

Dabei kann man sich m. E. durchaus mit dem Vorschlag Niethammers einverstanden erklären, daß nach der Fassung des § 17 MKSchG die Mutter den Unterhaltsbeitrag gegen den säumigen Vater sogar aus eigenem Recht einklagen kann. Mag sie das nun tun oder als gesetzliche Vertreterin des Kindes auftreten — in keinem Fall ist ersichtlich, inwiefern sie sich dabei des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 1709 Abs. 2 BGB bedienen müßte.

Klagt sie aus eigenem Recht, so würde § 426 BGB die geeignete Klagegrundlage bilden oder — wenn man diese nicht will — die §§ 677, 679, 683 Satz 2 BGB. Dabei mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Vermutung des § 685 Abs. 2 BGB in diesem Fall nur für das Verhältnis zwischen Mutter und Kind gelten kann, nicht aber zwischen der Mutter und dem säumigen nichtehelichen Vater.

Auf den § 1709 Abs. 2 BGB kann die Mutter nicht zurückgreifen, weil der dort geregelte „gesetzliche Übergang“ eben die nur subsidiäre Haftung der Mutter zur Voraussetzung hat. Er ist in der Tat unvereinbar mit dem Prinzip der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau, die auch die Gleichheit der Pflichten dem Kinde gegenüber zur Folge hat.

Meiner Meinung nach sind also die hierauf bezüglichen Ausführungen des 2. Zivilsenats des Obersten Gerichts in seinem Urteil vom 24. November 1955 richtig. Sie werden übrigens auch vom 1. Zivilsenat geteilt.

## II

Es geht bei dem Urteil vom 24. November 1955 weiter um die Berechtigung des Einwandes des nichtehelichen Vaters, irgend jemand — Mutter, mütterliche Verwandte, Ehemann oder Dritte — müsse doch dem Kind seit seiner Geburt Unterhalt gewährt haben, sonst lebte es ja nicht mehr, und deshalb schon hätte das Kind, soweit es Unterhalt bis zum Zeitpunkt der Ehelichkeitsanfechtung forderte, abgewiesen werden müssen.

Zunächst ist ein solcher Einwand völlig unsubstantiiert, und das Gericht braucht deshalb nicht auf ihn einzugehen. Es mag aber unterstellt werden, daß im einzelnen Fall die Einrede wirklich einmal in einer Form vorgebracht wird, die man allenfalls als substantiiert ansehen könnte, z. B.: innerhalb nicht rechtsverjährter Zeit habe der Bruder der Mutter des nichtehelich geborenen Kindes, der Onkel, dem Kind einstweilen Unterhalt gewährt.

Dann würde m. E. auch diese Einrede solange unbeachtlich sein, als der Vater nicht — in substantiiertester Form — behauptet, er habe den Onkel in dieser oder jener Zeit voll befriedigt. Dann — aber auch nur dann — könnte er der Klage einen Einwand aus eigenem Recht entgegensetzen. Dieser Einwand hätte dann aber nichts mehr mit einem „gesetzlichen Forderungsübergang“ zu tun. Auf den Onkel könnte man ja § 1709 Abs. 2 BGB ohnehin nach seinem Wortlaut und sachlich auch deshalb nicht anwenden, weil dieser Paragraph eben ein im kapitalistischen Recht notwendiges Privileg der Mutter und ihrer Verwandten war und ist. Der Einwand besagt lediglich, daß Kind und Onkel zugleich befriedigt seien und der Vater damit seine Unterhaltungspflicht erfüllt habe. Das ist ganz etwas anderes, und dem steht auch keines der von Niethammer kritisierten Urteile des Obersten Gerichts entgegen.

Untersucht man nun aber die prozessuale Erheblichkeit des Einwandes, so muß man die Fälle, in denen das Kind selbst klagt oder der Ehemann Erstattung verlangt, getrennt betrachten.

Klagt die Mutter eines nichtehelich geborenen Kindes — sei es aus eigenem Recht, sei es im Namen des Kindes —, so hätte sie, wenn sie die dem Einwand zugrunde liegende Tatsache nicht bestreitet, jederzeit die

Möglichkeit, ihren Klageantrag auf Zahlung an ihren Bruder umzustellen. Daß darin keine Klageänderung läge, folgt aus § 268 ZPO. Von der Notwendigkeit einer Abweisung der Klage könnte schon gar nicht die Rede sein.

Aber auch wenn sie nicht so handelt — m. E. wäre sie dazu nicht verpflichtet —, geschähe dem verklagten Vater kein Unrecht. Er brauchte ja nur gern. § 72 ZPO dem Onkel den Streit zu verkünden und hätte, wenn sich dieser gleichwohl am Prozeß nicht beteiligte, ihn, den Vater, aber später verklagte, das Recht, ihm alle Einwände aus § 68 ZPO entgegenzusetzen.

Auch die prozessuale Lage deckt sich im Ergebnis also mit der Auffassung des Urteils vom 24. November 1955 (Abschn. B II). Wenn das Urteil zur Bekräftigung seines Standpunktes auch noch den § 1711 BGB heranzieht und sogar in den Vordergrund stellt, so ist das m. E. nur sinnvoll und richtig.

Davon aber, daß der nichteheliche Vater seine Unterhaltungspflicht erfüllt habe, war im Fall des Urteils von 1955 mit keinem Wort die Rede. Das Oberste Gericht hatte auch keinen Anlaß, sich damit auseinanderzusetzen.

Klagt nun aber die Mutter eines ehelich geborenen, aber für nichtehelich erklärten Kindes oder erhebt gar ihr geschiedener Ehemann den Erstattungsanspruch gegen den Vater des Kindes, so gibt es hierzu unterschiedliche Auffassungen:

Niethammer ist offenbar der Meinung, man müsse dem „betrogenen“ Ehemann auch in finanzieller Beziehung zu seinem Recht verhelfen; das sei sogar die einzige dem sozialistischen Rechtsbewußtsein entsprechende Lösung.

Das Urteil vom 31. März 1960 ist gegenteiliger Ansicht. Es stellt mit allem Nachdruck den sittlich-moralischen Charakter der Ehe in den Vordergrund und lehnt daher jede Umsetzung ihrer Verletzung in Geldersatz ab. Dies ist m. E. auch die einzig richtige, die sozialistische Lösung des Problems. Sie wahrt und verteidigt mit aller Entschiedenheit die Erziehungsfunktion des sozialistischen Eherechts und tritt zugleich im Sinne des kommenden Familiengesetzbuchs der Möglichkeit einer Austragung von Vaterschaftsfeststellungen, sei es auch nur inzidenter, zwischen dem Ehemann und dem Vater des Kindes entgegen, weil sie dort eben nicht hingehören. Diese Lösung ist aber auch sonst unanfechtbar, denn § 1709 Abs. 2 BGB ist — wie dargestellt — weder unmittelbar noch „singemäßig“ anwendbar.

Richtig ist nun, daß sich das Oberste Gericht in seinem Urteil vom 31. März 1960 nicht ausdrücklich mit den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag als etwa möglichen Klagegrund auseinandersetzt. Daß es ihn sachlich ablehnt, kann allerdings nach dem ganzen Inhalt des Urteils nicht zweifelhaft sein. Rechtlich wäre es m. E. auch unmöglich, gerade diesen Klagegrund aufzugreifen. Davor scheut sogar der Bundesgerichtshof zurück und stützt sich dafür auf eine andere untaugliche Krücke, eben den § 1709 Abs. 2 BGB.

Auch das im Ehebruch erzeugte Kind ist nach § 1591 Abs. 1 BGB ehelich. Solange seine Nichtehelichkeit nicht rechtskräftig feststeht, hat es die volle Rechtsstellung des ehelichen Kindes, also auch den familienrechtlichen Anspruch auf Unterhalt gegen den Ehemann seiner Mutter, und zwar allein und nicht etwa daneben noch latent oder potentiell einen Anspruch aus nichtehelicher Vaterschaft gegen seinen Erzeuger. Es ist also aus logischen und rechtlichen Gründen unmöglich, zu konstruieren, der getäuschte Ehemann habe, wenn er dem Kind Unterhalt gewährte, damit fremde, d. h. des wirklichen Vaters Geschäfte geführt.

Damit hat nichts zu tun, daß das rechtskräftige, der Ehelichkeitsanfechtung stattgebende Urteil rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes dessen Rechtsstel-