

Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: VerschG §§ 16,17, VerschÄndG §§ 2,3, BGB § 1911

- Rechtssätze:
1. Der Abwesenheitspfleger ist berechtigt, den Antrag zu stellen, den Abwesenden für tot zu erklären.
 2. Ein gesetzlicher Vertreter, der eine Beschwerde gegen einen Beschluß einlegen will, durch den der Vertretene für tot erklärt worden ist, bedarf hierzu nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.
 3. Der in § 2 des VerschÄndG vorgesehene Antrag, Ermittlungen über den Zeitpunkt des Todes anzustellen, kann auch noch im Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht gestellt werden.

Aktenzeichen: IV ZB 97/55
Beschluß des BGH vom 9. November 1955

Vorlagebeschluß
OLG Celle

B e s c h l u ß

In dem Verfahren

betreffend die Todeserklärung des am [REDACTED] 1920 in E[REDACTED], Landkreis P[REDACTED], geborenen Bauern Otto H[REDACTED], zuletzt wohnhaft gewesen in E[REDACTED] Nr[REDACTED]

Beteiligte:

1. Witwe Anna B[REDACTED] geb. H[REDACTED] in U[REDACTED], S[REDACTED] str. [REDACTED],
Antragstellerin,
2. Rechtsanwalt L[REDACTED] in F[REDACTED]
als Abwesenheitspfleger des Vermißten,
3. Frau Elsbeth S[REDACTED] geb. H[REDACTED] in A[REDACTED],
Kreis P[REDACTED], vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in
[REDACTED],
4. Lehrer i.R. Adolf He[REDACTED] in G[REDACTED] am F[REDACTED] B[REDACTED] str. [REDACTED]
5. Landwirt Alfred H[REDACTED] in E[REDACTED] Nr[REDACTED],
6. Ehefrau Elsbeth P[REDACTED] geb. H[REDACTED] in E[REDACTED] Nr[REDACTED]
7. Landwirt August Hei[REDACTED] in D[REDACTED] Nr[REDACTED],
8. Landwirt Gustav H[REDACTED] in W[REDACTED] Nr[REDACTED],
9. Ehefrau Ilse W[REDACTED] geb. H[REDACTED] in S[REDACTED],
C[REDACTED] Straße [REDACTED],
10. Ehefrau Hedwig Sc[REDACTED] geb. H[REDACTED] in S[REDACTED]
We[REDACTED] Straße [REDACTED],
- zu 5 bis 10 vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf Grund der Vorlage des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 9. Juli 1955 in der Sitzung vom 9. November 1955 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Johannsen, Dr. Kregel und Scheffler

beschlossen:

- 2 -

Die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 2) und 3) gegen den Beschluß der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Eildesheim vom 21. Februar 1955, werden zurückgewiesen

G r ü n d e :

I. Der Bauer Otto H[REDACTED] - im folgenden der Verschollene genannt - befand sich um die Jahreswende 1944/1945 als Obergefreiter bei einer Artillerieeinheit an der Ostfront. Das letzte Schreiben von ihm ist ein Brief, den er unter dem 12. Januar 1945 an seinen Vater schrieb. Im Jahre 1949 meldete sich der Zeuge Be[REDACTED] bei dem Vater des Verschollenen und teilte ihm mit, daß er noch im Jahre 1947 mit dem Verschollenen zusammen in einem russischen Gefangenenlager in der Nähe von Perosewodsk gewesen sei.

Der Vater ist am 26. Mai 1950 gestorben. Die Mutter des Verschollenen war im Jahre 1928 verstorben. Der Verschollene war der einzige Sohn und ledig. Wenn der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen, von dem eine letztwillige Verfügung nicht vorliegt, vor dem seines Vaters liegt, kommen die Beteiligten zu 1, 4 bis 10, als gesetzliche Erben des Vaters, von dem ebenfalls kein Testament vorliegt, in Betracht. Liegt der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen dagegen nach dem Tode des Vaters, so wäre der Vater von dem Verschollenen beerbt worden. Dessen gesetzliche Erben wären die Beteiligten zu 3) und 4). Der Beteiligte zu 2) ist der Abwesenheitspfleger des Verschollenen.

Die Beteiligte zu 1) stellte im Mai 1952 beim Amtsgericht in Peine den Antrag, das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung des Verschollenen einzuleiten. Die in dem Antragsformular vorgedruckte Frage, ob beantragt



werde, Ermittlungen über den Zeitpunkt des Todes des Verschollenen anzustellen, beantwortete sie mit nein.

Nachdem das Amtsgericht dem Beteiligten zu 2) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte und die Zeugen Be[REDACTED] und Po[REDACTED] hatte vernehmen lassen, hat es am 30. Januar 1953 das Aufgebot erlassen. Nach Ablauf der Aufgebotsfrist erließ es am 29. Juli 1953 den Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt und in dem als Zeitpunkt des Todes der 31. Dezember 1950 24 Uhr festgestellt wurde.

Gegen diesen Beschluß, der am 28. August 1953 in der Verschollenheitsliste veröffentlicht wurde, legte der Beteiligte zu 2), also der Abwesenheitspfleger, am 17. August 1953 sofortige Beschwerde ein. Er stellte den Antrag,

die Todeserklärung abzulehnen, hilfsweise,
den Zeitpunkt des Todes zu überprüfen und
notfalls zu berichtigen.

Die Beteiligte zu 1) hat mit Schreiben vom 17. September 1953 (Bl 37 d.A.), das am 18. September 1953 beim Landgericht in Hildesheim einging, beantragt, dem Einspruch des Beteiligten zu 2) nicht stattzugeben. Gleichzeitig bat sie, den Zeitpunkt des Todes vor den Todestag des Vaters des Verschollenen zu verlegen. Mit Schriftsatz vom 10. November 1953, der am 12. November 1953 beim Landgericht in Hildesheim einging, schlossen sich die Beteiligten zu 5) bis 10) der Beschwerde an. soweit sich diese gegen die festgesetzte Todeszeit richtet. Sie beantragten, den Beschluß dahin abzuändern, daß der Todestag auf ein Datum vor dem 28. Mai 1950, also in erster Linie auf den 31. Dezember 1947 oder 31. Dezember 1948, festgesetzt werde. Das Landgericht ließ den Zeugen Be[REDACTED] durch das Amtsgericht Schöneberg in Berlin-Schöneberg nochmals und zwar eidlich vernehmen. Es setzte dann die Beteiligten zu 3) und 4), die von dem Verfahren noch keine Mitteilung erhalten

hatten, von dem Beschluß vom 29. Juli 1953, der sofortigen Beschwerde, der Beweisaufnahme und den Schriftsätzen der anderen Beteiligten in Kenntnis und gab ihnen anheim, Stellung zu nehmen.

Während der Beteiligte zu 4) eine Stellungnahme ablehnte, beantragte die Beteiligte zu 3),

die Beschwerde gegen den Beschluß des Amtsgerichts Peine vom 29. Juli 1953 zurückzuweisen.

Das Landgericht in Hildesheim erließ darauf am 21. Februar 1955 folgenden Beschluß:

Unter insoweitiger Abänderung des angefochtenen Beschlusses wird der Todeszeitpunkt auf den 31. Dezember 1947, 24.00 Uhr, festgesetzt.

Im übrigen wird die sofortige Beschwerde auf Kosten des Beschwerdeführers zurückgewiesen.

In den Gründen führte es aus, daß die vom Beteiligten zu 2) rechtzeitig eingelegte Beschwerde zulässig sei, da der Abwesenheitspfleger eines Verschollenen zu den nach § 26 Abs 2 a VerschG beschwerdeberechtigten Personen gehöre. Beschwerdeberechtigt sei hiernach jeder, der an der Aufhebung der Todeserklärung oder einer Änderung des festgesetzten Todeszeitpunktes ein rechtliches Interesse habe. Der Begriff des rechtlichen Interesses sei im § 26 Abs 2 a VerschG derselbe wie in § 16 Abs 2 c VerschG (Arnold, Kom. zum VerschG § 26 Anm 8). Der Abwesenheitspfleger habe insofern ein rechtliches Interesse daran, ob sein Pflegling für tot erklärt werde oder nicht, als die Todeserklärung gem. § 1921 BGB i.V. mit § 29 VerschG mit der Rechtskraft des Todeserklärungsbeschlusses die Beendigung der Pflegschaft herbeiführe. Durch die rechtskräftige Todeserklärung werde derart in die Rechtsstellung des Abwesenheitspflegers eingegriffen, daß er mit ihr ohne

weiteres das Recht und die Pflicht verliere, für die Vermögensangelegenheiten seines Pfleglings Fürsorge zu treffen. Der Abwesenheitspfleger sei deshalb gem. § 16 Abs 2 c VerschG berechtigt, die Todeserklärung zu beantragen. Ebenso müsse er aber auch berechtigt sein, gegen einen erlassenen Todeserklärungsbeschluß gem. § 26 das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde mit dem Ziele einer Aufhebung der Todeserklärung einzulegen. Während die Befugnis zur Stellung des Todeserklärungsantrages von der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängt, weil der Abwesenheitspfleger im Ergebnis nicht besser gestellt sein könne, als der gesetzliche Vertreter des Verschollenen, hänge die Zulässigkeit der vom Abwesenheitspfleger gegen die Todeserklärung eingelegten sofortigen Beschwerde nicht von der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ab. Der Zweck des Erfordernisses der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Stellung des Antrages auf Todeserklärung sei darin zu finden, daß der Abwesenheitspfleger, ebenso wie der gesetzliche Vertreter, die weittragende Wirkung, die mit der Todeserklärung verbunden sei, nicht selbständig ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts herbeiführen solle. Dieser Zweck entfalle aber, wenn der Abwesenheitspfleger nicht die Todeserklärung herbeiführen wolle, er sich vielmehr nur mit der sofortigen Beschwerde gegen eine ausgesprochene Todeserklärung wende. Hierzu sei der Abwesenheitspfleger auch ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes befugt.

Die Beschwerde sei jedoch, soweit sich der Abwesenheitspfleger gegen die Todeserklärung wende, nicht begründet. Die Antragstellerin, also die Beteiligte zu 1), sei gem. § 16 II c VerschG zur Stellung des Antrages auf Todeserklärung berechtigt. Ihr rechtliches Interesse an einer Todeserklärung ergebe sich daraus, daß sie Miterbin des am 26. Mai 1950 verstorbenen Vaters des Bauern Otto H. sei und die Möglichkeit bestehe, daß zum Nachlaß des Vaters auch das Vermögen des Sohnes gehöre,

was der Fall sein würde, wenn dieser mit einem Todeszeitpunkt für tot erklärt werde, der zeitlich vor dem Todestag seines Vaters liege. Die Antragstellerin habe aber ein rechtliches Interesse daran, Gewißheit zu erlangen, welche Vermögensgegenstände zum Nachlaß des Vaters des Otto H. gehörten.

Die Voraussetzungen für die Todeserklärung seien gemäß Art 2 1 II des VerschÄndG gegeben. Nach den Aussagen der Zeugen Po. und Be. habe Otto H. noch in Jahre 1947 gelebt. Darüber, ob er auch noch nach Ablauf des Jahres 1947 gelebt habe, lägen keine Nachrichten vor. Die Todeserklärung sei somit seit dem 31. Dezember 1952 zulässig. Ihre sachlichen Voraussetzungen seien ebenfalls gegeben, denn Otto H. sei als verschollen anzusehen, weil ernstliche Zweifel an seinem Fortleben bestünden. Der Begriff der Verschollenheit im Sinne des Art 2 § 1 II des VerschÄndG sei derselbe wie der des § 1 VerschG. Ernstliche Zweifel am Fortleben seien bereits dann begründet, wenn Leben und Tod gleichermassen ungewiß seien und Aufklärung über das Schicksal nicht zu erlangen sei. Daß in diesem Sinne ernstliche Zweifel am Fortleben des Otto H. bestünden, ergebe sich aus der eidlichen Aussage des Zeugen Be., der erklärt habe, daß Otto H. im Jahre 1947 der Arbeitsgruppe o.K. (ohne Kraft) zugeteilt gewesen und im Sommer oder Herbst 1947 in das Hauptlazarett, in das nur die schweren Fälle gekommen seien, eingeliefert worden und nicht wieder in das Gefangenenlager, in dem sich der Zeuge noch bis zum 23. November 1948 befunden habe, zurückgekehrt sei. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte dafür, daß Otto H., wenn er noch am Leben wäre, keine Nachricht hätte geben können, insbesondere ergebe die Aussage des Zeugen Be. nichts dafür, daß Otto H. in ein Schweigelager verbracht worden sei. Er sei deshalb als verschollen anzusehen und seine Todeserklärung gerechtfertigt.

Auf den vom Beschwerdeführer, der Antragstellerin und den in das Verfahren eingetretenen Beteiligten zu 5 - 10) gestellten und gem. Art 2 § 2 Abs 1 des VerschÄndG zulässigen Antrag sei jedoch der angefochtene Beschluß zu ändern und der 31. Dezember 1947, 24 Uhr, als wahrscheinlichster Todeszeitpunkt gem. Art 2 § 2 Abs 2 VerschÄndG festzustellen. Die Feststellung des wahrscheinlichsten Todeszeitpunktes gem. Art 2 § 2 Abs 2 VerschÄndG setze nicht voraus, daß nach dem Ergebnis der angestellten Ermittlungen feststehe, wann der Verschollene gestorben sei, denn wenn eine solche Feststellung getroffen werden könnte, würde eine Verschollenheit i.S. des § 1 des VerschG gar nicht mehr vorliegen und sich das Todeserklärungsverfahren erübrigen. Zur Feststellung eines wahrscheinlichsten Todeszeitpunktes genüge es vielmehr, wenn die Vermutung bestehe, daß der Verschollene zu einem anderen Zeitpunkt als dem im Regelfall gem. Art 2 § 2 Abs 2 Satz 2 VerschÄndG anzunehmenden Todeszeitpunkt gestorben sei. Das sei der Fall, wenn nach den gesamten Umständen ein anderer Todeszeitpunkt wahrscheinlicher sei. Bei der Beurteilung, ob dieses der Fall sei, seien alle Umstände heranzuziehen, die als Anhaltspunkte für einen abweichenden Todeszeitpunkt dienen könnten. Dazu gehöre insbesondere der Gesundheitszustand, in dem sich der Verschollene befunden habe. Nach der Aussage des Zeugen Be[REDACTED] sei der Verschollene im Sommer 1947 vollkommen entkräftet gewesen. Er sei der Arbeitsgruppe o.K. (ohne Kraft) zugeteilt gewesen und sei im Sommer oder Herbst 1947 in das Hauptlazarett des Gefangenenlagers eingeliefert worden. Bis zur Entlassung des Zeugen am 23. November 1948 sei er auch nicht wieder in das Lager zurückgekehrt. Da von dem Verschollenen seitdem keine weiteren Nachrichten vorlägen, obwohl inzwischen weitere 7 Jahre verstrichen seien, sei er wahrscheinlich in dem Hauptlazarett gestorben. Das sei jedenfalls wahrscheinlicher, als daß er erst in dem gem. Art 2

§ 2 Abs 2 Satz 2 VerschÄndG für den Regelfall anzunehmenden Todeszeitpunkt des 31. Dezember 1950 gestorben sei. Es sei deshalb gerechtfertigt, den 31. Dezember 1947 als den wahrscheinlichsten Todeszeitpunkt festzusetzen. Dagegen spreche auch nicht, daß der Zeuge Be■■■■, als er den Vater des Verschollenen im Jahre 1949 aufgesucht habe, noch nicht geäußert habe, er rechne damit, daß der Verschollene im Jahre 1947 in dem Hauptlazarett gestorben sei. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Zeuge eine solche Äusserung unterlassen habe, weil er dem Vater nicht die letzte Hoffnung auf eine Rückkehr seines Sohnes habe nehmen wollen oder ob er damals selbst noch mit der Möglichkeit einer Rückkehr des Verschollenen gerechnet habe. Es sei zu berücksichtigen, daß inzwischen weitere 5 Jahre vergangen seien, ohne daß Nachrichten über das Schicksal des Verschollenen vorlägen. Das rechtfertige trotz des Verhaltens des Zeugen gegenüber dem Vater des Verschollenen im Jahre 1949 die Annahme, daß der Verschollene wahrscheinlicher bereits Ende 1947 im Hauptlazarett gestorben sei. Eine solche rückschauende Betrachtungsweise bei der Beurteilung, ob sich ein wahrscheinlichster Todeszeitpunkt feststellen läßt, sei zulässig.

Gegen diesen Beschluß hat die Beteiligte zu 3) am 5. März 1955 sofortige weitere Beschwerde insoweit eingelegt, als der Todeszeitpunkt auf den 31. Dezember 1947 24.00 Uhr festgesetzt worden sei. Sie beantragt,

unter Zurückweisung der sofortigen Beschwerde den Beschluß des Amtsgerichts Peine vom 29. Juli 1953 zu bestätigen,
hilfsweise
die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Ferner hat der Beteiligte zu 2) am 29. März 1955 sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Er beantragt,

den Antrag auf Todeserklärung zurückzuweisen.

II. Das Oberlandesgericht in Celle hat die Sache gemäß § 28 Abs 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Es ist der Ansicht, ein Abwesenheitspfleger sei zur Einlegung einer Beschwerde im Verfahren der Todeserklärung nicht berechtigt und es hat hierzu ausgeführt:

Die Zulässigkeit der Beschwerde des Abwesenheitspflegers hänge davon ab, ob er zum Kreis der Beschwerdeberechtigten gehöre. Das Recht zur Beschwerde gegen die Todeserklärung stehe nach der Vorschrift des § 26 VerschG dem Antragsteller und jedem zu, der an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Zeitpunktes des Todes ein rechtliches Interesse habe. Diese Bestimmung des Kreises der Beschwerdeberechtigten sei nur scheinbar eine engere als im § 16 VerschG für den Kreis der Antragsberechtigten; denn Antragsteller im Sinne des § 26 sei nicht nur derjenige, der den Antrag auf Todeserklärung gestellt habe, sondern gemäß § 17 VerschG jeder Antragsberechtigte, der in das Verfahren eintrete und dadurch die rechtliche Stellung eines Antragstellers erlange. Der Eintritt sei nach § 17 auch gerade zur Einlegung eines Rechtsmittels zulässig. Die Vorschrift des § 26 bedeute daher keine Einengung, sondern eine Erweiterung des Kreises der Beschwerdeberechtigten, indem außer den nach § 16 Antragsberechtigten auch diejenigen ein Beschwerderecht hätten, die zwar nicht im Sinne des § 16 ein rechtliches Interesse an der Todeserklärung hätten und daher nicht antragsberechtigt seien, die aber an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Zeitpunktes des Todes ein rechtliches Interesse hätten.

Der Abwesenheitspfleger wäre mithin beschwerdeberechtigt, wenn er entweder als Antragsberechtigter in das Verfahren eintrete oder ein rechtliches Interesse an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Zeitpunktes des Todes habe. Sein Antragsrecht wiederum könne sich entweder aus

dem Recht des gesetzlichen Vertreters des Verschollenen nach § 16 Abs 2 Ziff b VerschG, oder aus dem Recht dessen, der ein rechtliches Interesse an der Todeserklärung habe, nach § 16 Abs 2 Ziff c VerschG ergeben. Ein Antragsrecht des Abwesenheitspflegers als gesetzlichen Vertreters des Verschollenen sei für das frühere Recht (§ 962 ZPO) vom Reichsgericht als gegeben behandelt worden (RGZ 74, 237), ohne daß indessen das Reichsgericht eine Begründung dafür gegeben habe. Im Schrifttum werde das Antragsrecht allerdings ganz überwiegend bejaht (Staudinger BGB § 1911 Anm 3 c, Soergel BGB § 1911 Anm 3 BGB, RGRK § 1911 Anm 2, Seuffert-Walmsmann ZPO § 962 Anm 1 a, Stein-Jonas § 962 Anm 1, Sydow-Busch § 962 Anm 1, Arnold, Verschollensrecht, § 16 Anm 4 und Rpfl 52, 21 gegen Palandt-Danckelman Anm 3 zu § 16 VerschG und KayserJR 54, 55). Die bejahende Ansicht überzeuge aber nicht. Der Abwesenheitspfleger werde nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1911 BGB nur für die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden bestellt, er sei daher in dessen persönlichen Angelegenheiten nicht Vertretungsbe-rechtigt (RG LZ 30, 378). Die Todeserklärung des Abwesenden sei aber eine durchaus persönliche Angelegenheit, möge sie auch, ebenso wie andere persönliche Angelegenheiten (Eheschließung, Ehescheidung, Personenstandsklagen) entscheidende Auswirkungen auf seine Vermögensangelegenheiten haben. Wenn im § 16 Abs 2 Ziff b VerschG dem gesetzlichen Vertreter des Verschollenen das Antragsrecht für die Todeserklärung gegeben worden sei, so könne damit nur ein solcher gesetzlicher Vertreter gemeint sein, der mindestens auch zur Vertretung des Verschollenen in persönlichen Angelegenheiten befugt sei, nicht aber ein nur teilweiser gesetzlicher Vertreter, dessen Vertretungsbefugnis auf Vermögensangelegenheiten beschränkt sei. Denn dieser sei eben nicht gesetzlicher Vertreter des Verschollenen für das Todesklärungsverfahren.

Nicht anders stehe es mit der Frage, ob der Abwesenheitspfleger des Verschollenen aus rechtlichem Interesse an der Todeserklärung antragsberechtigt sei (§ 16 Abs 2 Ziff c VerschG). Ein rechtliches Interesse des Verschollenen selber - und nur ein solches könne der Abwesenheitspfleger als der Vertreter desselben geltend machen - an seiner eigenen Todeserklärung sei schlechterdings undenkbar. Gleichwohl werde auch diese Ansicht, wenn auch ohne Begründung, im Schrifttum vertreten (Palandt-Lauterbach, § 1911 Anm 3 gegen Palandt-Danckelmann, § 16 VerschG Anm 3 und Vogel, VerschR § 16 Anm 9).

Der Senat sehe sich aber an der Feststellung, daß dem Abwesenheitspfleger des Verschollenen weder aus dem Recht des gesetzlichen Vertreters noch aus rechtlichem Interesse an der Todeserklärung ein Antragsrecht zustehe, durch die Entscheidung des Kammergerichts West vom 2. Februar 1953 - UJW 53, 1305 - gehindert, welches ausdrücklich dem Abwesenheitspfleger des Verschollenen ein Antragsrecht zuerkannt habe, ohne sich allerdings darüber auszusprechen, ob das Antragsrecht auf der Eigenschaft des Abwesenheitspflegers als gesetzlichen Vertreters des Verschollenen oder auf seinem rechtlichen Interesse an der Todeserklärung beruhe.

Andererseits sei eine abschliessende Entscheidung über die Beschwerden ohne Entscheidung dieser Frage nicht möglich. Denn dem Abwesenheitspfleger könne auch aus einem rechtlichen Interesse an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Todeszeitpunktes kein Beschwerderecht zugebilligt werden. Der Abwesenheitspfleger sei nur für die Besorgung der Vermögensangelegenheiten des Verschollenen bestellt. Die Frage, ob der Verschollene noch lebe oder verstorben sei, liege ganz außerhalb seiner Interessen. Für ihn handele es sich hierbei um die Frage der Fortdauer oder Beendigung der Abwesenheitspflegschaft. Eine Entscheidung über diese Frage herbeizuführen, gehöre aber nicht zu seinem Aufgabenbereich, wenn auch die Ermittlung des Verbleibs des Abwesenden als seine Aufgabe anzuerkennen sei.

Von der Entscheidung über das Antragsrecht des Abwesenheitspflegers hänge mithin die Entscheidung über sein Beschwerderecht ab. Sei er nicht beschwerdeberechtigt, so sei nicht nur seine weitere Beschwerde unzulässig, sondern es wäre auch seine erste Beschwerde unzulässig gewesen. Dadurch würde wiederum die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts ihre Grundlage verlieren können; denn das Landgericht hätte dann die Beschwerde des Abwesenheitspflegers als unzulässig verwerfen müssen. Eine Änderung des Beschlusses des Amtsgerichts wäre ihm dann nur noch möglich gewesen, wenn es die Erklärung der Beteiligten Frau Be[REDACTED] vom 17. September 1953 (31 37 d.A.) als Beschwerde ansehen wollte.

Es sei unmöglich über die Beschwerden zu entscheiden, bevor die Frage des Antragsrechts des Abwesenheitspflegers im Todeserklärungsverfahren geklärt sei. Daher rechtfertige sich nach § 28 Abs 2 FGG die Vorlegung der Sache an den Bundesgerichtshof.

III 1) Die Voraussetzungen für eine Vorlegung nach § 28 FGG sind gegeben.

Der Ansicht des Oberlandesgerichts in Celle, daß ein Abwesenheitspfleger kein Antragsrecht habe, kann nicht zugestimmt werden.

Da der Abwesenheitspfleger gesetzlicher Vertreter ist, trifft auf den Beteiligten zu 2) die Bestimmung des § 16 Abs 2 c des VerschG zu, nach der der Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens vom gesetzlichen Vertreter des Verschollenen gestellt werden kann. Das vorlegende Gericht glaubt, diese eindeutige Bestimmung deswegen nicht anwenden zu sollen, weil ein Abwesenheitspfleger immer nur für die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden bestellt werden könne, es sich bei dem Antrag auf Todeserklärung aber um eine persönliche Ange-

legenheit handele. Sollte das Oberlandesgericht mit diesem Hinweis auf die Unvereinbarkeit eines Antrages auf Todeserklärung mit der nur das Vermögen des Abwesenden betreffenden Natur der einem Abwesenheitspfleger obliegenden Geschäfte habe sagen wollen, daß es dem Gesetzgeber nicht möglich gewesen sei, entgegen der Bestimmung des § 1911 BGB dem Abwesenheitspfleger die Antragsbefugnis zu gewähren, so ist - was keiner näheren Darlegung bedarf -, diese Ansicht unrichtig. Denn der Gesetzgeber ist nicht gehindert, durch ein Sondergesetz (hier das VerschG) eine früher getroffene allgemeine Regelung (hier die Umgrenzung des Pflichtenkreises eines Abwesenheitspflegers durch das BGB) zu ändern, mag auch diese Änderung dem System des früheren Gesetzes zuwiderlaufen.

Vermutlich hat aber das vorlegende Oberlandesgericht mit seinen Ausführungen sagen wollen, es könne nur angenommen werden, daß der Gesetzgeber, als er allen gesetzlichen Vertretern das Antragsrecht für das Todeserklärungsverfahren zubilligte, nicht bedacht habe, daß zu ihnen auch solche gehörten, - nämlich die Abwesenheitspfleger - deren Wirkungskreis auf Vermögensangelegenheiten beschränkt sei. Das vorlegende Gericht hält es solchenfalls für selbstverständlich, daß dann das Gesetz entgegen seinem Wortlaut einschränkend ausgelegt werden müsse. Daß aber der Richter befugt sein solle, ein Gesetz schon deswegen nicht anzuwenden, weil es der Gesetzgeber bei richtiger Würdigung aller Umstände nicht so erlassen haben würde, wie er es getan hat, ist schon bedenklich. Es braucht hierauf aber nicht näher eingegangen zu werden, weil bereits die Annahme, dem Gesetzgeber sei ein Versehen untergelaufen, indem er nämlich an den Abwesenheitspfleger nicht gedacht habe, einer Grundlage entbehrt. Das Rechtsinstitut der Abwesenheitspflegschaft hat gerade bei der Verschollenheit seinen häufigsten Anwendungsfall; es ist daher nicht vorstellbar, daß der Gesetzgeber, als er sich

darüber schlüssig wurde, welchen Personen er ein Antragsrecht für die Todeserklärung Verschollener geben wollte, nicht an die Abwesenheitspfleger gedacht haben sollte. Dies kann um so weniger angenommen werden, als die Frage, ob ein Abwesenheitspfleger befugt sei, den Antrag auf Todeserklärung zu stellen, bei der Abfassung des Verschollenheitsgesetzes nicht neu war. Vor dem Inkrafttreten des Verschollenheitsgesetzes vom 4. Juli 1939 war das Verfahren betreffend die Todeserklärung in der Zivilprozeßordnung geregelt. Über die Antragsbefugnis verhielt sich § 962 ZPO, nach dem antragsberechtigt war: "der gesetzliche Vertreter sowie jeder, der an der Todeserklärung ein rechtliches Interesse hat". Wenn nun auch die weitaus überwiegende Meinung dahin ging, daß gemäß dem Gesetzeswortlaut auch der Abwesenheitspfleger ein Antragsrecht habe, so fehlte es doch nicht an Entscheidungen, die sich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellten (vgl. hierzu z.B. Stein-Jonas 12. und 13. Aufl. § 962 A 1). Es kann nun nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber, als er im Jahre 1939 die Verfahrensbestimmungen für das Todesklärungsverfahren neu regelte und hierbei wiederum allen gesetzlichen Vertretern das Antragsrecht gewährte, ebenso wie der frühere Gesetzgeber übersehen haben sollte, daß der Abwesenheitspfleger nur für die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden bestellt wird, obwohl dieser Umstand bereits unter dem früheren Gesetz zu Zweifeln und Erörterungen (insbesondere in den Haupt-erläuterungsbüchern) Anlaß gegeben hatte. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß ihm die Erörterungen dieser Frage bekannt waren. Wenn er gleichwohl erneut die gesetzlichen Vertreter schlechthin zu Antragsberechtigten bestimmte und es wiederum unterließ, die Abwesenheitspfleger auszunehmen, so bleibt nur der Schluß, daß er bewußt die Abwesenheitspfleger in den Kreis der Antragsberechtigten einbeziehen wollte. Dann aber geht es nicht an, dies Gesetz trotzdem auf Abwesenheitspfleger nicht anzuwenden.

Abgesehen hiervon kann der Ansicht des vorlegenden Oberlandesgerichts, "die Todeserklärung sei eine durchaus persönliche Angelegenheit" nicht zugestimmt werden. Hier bedarf es zunächst einer Klarstellung. Das Oberlandesgericht führt als Beispiele "persönlicher Angelegenheiten" die Eheschließung, die - Erhebung der - Scheidungsklage und die - Erhebung von - Personenstandsklagen an. Im Schrifttum wird häufig noch das Stellen von Strafanträgen angeführt. Daß man in diesen Fällen davon absieht, dem Abwesenheitspfleger die Vertretungsmacht einzuräumen, hat seinen wesentlichen Grund darin, daß es die Natur der genannten Angelegenheiten angezeigt sein läßt, die Entschliebung allein den Abwesenden zu überlassen. Dieser Grund aber entfällt bei dem Antrag auf Todeserklärung; denn es ist begrifflich ausgeschlossen, einem Verschollenen die Entschliebung über diesen Antrag vorzubehalten.

Es könnte also gegen die Annahme, dem Abwesenheitspfleger sei die Antragsbefugnis übertragen worden, allenfalls ins Feld geführt werden, daß durch die Todeserklärung auch in die Nichtvermögenssphäre des Verschollenen eingegriffen werde. Dies kann aber einem Antragsrecht des Abwesenheitspflegers nicht entgegenstehen. Im allgemeinen werden die das Vermögen des Verschollenen betreffenden Interessen nicht im Widerspruch zu seinen sonstigen Interessen stehen. Sollte es aber einmal ausnahmsweise anders liegen, so gewährt das VerschG dem Verschollenen dadurch einen hinreichenden Schutz, daß es in § 16 Abs 3 vorschreibt, daß der gesetzliche Vertreter den Antrag nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts stellen kann.

Gegen die Antragsbefugnis eines Abwesenheitspflegers kann auch nicht mit Erfolg eingewandt werden, ein Abwesenheitspfleger habe die Interessen des Abwesenden wahrzunehmen und es könne niemals im Interesse eines Verschollenen liegen, daß

er für tot erklärt werde. Daß diese Ausführung nicht richtig ist, ergibt schon der Umstand, daß sie jedem gesetzlichen Vertreter, nicht nur dem Abwesenheitspfleger, entgegengehalten werden könnte. Es kann auch unbedenklich gesagt werden, daß die Klärung, die durch die Todeserklärung erfolgt, im Interesse des Verschollenen oder Verstorbenen liegt.

Ist hiernach die Antragsbefugnis des Beteiligten zu 2) zu bejahen, so ergibt § 26 Abs 2 a in Verbindung mit § 17 VerschG seine Befugnis zur Einlegung der Beschwerde.

2) Zu erörtern ist noch die Frage, ob das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, das vom Gesetz für den Antrag eines gesetzlichen Vertreters aufgestellt worden ist, auch für eine Beschwerde gelten müsse, die ein gesetzlicher Vertreter, der den Antrag nicht gestellt hat, zu dem Zweck einlegt, einen Beschluß auf Todeserklärung in Wegfall zu bringen. Daß diese Frage zu verneinen ist, muß schon daraus entnommen werden, daß das Gesetz die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur für den Antrag, nicht aber für die Beschwerde aufstellt. Der Sinn des § 16 VerschG ist, dem Verschollenen eine Sicherheit dafür zu geben, daß seine Interessen nach allen Richtungen hin geprüft werden, ehe ein Verfahren eingeleitet wird, das einen Beschluß zum Ziel hat, der mit weittragenden nachteiligen Folgen für ihn verbunden sein kann. Die Beschwerde aber, die sich gegen einen Todeserklärungsbeschluß wendet, hat das entgegengesetzte Ziel.

3) Der Beteiligte zu 2) hat die weitere Beschwerde auch rechtzeitig eingelegt. Zwar ist ihm der Beschluß des Landgerichts bereits am 26. Februar 1955 zugestellt worden, so daß bei Eingang seiner Beschwerdeschrift (29.3.1955) bereits mehr als ein Monat verstrichen war. Nach § 24 Abs 3 VerschG gilt aber die erste öffentliche Bekanntmachung auch dann als die für den Fristbeginn maßgebliche Zustellung, wenn das Ver-

schollenheitsgesetz eine besondere Zustellung vorschreibt. Die Bestimmung, daß der Beschluß, durch den ein Verschollener für tot erklärt wird, öffentlich bekannt zu machen ist (§ 24 Abs 1 VerschG), könnte allerdings ihrem Wortlaut nach dahin ausgelegt werden, daß sie nur für die vom Amtsgericht erlassenen, nicht aber für die Beschlüsse gilt, durch die das Landgericht auf eine sofortige Beschwerde hin einen Beschluß des Amtsgerichts, der eine Todeserklärung ausgesprochen hat, bestätigt. Daß diese Auslegung aber unrichtig ist, folgt aus § 28 Abs 2 VerschG, nach dem bei Beschlüssen, die auf sofortige weitere Beschwerde ergehen, das Gericht von der öffentlichen Bekanntmachung absehen kann, wenn die Todeserklärung bereits vom Amtsgericht oder vom Beschwerdegericht öffentlich bekanntgemacht worden war. § 24 Abs 1 VerschG begründet somit - wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 14. Juli 1953 - 3GEZ 10, 251 - ausgesprochen hat, auch die Pflicht, solche Beschlüsse des Beschwerdegerichts öffentlich bekannt zu machen, durch die eine Beschwerde gegen den die Todeserklärung aussprechenden Beschluß des Amtsgerichts zurückgewiesen worden ist. Da die Akten ergeben, daß eine öffentliche Bekanntmachung nicht erfolgt ist, ist die Beschwerdefrist noch nicht in Lauf gesetzt. Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2) ist also rechtzeitig eingelegt worden.

Dasselbe gilt für die Beschwerde der Beteiligten zu 3). Beide Beschwerden sind somit zulässig.

IV. Die Beteiligte zu 3) rügt zunächst, daß das Landgericht den Antrag der Beteiligten zu 1) und 5) bis 10) auf Festsetzung eines anderen Todeszeitpunktes als den vom Amtsgericht festgesetzten sachlich beschieden habe. Sie meint, ein Antrag auf Festsetzung des Todeszeitpunktes sei einmal deswegen nicht rechtswirksam gestellt worden, weil die Beteiligte zu 1), die den Antrag auf Todeserklärung beim Amtsgericht gestellt hatte, in ihrem Antrag ausdrücklich abgelehnt

hätte, einen Antrag zu stellen, Ermittlungen über den Zeitpunkt des Todes vorzunehmen. Zwar habe die Beteiligte zu 1) in ihrem beim Landgericht am 18. September 1953 eingegangenen Schriftsatz vom 17. September 1953 gebeten, den Zeitpunkt des Todes vor den Todestag des Vaters des Verschollenen zu verlegen. Selbst wenn aber dieser Schriftsatz als Beschwerde anzusehen sei, so sei diese Beschwerde doch verspätet. Diese Rüge ist unbegründet. Der Beschluß des Amtsgerichts ist in der Verschollenheitsliste am 28. August 1953 veröffentlicht worden (Bl 123 d.A.). Die Beteiligte hat somit die Beschwerdefrist von einem Monat (§ 26 Abs 1 Satz 2 VerschG) gewahrt.

Daß die Eingabe der Beteiligten zu 1) vom Landgericht als Beschwerde angesehen worden ist, unterliegt keinem Bedenken. Daß die Beteiligte zu 1) nicht das Wort "Beschwerde" gebraucht hat, ist nach allgemeiner Ansicht (vgl BGH IV Z 3 94/52 vom 13. Januar 1953 NJW 53, 624) unerheblich. Es genügt, daß der Wunsch des Beschwerdeführers nach einer Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung durch ein höheres Gericht erkennbar ist. Dies ist hier der Fall.

Es bleibt daher nur noch der Einwand zu prüfen, der Antrag, Ermittlungen über den Zeitpunkt des Todes vorzunehmen, hätte vor dem Amtsgericht gestellt werden müssen. Der Einwand ist unbegründet. Eine ausdrückliche Bestimmung über die streitige Frage enthält das VerschG nicht. Die Beteiligte zu 3) meint aber, daß jedes Antragsverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf den ersten Rechtszug beschränkt sei und sie bezieht sich für ihre Ansicht auf Keidel, der in § 23 Anm 1 FGG) ausgeführt hat, solche neuen Anträge seien in der Beschwerdeinstanz ausgeschlossen, die die Angelegenheit zu einer anderen machen, als diejenige, welche Gegenstand der Verfügung erster Instanz gewesen sei. Diese Ausführung spricht aber nicht für die Auffassung der Beteiligten zu 3); denn die Feststellung

des Zeitpunkts des Todes war Gegenstand des Verfahrens vor dem Amtsgericht. Wenn also das Beschwerdegericht die Frage nach diesem Zeitpunkt entschieden hat, so hat es sich mit einem bereits im ersten Rechtszug behandelten Gegenstand, über den denn auch das Gericht des ersten Rechtszuges befunden hat, befaßt. Ob die Rechtslage anders zu beurteilen wäre, wenn das Amtsgericht es unterlassen hätte, überhaupt einen Todeszeitpunkt festzusetzen, braucht hier nicht erörtert zu werden. Die Beteiligten zu 3) verkennt, daß die Rechtsnatur des in § 2 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Verschollenheitsrechts (ÄndG) behandelten Antrages von den Anträgen verschieden ist, durch die ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Gang gesetzt wird. Schreibt das Gesetz diesen letzteren Antrag vor, so muß er - wie keiner Darlegung bedarf - vor dem Amtsgericht gestellt werden, soweit nicht Sondervorschriften etwas anderes bestimmen, und erst auf Grund des Antrages wird das Verfahren eingeleitet. Der in § 2 ÄndG behandelte Antrag bringt aber das Verfahren nicht in Lauf, er setzt vielmehr dieses Verfahren begrifflich voraus, mag er auch bereits zusammen mit dem Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens verbunden werden können. Er stellt nicht, wie der Antrag auf die Todeserklärung eine Art Sachantrag dar, sondern er geht lediglich dahin, Ermittlungen anzustellen, die ohnehin Antrag das Gericht nicht anzustellen hätte. Er bietet also nur den Beteiligten eine Möglichkeit, die Bestimmung des § 2 Abs 1 Satz 1 ÄndG zu beseitigen, nach der in Abweichung von der grundsätzlich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Pflicht zur Ermittlung von Amts wegen den Gerichten Amtsermittlungen verboten sind. Der Antrag betrifft also nur das Beweisverfahren. Daß er nicht zusammen mit dem Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens gestellt zu werden braucht, ergibt sich aus § 2 Abs 1 Satz 3 ÄndG, nach dem das Gericht den Antragsteller des Aufgebotsverfahrens, sowie einen Antragsberechtigten,

der neben dem Antragsteller oder an dessen Stelle in das Verfahren eintritt, befragen soll, ob er den Antrag, Ermittlungen anzustellen, stellen will. Dieser Antrag ist also seinem Wesen nach von den im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einleitenden Anträgen verschieden, und wegen dieser Verschiedenheit geht es nicht an, die für die üblichen Anträge geltenden Grundsätze auf ihn zu übertragen. Angesichts des Umstands, daß er erst im Lauf des Verfahrens gestellt zu werden braucht, ist vielmehr nur zu fragen, ob irgendwelche Bedenken dagegen bestehen, ihn auch noch im Verfahren vor dem Beschwerdegericht zuzulassen. Solche Bedenken sind nicht ersichtlich, insbesondere kann gegen eine solche Zulassung nicht etwa eingewandt werden, es würde den Beteiligten eine Instanz genommen. Daß dieser Einwand nicht durchgreifen kann, ergibt sich daraus, daß grundsätzlich in der Beschwerdeinstanz neue Tatsachen und Beweismittel zuzulassen sind und das Gericht auch berechtigt und verpflichtet ist, neue Ermittlungen von Amts wegen anzustellen. Auf der anderen Seite wäre es ein praktisch nicht zu vertretendes Ergebnis, wenn ein Antragsberechtigter, der erst nach Erlaß des amtsgerichtlichen Beschlusses erhebliche Tatsachen erfährt oder der erst durch die Veröffentlichung dieses Beschlusses von ihm Kenntnis erlangt, nicht befugt sein sollte, nunmehr durch Eintritt in das Verfahren und Einlegung der Beschwerde (§ 17 VerschG) den Ermittlungsantrag zu stellen. Würde man ihm dies verwehren, so müßte er zunächst die Rechtskraft der Feststellung des Todeszeitpunkts abwarten, um dann nach § 3 AndG den Antrag zu stellen, nunmehr die Ermittlungen anzustellen. Dies kann nicht rechtens sein (ebenso Arnold, Verschollenheitsrecht S 271 zu 2).

Die sonstigen Rügen der weiteren Beschwerde sind unbeachtlich, soweit sie sich gegen die Würdigung der Beweise richten. Denn nach § 27 S 2 FGG in Verbindung mit § 561 Abs 2 ZPO ist das Gericht der weiteren Beschwerde an die Beurteilung der Tatsachen, wie sie das Beschwerdegericht vorgenommen hat, gebunden.

Eine Gesetzesverletzung ist nicht ersichtlich. Sie wäre gegeben, wenn das Beschwerdegericht erheblichen Tatsachenstoff übersehen hätte. Dafür liegen keine Anhaltspunkte vor, insbesondere kann daraus, daß das Beschwerdegericht in den Gründen seines Beschlusses die Aussage des Zeugen Po[REDACTED] und die vom Abwesenheitspfleger beigebrachten Briefe nicht erwähnt hat, nicht geschlossen werden, daß es diese Beweismittel übersehen habe.

Schließlich ist auch die Rüge unbegründet, das Beschwerdegericht habe seine Aufklärungspflicht dadurch verletzt, daß es unterlassen habe, den Zeugen Je[REDACTED] zur Angabe des Kameraden aufzufordern, von dem er in seinem Schreiben vom 29. August 1949 (Bl 12 GA) gesprochen habe. Da Je[REDACTED] in diesem Schreiben mitteilt, daß diesem Kameraden über den weiteren Verbleib des Verschollenen nichts bekannt sei, ist es keine Verletzung des dem Gericht zustehenden Ermessens, wenn es davon absah, ihn als Zeugen zu vernehmen.

Schmidt

Kregel

Ascher

Scheffler

Johannsen