

rechts gem. § 1630 Abs. 2 BGB, weil es sich nicht mehr um einen Prozeß gegen den Ehegatten des Sorgeberechtigten handelt.

Da einerseits im Scheidungsverfahren der Unterhalt der Kinder zu regeln ist und andererseits die Kinder in diesem Prozeß von keinem Elternteil vertreten werden, war es erforderlich, die Beachtung der Interessen der Kinder in anderer Weise zu garantieren. Nach dem System des BGB wäre das nur auf dem Wege über einen gem. § 1909 BGB zu bestellenden Pfleger möglich gewesen. Dieser Weg war aber deshalb nicht gangbar, weil die Beteiligung eines Dritten am Eheverfahren nicht tunlich ist. Außerdem könnte dieser Pfleger, der die Verhältnisse der Parteien nicht besser als das Gericht kennen würde, nur eine formale Rolle spielen. Seine Mitwirkung würde das Gericht nicht von seiner Verpflichtung aus § 139 ZPO entbinden. In der Praxis würde das nach den bisherigen Erfahrungen aus den Unterhaltsprozessen nichtehelicher Kinder bedeuten, daß der Pfleger in der Regel lediglich die vom Gericht angeregten Anträge stellt. Deshalb wählte der Gesetzgeber einen neuen, wesentlich anderen Weg. Er übertrug die Wahrung der Interessen der minderjährigen Kinder dem Gericht, das damit formal aus seiner über den Parteien stehenden Rolle heraustritt und seiner Verpflichtung zum Schutz der gesetzlichen Rechte und Interessen der Bürger unmittelbar gerecht wird<sup>6</sup>. Um diese Aufgabe im Interesse der minderjährigen Kinder auch dann erfüllen zu können, wenn die Parteien dies durch falsche Angaben über ihre Verhältnisse zu verhindern suchen, bestimmt § 9 Abs. 3 Satz 2 EheVO, daß der Rat des Kreises seine Ermittlungen insbesondere auf die Verhältnisse bei beiden Eltern erstrecken soll<sup>7</sup>.

Aus dieser Doppelstellung des Gerichts im Scheidungsprozeß einer Ehe, aus der minderjährige Kinder hervorgegangen sind, ergibt sich das Nichtgebundensein an die Parteianträge. Ferner folgt daraus die Bindung der Kinder an das rechtskräftige Prozeßergebnis.

Diese Rechtslage ändert sich in dem Zeitpunkt, in dem rechtskräftig über Scheidung und Sorgerecht entschieden worden und nur der Unterhalt der Kinder noch im Streit ist. Wie schon oben entwickelt, ist eine gesetzliche Vertretung des Kindes ohne den Umweg über einen Pfleger oder das Gericht wieder vorhanden. Da auch der Eheprozeß beendet ist, besteht keinerlei Notwendigkeit, das Gericht weiter durch eine Doppelfunktion zu belasten. Eine Interessenkollision für den Sorgeberechtigten dürfte nicht mehr vorhanden sein, denn er ist im allgemeinen zu diesem Zeitpunkt daran interessiert, einen möglichst hohen Unterhalt für das Kind zu erstreiten<sup>8</sup>. Deshalb sollte in diesen Fällen das Berufungsverfahren nicht mehr zwischen den Parteien des Eheprozesses, sondern zwischen dem Unterhaltspflichtigen und dem Kind, vertreten durch seinen gesetzlichen Vertreter, durchgeführt werden. Für den Berufungsprozeß bestünde dann wieder wie in jedem Unterhaltsprozeß zwischen einem minderjährigen Kind und seinem unterhaltspflichtigen Verwandten die Bindung des Gerichts an die Parteianträge. Bei dieser Verfahrensweise würden

<sup>6</sup> Die hierdurch möglichen Zweifel an der Zulässigkeit von Vergleichen zwischen den beiden zur Vertretung nicht befugten Eltern über den Kindesunterhalt hat der Gesetzgeber ausdrücklich durch § 16 EheVerfO ausgeschlossen, indem er Vergleiche eines bestimmten Inhalts für zulässig erklärte.

<sup>7</sup> Daraus ergibt sich die bisher noch nicht beachtete Verpflichtung des Rates des Kreises, in seinem Bericht nicht einfach die Angaben der Parteien über ihre Einkommensverhältnisse zu übernehmen, sondern mit Hilfe der ihm als örtliches Staatsorgan zur Verfügung stehenden Möglichkeiten selbst die Verhältnisse der Parteien zu ermitteln. In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, daß nach sowjetischem Recht in Unterhaltsprozessen die Verhältnisse der Parteien in gewissen Fällen durch die Organe des Innern ermittelt und dem Gericht mitgeteilt werden (vgl. Sowjetisches Zivilrecht, Berlin 1953 Bd. 2 S. 491 Ziff. 7).

<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es dem gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Kindes immer freisteht, nicht voll aus einem rechtskräftigen Titel zu vollstrecken. Er kann auch außergerichtliche Vergleiche über eine Beschränkung der Rechte aus dem Titel abschließen, die wirksam sind, soweit nicht die §§ 134 oder 138 BGB entgegenstehen. Das bedeutet das Unvermögen des Gerichts, eine höhere als von den Eltern vereinbarte Unterhaltsleistung ohne Entzug des Sorgerechts zu erzwingen.

die Kostenentscheidungen in den eingangs behandelten Beispielen gem. §§ 91 ff. ZPO erfolgen und damit unproblematisch werden; sie böten nicht mehr Unbilligkeiten, als ein zweitinstanzliches Verfahren gegen eine mittellose minderjährige Partei stets bietet. Vermieden würde auf jeden Fall die krasse Unbilligkeit der Kostenentscheidung zu Lasten des Sorgeberechtigten bzw. im vierten Beispiel zu Lasten der am Verfahren völlig desinteressierten und unbeteiligten Frau.

Fraglich ist jedoch, wie dieses Ergebnis verfahrensrechtlich erreicht werden kann. Eine ähnliche Problematik war von der früheren Rechtsprechung in den Fällen zu lösen, in denen der Ehemann ein der Frau zustehendes Recht gem. § 1380 BGB im eigenen Namen gerichtlich geltend gemacht hatte und während des Prozesses durch Auflösung der Ehe oder Vereinbarung eines Güterstandes dieses Prozeßführungsrecht des Mannes erlosch. Hier ließ das ehemalige Reichsgericht den Eintritt der Frau in den Prozeß als Rechtsnachfolger des Mannes in seiner Parteistellung über § 265 ZPO<sup>9</sup>. Es bestehen keine Bedenken, die dort entwickelten Argumente auf den hier zu behandelnden Komplex anzuwenden. Die direkte Anwendung allein des § 265 ZPO bietet jedoch die Schwierigkeit, daß für den oben vorgeschlagenen Eintritt des Kindes in den Prozeß die Zustimmung seines Prozeßgegners erforderlich wäre. Bei guter anwaltlicher Beratung würde er diese jedoch verweigern, weil er dadurch im Falle des Obsiegens der Möglichkeit beraubt würde, seine außergerichtlichen Kosten erfolgreich zu vollstrecken und, soweit er Rechtsmittelkläger ist, damit rechnen muß, gem. § 77 GKG zur Zahlung der Gerichtskosten herangezogen zu werden. Deshalb wird statt, der direkten Anwendung des § 265 ZPO eine analoge Anwendung der §§ 265 und 266 ZPO besser der Rechtslage gerecht. Genau genommen handelt es sich nämlich nicht um eine Abtretung der Klageforderung, wie die frühere Rechtsprechung konstruierte. Die Änderung der Rechtslage, die es dem Kind ermöglicht, nunmehr im eigenen Namen seinen Unterhaltsanspruch selbst zu verfolgen, geht kraft Gesetzes vor sich. Insofern ähnelt die Situation etwas der in § 239 ZPO geregelten Prozeßlage. Auch dort geht der Parteiwechsel kraft Gesetzes vor sich. Die Gegenpartei hat deshalb nicht die Möglichkeit, der Prozeßführung durch den neuen Rechtsinhaber zu widersprechen. In § 266 ZPO bedarf es keiner Zustimmung des Gegners zur Parteiänderung, vielmehr kann er sie sogar verlangen. Deshalb dürfte eine analoge Anwendung des § 265 ZPO in dem Sinne, daß das Kind ebenso wie der Grundstückserwerber des § 266 ZPO berechtigt und auf Verlangen der Gegenpartei verpflichtet ist, den Prozeß zu übernehmen, richtig sein.

Demnach bestehen für den Berufungsprozeß wegen des Kindesunterhalts zwei Möglichkeiten.

Die erste Möglichkeit besteht darin, den Prozeß durch die Parteien des Eheprozesses weiterzuführen. In diesem Falle ist das Gericht weiter Sachwalter des Kindes. Eine Bindung an Parteianträge liegt dann aus diesem Grunde weiterhin nicht vor. Die Kostenentscheidung ist aus der ZPO zu entnehmen, denn es handelt sich ja nicht mehr um ein Eheverfahren. Die zweite Möglichkeit besteht im Eintritt des Kindes in den Prozeß entweder durch seinen gesetzlichen Vertreter oder auf Verlangen der Gegenpartei. Hier ist dann das Gericht nicht mehr über den Rahmen des § 139 ZPO hinaus Sachwalter des Kindes und deshalb jetzt an die Anträge der Parteien gebunden. In den Beispielfällen eins bis drei dürfte es stets die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters des Kindes vertretenden Rechtsanwalts sein, diesen zu der Vornahme der Parteiänderung zu veranlassen, weil er dadurch der Gefahr einer Kostenpflicht des gesetzlichen Vertreters entgeht, die in ihrem Ergebnis letztlich auch den Unterhalt des Kindes berührt. Im Beispiel vier kann das Gericht den Rat des Kreises bzw. den von diesem bestellten gesetzlichen Vertreter veranlassen, den Prozeß für das Kind aufzunehmen, wenn nicht der Unterhaltspflichtige von sich aus den Eintritt des Kindes verlangt.\*

<sup>9</sup> vgl. RGZ 135, 291 ff.