

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

---

BGB §§ 1594, 1629 Abs. 2

Im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß kann die Mutter auch nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe ihr Kind nicht allein vertreten, es sei denn, daß ihr die elterliche Gewalt über das Kind vom Vormundschaftsgericht übertragen worden ist.

BGH, Urt. v. 14. Juni 1972 - IV ZR 53/71 - OLG Oldenburg  
LG Oldenburg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IV ZR 53/71

Verkündet am  
14. Juni 1972  
Fieser,  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauschlossers Henning G [REDACTED],  
[REDACTED] S [REDACTED]-L [REDACTED], B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die minderjährige Beate G [REDACTED],  
z.Z. Städtisches Kinderheim O [REDACTED], A [REDACTED]straße,  
vertreten durch das Jugendamt der Stadt O [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 12. Mai 1971 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung der Nichtehe-lichkeit der minderjährigen Beklagten.

Die Beklagte wurde am [REDACTED] 1966 während der Ehe des Klägers mit ihrer Mutter geboren. Diese Ehe ist seit dem 1. Juli 1969 rechtskräftig geschieden.

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers beantragte am 6. Juni 1969 beim Amtsgericht Oldenburg die Bestellung eines Prozeßpflegers für die Beklagte. In der Antrags-schrift vom gleichen Tage und dem beigefügten Klageent-



wurf für eine Anfechtungsklage führte er die Mutter der Beklagten als deren gesetzliche Vertreterin an. Nachdem der zuständige Vormundschaftsrichter unter Hinweis darauf, daß eine Pflegerbestellung nicht in Betracht komme, wenn die Mutter die elterliche Gewalt besitze, ihn um Stellungnahme gebeten hatte, nahm der Prozeßbevollmächtigte am 12. Juni 1969 den Antrag auf Pflegerbestellung zurück.

Die Anfechtungsklage ging beim Landgericht am 11. Juni 1969 ein und wurde der Mutter der Beklagten am 23. Juni 1969 zugestellt. Diese erteilte Rechtsanwalt T. am 17. September 1969 Prozeßvollmacht. Rechtsanwalt T. verhandelte in der mündlichen Verhandlung vom 19. September 1969 zur Sache und beantragte Klageabweisung. Irrendwelche Verfahrensrügen wurden von ihm nicht erhoben.

Mit Beschluß vom 27. Februar 1970 bestellte das Vormundschaftsgericht Oldenburg das Jugendamt der Stadt Oldenburg zum Vormund der Beklagten. Die Anfechtungsklage wurde dem Jugendamt am 4. Juni 1970 zugestellt.

Der Kläger hat vorgetragen: Die Mutter der Beklagten habe in der gesetzlichen Empfängniszeit außer mit ihm noch mit zwei anderen Männern geschlechtlich verkehrt. Seine - des Klägers - Mutter habe ihm am 17. Juni 1967 zum ersten Mal erklärt, die Beklagte könne unmöglich von ihm abstammen. Die Klage sei rechtzeitig erhoben worden, weil sie noch innerhalb der Anfechtungsfrist eingereicht worden sei. Im Zeitpunkt der Einreichung der Klage sei es ihm nicht möglich gewesen, den richtigen Vertreter der Beklagten zu benennen, weil die Sorgerechtsregelung hinsichtlich der Beklagten noch ausstanden habe. Die Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage sei auch wegen

einer Verzögerung der Pflegerbestellung durch das Vormundschaftsgericht gehemmt gewesen. Er selbst habe keinen Anlaß zu der Vermutung gegeben, seiner geschiedenen Ehefrau stehe die elterliche Gewalt zu. Im übrigen verstoße die Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn sie die Prozeßführung des von ihrer Mutter bestellten Prozeßbevollmächtigten nicht genehmige.

Der Kläger hat beantragt, festzustellen, daß er nicht der Erzeuger der Beklagten ist.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Sie hat in Abrede gestellt, daß ihre Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit außer mit dem Kläger noch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt und daß der Kläger erst am 17. Juni 1967, also 9 Monate nach ihrer Geburt, Kenntnis von den Umständen ihrer Nichteheleichekeit erhalten habe. Im übrigen hat sie vorgetragen, selbst wenn der Kläger die Kenntnis von dem Anfechtungsgrund erst am 17. Juni 1967 erhalten haben sollte, sei die Anfechtungsklage nicht fristgerecht erhoben worden. Die bisherige Prozeßführung durch den von ihrer Mutter bestellten Prozeßbevollmächtigten genehmige sie nicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

Mit der zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist unter Zugrundelegung der Behauptung des Klägers, er habe am 17. Juni 1967 von den Umständen Kenntnis erlangt, die für die Nichtehelichkeit der Beklagten sprechen, zu dem Ergebnis gelangt, der Kläger habe die zweijährige Anfechtungsfrist des § 1594 BGB versäumt. Aus diesem Grunde hat es die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Bis zur Bestellung des Vormundes am 27. Februar 1970 war die Beklagte in dem Ehelichkeitsanfechtungsprozeß ohne gesetzlichen Vertreter. Der Vater war infolge seiner Stellung als Kläger an der Vertretung gemäß § 181 BGB rechtlich verhindert. Einer Vertretung durch die Mutter standen bis zur rechtskräftigen Scheidung ihrer Ehe mit dem Kläger die eindeutigen Vorschriften der §§ 1629 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BGB entgegen. Aber auch nach der rechtskräftigen Ehescheidung konnte die Beklagte durch ihre Mutter mangels einer Regelung nach § 1671 Abs. 1 BGB nicht vertreten werden.

Zwar wurde unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 5. Februar 1958 (LM § 640 ZPO Nr. 18 = FamRZ 1958, 178) zunächst fast allgemein die Ansicht vertreten, im Falle der rechtlichen Verhinderung eines Elternteils erstarke die Vertretungsbefugnis des anderen Teils zur Alleinvertretungsmacht. Seit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes (1. Juli 1958) und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juli 1959 (BVerfGE 10, 59), die die Gesamtvertretung der Eltern klarstellte, hat sich jedoch ganz überwiegend die Ansicht

herausgebildet, daß dann, wenn ein Elternteil aus rechtlichen Gründen von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist, dieser Ausschluß auch für den anderen Elternteil gilt (BayObLG FamRZ 1960, 33 ff; OLG Braunschweig FamRZ 1968, 40; BGB RGRK, 10./11. Aufl. 1964, § 1629 Anm. 20; Staudinger/Donau, Kommentar zum BGB 10./11. Aufl. 1966, § 1629 Anm. 78 - im Widerspruch hierzu allerdings Anm. 56 -; Soergel/Lange, BGB 1971, § 1629 Anm. 25; Erman/Ronke, Handkommentar zum BGB 2. Aufl., § 1629 Anm. 5 a; Palandt/Lauterbach, BGB 31. Aufl., § 1629 Anm. 5; Dölle, Familienrecht 1965, § 92 I. 4. b; Weyer, FamRZ 1968, 498 ff; anderer Ansicht Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts 2. Aufl. 1971, § 45 V. 5. und § 50 III. 4.).

Der erkennende Senat schließt sich der nunmehr herrschenden Ansicht an. Sie findet ihre Grundlage in § 1629 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BGB. Dieser Vorschrift liegt, wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs (zitiert bei Staudinger/Donau Anm. 78 zu § 1629) ergibt und was wohl auch als der Wille des Gesetzgebers anzusehen ist, folgende Erwägung zugrunde: Ist ein Elternteil an der Vertretung des Kindes rechtlich verhindert, so liegt es nicht im Interesse des Kindes, daß dann der andere Elternteil seine Vertretung übernimmt, auch wenn er im Einzelfall nicht kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen ist. Gerade bei gutem Einvernehmen der Ehegatten sind beide in solchen Fällen in gleicher Weise zur Vertretung des Kindes ungeeignet. Es muß daher entsprechend dem jetzigen Rechtszustand ein Pfleger zur Vertretung des Kindes bestimmt werden.

Daraus ist zu entnehmen, daß der nicht verhinderte Elternteil deshalb von der Vertretung ausgeschlossen sein soll, weil der andere wegen gesetzlich vermuteter Interes-

senkollision nicht vertreten kann und in diesen Fällen häufig eine Befangenheit beider Elternteile vorliegt, die zu einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt führen kann. Eine solche Befangenheit kann aber in gleicher Weise auch nach der rechtskräftigen Scheidung der Ehe der Eltern bestehen. Zwar ist die Bindung der Ehegatten durch die Scheidung der Ehe beendet und auch von einem guten Einvernehmen zwischen ihnen wird sich in der Regel nicht mehr sprechen lassen. Aber die Interessenlage der rechtskräftig geschiedenen Eheleute im Verhältnis zu ihrem Kinde bleibt bestehen. Die Mutter kann ebenso in eine Konfliktsituation kommen, wie sie bei noch bestehender Ehe und gutem Einvernehmen der Ehegatten zu befürchten ist. Das muß besonders für den Ehelichkeitsanfechtungsstreit gelten. In diesem geht das Interesse des Kindes auf die Ermittlung seines wirklichen Erzeugers. Das Interesse der Mutter kann in gleicher Richtung laufen. In vielen Fällen kann die Mutter aber auch das entgegengesetzte Ziel verfolgen. So können bei ihr wirtschaftliche Interessen vorliegen, die dem Interesse des Kindes an der Feststellung der wirklichen Vaterschaft widersprechen. Es kann ihr daran liegen, ihren tatsächlichen ehelichen Fehltritt zu verbergen. Solche und ähnliche Konfliktsituationen lassen sich nicht ausschließen. Daher kann Gernhuber (§ 50 III. 4.) nicht darin gefolgt werden, die Mutter sei im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe immer zu einer objektiven Wahrnehmung des Interesses ihres Kindes in der Lage.

Der Umstand, daß die Eltern nach Rechtskraft der Scheidung keine Ehegatten im Sinne des § 1795 BGB mehr sind, muß im Hinblick auf die Zweckbestimmung des § 1629 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB ohne Bedeutung bleiben, zu-

mal es die letztere Vorschrift nicht auf die Ehegatten, sondern auf Vater und Mutter abstellt.

Jeder der beiden Elternteile ist daher auch nach der rechtskräftigen Ehescheidung und vor einer Regelung nach § 1671 Abs. 1 BGB von der Vertretung seines Kindes ausgeschlossen, wenn in der Person des anderen ein Ausschlußgrund gemäß § 1795 BGB vorliegt. Dem entspricht es auch, daß der Gesetzgeber davon abgesehen hat, für diese Fälle eine dem § 1678 BGB entsprechende Regelung zu treffen. Wenn § 1629 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB den Ausschluß der Vertretung auch nur für die Fälle des § 1795 BGB ausspricht, so muß das gleiche auch bei der rechtlichen Verhinderung nach § 181 BGB gelten, da der Grundgedanke des gesetzgeberischen Motivs hier in gleicher Weise zutrifft (Weyer, FamRZ 1968, 498, 499, 501).

War mithin die Mutter verhindert, die Beklagte zu vertreten, so war Voraussetzung für die Klageerhebung, daß der Kläger zunächst das Vormundschaftsgericht anging, das Erforderliche für eine ordnungsmäßige gesetzliche Vertretung der Beklagten zu veranlassen (§§ 1693, 1909 oder 1671 BGB). Da eine solche Maßnahme vom Vormundschaftsgericht erst am 27. Februar 1970 mit der Bestellung eines Vormundes getroffen wurde, war die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt ohne gesetzliche Vertretung. Das hatte zur Folge, daß die am 23. Juni 1969 erfolgte Klagezustellung an die Mutter der Beklagten wirkungslos blieb und damit auch nicht die Wirkung der Klagezustellung, falls sich von ihrer demnächst erfolgenden Zustellung im Sinne des § 261 b Abs. 3 ZPO hätte sprechen lassen, mit der Einreichung der Klage am 11. Juni 1969 - also noch innerhalb der Ausschlußfrist - eintreten konnte. Desgleichen konnte auch nicht eine Heilung der unwirksamen Klagezustellung dadurch

eintreten, daß die Beklagte im Verhandlungstermin vom 19. September 1969 durch einen von ihrer Mutter bevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten wurde und dieser verhandelte, ohne die unwirksame Klagezustellung zu rügen. Zwar gehört das Fehlen einer wirksamen Klagezustellung zu den nach § 295 Abs. 1 ZPO heilbaren Verfahrensmängeln und diese Heilung gilt nicht nur für die prozessuale, sondern auch für die materielle Wirkung der Zustellung, weil das materielle Recht die Entscheidung darüber, ob eine wirksame Zustellung erfolgt ist, dem Prozeßrecht überläßt (RGZ 87, 271, 273; BGHZ 25, 66, 72). Aber hier ermangelte es einer wirksamen Prozeßvollmacht des Rechtsanwalts, da die Mutter der Beklagten mangels ihrer Vertretungsmacht auch nach der rechtskräftigen Scheidung ihrer Ehe mit dem Kläger eine wirksame Prozeßvollmacht nicht erteilen konnte.

Zutreffend hat das Berufungsgericht daher angenommen, daß die Klage wirksam erst erhoben worden ist mit ihrer Zustellung am 4. Juni 1970 an das als Vormund der Beklagten bestellte Jugendamt der Stadt O., also fast ein Jahr nach der am 27. Juni 1969 abgelaufenen zweijährigen Ausschlußfrist des § 1594 BGB.

Zwar hätte diese Säumnis möglicherweise noch dadurch geheilt werden können, daß der Vormund die frühere unwirksame Prozeßführung genehmigte. Das hat der Vormund jedoch ausdrücklich abgelehnt. Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Beklagte etwa durch ein unredliches Verhalten zu dieser Säumnis beigetragen hat, läßt sich ihr auch kein Vorwurf aus der Nichtgenehmigung machen. Vielmehr hat sie sich insoweit nur auf ein ihr nach dem Gesetz zustehendes Recht berufen.

Auch im übrigen lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts keine Rechtsfehler erkennen.

Eine Hemmung des Fristablaufs gemäß den §§ 1594 Abs. 3, 203 BGB hat nicht vorgelegen. Höhere Gewalt im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB ist im wesentlichen dasselbe wie unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 ZPO. Daher hätte eine Hemmung der Ausschlußfrist nur eintreten können, wenn der Kläger ohne Verschulden an der rechtzeitigen Klageerhebung gehindert gewesen wäre, wobei ein Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten ihm gemäß § 232 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist. Eine Hinderung an rechtzeitiger Klageerhebung lag jedoch nicht vor.

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers mußte wissen, daß bei der Einreichung der Klage am 11. Juni 1969 nach der eindeutigen Vorschrift des § 1629 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB die Beklagte nicht durch ihre Mutter vertreten werden konnte. Er handelte daher schuldhaft, wenn er in der Klageschrift die Mutter als gesetzliche Vertreterin der Beklagten aufführte. Ihn konnte auch nicht entlasten, daß er am 6. Juni 1969 beim Amtsgericht unter Beifügung des Klageschriftsentwurfes die Bestellung eines Pflegers beantragt hatte. Er hätte sich sagen müssen, daß die Anführung der Mutter als gesetzliche Vertreterin der Beklagten beim Vormundschaftsrichter den Eindruck erwecken konnte, der Mutter sei die elterliche Gewalt über die Beklagte, sei es nach § 1671 oder nach § 1672 BGB, übertragen worden. Daß beim Vormundschaftsrichter aber ein solcher Eindruck tatsächlich entstanden war, mußte dem Prozeßbevollmächtigten vollends klar werden, als der Vormundschaftsrichter ihn um Stellungnahme bat mit dem Hinweis, daß eine Pflegerbestellung nicht in Betracht komme, wenn die Mutter die elterliche Gewalt besitze. Im übrigen hatte er in seinem Antrag an das Vormundschaftsgericht selbst darauf hingewiesen, daß

beim Jugendamt ein Verfahren laufe, auf Grund dessen das Kind der Mutter weggenommen werden solle. Er mußte sich daher sagen, daß eine Regelung der elterlichen Gewalt zugunsten der Mutter (§ 1672 BGB) noch nicht getroffen und wohl auch nicht zu erwarten sei. Ein weiteres Verschulden trifft ihn, weil er trotz des Hinweises des Vormundschaftsrichters jeden Zweifel außer acht ließ und seinen Antrag auf eine Pflegerbestellung zurücknahm.

Auch aus dem Umstand, daß das Scheidungsurteil am 1. Juli 1969 rechtskräftig wurde, kann der Kläger nichts für sich herleiten. Selbst wenn man annimmt, der Prozeßbevollmächtigte des Klägers habe, gestützt auf die heute noch vertretene Ansicht von Gernhuber, geglaubt, nach der rechtskräftigen Scheidung sei die Mutter allein vertretungsberechtigt gewesen und die rügelose Verhandlung des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten im Termin vom 19. September 1969 habe den Mangel der Klagezustellung geheilt, so mußten bei ihm doch jedenfalls Zweifel auftreten, als das Gericht ihm mit dem Auflagenbeschluß vom 17. Oktober 1969 aufgab, die gesetzliche Vertretung der Beklagten nachzuweisen. Zumindest wäre es nunmehr seine Pflicht gewesen, sich über die neueren Ansichten in Rechtsprechung und Literatur zu unterrichten und dann den jedenfalls für seinen Mandanten sichereren Weg einzuschlagen. Aber auch insoweit setzte er sich über jeden Zweifel hinweg, indem er in seinem Schriftsatz vom 16. Dezember 1969 darum bat, den Auflagenbeschluß aufzuheben und der Gegenseite aufzugeben, ihre ordnungsgemäße Vertretung nachzuweisen.

Wollte man der Revision darin folgen, daß der Vormundschaftsrichter und vielleicht auch das Prozeßgericht zu einem Hinweis auf die fehlende gesetzliche Vertretung verpflichtet gewesen seien und diese Pflicht verletzt hätten, so wäre dennoch die Pflichtverletzung des Prozeßbevollmächtigten des Klägers für die Fristversäumung mitursächlich ge-

wesen und der Kläger müßte sie sich in gleicher Weise zu rechnen lassen (BGH VersR 1972, 148).

Schließlich hat das Berufungsgericht auch zutreffend hinsichtlich der am 4. Juni 1970 zugestellten Klage die Anwendung des § 261 b Abs. 3 ZPO verneint. Eine "demnächst" erfolgende Zustellung der Klage im Sinne dieser Vorschrift ist immer dann auszuschließen, wenn ein fahrlässiges Verhalten der klagenden Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten zu einer nicht unerheblichen Verzögerung der Klagezustellung geführt hat (BGH VersR 1970, 1045). Als nur unerheblich läßt sich eine Verzögerung von fast einem Jahr nicht mehr ansprechen, und hinsichtlich der Verschuldensfrage kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die auch zur Verneinung einer Hemmung der Ausschußfrist geführt haben.

Danach ist die Revision des Klägers als ungegründet zurückzuweisen.

Vizepräsident Dr. Hauß ist  
ortsabwesend und an der  
Unterschrift verhindert.

Dr. Pfretzschner

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz