

heitlichen Verfahrensrechts und stets im Zusammenhang mit dessen übrigen Normen anzuwenden (vgl. § 1 EheVerfO). Läßt sich aus den allgemeinen Prozeßbestimmungen die Möglichkeit entnehmen, zu einer nachträglichen Entscheidung über die Zuführung des Kindes zu gelangen, und widerspricht diese nicht dem Wesen des Eheverfahrens, so ist eine solche nachträgliche Entscheidung auch dann zulässig, wenn § 9 Abs. 4 EheVO darüber nichts sagt. Leider läßt der Senat nichts darüber verlauten, auf welche Bestimmungen oder Prinzipien der ZPO er die Bejahung der Zulässigkeit einer solchen Entscheidung eigentlich gründet — daß dies eine „einfache und zweckmäßige Lösung“ sei, ist ja wohl kein ausreichendes Argument.

Wenn es eine Partei, aus welchen Gründen immer, unterläßt, in einem anhängigen Verfahren einen ihr gegen die andere Partei zusätzlich zustehenden oder vermeintlich zustehenden Anspruch geltend zu machen, so bleibt es ihr normalerweise unbenommen, wegen dieses Anspruchs eine neue Klage zu erheben. Als ein neues, von der rechtskräftig erledigten Ehesache unabhängiges Verfahren will aber der Senat das Verfahren über die Zuführung des Kindes gerade nicht auf fassen — und das mit gutem Grund. Denn es ist eben nur der unmittelbare Zusammenhang mit einem schwebenden Eheverfahren, der für die Sorgerechtsregelung — und die Zuführungsanordnung ist nach § 9 EheVO ein Teil derselben — die funktionelle Zuständigkeit des Gerichts schafft; außerhalb eines Eheverfahrens ist die Entscheidung darüber nicht mehr Sache des Gerichts, sondern der Vormundschaftsbehörde. Dabei ist dem Senat darin beizupflichten, daß das Wort „gleichzeitig“ in § 9 EheVO nicht formal in dem Sinne aufzufassen ist, daß die Entscheidung über das Sorgerecht und über die Zuführung unbedingt in demselben Urteil enthalten sein müßten; es ist z. B. durchaus denkbar, daß über die Sorgerechtsregelung im Urteil erster Instanz, über die Zuführung dagegen auf einen erst in zweiter Instanz gestellten Antrag durch das Berufungsurteil entschieden wird. Stets aber ist, wenn das Gericht die Zuführung im Erkenntnisverfahren aussprechen will, die Voraussetzung hierfür, daß das Eheverfahren überhaupt noch anhängig ist.

Darüber ist sich, wie gesagt, der Beschwerdesenat durchaus klar; er erklärt selbst, § 9 Abs. 4 EheVO beabsichtige „die Regelung der Zuführung im Rahmen des Eheverfahrens und durch das Scheidungsgericht“. Und da er demnach die Konstruktion eines neuen selbständigen Verfahrens über die Zuführung mit Recht ablehnt, scheint er für die Zulässigkeit der nachträglichen Zuführungsanordnung eine andere Konstruktion zugrunde zu legen — ich sage absichtlich „scheint“, weil auch das nicht klar zum Ausdruck kommt. In der Entscheidung wird von einem „das Scheidungsurteil ergänzenden . . . Beschluß“ gesprochen; an anderer Stelle ist von einer „Nachholung“ der Anordnung die Rede. Offenbar wird dabei also an eine Art Urteilsergänzung nach dem Beispiel des § 321 ZPO gedacht, wobei eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift zutreffend abgelehnt wird (nicht so sehr, weil die Fristen des § 321 ZPO dieses Institut für die nachträgliche Zuführungsanordnung unbrauchbar machen, wie der Beschluß sagt, sondern vor allem deshalb, weil § 321 einen ganz anderen Fall, das Übergehen eines bereits vor Urteilserlaß rechtshängig gewordenen Anspruchs zum Gegenstände hat). Also handelt es sich — falls dies dem Senat vorgeschwebt hat — um eine entsprechende Anwendung des § 321 ZPO unter anderen Voraussetzungen.

Das aber ist unzulässig; es widerspricht dem System der ZPO. Ein Anspruch, über den im Erkenntnisverfahren zu entscheiden ist, ist entweder rechtshängig oder nicht. Ist er es, so muß in dem betreffenden Verfahren über ihn entschieden werden, ggf. unter den nicht erweiterungsfähigen Voraussetzungen des § 321 ZPO durch Ergänzungsurteil. Ist er es nicht, so muß er in einem neuen selbständigen Verfahren geltend gemacht werden. Ein Drittes gibt es nicht. Etwas anderes wäre es, wenn über die Zuführung ebenso wie über das Sorgerecht im Eheverfahren von Amts wegen zu entscheiden wäre; dann ließe sich allenfalls sagen, daß, wenn keine Entscheidung ergangen ist, ein Punkt übergangen worden ist, welcher auch ohne einen An-

trag der Parteien rechtshängig war, so daß eine Anwendung des § 321 ZPO in Frage käme. Tatsächlich aber setzt eben die Zuführungsanordnung einen Antrag voraus. Demnach bleibt die Entscheidung eine auf das Gesetz gestützte Begründung für die Zulässigkeit einer nachträglichen Zuführungsanordnung schuldig.

Trotzdem halte ich den Beschluß im Ergebnis nicht für falsch; er läßt sich m. E. mit Hilfe einer ganz anderen Konstruktion begründen. Diese folgt aus dem Wesen der Zuführungsanordnung und ihrem Verhältnis zur Sorgerechtsregelung. Überträgt das Gericht einem Elternteil die elterliche Sorge für ein Kind, so liegt bereits darin der Ausspruch, daß allein dieser Elternteil berechtigt ist, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und die Herausgabe des Kindes von Unberechtigten zu verlangen; diese Befugnisse sind Elemente des Sorgerechts. Ihrem Inhalt nach stellt daher die Zuführungsanordnung bereits einen Akt der Realisierung der dem Sorgerecht immanenten Befugnisse dar; sie dient der Durchführung der gerichtlichen Entscheidung über das Sorgerecht. Das Wesen der Zuführungsanordnung gestattet es also ohne weiteres, sie als eine bereits auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung liegende, die unmittelbare Wegnahme des Kindes vorbereitende Entscheidung aufzufassen. Diese Betrachtung ist übrigens nicht neu; sie war wie noch zu zeigen ist, schon herrschend, als die Vormundschaftsgerichte noch bestanden.

Daß die Zuführungsanordnung nach der EheVO schon im Erkenntnisverfahren erlassen werden kann, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird, spricht in keiner Weise gegen diese Auffassung. Der Fall, daß eine die Zwangsvollstreckung vorbereitende Anordnung des Gerichts entweder, falls beantragt, bereits im Urteil oder, wenn ein Antrag vorher nicht gestellt war, auch noch, in der Vollstreckungsinstanz erlassen werden kann, ist der ZPO durchaus bekannt; einen charakteristischen Fall dieser Art behandelt z. B. § 890 Abs. 2 ZPO, wonach das Prozeßgericht eine Strafandrohung als Vollstreckungsorgan aussprechen muß, sofern es dies nicht bereits im Erkenntnisverfahren getan hat.

In allen Fällen, in denen vom Schuldner eine Handlung vorzunehmen ist, hat das Prozeßgericht erster Instanz als Vollstreckungsorgan die zur Realisierung des Anspruchs erforderlichen Anordnungen auf Antrag zu erlassen (vgl. §§ 883 Abs. 3, 887, 888, 889, 890 ZPO). Der hier in Rede stehende, erst seit Erlaß der EheVerfO aktuelle Fall ist natürlich in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt, aber es steht, vor allem auf Grund der Ermächtigung des § 1 EheVerfO, m. E. nichts im Wege, in entsprechender Anwendung jener Bestimmungen die Anordnung nach § 9 Abs. 4 EheVO ihrem Wesen entsprechend auch als eine in der Vollstreckungsinstanz zu treffende Entscheidung zuzulassen, sofern sie nicht schon im Erkenntnisverfahren beantragt und erlassen war.

An einer Stelle seines Beschlusses scheint auch der Senat — ich möchte sagen: rein gefühlsmäßig — dieser Auffassung nahezu kommen, nämlich da, wo er sagt, daß die Zuführungsanordnung „kein eigentliches Erkenntnis“ darstelle, woraus dann gefolgert wird, daß sie im Falle ihres nachträglichen Erlasses in Beschlußform zu ergehen habe. Ist die Zuführungsanordnung kein „eigentliches Erkenntnis“ — und das ist insofern richtig, als diese Anordnung ihrem Wesen nach lediglich die notwendige Folge und Durchführung der Sorgerechtsregelung ist, bei ihrem Erlaß also keine sachliche Prüfung des bereits durch Entscheidung über die elterliche Sorge geklärten Rechts auf Zuführung des Kindes mehr erfolgt —, dann bedeutet das eben, daß sie auch noch in der Vollstreckungsinstanz erlassen werden kann und dann in der Tat ein Beschluß die richtige Form der Entscheidung ist.

Die Klarheit darüber, daß der Erlaß einer Zuführungsanordnung nach rechtskräftigem Abschluß des Eheverfahrens nur im Rahmen der Vollstreckungsinstanz zulässig sein kann, ist zugleich die Voraussetzung für die Anwendung der richtigen Verfahrensvorschriften. Da dem Beschluß des BG Leipzig diese Klarheit mangelt, erscheint seine Feststellung, die Anordnung habe zwar einerseits als Beschluß, anderer-