

35

2460 023

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: EGBGB Art 7 ff (Deutsches Interlokales Recht)
EGBGB Art 22, BGB §§ 1723 ff

Rechtssatz: Nur bei einer Rechtsverschiedenheit in einzelnen Teilen des Deutschen Rechtsgebiets können Kollisionsnormen des Deutschen Interlokalen Rechts angewendet werden. Eine derartige Rechtsverschiedenheit besteht auf dem Gebiete der Ehelichkeitserklärung zwischen der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik nicht.

Gesetz: BGB § 1735

Rechtssatz: Auf die Wirksamkeit einer Ehelichkeitserklärung ist nur von Einfluß, wenn die zuständige Behörde sich über ihre gesetzlichen Voraussetzungen bewußt hinweggesetzt hat.

Aktenzeichen: IV ZR 35/52

Urteil des BGH vom 20. November 1952

OLG Düsseldorf

Sammlung

Verkündet

am 20. November 1952
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Albert B [REDACTED], Tischler in L [REDACTED], K [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Rohrleger Peter S [REDACTED]
 2. die Hausfrau Gudula S [REDACTED],
- beide wohnhaft in N [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 1952 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Raske, Dr. von Werner und Scheffler

für Recht erkannt:

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 25. Januar 1952 wird aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Tochter der beiden Beklagten hat am [REDACTED] 1945 einen Sohn außerehelich geboren. Sie ist am 15. Februar 1946 gestorben. Das Kind lebt seit seiner Geburt im Haushalt der Beklagten. Der Kläger hat am 11. März 1946 vor dem Amtsgericht N [REDACTED] die Vaterschaft anerkannt. Im April 1949 hat er über das Jugendamt N [REDACTED], den Amtsvormund des Kindes, beim Amtsgericht Neuss unter Beifügung einer notariell beurkundeten Einwilligungserklärung seiner Frau den Antrag gestellt, das Kind für ehelich zu erklären. Das Jugendamt hat den Antrag befürwortet. Da der Kläger inzwischen nach L [REDACTED] (Ostzone) verzogen war, leitete das Amtsgericht N [REDACTED] die Akten an das Amtsgericht S [REDACTED] (Sachsen) weiter, das daraufhin die "Übernahme der Vormundschaft" verfügte. Auf Veranlassung des Amtsgerichts S [REDACTED] wiederholte der Kläger seinen Antrag auf Ehelichkeitserklärung zu gerichtlichem Protokoll. Mit Beschluß vom 1. September 1949 hat das Amtsgericht S [REDACTED] durch einen Rechtspfleger dem Oberstadtdirektor in N [REDACTED], Abteilung Jugendamt, als dem Vormund des Kindes die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Abgabe der Einwilligungserklärung zu der beantragten Ehelichkeitserklärung erteilt. Der Landgerichtspräsident in G [REDACTED] hat den Antrag auf Ehelichkeitserklärung abgelehnt. Auf die hiergegen vom Kläger eingelegte Beschwerde hat der Oberlandesgerichtspräsident in D [REDACTED] unter Änderung des Beschlusses des Landgerichtspräsidenten das vom Kläger erzeugte Kind für ehelich erklärt.

Der Kläger, der sich auf Grund dieses Beschlusses als Inhaber der elterlichen Gewalt betrachtet, verlangt mit der Klage die Herausgabe des Kindes. Die Beklagten halten den Beschluß für ungültig und haben Abweisung der Klage beantragt.



Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter, während die Beklagten um Zurückweisung der Revision bitten.

Entscheidungsgründe:

I. Das Kind ist durch Beschluß des Oberlandesgerichtspräsidenten in D., einer Behörde außerhalb des Gebietes der Deutschen Bundesrepublik, für ehelich erklärt worden. Die Beklagten wollen hieraus die Folge gezogen haben, daß die Frage der Rechtswirksamkeit der Ehelichkeitserklärung nach deutschem interlokalen Recht zu beurteilen sei, infolgedessen der in Art 22 EGBGB enthaltene Rechtsgedanke zur Anwendung kommen müsse und, da der Vormund des Kindes für dieses seine Einwilligung nicht in der in den §§ 1726, 1730, 1729 BGB vorgeschriebenen Form erteilt habe, die Legitimation gemäß Art 22 Abs 2 EGBGB unwirksam sei.

Diese Ansicht ist rechtsirrig. Zwar bestehen keine rechtlichen Bedenken, die Vorschriften des deutschen internationalen Rechts sinngemäß auf Kollisionsfälle des deutschen interlokalen Rechts anzuwenden (vgl RG in RGZ 170, 202 und Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1944 S 67, BGHZ 1, 111 f; ferner Raape Deutsches Internationales Privatrecht S 106, Staudinger-Raape Anm II IV der Einleitung zu Art 7 - 32 EGBGB, Palandt Anm 14 a Vorbem zu Art 7 EGBGB). Voraussetzung hierfür ist aber, daß ein Kollisionsfall gegeben ist, d.h., daß eine Rechtsverschiedenheit in einzelnen Teilen des deutschen Rechtsgebiets besteht. Dies ist jedoch für eine Ehelichkeitserklärung nicht der Fall; in der Bundesrepublik wie in der Deutschen Demokratischen Republik gelten sowohl in sach-

lich-rechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Beziehung dieselben Rechtsnormen, nämlich die §§ 1723 ff BGB sowie § 10 der Verordnung zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlasssachen vom 31. Mai 1934 (RGBl I, 472) und die Verordnung zur weiteren Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familiensachen vom 17. Mai 1935 (RGBl I, 682).

II. Entscheidend ist daher allein, ob nach den Vorschriften der §§ 1723 ff, insbesondere des § 1735 BGB die Ehelichkeitserklärung des Oberlandesgerichtspräsidenten in Dresden rechtswirksam ist. Denn nur dann kann der Kläger die Herausgabe des Kindes verlangen (§§ 1736, 1632 BGB).

1. Das Berufungsgericht ist bei der Prüfung der Rechtswirksamkeit der Ehelichkeitserklärung von der Bestimmung des § 1735 BGB ausgegangen und hat ausgeführt, daß nach dieser Vorschrift die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung dadurch nicht berührt werde, daß die Behörde irrtümlich das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen angenommen habe; dagegen könnten nach § 1735 die Fälle durch die Ehelichkeitserklärung nicht geheilt werden, in denen bewußt über das Fehlen einer oder mehrerer der gesetzlichen Voraussetzungen hinweggegangen sei.

Dieser Auslegung des Gesetzes ist zuzustimmen. Schon nach dem Wortlaut des § 1735 ist für seine Anwendung erforderlich, daß die zuständige Behörde das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen angenommen hat. Das kann nicht der Fall sein, wenn die Behörde sich bewußt über die gesetzlichen Voraussetzungen hinwegsetzt.

Dies entspricht auch dem Sinn der Bestimmung, wie sich vor allem aus ihrer Entstehungsgeschichte ergibt. § 1735 hat seine neue Fassung durch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938 (RGBl I, 380) erhalten. Sinn des § 1735 alter Fassung war, aus dem Kreis der möglichen Unwirksamkeitsgründe nur bestimmte Gründe auszuschneiden. Nach einhelliger Meinung hatte das Fehlen einer gesetzlichen Voraussetzung für die Ehelichkeitserklärung (§§ 1724 bis 1730, 1732 [jetzt aufgehoben], 1733) grundsätzlich ihre Unwirksamkeit zur Folge (Staudinger 9. Aufl Anm 1 zu § 1735; Planck 3. Aufl Vorbem 3 vor § 1723 und Anm 1 zu § 1735; RGRK 7. Aufl Anm 1 zu § 1735). Dies wurde aus der im Entwurf II zum BGB ursprünglich vorgesehenen Fassung des § 1735 (dort noch § 1593) geschlossen, wo der zum späteren § 1735 gewordenen Bestimmung der Satz vorangestellt war:

"Die Ehelichkeitserklärung ist unwirksam, wenn ein gesetzliches Erfordernis fehlt."

Eine Ausnahme galt nach § 1735 alter Fassung nur in den Fällen, in denen der Antragsteller in Wirklichkeit nicht der Vater des Kindes oder zu Unrecht angenommen worden war, daß die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei. Auch insoweit ist stets die Auffassung vertreten worden, daß es sich dabei immer nur um eine irrtümliche Unterstellung der in § 1735 a.F. vorgesehenen Voraussetzungen handeln könne. Daß hierin eine Änderung eintreten sollte, läßt sich aus der amtlichen Begründung zum Familienrechtsänderungsgesetz (DJ 1938, 619 f) nicht entnehmen. Im Gegenteil wird dort ausgeführt (aaO S 623), daß die Neufassung des § 1735 auf den gleichen Erwägungen beruhe, wie sie für die Einfügung des

§ 1756 Abs 1 maßgebend gewesen seien. In der Begründung zu dieser Bestimmung (aaO S 621 f) wird darauf hingewiesen, daß der bisherige Rechtszustand unbefriedigend gewesen sei, wonach ein Kindesannahmeverhältnis trotz Bestätigung nicht begründet worden sei, wenn der Vormundschaftsrichter das Fehlen einer vom Gesetz geforderten Voraussetzung der Kindesannahme übersehen habe, selbst wenn sich dieser Mangel erst viele Jahre nach der Bestätigung herausstelle. Allerdings könne die Bestätigung das Fehlen materiellrechtlicher Voraussetzungen nicht heilen, da andernfalls der Annahmevertrag seines vertraglichen Charakters entkleidet würde. Daß ein Annahmevertrag trotz eines materiellrechtlichen Mangels versehentlich bestätigt werde, werde außerdem kaum vorkommen, während die Gefahr, daß ein Fehler bei der Beurkundung des Vertrages vor der Bestätigung übersehen werde, ungleich größer sei. Seien die materiellen Voraussetzungen erfüllt und die Bestätigung nach Prüfung durch den Richter erteilt, so dürfe die Wirksamkeit des Annahmeverhältnisses nicht mehr von einem unbeachteten und oft erst nach Jahren zum Vorschein kommenden Formfehler abhängen. Zur Begründung des neuen § 1735 im besonderen wird ausgeführt, daß der Ehelichkeitserklärung im Gegensatz zur Bestätigung des Annahmevertrages die Kraft beigelegt werde, jeden Mangel, der bei ihrer Vollziehung nicht beachtet worden sei, zu heilen. Die Vorschrift habe hauptsächlich Bedeutung für die Fälle, in denen das Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses irrtümlich übersehen worden sei.

Die Begründung für die Neufassung des § 1735 gibt also keinen Anhalt dafür, daß auch bei einem bewußten Übergehen der gesetzlichen Erfordernisse die Ehelichkeitserklärung Wirksamkeit erlangen solle. Wäre dies vom Gesetzgeber gewollt gewesen, so hätte es auch nahe gelegen, dies in der

Begründung hervorzuheben. Hinzu kommt noch folgendes:
Der gleichzeitig neu gefaßte § 1756 Abs 1 enthält nicht die in § 1735 n F gemachte Einschränkung auf Fälle der "zu Unrecht" erfolgten Annahme der gesetzlichen Erfordernisse, sondern heißt seinem Wortlaut nach scheinbar jeden Mangel der Form. Wenn aber nach der amtlichen Begründung nicht einmal in diesen Fällen eine Heilung aller derartiger Mängel schlechthin, sondern nur in den Fällen des Übersehens und Nichtbeachtens gewollt war, dann kann für die engere Fassung des § 1735 nichts anderes gelten. Im übrigen hätte, falls der Gesetzgeber tatsächlich eine Heilung aller Fälle, in denen es an einem gesetzlichen Erfordernis der Ehelichkeitserklärung fehlt, im Auge gehabt hätte, nichts näher gelegen, als in Umkehrung des im Entwurf II zum BGB vorgesehenen, dann aber in Wegfall gekommenen Satzes 1 des § 1735 eine Bestimmung des Inhalts zu schaffen, daß das Fehlen einer gesetzlichen Voraussetzung die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung nicht berühre.

Abgesehen hiervon würde aber eine derartige Vorschrift mit einem rechtsstaatlichen Denken nicht vereinbar sein. Die Ehelichkeitserklärung ist ein Verwaltungsakt. Das ist auch in § 13 der VO zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlasssachen vom 31. Mai 1934 ausdrücklich ausgesprochen worden. Sein Erlass steht im freien Ermessen der Behörde (§ 1734 BGB). Trotz Freiheit des Ermessens ist aber die Behörde niemals berechtigt, in ihrer Entschliebung willkürlich zu verfahren, wie ja auch die Verordnung vom 31. Mai 1934 und die vom 17. Mai 1935 die Möglichkeit einer Beschwerde, insbesondere auch gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichtspräsidenten ausdrücklich geben. Setzt die Behörde sich bewußt über das Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses hinweg, so ist dies ein Akt reiner Willkür. Dies hat zur Folge, daß der

Akt Rechtswirkungen nicht erzeugen kann, d.h. nichtig ist (vgl BGHZ 4, 10 f [22]). Die Auslegung des § 1735 BGB durch das Berufungsgericht ist sonach frei von Rechtsirrtum.

2. Trotzdem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Revision rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe es an jeder Begründung für seine Ansicht fehlen lassen, der Oberlandesgerichtspräsident in D. habe sich bewußt über den Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung hinweggesetzt. Das Berufungsgericht hat die Möglichkeit offen gelassen, daß der Oberlandesgerichtspräsident bei seiner Beschlußfassung erkannt hat, daß nach § 16 Abs 3 Buchst g der Reichsentlastungsverfügung vom 3. Juli 1943 (DJ 339) die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des Kindes (§ 1728 Abs 2 BGB) nicht vom Rechtspfleger, sondern nur vom Richter erteilt werden konnte. Dahingestellt läßt das Berufungsgericht ferner, ob in der befürwortenden Stellungnahme des Jugendamtes N., dem Amtsvormund des Kindes, eine Einwilligung gemäß § 1728 Abs 2 zu erblicken sei, da auch insofern ein Irrtum des Oberlandesgerichtspräsidenten unterstellt werden könne. Es könne aber, so führt das Berufungsgericht weiter aus, "keinem Zweifel unterliegen", daß der Mangel der in § 1730 für die Einwilligungserklärung des gesetzlichen Vertreters vorgeschriebenen Form nicht übersehen worden sei. Die Einwilligungserklärung des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters sei eines der wichtigsten Erfordernisse der Ehelichkeitserklärung. Um dem Erklärenden die mit ihr verbundenen weittragenden Folgen zum Bewußtsein zu bringen, sei die gerichtliche oder notarielle

Beurkundung der Erklärung vorgeschrieben. Die Bedeutung dieser Erklärung und der dafür vorgeschriebenen Form sei dem Oberlandesgerichtspräsidenten und den seine Entscheidung vorbereitenden Mitarbeitern "ohne Zweifel" bekannt gewesen, zumal ihnen Anträge gleicher Art häufig vorgelegen hätten. Daher könne "nur angenommen werden", daß über die Nichteinhaltung der Form des § 1730 BGB bewußt hinweggegangen worden sei.

Mit dieser Begründung läßt sich die Auffassung des Berufungsgerichts nicht halten. Da weder der Tenor des Beschlusses noch dessen Begründung aus sich heraus, noch die beigezogenen Akten des Amtsgerichts S [REDACTED] irgendeinen Anhalt dafür ergeben, daß die Nichtbeachtung des § 1730 BGB bewußt erfolgt ist, hätten Tatsachen festgestellt werden müssen, die die Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigen können. Daran fehlt es aber. Der Schluß, den das Berufungsgericht aus der Bedeutung der Vorschrift des § 1730 dahingehend zieht, daß seine Nichtbeachtung bewußt erfolgt sein müsse, ist keineswegs zwingend und angesichts des Umstandes unzureichend, daß die Ehelichkeitserklärung als Hoheitsakt die Vermutung ihrer Ordnungsmäßigkeit hat. Einen Erfahrungssatz des Inhalts, daß die Nichtbeachtung eines wesentlichen gesetzlichen Erfordernisses eines Verwaltungsaktes im Regelfall auf bewußten Verstoß der Behörde zurückzuführen sei, gibt es nicht.

Auch der weitere, vom Berufungsgericht zur Stützung seiner Ansicht angeführte Gesichtspunkt, daß, da dem Oberlandesgerichtspräsidenten häufig derartige Entscheidungen vorgelegen hätten, schon hieraus seine Kenntnis der maßgebenden Bestimmungen und daraus weiterhin seine bewußte Mißachtung der gesetzlichen Vorschriften gefolgert werden müsse, vermag die Entscheidung nicht zu tragen; denn es fehlt, wie die Revision mit Recht rügt, auch insoweit an jeder tatsächlichen Feststellung.

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und, da keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen vorliegen, die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Das Berufungsgericht wird nunmehr gegebenenfalls gemäß § 139 ZPO den Beklagten Gelegenheit geben müssen, für ihre Behauptungen, daß der Oberlandesgerichtspräsident sich bewußt über die gesetzlichen Bestimmungen hinweggesetzt habe, Beweis anzutreten. Sollte der den Beklagten obliegende Beweis nicht geführt werden, und die Ehelichkeitserklärung als wirksam anzusehen sein, so könnte nicht, wie dies die Beklagten wollen, dem nach § 1632 BGB berechtigten Herausgabeverlangen entgegengehalten werden, daß der Kläger dem Interesse des Kindes zuwiderhandle und sein Sorgerecht mißbrauche. Die Entscheidung darüber, ob der Sorgeberechtigte durch sein Herausgabeverlangen das geistige und leibliche Wohl des Kindes gefährdet und dadurch sein Sorgerecht mißbraucht (§ 1666 BGB), steht allein dem Vormundschaftsrichter zu und erst dann, wenn dessen Entscheidung vorliegt, kann ein solcher

Einwand vom Prozeßgericht berücksichtigt werden (vgl. Urt
des erkennenden Senats vom 29. Januar 1951 - IV ZR 53/50
= NJW 51, 309).

Dr. Lersch

Ascher

Raske

von Werner

Scheffler