, der vor dem 1. 9. 2009 bei einem örtlich nicht zuständigen Gericht gestellt wurde, ausreichend sein kann, um die Geltung des bisherigen Rechts zu erhalten, wenn der Antrag erst nach dem 31. 8. 2009 bei dem zuständigen Gericht eingegangen ist. Wenn gleich im FamFG zu dieser Problematik eine besondere Regelung fehlt, dürfte doch sehr viel dafür sprechen, in diesen Fällen § 281 II 2 ZPO analog anzuwenden und die Anhängigkeit erst dann anzunehmen, wenn die Sache beim zuständigen Familiengericht eingeht¹⁰.

b) *Nur Stellung eines Prozesskostenhilfesuchs unter dem alten Recht.* Ob die Einreichung eines Prozesskostenhilfesuchs ausreicht, um die Einleitung des Verfahrens i. S. des Art. 111 FGG-RG zu bejahen, ist eher zweifelhaft¹¹.

Beispiel: Für eine Scheidungssache und die Folgesachen wurde im Juli 2009 Prozesskostenhilfe beantragt, die im September 2009 bewilligt wurde.

Das Verfahren wird durch einen derartigen Antrag gerade nicht anhängig. In diesen Fällen soll das Verfahren vielmehr nur vorbereitet werden, die Entscheidung, ob es tatsächlich durchgeführt wird, ist noch nicht gefallen. Nicht der Antrag auf Prozesskostenhilfe wirkte deswegen erhaltend in Bezug auf die Geltung des bisherigen Rechts, sondern erst die Bewilligung der Prozesskostenhilfe. Wer davon absieht, rechtzeitig einen von der Bewilligung der Prozesskostenhilfe unabhängigen Antrag zu stellen, muss deswegen gegebenenfalls damit leben, dass die Bewilligung nach dem Stichtag erfolgt und deswegen zu spät kommt.

Etwas anderes galt nur für die Fälle, in denen der Hauptsacheantrag unbedingt gestellt wurde und dazu ein Antrag auf Prozesskostenhilfe gestellt wurde. In diesen Fällen war die Voraussetzung der Beantragung der Verfahrenseinleitung ohne Weiteres erfüllt, weil der Antrag schon vor dem 1. 9. 2009 gestellt war. Es gilt deswegen das bisherige Verfahrensrecht weiter.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass Art. 111 I FGG-RG in jedem Fall dazu führt, dass auf die Bewilligung der Prozesskostenhilfe das bisherige Recht anzuwenden ist; denn der Antrag darauf ist vor Inkrafttreten des neuen Rechts gestellt. Das hat besonders Bedeutung in den einfachen Familiensachen, in denen sich nach dem neuen Recht die Prozesskostenhilfe nach den §§ 76 ff. FamFG bemisst, die in einigen

3 *Friederici/Kemper*, FamilienverfahrensR, 2009, Einl Rdnr. 18; *Schürmann*, FuR 2009, 548 (549); *Hartmann*, NJW 2009, 2655 (2656).

4 *Götsche*, FamRB 2009, 317 (318); *Kemper*, ZFE 2008, 164 (165); *Friederici/Kemper* (o. Fußn. 3), Einleitung Rdnr. 19.

5 S. dazu unter I 2 a.

6 S. dazu unter I 2 b.

7 S. dazu unter I 2 c.

8 S. dazu unter I 2 d.

9 S. dazu unter I 2 e.

10 *Hartmann*, NJW 2009, 2655 (2656).

11 So aber *Holzwarth*, FamRZ 2008, 2168 (2170); *Schürmann*, FuR 2009, 548 (549); wie hier *Götsche*, FamRB 2009, 317 (318); *Kemper*, ZFE 2008, 164 (165); *ders.*, FPR 2009, 227 (228); *Vogel*, FPR 2009, 381; *Friederici/Kemper* (o. Fußn. 3), Einl Rdnr. 20.

Punkten – vor allem dem Grundsatz der so genannten Waffengleichheit – von den Regelungen der ZPO über die Prozesskostenhilfe abweichen.

c) *Einstweiliger Rechtsschutz beantragt bis 31. 8. 2009, Hauptsache beantragt nach dem 31. 8. 2009.* Die zweite (und die dritte) Fallgruppe betrifft die Bedeutung eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes für die Bewahrung des bisherigen Rechts auch für das Hauptsacheverfahren. Derartige Problemfälle sind denkbar, weil das bisherige Recht die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht nur dann zuließ, wenn ein Hauptsacheverfahren anhängig war, sondern auch dann, wenn nur eine Ehesache anhängig war (§ 620 ZPO a. F.) oder sogar, wenn nur ein Prozesskostenhilfesantrag in Bezug auf die Ehesache oder die Hauptsache gestellt war (§§ 620, 621 g, 644 ZPO a. F.).

Beispiel: Im August 2009 wurde die Scheidung beantragt, noch im gleichen Monat folgte der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Bezug auf Trennungs- und Kindesunterhalt. Im September 2009 folgen dann die Anträge in Bezug auf den Unterhalt in der Hauptsache.

Der Fall wird von Art. 111 I 1 FGG-RG nicht interessengerecht erfasst: Stellt man allein auf den Wortlaut der Regelung ab, dann ist der Antrag in der Hauptsache erst nach dem Stichtag gestellt, so dass für die Hauptsache von der Geltung des neuen Rechts auszugehen ist. Das kann aber nicht die zutreffende Lösung sein, weil das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem bisherigen Recht, unter dessen Geltung es begonnen wurde, ein unselbstständiges, von der Hauptsache abhängiges Verfahren war. Deswegen gehören das Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz und das Hauptsacheverfahren zusammen¹². Das bereits anhängige Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz zieht damit auch das Hauptsacheverfahren in den Geltungsbereich des alten Rechts hinein. Über beide ist einheitlich nach dem alten Verfahrensrecht zu verhandeln und zu entscheiden¹³.

Kein Argument ist insoweit, dass die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem neuen Verfahrensrecht selbstständige Verfahren sind. Die Frage, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, ist eine insoweit vorgelagerte Frage: Nur wenn neues Recht anzuwenden ist, handelt es sich bei dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um ein selbstständiges Verfahren. Dass auf das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, das bereits vor dem 1. 9. 2009 beantragt wurde, das alte Recht anzuwenden ist, ergibt sich aber schon aus Art. 111 I 1 FGG-RG.

d) *Hauptsache beantragt bis 31. 8. 2009, einstweilige Anordnung beantragt nach dem 31. 8. 2009.* Denkbar ist auch der umgekehrte Fall zu der zweiten erörterten Fallgruppe, nämlich dass das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dem Verfahren in der Hauptsache folgt.

Beispiel: Die Unterhaltsklage wurde im August 2009 anhängig. Ein Verfahren zur Erlangung einer einstweiligen Anordnung folgt (erst) im September 2009.

In diesem Fall ist zu berücksichtigen, dass seit dem 1. 9. 2009 das einstweilige Anordnungsverfahren ein selbstständiges Verfahren ist, das kein Hauptsache- oder Ehesachenverfahren mehr voraussetzt (vgl. § 51 III 1 FamFG). Für die Frage, welches Recht in der vorliegenden Konstellation anzuwenden ist, spricht das auf den ersten Blick deutlich dafür, das einstweilige Rechtsschutzverfahren auch allein dem neuen Recht zu unterstellen¹⁴.

Ganz eindeutig ist aber auch diese Argumentation nicht: Zu dem nach altem Recht anhängigen Hauptverfahren gehörte nach dem bisherigen Recht auch die Möglichkeit, ein einst-

weiliges Anordnungsverfahren als unselbstständiges Verfahren durchzuführen. Daran hat sich dadurch, dass am 1. 9. 2009 ein neues Verfahrensrecht in Kraft getreten ist, für diese Verfahren prinzipiell nichts geändert, da auf diese nach Art. 111 I 1 FGG-RG weiter das alte Recht anzuwenden ist. Durch das Inkrafttreten des neuen Rechts scheint damit in diesen Fällen eine doppelte Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes eröffnet zu sein: zum einen kommt ein selbstständiges Verfahren nach § 51 III 1 FamFG in Betracht, weil die Norm seit dem 1. 9. 2009 für Neuanträge gilt, zum anderen ein solches, das als Annex an dem schon anhängigen, weiter nach altem Recht zu behandelnden Hauptverfahren „hängt“.

Durch das Inkrafttreten des neuen Rechts ist es demnach zu einem „zuviel“ an Rechtsschutzmöglichkeiten gekommen. Das lässt sich systemgerecht am Besten dadurch korrigieren, dass entsprechend den Wertungen des Art. 111 I 1 FGG-RG dem Zeitpunkt der Antragstellung (in Bezug auf die einstweilige Anordnung) der Vorrang eingeräumt wird¹⁵. Damit richten sich die vom 1. 9. 2009 an beantragten einstweiligen Anordnungsverfahren nach dem neuen Recht, auch wenn die Hauptsache bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts anhängig war. Die Möglichkeiten des bisherigen Rechts sind insofern einzuschränken. Ein einstweiliger Rechtsschutz nach den bisherigen Vorschriften kommt nicht mehr in Betracht.

e) *Ehesache mit Folgesachen vor dem 1. 9. 2009 anhängig, danach Anhängigwerden einer weiteren Folgesache.* Ebenfalls nicht speziell geregelt ist der häufige Fall, dass vor dem 1. 9. 2009 eine Ehesache allein oder mit mindestens einer Folgesache (wie im Regelfall, da der Versorgungsausgleich auch schon bisher im Zwangsverbund stand) anhängig geworden war, dass dann aber nach dem 31. 8. 2009 eine weitere Folgesache anhängig wurde.

Beispiel: Der Scheidungsantrag wurde im August 2009 gestellt. Im Vertrauen auf eine gütliche Einigung war zunächst kein Antrag auf Zugewinnausgleich und nachehelichen Unterhalt gestellt worden. Diese Anträge folgen, nachdem eine Einigung scheitert, im September 2009.

Wendet man die Übergangsregel des Art. 111 I FGG-RG in diesem Fall uneingeschränkt an, bedeutet das, dass die Ehesache (und gegebenenfalls die mit ihr zugleich eingeleiteten Folgesachen) nach dem alten Verfahrensrecht zu behandeln sind, während die nach dem Stichtag anhängig gemachte Folgesache (im Beispiel Zugewinnausgleich) nach dem neuen Verfahrensrecht zu behandeln wäre. Das wiederum würde bedeuten, dass ein Verfahren nach altem Recht und ein Verfahren nach neuem Recht im Verbund stehen würden. Denn unabhängig davon, welches Verfahrensrecht angewendet wird, würde die Folgesache mit der Ehesache und den früher anhängig gemachten Folgesachen im Verbund stehen, den sowohl das alte als auch das neue Recht vorsehen. Angesichts der Unterschiede des alten und des neuen Rechts kann das aber nicht ohne Schwierigkeiten ablaufen. Für die Lösung dieser Konstellation gibt es zwei Möglichkeiten:

aa) Eine mögliche Vorgehensweise wäre, Art. 111 I FGG-RG entgegen dem Wortlaut auf solche Verfahren zu beschränken, die nicht in den Verbund mit Altverfahren fallen¹⁶. Dann wäre ein einheitliches Recht auf alle im Verbund stehenden Verfahren anzuwenden, und zwar das bisherige Recht, weil sich die Ehesache als „stärkste“ Sache auch

12 Vgl. auch BT-Dr 16/6308, S. 359.

13 Wie hier Schürmann, FuR 2009, 548 (549).

14 So Friederici/Kemper (o. Fußn. 3), Einl Rdnr. 19.

15 A. A. Schürmann, FuR 2009, 548 (549).

16 So Schürmann, FuR 2009, 548 (550).

in Bezug auf die anderen Verfahren durchsetzte. In dieser Variante würde man das Verbundprinzip über das Übergangsrecht stellen. Für diese Lösung spricht, dass das Verbundprinzip als tragendes Prinzip des Scheidungsverfahrens sowohl im bisherigen als auch im neuen Scheidungsverfahrensrecht gilt.

Denkbar wäre für diese Variante grundsätzlich zwar auch, generell das neue Recht anzuwenden. Das würde aber vernachlässigen, dass die Altverfahren bereits unter dem alten Recht begonnen haben und dass deswegen auf diese Verfahren bereits das alte Recht angewendet wurde. Einen Rechtswechsel sehen die Übergangsvorschriften des FGG-RG aber an keiner Stelle vor. Es ist deswegen systemgerechter, bei der Annahme einer einheitlichen Rechtsanwendung weiterhin von der Anwendung des bisherigen Rechts auf alle Verfahren auszugehen.

bb) Die andere Möglichkeit besteht darin, in diesen Fällen Art. 111 FGG-RG anzuwenden, wie es sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt. Dann muss aber das Verbundprinzip aufgegeben werden, und die den unterschiedlichen Verfahrensrechten unterfallenden Verfahren müssen als getrennte Verfahren behandelt werden. Diese Lösung vermeidet, dass auch noch lange Zeit nach dem Inkrafttreten des FamFG neu anhängig gemachte Verfahren nach dem bisherigen Recht behandelt werden müssen. Sie kann für sich die Parallele zu der in Art. 111 IV 2 FGG-RG gewählten Lösung in Anspruch nehmen, denn auch die abgetrennten Verfahren, auf die das neue Recht angewendet wird, werden als selbstständige Verfahren fortgeführt. Einzuräumen ist allerdings, dass in diesem Fall die Lösung vom Verbund schon bewerkstelligt ist.

cc) Die Entscheidung zwischen beiden Wegen ist schwer zu treffen. Beide Lösungen verlangen jeweils, ein tragendes Rechtsprinzip aufzugeben. Entscheidet man sich für die „Verbundlösung“, wird die Übergangsregelung außer Acht gelassen, wendet man die Übergangsregelung an, wird das Verbundprinzip aufgegeben. Gleichwohl spricht mehr für den zweiten Weg, denn er verwirklicht den Willen des Gesetzgebers, das neue Recht möglichst umfassend und schnell zur Anwendung kommen zu lassen. In der Ausnahmesituation, welche der Übergang vom alten zum neuen Verfahrensrecht darstellt, kann deswegen auf die Durchführung des Verbundes verzichtet werden.

3. Die Übergangsregeln für die Anpassungsfälle der §§ 4 ff. VAHRG a. F. und §§ 33 ff. VersAusglG

§ 49 VersAusglG überträgt die Grundsätze des § 48 I VersAusglG (die denen des Art. 111 I FGG-RG entsprechen), nicht aber die weiteren Fälle (vor allem die Aussetzung¹⁷), auch auf die Verfahren nach §§ 4 ff. VAHRG bzw. §§ 33 ff. VersAusglG. Ob ein Verfahren auf Anpassung des Versorgungsausgleichs sich nach den alten Regelungen des VAHRG oder denen des VersAusglG richtet, entscheidet sich demnach nach dem Zeitpunkt, in dem der diesbezügliche Antrag gestellt wurde bzw. gestellt wird. Das hat besondere Bedeutung, weil sich die Zuständigkeit für solche Anträge teilweise geändert hat (im Fall des § 33 VersAusglG, Anpassung wegen Unterhalts, vgl. § 34 VersAusglG gegenüber § 5 VAHRG), weil die Anpassung nur noch ab Antragstellung wirkt, weil die Reichweite der Abänderung nach neuem Recht begrenzt ist (vgl. § 32 VersAusglG), weil die Voraussetzungen der Anpassung wegen Unterhaltszahlung erheblich eingeschränkt (vgl. §§ 33 f. VersAusglG), die Voraussetzungen der Anpassung wegen Todes für einige Fälle dagegen deutlich erleichtert wurden (vgl. § 37 VersAusglG im Ver-

gleich zu § 4 VAHRG) und die Fallgruppe der Anpassung wegen Invalidität oder einer vorgezogenen Altersgrenze ganz neu geschaffen wurde (vgl. § 35 VersAusglG).

So wie diese Neuregelungen dazu führen, dass vor allem in den Unterhaltsfällen neue erfolgreiche Anträge deutlich seltener geworden sind, können sie umgekehrt dazu führen, dass nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nun entsprechende Anträge mit Erfolg gestellt werden können, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts keine Aussichten auf Erfolg gehabt hätten.

Beispiel: M erhält seit fünf Jahren seine Pension wegen des Versorgungsausgleichs gekürzt (monatlich 700 Euro weniger). Vor einem Jahr ist seine frühere Ehefrau verstorben. Diese hat bis zu ihrem Tod für 30 Monate ihre Altersvollrente erhalten. Nach bisherigem Recht konnte wegen des Überschreitens der 24-Monatsgrenze des § 4 VAHRG nicht angepasst werden. Nach neuem Recht kommt es nur auf eine 36-Monatsgrenze an (vgl. § 37 VersAusglG). Es sollte deswegen jetzt ein Antrag gestellt werden, um für die Zukunft eine ungekürzte Pension erhalten zu können.

Beispiel: M erhält seit fünf Jahren seine Rente wegen des Versorgungsausgleichs gekürzt (monatlich 300 Euro weniger). Vor einem Jahr ist seine frühere Ehefrau verstorben. Diese hat bis zu ihrem Tod für ca. 20 Monate ihre Altersvollrente erhalten. Sie hat aber einen Witwer hinterlassen, der Hinterbliebenenrente bezieht. Nach bisherigem Recht konnte wegen der Hinterbliebenenversorgung nicht nach § 4 VAHRG angepasst werden. Nach neuem Recht kommt es nur auf den eigenen Bezug von Rente an, die Hinterbliebenenversorgung ist irrelevant (vgl. § 37 VersAusglG).

Bei diesen Problemen handelt es sich aber letztlich nicht mehr um verfahrensrechtliche Problematiken, sondern um solche des materiellen Rechts. Sie sollen daher an dieser Stelle nicht vertieft werden.

Das Gleiche gilt auch für die Frage der Anwendbarkeit des so genannten Rentnerprivilegs: Dieses bewirkte bei den altem materiellen Recht unterliegenden Versorgungsausgleichsfällen, dass bei einem Rentenbezug im Zeitpunkt des Eheendes die Kürzung der gezahlten Rente erst erfolgte, wenn auch der Ausgleichsberechtigte aus den Anrechten eine Rente beziehen konnte (§ 101 SGB VI a. F., § 57 BeamtVG a. F.). Die Regelung ist zum 1. 9. 2009 aufgehoben worden. Es kommen also nur noch solche Personen in den Genuss des Privilegs, deren Versorgungsausgleichssache bereits vor dem 1. 9. 2009 anhängig war und die zu diesem Zeitpunkt schon Rente (bzw. Pension) bezogen (§ 48 I VersAusglG). Ein Rentenbeginn am 1. 9. 2009 ist zu spät. Außerdem ist zu beachten, dass in allen Fällen, in denen Art. 111 III bis V FGG-RG bzw. § 48 II, III VersAusglG zur Geltung des neuen Rechts führen, auch das Rentnerprivileg verloren ist.

III. Die Sonderregelung für ausgesetzte und ruhende Verfahren

Art. 111 III FGG-RG bestimmt, dass am 1. 9. 2009 ausgesetzte oder ruhende Verfahren in Familiensachen ebenso wie solche Verfahren, die nach dem 31. 8. 2009 ausgesetzt werden oder zum Ruhen gebracht werden, nach dem neuen Recht zu behandeln sind, wenn sie fortgesetzt werden.

Beispiel: Das Scheidungsverfahren läuft seit März 2008. Im September 2009 setzt das Gericht das Verfahren über den Versorgungsausgleich wegen der VBL-Startgutschriftenproblematik nach § 148 ZPO analog aus.

Auch diese Regelung wurde in Art. 111 FGG-RG durch das VAStrRefG eingefügt. Sie ist vor allem damit zu erklären, dass verhindert werden sollte, dass das alte materielle Versorgungsausgleichsrecht noch jahrelang angewendet werden

17 Götsche, FamRB 2009, 317 (320).

muss. Die verfahrensrechtliche Parallele ist nur die Ergänzung dazu¹⁸. Sie gilt aber nicht nur für Verfahren in Versorgungsausgleichssachen, sondern für alle Arten von Verfahren in Familiensachen.

Dagegen ist die Vorschrift nicht auf solche Verfahren anwendbar, welche nach dem bisherigen Recht keine Familiensachen waren¹⁹ (es aber nach neuem Recht sind, wie z. B. die Verfahren nach § 266 FamFG), denn Art. 111 III FGG-RG spricht ausdrücklich von Verfahren in Familiensachen und nimmt damit Bezug auf § 23 b GVG a. F. Derartige Verfahren bleiben daher in der Zuständigkeit der allgemeinen Prozessabteilungen bzw. der Landgerichte, selbst wenn sie ausgesetzt sind oder waren oder wenn sie am 1. 9. 2009 ruhten oder später zum Ruhen gebracht werden.

Gedacht ist bei der Übergangsregelung an die Aussetzungen nach §§ 246 ff. ZPO, § 614 ZPO a. F., § 52 II FGG a. F. und die Ruhensregelungen nach §§ 251, 251 a ZPO. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 111 III FGG-RG ist aber auf jeden Fall, dass das Verfahren nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts wieder aufgenommen wird²⁰. Eine Verfahrensaussetzung oder ein Ruhen des Verfahrens, die bzw. das noch zur Zeit der Geltung des bisherigen Rechts wieder beendet worden ist, ist nicht tatbestandsmäßig. Das ergibt sich aus dem Sinn des Art. 111 FGG-RG, einen Rechtswechsel grundsätzlich zu vermeiden und nur dann zuzulassen, wenn er durch eine Zäsur im Verfahren gerechtfertigt wird. Daran fehlt es gerade in den Fällen einer Fortsetzung des Verfahrens schon unter der Geltung des alten Rechts.

Fraglich ist, welches Schicksal die Verfahren haben, die auf diese Weise in das neue Recht gelangen. Für die Fälle des Art. 111 IV FGG-RG (Abtrennung von Versorgungsausgleichssachen) ist ausdrücklich bestimmt, dass in diesen Fällen die abgetrennten Verfahren als selbstständige Verfahren fortgeführt werden. An einer derartigen Regelung fehlt es für die ruhenden und ausgesetzten Verfahren i. S. des Art. 111 III FGG-RG. Daraus ist zu folgern, dass diese Verfahren Folgesachen bleiben (wenn sie es vor der Aussetzung bzw. dem Ruhen schon waren).

Das ist auch systemgerecht: In der Regel ruht in diesen Fällen das gesamte Verfahren mit allen Folgesachen. Es ändert sich also am Verbund nichts. Damit gelangen alle Verfahren zusammen über Art. 111 III FGG-RG in einen Verbund neuen Rechts (vgl. § 137 FamFG). Wenn das Ruhen aller Verfahrensteile bislang nicht erwünscht war, dann konnte unter den Voraussetzungen des § 628 ZPO a. F. vorab geschieden werden, das heißt also abgetrennt werden. Die nicht entschiedenen Sachen blieben aber Folgesachen und standen weiterhin in einem Restverbund. Dabei bleibt es demnach auch für alle Folgesachen, für die die besondere Regelung für Versorgungsausgleichssachen in Art. 111 IV²¹ oder V²² FGG-RG nicht eingreift.

IV. Die Sonderregelung für abgetrennte Versorgungsausgleichsverfahren

Der Gesetzgeber hat in seinem Bestreben, in den Versorgungsausgleichssachen möglichst schnell das neue Recht anwendbar zu machen, für die Versorgungsausgleichssachen noch eine Erweiterung gegenüber der Regelung in Art. 111 III FGG-RG getroffen: Nach Art. 111 IV FGG-RG ist auf Verfahren, die am 1. 9. 2009 vom Verbund abgetrennt waren oder die später abgetrennt werden, von diesem Zeitpunkt an das neue Recht anzuwenden.

Beispiel: Im seit Juli 2006 laufenden Scheidungsverfahren scheidet das Familiengericht die Ehe im Juli 2009 und trennt das Verfahren über den

Versorgungsausgleich nach § 628 S. 1 Nr. 4 ZPO a. F. ab. Auf den Versorgungsausgleich ist seit dem 1. 9. 2009 das neue Verfahrensrecht und das neue materielle Recht anzuwenden.

In welchem Stadium sich das Verfahren befindet, ist ebenso gleichgültig wie der Grund, aus dem abgetrennt wird bzw. wurde. Die Regelung gilt daher auch dann, wenn erst in der Rechtsmittelinstanz abgetrennt wird²³. Auch wenn die Gründe für die Abtrennung unmittelbar nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts weggefallen sind, so dass eine Entscheidung ohne größere Zäsur möglich ist, bleibt es bei der Rechtsfolge des Art. 111 IV FGG-RG²⁴. Ob das mit Vertrauensschutzaspekten zu vereinbaren ist, ist nicht unzweifelhaft – besonders unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in den Fällen des Art. 111 IV FGG-RG mit der Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts zwingend die Anwendung des neuen materiellen Versorgungsausgleichsrechts korrespondiert (vgl. § 48 II VersAusglG).

Die abgetrennten Folgesachen sind als selbstständige Familiensachen fortzuführen (Art. 111 IV 2 FGG-RG). Darin unterscheiden sie sich gerade von allen anderen Versorgungsausgleichssachen, die früher (nach § 628 ZPO a. F.) abgetrennt (und dann entschieden) oder die nach dem 31. 8. 2009 anhängig wurden und dann abgetrennt wurden bzw. werden (nach § 140 FamFG). In diesen „Normalfällen“ blieben bzw. bleiben die abgetrennten Versorgungsausgleichssachen Folgesachen und stehen damit in einem Restverbund mit anderen nicht entschiedenen Sachen. Das bedeutet etwa, dass in den Art. 111 IV 2 FGG-RG unterfallenden Verfahren der Anwaltszwang wegfällt (vgl. § 114 I FamFG²⁵) und dass die Verfahren als gebührenrechtlich selbstständige Verfahren angesehen werden müssen²⁶.

Soweit andere Folgesachen neben der Versorgungsausgleichssache abgetrennt sind, werden diese zwar auch zu selbstständigen Familiensachen; auf sie findet aber weiter das bisherige Recht Anwendung²⁷. Etwas anderes gilt nur, wenn in Bezug auf eine dieser Sachen eine Aussetzung des Verfahrens oder ein Ruhen des Verfahrens eintritt²⁸.

V. Die Sonderregelung für am 31. 8. 2010 noch nicht in erster Instanz erledigte Versorgungsausgleichssachen

Schließlich ist das Prinzip des Art. 111 I FGG-RG, dass es für das anzuwendende Recht auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung ankommt, in Bezug auf Versorgungsausgleichssachen und die Sachen, mit denen sie im Verbund stehen, noch in einem weiteren Punkt durchbrochen. Auf jeden Fall ist das neue Recht anzuwenden, wenn in einem Verfahren erster Instanz bis zum 31. 8. 2010 noch keine Entscheidung erlassen wurde. Das bedeutet, dass auch in den Fällen, in denen vor dem 1. 9. 2009 ein Verfahren eingeleitet wurde, das neue Recht angewendet wird, wenn dieses Verfahren nicht zügig abgewickelt wird. Das soll eine endlos lange Übergangszeit für den Versorgungsausgleich vermeiden.

18 Keidell/Engelhardt (o. Fußn. 2), Art. 111 FGG-RG Rdnr. 6.

19 Schürmann, FuR 2009, 548 (551).

20 Keidell/Engelhardt (o. Fußn. 2), Art. 111 FGG-RG Rdnr. 6.

21 S. dazu unter IV.

22 S. dazu unter V.

23 Schürmann, FamRZ 2009, 1800 (1801).

24 Vgl. zu den materiellen Auswirkungen auch Schürmann, FamRZ 2009, 1800; Borth, FamRZ 2009, 1965 (1966).

25 Kühmer, FamRB 2009, 82 (85); Götsche, FamRB 2009, 317 (320).

26 Götsche, FamRB 2009, 317 (320).

27 Schürmann, FuR 2009, 548 (551).

28 S. oben III.

Es handelt sich bei dieser Regelung um den einzigen Fall eines Rechtswechsels wegen des Ablaufs einer Frist, ohne dass es zu einer Verzögerung gekommen wäre. Erfasst werden die Versorgungsausgleichssache sowie die Ehesache und alle Folgesachen, welche mit der Versorgungsausgleichssache noch im Verbund stehen. Ob das der Fall ist, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des bisherigen Rechts. Der Verbund bleibt erhalten – und zwar dann gerade auch in Bezug auf die Rechtsmittel. Auf alle Teile des Verbundes ist dann das neue Recht anzuwenden.

Wurde dagegen bis zum 31. 8. 2010 eine erstinstanzliche Entscheidung in der Versorgungsausgleichssache erlassen (auf die Wirksamkeit kommt es nicht an), bleibt es dabei, dass sich das Verfahren in allen genannten Sachen weiterhin nach dem bisherigen Recht richtet. Derartige Konstellationen können etwa vorkommen, wenn nur gegen den Anspruch in der Scheidungssache Rechtsmittel eingelegt wurden²⁹.

VI. Immer neues Recht in der zweiten Instanz?

Durch das VAstrRefG wurde in Art. 111 FGG-RG auch ein Abs. 2 eingefügt, mit welchem die Probleme der so genannten Bestandsverfahren³⁰ (Dauerverfahren wie Vormundschaften, Betreuungen, Unterbringungen usw.) in der Weise gelöst werden sollten, dass auf Genehmigungen, Aufsichtshandlungen usw., die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts erforderlich werden, bereits das neue Recht anzuwenden sein soll³¹. Die Regelung definiert, was unter einem selbstständigen Verfahren i. S. des Art. 111 I FGG-RG zu verstehen sein soll: Danach ist ein selbstständiges Verfahren jedes gerichtliche Verfahren, das mit einer Endentscheidung i. S. des § 38 FamFG abgeschlossen wird.

Diese Definition hat zu der Frage geführt, ob nicht auch alle Altverfahren mit Abschluss der ersten Instanz immer nach neuem Recht behandelt werden müssen, wenn ein Rechtsmittel eingelegt wird, weil in diesen Fällen die erste Instanz notwendigerweise durch eine Endentscheidung abgeschlossen sei. Diese Ansicht ist vornehmlich von *Geimer* und *Prütting* mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 111 II FGG-RG vertreten worden³². Sie ist von den Gerichten, welche bislang

mit der Frage befasst waren, im gegenteiligen Sinn entschieden worden³³.

Der von den Gerichten vertretene Ansicht ist zuzustimmen, weil die von *Geimer* und *Prütting* vertretene Auffassung zu der vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Folge führen würde, dass das gesamte sonstige Übergangsrecht seinen Sinn verlöre, weil immer dann, wenn ein Verfahren erstinstanzlich abgeschlossen wäre, die unterlegene Seite dieses Verfahren durch ein Rechtsmittel doch noch in das neue Recht bringen könnte. Hinzu kämen erhebliche kostenrechtliche Probleme, weil man dann eine Kostenregelung mit einem „Instanzsplitting“ nicht zu vermeiden wäre³⁴. Der Gesetzgeber hat nicht daran gedacht, dass bei wörtlicher Anwendung des Art. 111 II FGG-RG auch eine Anwendung auf die verschiedenen Instanzen in Betracht käme. Die Gesetzesmaterialien schweigen dazu und nennen nur Beispiele aus den Bestandsverfahren. Nur für diese ist Art. 111 II FGG-RG gedacht. Ein weiteres Indiz ist, dass der ansonsten parallel formulierte § 48 VersAusglG genau in diesem Punkt differiert: Da es bei diesen Verfahren keine Bestandsverfahren gibt, hat der Gesetzgeber eine Art. 111 II FGG-RG entsprechende Regelung offenbar nicht für erforderlich gehalten. Die überschießende Formulierung ist deswegen teleologisch zu reduzieren.

VII. Ausblick

Die Übergangsregelungen des neuen Verfahrensrechts werden den Rechtsanwendern noch viel Kopfzerbrechen bereiten. Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber sich in diesem Bereich nicht mehr Mühe gegeben hat, auch die Detailprobleme zu betrachten, um zu einem größeren Maß an Rechtssicherheit beizutragen. ■

29 Beachte aber den Streit um Art. 111 II FGG-RG, s. unter VI.

30 Vgl. *Sonnenfeld*, FPR 2010, 65.

31 BT-Dr 16/11903, S. 128.

32 *Zöller/Geimer*, ZPO, 28. Aufl. (2010), FamFG, Einl Rdnr. 54; *Geimer*, FamRB 2009, 386; *Prütting/Helms*, FamFG, 2009, Art. 111 FGG-RG Rdnr. 5; wie hier dagegen *Schürmann*, FuR 2009, 548 (550).

33 *OLG Köln*, FamRB 2009, 344; *OLG Stuttgart*, FamRB 2009, 373; *OLG Schleswig*, FamRB 2009, 396.

34 Das räumt auch *Geimer*, FamRB 2009, 396 (397), ein.

Direktor des AG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge.*

Übergangsrecht im Vollstreckungsrecht

Die Frage, welche Übergangsregelung für die Zwangsvollstreckung in Familiensachen und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Auch bei der Vollstreckung kommt es auf die Unterscheidung zwischen Familienstreitsachen und den Verfahren an, die nicht Familienstreitsachen sind.

I. Übergangsregelung für Familienstreitsachen

Familienstreitsachen sind gem. § 112 FamFG Unterhalts-, Güterrechts- und sonstige Familiensachen (mit Ausnahme der Verfahren gem. §§ 231 II, 261 II, 266 II FamFG) und die entsprechenden Lebenspartnerschaftssachen. Diesen Verfahren ist sämtlich gemein, dass bisher darüber nach der ZPO durch Urteil zu entscheiden war. Soweit der Antrag auf Einleitung einer Familienstreitsache vor dem 1. 9. 2009 gestellt wurde, wird das Verfahren gem. Art. 111 I 1 FGG-RG nach dem bis dahin geltenden Recht, d. h. nach der ZPO, fortgeführt. Die verfahrensabschließende Entscheidung erfolgt in

diesen Verfahren durch Endurteil, das gem. §§ 708 ff. ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist. Die Vollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren oder rechtskräftigen Endurteil richtet sich gem. § 704 ZPO nach dem Buch 8 der ZPO.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass in Verfahren, deren Einleitung vor dem 1. 9. 2009 beantragt wurde, das bis dahin maßgeblich Recht anzuwenden ist, enthält Art. 111 III FGG-RG. Danach sind auf Verfahren in Familiensachen, die am 1. 9. 2009 ausgesetzt sind oder nach dem 1. 9. 2009 ausgesetzt werden oder deren Ruhen am 1. 9. 2009 angeordnet ist oder nach dem 1. 9. 2009 angeordnet wird, die nach Inkrafttreten des FGG-RG geltenden Vorschriften anzuwenden. Verfahren in Familiensachen i. S. von Art. 111 III FGG-RG sind nur solche Verfahren, die schon vor dem 1. 9. 2009 Familiensachen i. S. von § 23 b I 2 GVG a. F.

* Der Autor ist Direktor des AG Neustadt a. Rbge.