

7

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: FGG § 28 Abs 2.

Rechtssatz: Die Oberlandesgerichte haben weitere Beschwerden auch dann nach § 28 Abs 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorzulegen, wenn sie von einer Entscheidung des früheren Reichsgerichts abweichen wollen.

2. Gesetz: BGB § 1750.

Rechtssatz: § 1750 BGB schließt eine Vertretung in der Erklärung des Willens nicht aus. Die Vollmacht muß aber, der Vorschrift des § 1750 Abs 2 BGB entsprechend, gerichtlich oder notariell beurkundet sein.

Aktenzeichen: IV ZB 9/52

Beschluß vom 7. April 1952

OLG Neustadt/Weinstraße

B e s c h l u ß

In Sachen

betr. die Annahme des am [REDACTED] in B [REDACTED] geborenen Franz Matthias W [REDACTED] an Kindessatt hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs durch die Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Dr. Hartz, Johannsen und Dr. Kregel auf die sofortige weitere Beschwerde der Witwe Maria Theresia P [REDACTED] geb. S [REDACTED] vom 16. November 1951 gegen den Beschluß der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Trier vom 3. November 1951 am 7. April 1952 beschlossen:

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben.
Die sofortige Beschwerde des Franz Matthias W [REDACTED] vom 28. August 1951 gegen den Beschluß des Amtsgerichts in Wittlich vom 22. August 1951 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Durch notariellen Vertrag vom 13. Februar 1950 haben der inzwischen verstorbene Bäckermeister Johann P [REDACTED] und seine Ehefrau Maria Theresia geb. S [REDACTED] aus O [REDACTED] die am [REDACTED] geborene Elfriede Maria W [REDACTED] und den am [REDACTED] geborenen Franz Matthias W [REDACTED], Kinder der Schwester und des Schwagers der Ehefrau P [REDACTED], an Kindesstatt angenommen. Bei der Beurkundung waren die annehmenden Eheleute P [REDACTED], die anzunehmende Elfriede Maria W [REDACTED] und deren Eltern Peter W [REDACTED] und Anna geb. S [REDACTED] zugegen.

Sammlung

- 2 -

In der Urkunde heißt es, daß Peter W. "im eigenen Namen und als gesetzlicher Vertreter" des anzunehmenden Franz Matthias W. handle. Das Amtsgericht in Wittlich hat den Vertrag am 11. Mai 1950 vormundschaftsgerichtlich genehmigt.

Die von den Beteiligten erbetene gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrages hat dasselbe Amtsgericht durch Beschluß vom 12. April 1951 versagt, weil die beiden anzunehmenden Kinder, die zunächst in den Haushalt der Eheleute P. aufgenommen waren, sich nach vorausgegangenem Streit im Juni 1950 wieder von den Annehmenden getrennt hatten. Auf die sofortige Beschwerde des Franz Matthias W. hat das Landgericht in Trier durch Beschluß vom 25. Mai 1951 den amtsgerichtlichen Beschluß aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, die Bestätigung des Kindesannahmevertrages für Franz Matthias W. nicht aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses zu versagen. Durch Beschluß vom 22. August 1951 hat das Amtsgericht jedoch die Bestätigung des Annahmevertrages erneut versagt. Es hat ausgeführt, daß durch das Ableben des Ehemanns P. dem Vertrag weitgehend die Grundlage entzogen worden sei, und daß es dem öffentlichen Interesse widerspreche, durch die Bestätigung des Vertrags ein Familienband herzustellen, für das auch durch die Entfremdung der Beteiligten die Voraussetzungen entfallen seien. Auf die sofortige Beschwerde des Franz Matthias W. hat das Landgericht durch Beschluß vom 3. November 1951 das Amtsgericht erneut angewiesen, die Bestätigung nicht aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses zu versagen. Es vertritt den Standpunkt, daß die Prüfung des Gerichts sich darauf



zu beschränken habe, ob die Vertragsschließenden im Zeitpunkt des Abschlusses des Annahmevertrages den Willen zur Begründung eines Familienverhältnisses gehabt hätten, und daß später eintretende Umstände allein nicht zur Versagung der Bestätigung führen könnten.

Gegen diesen ihr am 7. November 1951 zugestellten Beschluß hat die Witwe P. am 16. November 1951 sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht in Neustadt/Weinstraße hat die Sache gemäß § 28 Abs 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Es hält den Kindesannahmevertrag für nichtig, weil der bei Abschluß des Annahmevertrages 15 Jahre alte Franz Matthias W. nicht persönlich bei Abschluß des Vertrages zugegen gewesen sei. Darin sieht es einen Verstoß gegen § 1750 Abs 2 BGB. An einer entsprechenden Entscheidung sieht es sich durch einen Beschluß des Reichsgerichts vom 11. Januar 1945 (DR 1945, 76) gehindert, in dem es für zulässig gehalten worden ist, daß ein am Kindesannahmevertrag Beteiligter seine Erklärung durch einen Erklärungsmittler abgeben läßt.

I. Die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 FGG sind gegeben. Das vorlegende Oberlandesgericht will von einer Entscheidung des Reichsgerichts abweichen. Ob das zur Vorlage an den Bundesgerichtshof zwingt, ist streitig. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat die Frage verneint (BayObLG 50/51, 300 f 3137). Es hat ausgeführt: § 28 FGG sei mit dem Zusammenbruch 1945 gegenstandslos geworden. Das Reichsgericht sei auch in der Folgezeit nicht wieder eröffnet worden. Auch mit der Errichtung des Bundesgerichtshofs sei das Reichsgericht nicht wie-

derhergestellt. Nach Art 8 Abschn 3 Nr 88 des Vereinheitlichungsgesetzes übernehme der Bundesgerichtshof vielmehr nur für den Bereich der Bundesrepublik die Aufgaben des früheren Reichsgerichts. Da somit das Reichsgericht nicht mehr bestehe, begründe die Absicht, von seinen Entscheidungen abzuweichen, keine Vorlagepflicht nach § 28 Abs 2 FGG.

Dem kann sich der Senat nicht anschließen. In § 28 Abs 2 FGG ist bestimmt, daß Oberlandesgerichte, die von einer Entscheidung des Reichsgerichts abweichen wollen, die weitere Beschwerde dem Reichsgericht vorzulegen haben. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist durch das Vereinheitlichungsgesetz nicht ausdrücklich geändert worden. Insbesondere ist nicht etwa das Wort "Reichsgericht" durch das Wort "Bundesgerichtshof" ersetzt worden. Vielmehr ist in Art 8 Abschn 3 Nr 88 nur gesagt, daß der Bundesgerichtshof an die Stelle des Reichsgerichts tritt, soweit diesem Gericht in gesetzlichen Vorschriften Aufgaben zugewiesen sind. Dadurch wird an dem Tatbestand, der nach § 28 Abs 2 FGG zur Vorlage verpflichtet, nichts geändert. Das Oberlandesgericht hat auch in Zukunft die weiteren Beschwerden vorzulegen, wenn es von einer Entscheidung des Reichsgerichts abweichen will. Nur eine Vorlage an das Reichsgericht ist nicht mehr möglich, weil das Reichsgericht nicht mehr besteht. Die Vorlage hat nun gemäß Art 8 Abschn 3 Nr 88 an den Bundesgerichtshof zu geschehen, der die Aufgaben des Reichsgerichts übernommen hat. Daraus, daß der Bundesgerichtshof die Aufgaben des Reichsgerichts übernommen hat, folgt aber sinngemäß zugleich, daß die Oberlandesgerichte in Zukunft weitere Beschwerden auch dann

vorzulegen haben, wenn sie von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs selbst abweichen wollen.

Die Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, daß deshalb keine Vorlageverpflichtung gegeben sei, weil das Reichsgericht nicht mehr besteht, ist unbegründet. Das Reichsgericht hat zwar selbst ausgesprochen, daß eine Vorlage nach § 28 Abs 2 FGG nicht erforderlich ist, wenn von einer Entscheidung eines im abgetretenen Gebiet gelegenen Oberlandesgerichts abgewichen werden soll (RGZ 122, 273). Dies hat das Reichsgericht damit begründet, daß § 28 Abs 2 FGG bezwecke, die Einheit der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Reichsrechts zu sichern. Das Reichsgericht ist dabei offensichtlich und mit Recht davon ausgegangen, daß eine frühere abweichende Entscheidung eines Oberlandesgerichts, dessen Bezirk nach Erlaß dieser Entscheidung vom Reichsgebiet abgetrennt worden ist, für die Einheit der Rechtsprechung innerhalb des restlichen Reichsgebiets ohne Bedeutung ist. Dieser Gedanke läßt sich aber auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts selbst nicht übertragen. Denn die Entscheidungen des Reichsgerichts sicherten die Einheitlichkeit der Rechtsprechung für das gesamte Reichsgebiet, also auch für den Bereich der jetzigen Bundesrepublik. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts wirkt daher auch in der Rechtsprechung der Gerichte des Bundesgebietes fort, und es kann nicht gesagt werden, daß sie für die Einheitlichkeit dieser Rechtsprechung keine Bedeutung mehr habe.

Es kommt hinzu, daß die Oberlandesgerichte nach § 28 Abs 2 FGG die weiteren Beschwerden dem Bundesge-

richtshof vorzulegen haben, wenn sie von einer Entscheidung eines Oberlandesgerichts abweichen wollen. Dabei ist durch das Vereinheitlichungsgesetz keine zeitliche Begrenzung in dem Sinne eingeführt worden, daß Entscheidungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzes keine Berücksichtigung zu finden hätten. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat allerdings in seiner erwähnten Entscheidung angenommen, daß ein allgemeiner Wille des Gesetzgebers vorgelegen habe, bei den zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung dienenden Vorschriften auf das Inkrafttreten des Vereinheitlichungsgesetzes abzustellen. Es schließt das daraus, daß für Strafsachen nach der durch das Vereinheitlichungsgesetz geschaffenen neuen Fassung des § 121 GVG eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nur vorgesehen ist, wenn von Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte aus der Zeit nach dem 1. April 1950, dem ursprünglich für das Inkrafttreten des Vereinheitlichungsgesetzes vorgesehenen Termin, abgewichen wird. Daraus allein lassen sich aber nach der Auffassung des Senats so weittragende Schlüsse nicht ableiten. Mit dem gleichen Recht ließe sich die Auffassung vertreten, daß im Gegensatz zu dieser ausdrücklichen Regelung für Strafsachen für den Anwendungsbereich des § 28 FGG aus dem Schweigen des Gesetzgebers entnommen werden muß, daß hier eine solche Beschränkung eben nicht gewollt ist. Der Senat hat dementsprechend auch schon in mehreren Fällen keine Bedenken gehabt, die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 FGG auch dann als gegeben anzusehen, wenn ein Oberlandesgericht von einer vor dem Inkrafttreten des Vereinheitlichungsgesetzes ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen wollte (Beschl vom 23. Februar 1951 - IV ZB 9/51 -, BGHZ 1, 214). Geht man

aber davon aus, daß die Vorlagepflicht nach § 28 Abs 2 FGG ohne zeitliche Beschränkung auch dann besteht, wenn von älteren, auch vor dem Zusammenbruch ergangenen Entscheidungen eines anderen Oberlandesgerichts abgewichen werden soll, so ist es allerdings, worauf Bötticher (DRichtZ 1950, 251 /2547) hinweist, schwer zu rechtfertigen, eine entsprechende Bindung an die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts zu verneinen.

Der Senat schließt sich deshalb der auch im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung (Keidel § 28, 3 c B; Horber GBO § 79 2 C b; Bötticher aaO) an, daß die Vorlagepflicht nach § 28 Abs 2 FGG auch dann besteht, wenn von einer Entscheidung des Reichsgerichts abgewichen werden soll.

II. In der Sache selbst muß die weitere Beschwerde Erfolg haben. Allerdings kann der Senat sich der vom Oberlandesgericht vertretenen Rechtsauffassung nicht anschließen. Das Oberlandesgericht entnimmt aus § 1750 BGB, daß eine Stellvertretung des bei Abschluß des Annahmevertrages 15 Jahre alten Franz Matthias W. sowohl in der Bildung wie in der Übermittlung des Adoptionswillens durch seinen Vater, der als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes nach vorausgegangener mündlicher Bevollmächtigung durch diesen gehandelt habe, unzulässig gewesen sei. Die abweichende Ansicht des Reichsgerichts (DR 1945, 76) hält das Oberlandesgericht nicht für zutreffend, weil das besondere Formerfordernis des § 1750 BGB nach seiner Meinung aufgestellt worden ist, um eine größere Gewähr für die Fortdauer, Ernstlichkeit und Übereinstimmung des Willens der Vertragsschließenden und

gegen unbesonnenes Vorgehen zu gewinnen. Das Oberlandesgericht entnimmt dies der Entstehungsgeschichte des § 1750 BGB und hält danach die gleichzeitige persönliche Anwesenheit beider Vertragsteile für unerlässlich. Dabei übersieht es, daß das Gesetz in den Fällen, in denen es persönliches Handeln fordert, dies ausdrücklich sagt, so in den früheren §§ 1317 und 2274 BGB und in § 2284 BGB sowie in § 13 EheG. Persönliche Anwesenheit ist dagegen in § 1750 BGB nicht ausdrücklich angeordnet. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist vielmehr nur zu entnehmen, daß Antrag und Annahme nicht getrennt beurkundet werden können, wie es § 152 BGB für sonstige Verträge vorsieht, und daß - worauf es hier ankommt - der Abschluß eines Annahmevertrages eine höchstpersönliche Angelegenheit ist. Damit ist aber nur entschieden, daß eine Stellvertretung in der Willensbildung unzulässig ist. Für die Erklärung des Willens ist sie bei höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht begrifflich von vornherein ausgeschlossen. Sie ist sogar im Gesetz ausdrücklich vorgesehen, und zwar für die Anfechtung der Ehelichkeit. Nach § 1595 BGB kann die Anfechtung der Ehelichkeit nicht durch einen Vertreter erfolgen, sie ist also eine höchstpersönliche Angelegenheit. Die Anfechtung geschieht aber nach § 1595 BGB durch Erhebung der Anfechtungsklage, die bei dem Landgericht zu erheben und infolgedessen von einem Rechtsanwalt zu unterzeichnen ist (§§ 640, 613, 78 ZPO). Der Anwalt handelt also als Vertreter bei der Erklärung des Willens. Ergibt sich somit, daß nach dem Gesetz auch bei höchstpersönlichen Angelegenheiten eine Vertretung in der Erklärung des Willens nicht von vornherein ausgeschlossen ist, so ist die Frage, ob Sinn und Zweck des § 1750 BGB eine solche Vertretung ausschließen.

Das Oberlandesgericht hat dies aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung entnommen. Demgegenüber hat Bosch (Deutsche Notarzeitschrift 51, 166) darauf hingewiesen, daß die Vorschrift des § 1750 Abs 2 BGB nach den Motiven zum BGB (IV, 972) als bloße Formvorschrift gedacht war und daß dem auch Genüge getan wird, wenn die Erklärung eines Vertragsschließenden bei der Beurkundung des Vertrages durch einen Vertreter abgegeben wird. Allerdings muß, wie Bosch fordert, die Bevollmächtigung des Vertreters wiederum in einer Form geschehen, die diesen Absichten der Motive gerecht wird. Dem stimmt der Senat zu. Er schließt sich damit der nach der Entscheidung des Reichsgerichts (DR 45, 76) herrschend gewordenen Meinung an (Guggemos NJW 50, 430; Ulmer SJZ 48, 137; Bosch aaO; OLG Celle NJW 50, 430).

III. Ist es hiernach möglich, daß bei Abschluß des Annahmevertrages ein Vertragsschließender durch einen Vertreter in der Erklärung des Willens vertreten wird, so ist die weitere Frage, ob die Vollmacht dazu einer besonderen Form bedarf. Der Beschwerdeführer Welter hat in der Erwiderung auf die weitere Beschwerde behauptet, daß sein Vater ihn vor dem Gang zum Notar gefragt habe, und daß er sich dabei mit einer Adoption durch seinen Onkel und seine Tante einverstanden erklärt habe. Es sei dann vergessen worden, ihn selbst zu dieser Verhandlung zuzuziehen. Es kann zweifelhaft sein, ob dieser Vortrag überhaupt ausreicht, um eine Bevollmächtigung des Vaters zum Abschluß des Vertrages anzunehmen. Für den Begriff eines Vertreters in der Erklärung ist es erforderlich, daß ihm vor Abschluß eines von ihm für den Vertretenden abzuschließenden Rechtsgeschäfts eine Spezialvollmacht

mit genauen "Inzelanweisungen für das abzuschließende Geschäft erteilt wird. Der Inhalt der von dem Vertreter abzugebenden Erklärung muß im einzelnen festgelegt werden. Schon daran scheint es hier zu fehlen. Das Landgericht, das sich mit den Bedenken, die sich aus § 1750 BGB ergeben, nicht befaßt hat, hat hierzu keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Das kann aber ebenso dahingestellt bleiben wie die weitere Frage, ob der Vater hier überhaupt auf Grund einer Vollmacht seines Sohnes gehandelt hat. Im Vertrag heißt es nur, daß er "im eigenen Namen und als gesetzlicher Vertreter" aufgetreten ist. Das könnte dafür sprechen, daß er von der behaupteten Spezialvollmacht gar keinen Gebrauch gemacht hat und nur als gesetzlicher Vertreter tätig geworden ist. Dann würde er überhaupt keine Erklärung des Sohnes, sondern nur eine eigene in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter abgegeben haben. Eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zur weiteren tatsächlichen Aufklärung dieser Fragen ist jedoch nicht erforderlich. Denn selbst wenn man im Wege der Auslegung annehmen könnte, daß der Vater auf Grund einer Spezialvollmacht eine Erklärung seines Sohnes als dessen Vertreter nur in der Erklärung des Willens abgegeben hat, so wäre die Vollmacht jedenfalls unwirksam. Die Vollmacht ist nur mündlich erteilt worden. Das ist aber nicht ausreichend. Allerdings bedarf eine Vollmacht nach § 167 Abs 2 BGB nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft selbst vorgeschrieben ist. Das gilt jedoch nicht, wenn die Vollmacht ein Teil eines einheitlichen Geschäfts ist, das der Form bedarf. Denn die Formfreiheit darf nicht dazu dienen, ein formpflichtiges Rechtsgeschäft im Wege formfreier Bevollmächtigung vorzunehmen (RGZ 108, 125). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß nach den Motiven das besondere Formerfordernis des § 1750 BGB

7

aufgestellt worden ist, um den Vertragsschließenden Veranlassung zu geben, die Bedeutung ihrer Erklärungen, deren Ernstlichkeit und die Fortdauer des Willens zum Abschluß des Vertrages zu überprüfen. Dieser Zweck der Formvorschrift würde nicht erfüllt, wenn die vertrags-schließende Partei einen Vertreter formlos bevollmächtigen könnte und nur dessen Erklärung der Beurkundung bedürfte. Denn die Formvorschrift will auch und in erster Linie die Willensbildung selbst erfassen und muß daher, wenn diese von der Erklärung des Willens getrennt wird, weil die Erklärung einem Vertreter übertragen wird, dazu führen, daß auch die Vollmacht der Formvorschrift unterstellt wird. Mit Recht weist das Oberlandesgericht Celle (NJW 50, 430) darauf hin, daß ohne eine solche beurkundete Vollmacht nur schwer festzustellen sei, ob im Augenblick des Abschlusses des Annahmevertrages volle Übereinstimmung der Willenserklärungen vorgelegen habe und ob es sich wirklich nur um eine Vertretung in der Erklärung und nicht auch in der Willensbildung handelt. Die Vollmacht wird dadurch zu einem Bestandteil des Vertrages selbst und bedarf daher ebenso wie dieser der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Das ist hier nicht geschehen. Daran ändert es auch nichts, daß der Vater als gesetzlicher Vertreter gehandelt hat. Denn der gesetzliche Vertreter kann nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1750 Abs 1 Satz 2 BGB den Annahmevertrag nur für Kinder unter 14 Jahren schließen. Bei älteren Kindern ist nach § 1751 BGB nur seine Zustimmung zu dem von dem Kind selbst abzuschließenden Vertrag erforderlich. Der Vertrag ist daher nicht wirksam. Das Amtsgericht hat die Bestätigung im Ergebnis mit Recht versagt. Auf die weitere Beschwerde war daher der Be-

schluß des Landgerichts aufzuheben und die Beschwerde des Franz Matthias W[REDACTED] gegen den Beschluß des Amtsgerichts in Wittlich vom 22. August 1951 zurückzuweisen.

Dr. Lersch Ascher Dr. Hartz Johannsen Kregel