

war nicht zu vermeiden. Es wird sich aber nur um seltene Fälle handeln. Die Fälle der Ausübung der gesetzlichen Vertretung eines Kindes sind im Leben eines Kindes nicht häufig, und noch seltener sind dabei jene Fälle, bei denen eine Meinungsverschiedenheit der Eltern nicht überwunden werden kann.

Ergibt sich die Notwendigkeit für die Eltern, mit Wirkung für ihre eigene Person ein Rechtsgeschäft mit dem Kinde abzuschließen, so können sie hierbei nicht selbst als Vertreter des Kindes handeln (§ 59). Der Entwurf will jeden Interessenkonflikt zwischen Eltern und Kindern ausschließen; er untersagt aus gleichen Gründen das Handeln der Eltern als Vertreter des Kindes auch dann, wenn das Rechtsgeschäft mit Verwandten in gerader Linie abgeschlossen werden soll. Die Verbote der Vertretung gelten nicht, wenn das Handeln der Eltern ausschließlich die Erfüllung einer Verbindlichkeit zum Gegenstand hat, z. B. die Annahme einer Zahlung in Erfüllung einer Schuldverpflichtung. Denn in diesem Falle besteht jene Gefahr des Interessenkonflikts nicht. Wird aber z. B. nicht nur eine Zahlung entgegengenommen, sondern wegen einer Restforderung Stundung gewährt, so ist für letzteres die Vertretung durch die Eltern unzulässig.

Soweit § 59 die Eltern von der Vertretung des Kindes ausschließt, ist für die betreffende Angelegenheit nach § 132 Ziff. 1 des Entwurfs ein Pfleger zu bestellen. Dieser Pfleger hat dann gegebenenfalls bei Abschluß eines Vertrages durch die Eltern die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen.

Im gleichen Umfange, wie die Eltern von der gesetzlichen Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind, ist es ihnen auch untersagt, für das Kind einen Rechtsstreit zu führen. Dieses Verbot umfaßt die gesamte Vertretung in einem Rechtsstreit, also die Vornahme aller Prozeßhandlungen, nicht nur das Auftreten vor Gericht. Die Eltern können also auch keine Schriftsätze einschließlich der Klageschrift unterzeichnen, keine Urteilszustellungen bewirken, keine Rechtsmittel einlegen, keine Vollstreckung durchführen usw. Sie können aber auch selbst — das ist besonders zu betonen — keine Prozeßvollmachten ausstellen. Hieraus folgt, daß auch im Falle eines Rechtsstreits ein besonderer Pfleger für das Kind zu bestellen ist, der seinerseits Prozeßvollmacht zu erteilen hat. Ist z. B. das Kind neben seinen Eltern Erbe, so können die Eltern es weder bei der Erbauseinandersetzung noch bei einem Prozeß hierüber vertreten.

Die gemeinsame elterliche Sorge ist nicht nur ein Ausdruck der Gleichberechtigung beider Elternteile, sondern auch ein Ausdruck des Zusammenlebens der Familie. Es wurde schon an anderer Stelle betont, daß die Gleichberechtigung der Eltern nicht formal durchgeführt werden darf. Schon bei der Verhinderung — meistens wegen Abwesenheit — eines Elternteils kann die elterliche Sorge nicht gemeinsam ausgeübt werden, so daß eine vorübergehende Vertretung erforderlich wird. Eine solche nur vorübergehende Vertretung reicht aber dann nicht aus, wenn die Eltern dauernd voneinander getrennt leben. Hier wird es notwendig, daß die Eltern sich endgültig darüber einigen, wie die elterliche Sorge von ihnen ausgeübt werden soll. Das verlangt das Gesetz von ihnen in erster Linie (§ 40 Abs. 1). Eine solche Vereinbarung gehört also in diesen Fällen zu den Pflichten der Eltern. Die Vereinbarung kann nur die Einzelheiten der Ausübung der elterlichen Sorge betreffen. Hingegen ist es nicht möglich, daß im Wege der Vereinbarung ein Elternteil auf das Recht der elterlichen Sorge zugunsten des anderen Elternteils verzichtet. Denn aus den Pflichten kann ein Elternteil nur durch eine staatliche Maßnahme entlassen werden. Die Vereinbarungen werden also zum Gegenstand haben, wer die einzelnen Aufgaben der elterlichen Sorge — etwa nach Maßgabe der Aufgliederung nach § 38 — übernimmt. Die gesetzliche Vertretung des Kindes kann hierbei nicht von einem Elternteil allein übernommen werden. Eine Einigung der Eltern ist ebensowenig ein zivilrechtlicher Vertrag wie eine Abrede zwischen ihnen über besondere Formen des ehelichen Zusammenlebens. Sie erzeugt also weder klagbare Ansprüche noch hindert sie einen Ehegatten daran, eine andere Regelung zu fordern, wenn hierfür Gründe vorliegen.

Einigen sich die Eltern nicht, so bestimmt der Rat des Kreises nach sorgfältiger Prüfung der Umstände, wem die elterliche Sorge zu übertragen ist. Die Bestimmung des § 40 verweist hierzu auf § 30. Der Rat des Kreises hat hiernach vor seiner Entscheidung eingehende Ermittlung vorzunehmen, die sich insbesondere auf die Verhältnisse der beiden Elternteile, auf ihre erzieherischen Fähigkeiten und das Verhältnis des Kindes zu dem Vater und der Mutter erstrecken sollen.

Kann der Rat des Kreises bei Getrenntleben der Eltern Anordnungen treffen, die in ihrem Inhalt geringere Wirkungen haben als die Übertragung der elterlichen Sorge? Kann er z. B. auch Maßnahmen nach § 40 Abs. 1 des Entwurfs treffen, insbesondere wenn die Eltern sich mit einer solchen, in ihrer Ausführung beschränkten Anordnung einverstanden erklären? Man wird dies verneinen müssen, da die Fassung des § 40 Abs. 1 sonstige Maßnahmen ausschließt. Hingegen bleiben Maßnahmen des Rates des Kreises nach § 44 Abs. 2 und 3 auch bei Trennung der Eltern zulässig.

Wird die Ehe durch Urteil aufgelöst, so bestimmt das Gericht, welchem Ehegatten die elterliche Sorge zu übertragen ist (und von wem und in welcher Höhe der Unterhalt des Kindes zu leisten ist). Das Gericht trifft die Entscheidung nach Anhörung des Rates des Kreises, der vorher eingehende Ermittlungen anzustellen hat (§ 40 Abs. 2 in Verbindung mit § 30 Abs. 1). Die Bestimmung des Gerichts nach § 30 wird für den Fall der Rechtskraft des die Ehe auflösenden Urteils getroffen. Für die Entscheidung ist ausschließlich das Wohl des Kindes maßgebend. Demgemäß soll die Entscheidung möglichst eine endgültige Regelung des Sorgerechts treffen, um für die Zukunft alle für die Entwicklung des Kindes schädlichen Änderungen seiner Lebensverhältnisse zu vermeiden. Es kommt also grundsätzlich nicht in Betracht, die elterliche Sorge bei einem bestimmten Alter des Kindes zwischen den geschiedenen Eltern wechseln zu lassen.

Nachdem der Entwurf in § 29 bei der Scheidung vom Verschuldungsprinzip zum Zerrüttungsprinzip übergegangen ist, werden die Scheidungsurteile auch keinen Schuldausspruch mehr kennen. Damit wird endgültig jede Verbindung zwischen einem formalen Schuldausspruch des Eheurteils und der elterlichen Sorge beseitigt. Bekanntlich hatte § 1635 BGB hier eine ganz starre Verbindung hergestellt: bei Alleinschuld eines Ehegatten stand die Sorge für die Person des Kindes dem anderen Ehegatten zu; bei beiderseitiger Schuld stand die Sorge für einen Sohn unter 6 Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn über 6 Jahren dem Vater zu. Daneben blieb in allen Fällen der Vater alleiniger gesetzlicher Vertreter des Kindes. Im Scheidungsprozeß wurde deshalb in Wirklichkeit um die Sorge für die Person der Kinder (und um den Unterhaltsanspruch) gekämpft. Auch das KRG Nr. 16 blieb bei der Verbindung zwischen Schuldausspruch und Sorgeregelung: „Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des oder der Kinder dient“ (KRG Nr. 16, § 74 Abs. 4). Diese Bestimmung war seit Inkrafttreten der Verfassung (Art. 31 Abs. 4) nicht mehr geltendes Recht. Seitdem war ausschließlich das Wohl des Kindes maßgebend.

Die jetzige Regelung besagt aber nicht, daß die Feststellungen im Scheidungsprozeß für die Sorgeregelung ohne Bedeutung wären. Aus ihnen kann sich im Gegenteil sehr wohl ergeben, daß ein Elternteil zur Ausübung der elterlichen Sorge ungeeignet ist. Aber es gibt keine zwingende Koppelung mit einem formalen Schuldausspruch mehr, und vor der Sorgeregelung durch das Gericht ist der Rat des Kreises zu hören, der eingehende Ermittlungen vorzunehmen hat. Damit ist endgültig auch durch die Fassung des Gesetzes der Zustand beseitigt, daß „Streitgegenstand“ im Eheprozeß in Wahrheit die elterliche Sorge ist. Es ist aber auch endgültig der unbefriedigende Zustand überwunden, daß das Recht der Personfürsorge einem der geschiedenen Ehegatten zusteht, das Recht der gesetzlichen Vertretung aber dem anderen, wie es nach dem BGB der Fall sein konnte. Diese Regelung beruht darauf, daß naah der Scheidung der Eltern der Vater in allen Fällen die Verwaltung und Nutznießung am Kindesvermögen behielt und deshalb auch