

liche Festlegung erfolgt zwischen der Großmutter und der Mutter zu einem späteren Zeitpunkt.

Den Kindern soll es gestattet sein, jeweils ein Spielzeug nach Wunsch auf den Besuch zur Großmutter mitzunehmen. Im übrigen wollen sich die Beteiligten an die Verhaltensmaßregeln halten, die im Beschluß des AG Backnang vom 11. 8. 1999 aufgeführt sind.

2. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Mitgeteilt und kommentiert von Rechtsanwältin
Beate Dörrfuß, Waiblingen

§§ 1, 1712 ff., 1615 o Abs. 1 BGB Unterhaltsanspruch des noch nicht geborenen Kindes

OLG Schleswig, Beschl. v. 15. 12. 1999 – 13 WF 122/99 – (AG Itzehoe)

Aus den Gründen: „... Der Kreis S ist gem. § 1713 Abs. 1 BGB vorgeburtlicher Beistand und damit gesetzlicher Vertreter eines von Frau F mit dem voraussichtlichen Geburtsdatum 9. 1. 2000 erwarteten Kindes. Als Beistand hat der Kreis S Prozeßkostenhilfe für einen Klageentwurf beantragt, mit dem beantragt werden soll, festzustellen, daß der Bekl der Vater des erwarteten Kindes ist. Weiter soll der Bekl verurteilt werden, dem erwarteten Kind vom Tag der Geburt an Unterhalt in Höhe von 100 % des jeweiligen Regelbetrages abzgl. des hälftigen Kindergeldes zu zahlen.

Mit Beschl. v. 2. 9. 1999 hat das AG – Familiengericht – Itzehoe den Antrag auf Gewährung von Prozeßkostenhilfe zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der beabsichtigten Klage fehle die hinreichende Erfolgsaussicht. Gem. § 1 BGB beginne die Rechtsfähigkeit eines Menschen mit der Vollendung der Geburt. Nach § 50 Abs. 1 ZPO sei nur parteifähig, wer rechtsfähig sei. Gesetzliche Ausnahmen von diesem Grundsatz gäbe es nicht. Daher sei das noch nicht geborene Kind nicht rechtsfähig und könne auch nicht Kläger sein. Die beabsichtigte Klage sei zur Zeit unzulässig. Hiergegen wendet sich der Kreis S mit seiner für das erwartete Kind eingelegten Beschwerde, mit der er die Auffassung vertritt, man müsse im Wege der Analogie das erwartete Kind als parteifähig ansehen.

Die Beschwerde ist begründet.

Die beabsichtigte Klage bietet hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO).

Der Kreis S ist Beistand und gesetzlicher Vertreter des noch nicht geborenen Kindes. Aus § 1712 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB ergibt sich, daß auf schriftlichen – hier vorliegenden – Antrag eines Elternteils das Jugendamt Beistand des Kindes für die Aufgaben der Feststellung der Vaterschaft und der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen wird. Diese durch Artikel 1 Nr. 4 des Beistandschaftsgesetzes neu eingefügte Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Beistandschaft eintritt, wer Beistand wird und welche Aufgabe er hat. Die Regelung ersetzt die Beistandschaft der aufgehobenen §§ 1685 ff. a. F. BGB und zugleich die gesetzliche Amtspflegschaft der § 1705 ff. a. F. BGB (*Palandt-Diederichsen*, BGB, 58. Aufl., § 1712 Rn. 1). Aus § 1713 Abs. 1 BGB ergibt sich, daß der Antrag auf Beistandschaft schon vor Geburt des erwarteten Kindes gestellt werden kann; denn dort heißt es, den Antrag könne ein Elternteil stellen, dem für den Aufgabenkreis der beantragten Beistandschaft die alleinige elterliche Sorge zustehe oder zustünde, wenn das Kind bereits geboren wäre. Im vorliegenden Fall stünde die elterliche Sorge zweifelsfrei der Mutter des erwarteten Kindes allein zu.

Gem. § 1714 BGB tritt die Beistandschaft ein, sobald der Antrag dem Jugendamt zugeht. Nach Satz 2 dieser Vorschrift gilt dies auch, wenn der Antrag vor der Geburt des Kindes gestellt wird. Hieraus ergibt sich, daß eine vorgeburtliche Beistandschaft zulässig und wirksam ist, und zwar allein aufgrund des Einganges des entsprechenden Antrages beim Jugendamt, ohne daß es einer zusätzlichen behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung bedürfte (*Palandt-Diederichsen*, § 1714 Rn. 5).

Die Wirkungen der Beistandschaft ergeben sich aus § 1716 BGB. Danach wird durch die Beistandschaft die elterliche Sorge zwar nicht eingeschränkt. Jedoch ist das Jugendamt unbeschadet der Vertretungsbefugnis des antragstellenden Elternteils gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 1793 S. 1, 1915 Abs. 1, 1716 S. 2 BGB).

Durch die neugefaßten Vorschriften über die – auch vorgeburtliche – Beistandschaft hat der Gesetzgeber keine ausdrückliche Regelung darüber getroffen, ob das erwartete Kind – gesetzlich vertreten durch den Beistand – bereits rechtsfähig und parteifähig ist. Nach Auffassung des Senats ist diese Frage jedoch im Wege der Analogie zu bereits bestehenden Vorschriften des BGB zu bejahen.

Ausgangspunkt ist § 1 BGB, nach dem grundsätzlich die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnt. Danach ist ein bereits erzeugtes, aber noch nicht geborenes Kind nicht rechtsfähig. Es wird aber durch eine Reihe von Sondervorschriften des BGB geschützt, die ihm Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit zuerkennen. Aus § 1923 Abs. 2 BGB ergibt sich, daß es erbfähig ist. Nach § 823 Abs. 1 BGB wird ein noch nicht geborenes Kind gegen vorgeburtliche Schädigungen geschützt, indem ihm ein entsprechender Schadensersatzanspruch zuerkannt wird. Aus § 331 Abs. 2 BGB ergibt sich, daß ein noch nicht geborenes Kind durch einen Vertrag zugunsten Dritter begünstigt werden kann.

Nach § 1594 Abs. 4 BGB i. V. m. § 1595 Abs. 3 BGB können die Anerkennung der Vaterschaft eines Kindes und die hierfür erforderliche Zustimmung der Mutter schon vor der Geburt des Kindes erklärt bzw. erteilt werden. Nach § 1615 o Abs. 1 BGB kann auf Antrag des Kindes durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat oder der als Vater vermutet wird, den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt zu zahlen hat. Nach S. 2 dieser Vorschrift kann der entsprechende Antrag bereits vor der Geburt des Kindes gestellt werden. Nach § 1912 Abs. 1 BGB kann ein noch nicht geborenes Kind zur Wahrung seiner künftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen, einen Pfleger erhalten. Schließlich kann das noch nicht geborene Kind bereits Erbe (§ 1923 Abs. 2 BGB), Nacherbe (§ 2108 BGB) und Vermächtnisnehmer (§ 2178 BGB) sein. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches hat mithin davon abgesehen, einen allgemeinen Satz über die Rechtsfähigkeit noch nicht geborener Kinder aufzustellen. Er hat sich damit begnügt, einzelne Sonderregeln zu ihren Gunsten aufzustellen (*Staudinger/Habermann/Weik*, BGB, 12. Aufl., § 1 Rn. 11). Diese einzelnen Vorschriften stellen zwar eine nur lückenhafte Regelung dar. Diese Lücken sind aber im Wege der Rechtsanalogie zu den bestehenden Vorschriften zu schließen. Einer solcher Analogie stehen aufgrund der Entstehungsgeschichte und der Intention des Gesetzgebers keine Bedenken entgegen (*MüKo-Gitter*, BGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 26). Auch Ausnahmerechtssätze sind analogiefähig, soweit das in ihnen verkörperte Rechtsprinzip auch auf ähnliche Fälle zutrifft. Im Ergebnis kommt man damit jedenfalls in der Praxis über den Wortlaut des § 1 BGB hinaus zu einer beschränkten Rechtsfähigkeit eines noch nicht gebore-

nen Kindes (allgemeine Auffassung, vgl. insoweit die Nachweise bei MüKo-Gitter, a.a.O.).

Alle genannten Vorschriften des BGB, die einem noch nicht geborenen Kind Rechte einräumen, betreffen Sachverhalte, in denen es um den Vorteil und die Wahrung von Rechtspositionen des erwarteten Kindes geht. Einen solchen Sachverhalt regelt auch der neu geschaffene § 1712 BGB. Sowohl die Feststellung der Vaterschaft als auch die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen liegen im Interesse des Kindes. Es ist daher konsequent, ein noch nicht geborenes Kind als rechtsfähig anzusehen, soweit es um die Feststellung der Vaterschaft und der Unterhaltsansprüche geht. Aus der (beschränkten) Rechtsfähigkeit des noch nicht geborenen Kindes folgt eine (beschränkte) Parteifähigkeit. Das noch nicht geborene Kind ist zur Geltendmachung seiner Rechte parteifähig (Palandt-Heinrichs, § 1 Rn. 7). Auch insoweit handelt es sich um ein in einem Ausnahmefall gesetzlich normiertes Prinzip. Es ergibt sich aus der bereits erwähnten Vorschrift des § 1615o Abs. 1 BGB, wonach ein Kind schon vor seiner Geburt einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Unterhalts für die ersten drei Monate nach der Geburt stellen kann (MüKo-Gitter, a.a.O., Rn. 30).

Auch das Reichsgericht hat in zwei Entscheidungen (RGZ 61, 356 und RGZ 65, 281) unter Hinweis auf einzelne Spezialregelungen zugunsten noch nicht geborener Kinder die Auffassung vertreten, aus der Rechtsfähigkeit ergebe sich – soweit sie reiche – auch eine Parteifähigkeit. Das Reichsgericht hat es daher für zulässig angesehen, daß noch nicht geborene Kinder Prozesse um die Eintragung einer Hypothek oder Drittwiderspruchsklagen führten. In der grundlegenden Entscheidung (RGZ 65, 281) hat das Reichsgericht dazu, nachdem es sich mit der Bedeutung der danach vorhandenen gesetzlichen Spezialregelungen auseinandergesetzt hat, ausgeführt:

„Ist aber auf diese Weise einmal ihre (noch nicht geborener Kinder) Rechtsfähigkeit wirklich eingetreten, so ist die notwendige Folge hiervon, daß sie, soweit sich nicht von selbst aus der Eigentümlichkeit ihrer Stellung notwendige Ausnahmen ergeben, im Rechtsverkehre, namentlich im Forderungs- und Sachenrechte, den übrigen Rechtssubjekten gleichgestellt werden müssen, insbesondere Forderungen und dingliche Rechte wenigstens sicherungshalber erwerben, sie verlieren, darüber verfügen und als parteifähig darüber Rechtsstreitigkeiten führen können.“

Nach diesem Maßstab ist nach Auffassung des Senats auch im Rahmen des neugeschaffenen § 1712 BGB noch nicht geborenen Kindern korrespondierend zu einer hierauf erstreckten Rechtsfähigkeit auch die zugehörige Parteifähigkeit zuzuerkennen. Nur so wird dem Rechtsprinzip der beschränkten Rechtsfähigkeit Genüge getan und nur so können noch nicht geborene Kinder von ihren Rechten sinnvoll Gebrauch machen. Insbesondere gilt dies, soweit es um vorgeburtliche Klagen auf Feststellung der Vaterschaft geht. Insoweit hat nämlich der Kreis S als Beistand nachvollziehbar unter Berufung auf ein Gutachten des deutschen Instituts für Vormundschaft (Der Amtsvormund 1999, 377 f.) vorgetragen, daß durch die Weiterentwicklung medizinischer Techniken mit der DNA-Analyse inzwischen ein Verfahren zur Verfügung steht, daß den herkömmlichen Blutgruppengutachten gleichwertig oder sogar überlegen ist. Diese DNA-Analyse kann durchgeführt werden, wenn dem neugeborenen Kind nach Beendigung der Geburt aus der Nabelschnur eine Blutprobe entnommen wird. Damit steht eine zuverlässige, schonende und das neugeborene Kind nicht belastende Methode für die schnelle Feststellung der Vaterschaft zur Verfügung. Die sonst erforderliche zumindest mehrmonatige Wartezeit, die aufgrund der physiologischen Zusammensetzung des Blutes

des Neugeborenen bei der Erstattung herkömmlicher Blutgruppengutachten einzuhalten wäre, entfällt damit.

Durch die Einräumung vorgeburtlicher Rechts- und Parteifähigkeit wird dem noch ungeborenen Kind die Möglichkeit gegeben, von diesen Vorteilen Gebrauch zu machen. Daß es auch im Sinne des Kindes ist, sobald wie möglich Unterhaltsansprüche durchzusetzen und zu sichern, liegt auf der Hand ...“

Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Familienrecht *Friedrich B. Osthold*, Pinneberg

**§§ 1361, 1603 Abs. 2 S. 1, 1610 BGB
Anspruch auf Trennungsunterhalt eines gegenüber einem minderjährigen Kind barunterhaltspflichtigen Ehegatten bei prägenden Einkünften aus vollschichtiger Erwerbstätigkeit beider Eheleute**

Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 20. 7. 1998 – 2 WF 27/98 – (AG Hamburg)

Aus den Gründen: „... Die gem. § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO zulässige Beschwerde des Kl gegen die Versagung von Prozeßkostenhilfe ist begründet, denn der Rechtsverfolgung des Kl kann die hinreichende Erfolgsaussicht nicht von vornherein abgesprochen werden.

1. Das auf Leistung von Trennungsunterhalt (§ 1361 BGB) gerichtete Klagbegehren dürfte nicht an der mangelnden Schlüssigkeit des Klägervortrags im Beschwerdeverfahren scheitern, wonach die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien dadurch gekennzeichnet waren, daß der Kl allein für den Barunterhalt der gemeinsamen Kinder der Parteien aufgekomen ist und die Bekl ihr Erwerbseinkommen ausschließlich für sich selbst bzw. mit Dritten verbraucht hat, während sie auch am Einkommen des Kl partizipierte. Solchenfalls wäre der Lebenszuschnitt des Kl nach dem in der Ehe gepflogenen Maß als gesetzlicher Obergrenze für die Bemessung seines Bedarfs im Verhältnis zur Bekl mit seinem strukturell durch die Trennung der Ehegatten nicht veränderten Erwerbseinkommen abgedeckt, da die Teilhabe der Bekl daran weggefallen ist und ihm zusätzlich zugute kommt, daß der Sohn der Parteien nicht mehr unterhaltsbedürftig ist. Allerdings dürfte der Tatsachenvortrag des Kl anders zu verstehen sein, wie die daraufhin erfolgte Reaktion der Bekl ergeben mag. Danach dürften die Parteien jedenfalls bis kurz vor ihrer im Oktober 1994 erfolgten Trennung gemeinsam mit ihren beiden Kindern von den beiderseits erzielten Erwerbseinkünften gewirtschaftet und die Bekl den Kl erst im Zusammenhang mit der Zuwendung zu einem anderen Partner von der Teilhabe an ihrem Arbeitseinkommen ausgeschlossen haben. Dies hätte – wovon im folgenden zugunsten des Kl ausgegangen wird – zur Folge, daß die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien nachhaltig durch die beiderseitigen Erwerbseinkünfte der Ehegatten und die Aufwendungen für ihre gemeinsamen Kinder geprägt waren.

2. Die Beschwerde des Kl hat Erfolg, soweit er beanstandet, daß die Familienrichterin seinen Unterhaltsbedarf als voll durch sein Erwerbseinkommen gedeckt angesehen hat und deshalb die auf Leistung von Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 282 DM gerichtete Klage nicht für hinreichend aussichtsreich hält. Obwohl der Senat der erstinstanzlichen Beurteilung im Ergebnis folgt, muß dem Kl eine ausreichend günstige Prognose für seine Rechtsverfolgung zugebilligt werden. Die hier zur Entscheidung anstehende schwierige Rechtsfrage, nämlich, wie der Anspruch auf Trennungsunterhalt eines gegenüber einem minderjährigen