

ZAP-Arbeitsbuch

# Praxis des Familienrechts

von  
Horst R Rotax

1. Auflage

Praxis des Familienrechts – Rotax

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

ZAP 2006

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 89655 228 0

## Einleitung

Wer glaubte, dass mit der Kindschaftsrechtsreform des Jahres 1998 im Familienrecht erst einmal Ruhe einkehren würde, hat sich sehr getäuscht. Die Reformen gehen weiter, ein Ende ist nicht absehbar. Herausgeber und Verlag standen vor der Frage, ob man mit einer Neuauflage dieses Handbuchs nicht besser bis zum Abschluss der anstehenden Gesetzesreformen im Versorgungsausgleich und der Schaffung eines einheitlichen Familiengerichtsverfahrensgesetzes warten soll. Angesichts der gegenüber ursprünglichen Planungen eingetretenen Verzögerungen bei den beiden genannten Gesetzesvorhaben, die - berücksichtigt man die Einwände verschiedenster Interessengruppen gegen die bisher erörterten Lösungen - noch nicht "in trockenen Tüchern" zu sein scheinen, halten wir jetzt, drei Jahre nach Erscheinen der zweiten gebundenen Auflage, eine Neuauflage für geboten, um den zahlreichen Nutzern der bisherigen Auflagen aktuelle Informationen an die Hand geben zu können. Betrachtet man nämlich die vergangenen drei Jahre, lassen sich teils erhebliche gesetzliche Veränderungen, vor allem aber bedeutsame Versuche der Rechtsprechung feststellen, eine zunehmende Diskrepanz zwischen geltendem Recht und sozialer Wirklichkeit zu überbrücken. Ein grober Überblick über diese Veränderungen zeigt, wie wichtig es ist, sie zu kennen, um in der alltäglichen Praxis keine zu großen Fehler zu machen.

Besonders deutliche Auswirkungen hatten die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen der letzten Jahre im Unterhaltsrecht. Die Rechtsprechung sah sich zunehmend außerstande, die Rahmenbedingungen für das Zusprechen oder Verweigern von Unterhalt aus den rudimentären, allgemein gehaltenen Bestimmungen des BGB abzuleiten. Der Gesetzgeber ist der lautstarken Forderung nach einer gesetzlichen Bestimmung des Mindestunterhalts für Kinder und der Neubestimmung der Verteilungsspielregeln im sog. Mangelfall durch das Unterhaltsänderungsgesetz nachgekommen. Dass dabei überkommene Vorstellungen von ehelicher Solidarität nach der Scheidung bewusst geändert und die Unterhaltsbedürfnisse nachfolgender Ehefrauen und Mütter höher bewertet werden als bisher, wird noch erhebliche Auswirkungen haben.

Der im deutschen Unterhaltsrecht enthaltene Gedanke lebenslanger Einstandspflicht zwischen Eltern und Kindern wird auf eine immer größere Probe gestellt angesichts des steigenden Alters und der damit verbundenen Pflegebedürftigkeit der Elterngeneration einerseits und der Schwierigkeiten für junge Erwachsene, denen es nicht gelingt, einen bezahlten Ausbildungsplatz zu finden, andererseits. Solange der Gesetzgeber hier nicht für Begrenzungen sorgt, die auch der sog. Sandwich-Generation, d.h. Eltern, die sowohl eigene Kinder in der Ausbildung als auch alte, pflegebedürftige Eltern zu versorgen haben, ein auskömmliches Leben ermöglichen, muss die Rechtsprechung für derartige Begrenzungen sorgen, was auch zumindest beim Elternunterhalt zunehmend geschieht.

Viele der zahlreichen Gesetzesänderungen in anderen Bereichen schlagen direkt oder mittelbar auf das Unterhaltsrecht durch. Zu den größten Veränderungen insoweit gehören neben permanenten steuerrechtlichen Änderungen die Aufhebung des BSHG und die Integration des

grundlegend geänderten Sozialhilfe- und Arbeitsförderungsrechts in das SGB.

Die Rechtsprechung kämpft angesichts steigender Prozesszahlen mit der Schwierigkeit, in jedem Einzelfall ein für die Betroffenen verständliches und gerechtes Ergebnis zu finden. Es wird z.B. zunehmend schwieriger, einem nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen nachzuweisen, dass er sich vor der Arbeit und Unterhaltszahlung drückt. Häufig berufen sich vor allem ältere, arbeitslos gewordene Unterhaltspflichtige zu Recht auf die Unmöglichkeit, auch nur irgendeine Erwerbstätigkeit zu finden, bei der sie mehr verdienen können als ihr eigenes Existenzminimum.

Ausdruck gewandelter gesellschaftlicher Überzeugungen ist vor allem das Recht eingetragener Partnerschaften. Dieses wurde jetzt dem Recht verheirateter Paare weitestgehend angeglichen mit der Übernahme des Verlöbnisrechts, des ehelichen Güterrechts, der weitgehenden Angleichung des Unterhaltsrechts und der Aufhebungsgründe an die Scheidungsvoraussetzungen sowie der Einführung des Versorgungsausgleichs. Am größten ist die Diskrepanz zur Ehe noch im Adoptionsrecht, das nur die Stiefkindadoption ermöglicht. Die Hinterbliebenenversorgung der gesetzlichen Rentenversicherung stellt jetzt die Lebenspartner den Eheleuten gleich und bezieht sie in das Rentensplitting unter Eheleuten ein. Gleiches gilt für die Alterssicherung der Landwirte, die gesetzliche Unfallversicherung und das soziale Entschädigungsrecht. Entsprechende Regelungen für Beamte und Richter sowie weitere Ergänzungen dagegen sollen einem späteren Gesetzgebungsvorhaben vorbehalten bleiben.

Das Recht des Versorgungsausgleichs befindet sich in einer Krise. Grund dafür sind die Veränderungen fast aller Versorgungssysteme in Deutschland. Die bisherigen Grundversorgungen, vor allem gesetzliche Rentenversicherung und Beamtenversorgung, werden auf ein Maß gekürzt, das immer weniger für ein angemessenes Leben im Alter oder bei Invalidität reicht. Viele Wirtschaftsunternehmen, aber auch die öffentlichen Arbeitgeber vermindern ihre Zusagen auf ergänzende Versorgung, weil sie die durch den Rückgang der Grundversorgungen entstandenen Lücken nicht auffangen können oder wollen, und verlagern das wirtschaftliche Risiko für den Bestand dieser Versorgungen auf die Arbeitnehmer.

Zunehmende Schwierigkeiten ergeben sich aber auch aus der Rüge des BVerf-G an der ursprünglich streng güterrechtlichen Ausgestaltung des Versorgungsausgleichs. Jede Ausgleichsentscheidung soll nach Meinung der höchstrichterlichen und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur im Zeitpunkt der (Erst-)Entscheidung ein Optimum an Ausgleichsgerechtigkeit darstellen, sondern auch bei Eintritt des Versorgungsfalls noch zu einer hälftigen Teilung der beiderseitigen Renten führen. Dabei ist es schlechterdings unmöglich, heute schon zu berücksichtigen, was 20, 30, 40 oder mehr Jahre später einmal sein wird. Das zeigt mit aller Deutlichkeit der Rückblick auf die zurückliegenden 29 Jahre, in denen es den Versorgungsausgleich gibt. So gut wie nichts in unseren Versorgungssystemen ist seither gleich geblieben. Derzeit muss die familienrechtliche Praxis versuchen, mit mehr oder minder untauglichen Mitteln das vom BVerf-G gesteckte Ziel einigermaßen zu erreichen.

Die bisherige Zuweisung aller Versorgungsvermögen entweder zum Versorgungs oder zum Zugewinnausgleich wird immer fragwürdiger. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verweigert hier ganz bewusst einen gerechten Ausgleich und wartet auf den Gesetzgeber. Umso wichtiger wird es, durch akzeptable Eheverträge und Nutzung der vorhandenen gesetzlichen Spielräume gerechte Lösungen zu finden. Die Familiengerichte haben dabei mit der ihnen jetzt vom BVerf-G ausdrücklich übertragenen Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle auf Einhaltung eben dieser Spielräume zu achten, ohne sie zu sehr einzuengen oder auszuweiten.

Der bisher gesetzlich gebotene Vergleich zwischen gesetzlicher Rentenversicherung und Beamtenversorgung auf der einen und allen anderen Versorgungsleistungen auf der anderen Seite ist mehr als schief geworden, seit es in der gesetzlichen Rentenversicherung und Beamtenversorgung keinerlei oder nur noch geringfügige Anpassungen der Anwartschaften und laufenden Renten mehr gibt. Eine grundlegende Strukturreform des Versorgungsausgleichs wird für diese Veränderungen eine für die familienrechtliche Praxis praktikable Lösung finden müssen. Diese steht derzeit aber noch aus. In der Zwischenzeit muss sich die Rechtsprechung mit den zaghaften Anpassungsversuchen des Gesetzgebers und der die Grenze der Verfassungsmäßigkeit erreichenden Diskrepanz zwischen bisherigen Wertannahmen und tatsächlichen Umrechnungsergebnissen auseinandersetzen und vorübergehende Lösungen finden. Der BGH und die OLG haben dazu bereits Anweisungen gegeben.

Im Recht der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts wird von der Fachwelt zunehmend gefragt, ob die Ausgestaltung des Vater-Kind-Verhältnisses zwischen dem nicht mit der Mutter verheirateten Vater und seinem Kind eigentlich noch zeitgemäß ist. Das BVerf-G hat die am geltenden Recht geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken bisher nicht geteilt. Manches spricht dafür, dass es der EGMR sein wird, der hier den deutschen Gesetzgeber zum Handeln zwingt, weil es nicht mit dem in Art. 8 EMRK enthaltenen Gebot auf Achtung des Familienlebens vereinbar ist, den nicht mit der Mutter verheirateten Vater so wie bisher vom Wohlwollen der Mutter abhängig zu machen.

Den Auftrag des BVerf-G, eine Übergangsregelung für nicht miteinander verheiratete Eltern zu schaffen, die bei ihrer Trennung vor dem 30.6.1998 noch nicht die Möglichkeit hatten, gemeinsame Sorgeerklärungen abzugeben, hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich erfüllt, allerdings ohne die hier gefundene Regelung auf alle nicht miteinander verheirateten Eltern auszuweiten.

Auch bei der Ausübung des staatlichen Wächteramts, d.h. bei der Auslegung des Kriteriums "Kindeswohlgefährdung", müssen deutsche Familienrichter zunehmend die Rechtsprechung des EGMR beachten. Dieser verpflichtet alle staatlichen Stellen bei der Vornahme von Eingriffen in das Familienleben dazu, grds. so zu handeln, dass daraus eine Fortentwicklung der familiären Beziehungen folgen könne. Auch nach früheren Kindeswohlgefährdungen muss immer noch geprüft werden, ob es nicht geeignete Maßnahmen gibt, um den betreffenden Elternteil und das Kind wieder zusammenzuführen.

Dem Schutz der sozialen Familie und der hier entstandenen Bindungen des Kindes dient, dass jetzt allen engen Bezugspersonen des Kindes ein Umgangsrecht mit dem Kind unter dem Vorbehalt des Kindeswohls gesetzlich zugestanden wird.

Im Abstammungsrecht hat der Gesetzgeber im Auftrag des BVerf-G jetzt auch dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater in einem eng begrenzten Kreis von Fällen das Recht gegeben, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten und selbst rechtlicher Vater zu werden.

Weiter wird demnächst den staatlichen Behörden das Recht eingeräumt werden, Vaterschaftsanerkennungen anzufechten, wenn der Anerkennung weder eine sozial-familiäre Beziehung noch eine leibliche Vaterschaft zugrunde liegt. Betroffen sind vor allem binationale Beziehungen, die allein zur Erreichung eines Aufenthaltsgrundes eingegangen werden.

Die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit heimlich, d.h. ohne Zustimmung des Kindes und der Mutter eingeholter Abstammungsgutachten wurde vom BGH geklärt, und zwar in einer Weise, die eigentlich schon das Ergebnis des noch diskutierten FGG-Reformgesetzes vorwegnimmt. Schon in der heutigen Praxis ist damit die letztlich voraussetzungslose Überprüfung der Abstammung eines Kindes von seinem Vater möglich.

Doch auch die Europäisierung des Familienrechts schreitet munter voran. Mit der sog. Brüssel-IIaVO, nämlich der EU-VO Nr. 2001/2003, sind seit dem 1.3.2005 die Zuständigkeitsnormen teilweise deutlich geändert worden. Mit dem Gesetz zum internationalen Familienrecht sind die nationalen Verfahrensregeln zur Ausfüllung der unmittelbar geltenden EU-VO sowie des Haager Kindesentführungsabkommens teilweise deutlich geändert worden. Eine Schwierigkeit für den Praktiker besteht nach wie vor darin, dass nach Meinung der EU-Kommission die in Deutschland unmittelbar geltenden EU-Normen in den deutschen Gesetzen nicht wiederholt werden dürfen. Das erschwert ihre Anwendung in der täglichen Praxis sehr, weil nun nicht mehr alle Zuständigkeitsnormen in einem Gesetz zu finden sind.

Um das Buch etwas leichter, lesbarer und auch kostengünstiger zu gestalten, haben wir dieses Mal auf die den meisten Teilen in den vergangenen Auflagen angefügten Rechtsprechungslexika verzichtet. Das Echo der Benutzer dieser Auflage, auf das wir gespannt warten, wird zeigen, ob diese Entscheidung richtig war. Ich danke allen Mitautoren für die zügige und sachkundige Bearbeitung ihrer Teile in diesem z.T. neugegliederten Handbuch. Mein Dank gilt weiter den Lektorinnen des Verlages, die das Buch freundlich und kompetent so betreut haben, dass es jetzt erscheinen kann. Besonderer Dank gebührt meiner Frau, die - nicht immer geduldig, aber letztlich doch mit viel Verständnis - ihren Ehemann zahlreiche Stunden am Abend, den Wochenenden und in den Ferien entbehren musste.

Horst-Heiner Rotax  
Adendorf, im Oktober 2006

## Vorwort zur 1. Auflage

Die Praxis des Familienrechts erfordert heute weit mehr als die Kenntnis des Inhaltes der Normen des 4. Buches des BGB. Sachlich fundierte Beratung und Vertretung einerseits und überzeugende Rechtsprechung andererseits sind nur möglich bei zusätzlichen Kenntnissen in den Rechtsgebieten allgemeines Zivilrecht, Sozialversicherungsrecht, Beamten- und Beamtenversorgungsrecht, aber auch Steuerrecht. Darüber hinaus sind Grundkenntnisse in Psychologie, Pädagogik, Sozialpädagogik, Abstammungsmedizin, Buchführungstechnik, aber auch Kommunikationstheorie und Verhandlungstechnik für den Praktiker unverzichtbar.

Seit der Familienrechtsreform 1977 bilden Familienrecht und familiengerichtliches Verfahren keine deckungsgleichen Kreise mehr. Das vorliegende Handbuch beschränkt sich deshalb nicht auf das familiengerichtliche Verfahren, sondern widmet sich auch dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren und berührt im Zusammenhang mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft das allgemeine Zivilverfahren. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Notwendigkeit einer verfahrensübergreifenden Darstellung noch vertieft, wenn der Gesetzgeber Forderungen aus der Praxis aufgreift und alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen Eheleuten (und künftig wohl auch Lebenspartnern) in die Zuständigkeit der Familiengerichte verweist. Der Praxis wäre im übrigen sehr geholfen, wenn es im Rahmen einer solchen Zuständigkeitserweiterung auch zu einer Vereinheitlichung der bei den Familien- und Vormundschaftsgerichten anzuwendenden Verfahrensordnungen kommen würde. Immerhin wird im Bundesjustizministerium daran gearbeitet. Derzeit allerdings müssen in der Praxis leider immer noch unterschiedliche Verfahrensgrundsätze - teilweise in demselben Verfahren - beachtet werden. Es war den Autoren der einzelnen Teile dieses Handbuches ein Anliegen, den Praktiker auch durch die teilweise nur mit einem Dschungel zu vergleichende Normenvielfalt im Verfahrensrecht zu leiten. Ein eigenes verfahrensrechtliches Fach soll nach dem derzeitigen Planungsstand erst verfasst werden, wenn es zu einer Vereinheitlichung zumindest des familiengerichtlichen Verfahrensrechts gekommen sein wird.

Ausgangspunkt für die Überlegung, dieses Handbuch des Familienrechts zu erstellen, war nicht die Überzeugung, daß es nicht bereits ausreichend oder genügend gute Literatur gäbe. Das Gegenteil ist der Fall. Der Markt an - auch durchaus brauchbaren - Handbüchern ist kaum noch zu übersehen. Wenn der Verlag mich und die übrigen Autoren gleichwohl zu einer Mitarbeit gewinnen konnte, dann geschah dies vor allem deswegen, weil dieses Werk sich in seiner Handhabung positiv von Konkurrenzprodukten unterscheiden sollte. Die guten Erfahrungen des Verlages mit dem von der Konzeption her ähnlichen Handbüchern zum Miet-, Arbeits- und Straßenverkehrsrecht ließen es als lohnenswerten Versuch erscheinen, auch im Familienrecht Vergleichbares herauszubringen.

Wie alle Fachbücher ist das Handbuch auch in seiner jetzigen Form "unfertig" und auf

Überarbeitungen und Neuauflagen angewiesen. Möglicherweise wird es immer unfertig bleiben, weil durch den berühmten Federstrich des Gesetzgebers plötzlich praxisrelevante Rechtsgebiete entfallen oder hinzukommen können. So wurde auf der Ebene der Landesjustizverwaltungen eine weitgehende Abschaffung der gerichtlichen Ehescheidung und - für den Fall dokumentierten Einverständnisses - eine Ersetzung durch eine standesamtliche Scheidung diskutiert. Die tiefgreifenden Veränderungen im Recht der Altersvorsorge lassen massive Konsequenzen z.B. für den Bereich des Versorgungsausgleichs mit seiner kaum noch nachvollziehbaren Bewertungsgenauigkeit erwarten.

Anders als die bekannten Lehrbücher und (Groß-)Kommentare zum Familienrecht und familiengerichtlichen Verfahren mit ihrer Orientierung an dogmatischen Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes sind Maßstab für dieses Handbuch die Bedürfnisse des Praktikers an einem schnellen Zugriff auf Spezialfragen und deren Lösung. Inhaltsübersichten, Gliederung und Darstellung der einzelnen Fachthemen dienen daher dem ziel- und ergebnisorientierten Arbeiten des Praktikers. Eine Auseinandersetzung mit weiterführender Rechtsprechung und Literatur erfolgt nur dort, wo es für die Bearbeitung des konkreten Falles erforderlich ist und nicht zum Selbstzweck wissenschaftlicher Vollständigkeit wird. Fragen rein theoretischer Natur bleiben ausgeklammert. Der Vorteil eines Handbuchs gegenüber einem umfassenden Kommentar liegt in seiner systematischen Strukturierung und damit in der Schnelligkeit des Auffindens einzelner Problemdarstellungen. Die "Praxis des Familienrechts" bietet deshalb dem Leser auch Verfahrensvorschläge und Mustertexte an. Jeder Teil enthält, soweit es sich thematisch anbietet, Mustertexte und ein Rechtsprechungslexikon, das zusätzlich zur Inhaltsübersicht einen schnellen Zugriff auf ausgewählte Spezialfragen ermöglicht. So findet derjenige, der sich nur neben anderen Rechtsgebieten einen schnellen Überblick verschaffen möchte, genauso Unterstützung wie derjenige, der vertieft Rechtsprechung zu einem Spezialthema sucht.

In Zusammenarbeit mit der Bundesrechtsanwaltskammer und dem Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis ist somit ein an der effizienten anwaltlichen Mandatsbearbeitung orientiertes Handbuch zur "Praxis des Familienrechts" entstanden. Dabei wird berücksichtigt, daß sich durch die Einführung des Fachanwalts für Familienrecht die Notwendigkeit dauernder notwendiger Qualifizierung dieser Fachanwälte, indirekt aber auch aller auf dem Gebiet des Familienrechts tätigen Anwälte ergeben hat. Qualifizierte Anwälte sind eine gute Voraussetzung für bessere richterliche Entscheidungen. Herausgeber und Autoren möchten mit diesem Handbuch dazu beitragen, dass diese Qualifizierung schon ab Studienzeiten vorangetrieben wird und möglichst viele Anwälte möglichst gut beraten und Richter anschließend ebenso gut entscheiden. Wenn dann auch noch Nichtjuristen, die in familiären Konflikten beraten, über die Lektüre zumindest von Teilen dieses Werkes bedeutsame juristische Teilaspekte ihres Wirkens erkennen und einplanen können, hat sich unsere Arbeit gelohnt.

An dieser Stelle gilt mein Dank den Autorinnen und Autoren, die mit ihren Beiträgen geholfen haben, eine Idee in die Tat umzusetzen, der Bundesrechtsanwaltskammer für kritische Anregungen und hilfreiche Hinweise sowie den Mitarbeitern des Verlags, die letztlich die

Entstehung des Buches ermöglicht haben.

Adendorf, im Januar 2001

Horst-Heiner Rotax