

Beglaubigte Abschrift!IV ZR 53/50

Verkündet am 29. Januar 1951
 gez. Jude, Justizangestellter,
 als Urkundsbeamter der Ge-
 schäftsstelle des Bundesge-
 richtshofes

Im Namen des Volkes !

In Sachen

des Reichsbahnheifers Aloys K [REDACTED] und seiner
 Ehefrau Hubertine geb. G [REDACTED] in S [REDACTED] bei [REDACTED],
 S [REDACTED] strasse [REDACTED],

Beklagte, Berufungs- und Revisionskläger,
 - Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED]
 gegen

Frau Margret S [REDACTED] geb. S [REDACTED] in U [REDACTED]
 [REDACTED], [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,
 - Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED]
 wegen Herausgabe eines Kindes

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
 mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1951 unter Mitwir-
 kung der Bundesrichter Dr. Lersch, Maske, Ascher, Johann-
 sen und Dr. Hartz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
 vom 4. November 1949 - 5 U 165/49 - wird auf Kosten
 der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

- 2 -

d. Sammlung d. Senats

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin hat am [REDACTED] 1946 eine Tochter Elisabeth S. [REDACTED] unehelich geboren. Das Kind, das im G. [REDACTED] in D. [REDACTED] zur Welt kam, steht unter der Amtsvormundschaft des Kreisjugendamts in K. [REDACTED]. Noch während sich die Klägerin in diesem Heim befand, äusserte sie die Absicht, das Kind an Adoptiveltern abzugeben. Auf Veranlassung der Fürsorgerin des Kath. Fürsorgevereins für Kath. Frauen, Kinder und Mädchen e.V. Fräulein H. [REDACTED] erklärte sie zu notariellem Protokoll vom 5.11.1946, dass sie darin einwillige, dass das Kind durch Vermittlung des Kath. Fürsorgevereins von ihr unbekannten Eltern an Kindesstatt als gemeinschaftliches Kind angenommen werde. Um diese Zeit bemühten sich auch die Beklagten bei diesem Verein um die Vermittlung der Adoption eines Kindes. Eine Ausfertigung des notariellen Protokolls, die den annehmenden Eltern zu Händen des katholischen Fürsorgevereins in D. [REDACTED], U. [REDACTED] strasse, erteilt wurde, wurde vom Notar der Klägerin ausgehändigt und von dieser erst einige Zeit später an die Fürsorgerin H. [REDACTED] weitergegeben. Diese telegraphierte daraufhin am 30.12. 1946 den als Adoptiveltern in Aussicht genommenen Beklagten folgendes: "Elisbeth S. [REDACTED] kann sofort abgeholt werden. Die Mutter mit allem einverstanden. Notarielle Abtretungsurkunde ist vorhanden." Daraufhin holten die Beklagten das Kind am 6.1.1947 ab. Seitdem befindet sich dieses bei ihnen. Die notarielle Einwilligungserklärung blieb zunächst in Händen von Fräulein

10

- 3 -

H [REDACTED]. Am 15.5.1947 widerrief die Klägerin mündlich der Fürsorgerin H [REDACTED] gegenüber die Einwilligungserklärung. Mit Schreiben vom 18.8.1947 übersandte der Fürsorgeverein die notarielle Einwilligungserklärung dem Kreisjugendamt in K [REDACTED]. Demnächst heiratete die Klägerin ihren jetzigen Ehemann, der wegen erblichen Klumpfusses sterilisiert ist, und von dem sie daher keine Kinder empfangen kann.

Seit Oktober 1947 bemüht sich die Klägerin, wieder in den Besitz des Kindes zu kommen. Sie wandte sich zunächst an das Vormundschaftsgericht in K [REDACTED] mit dem Antrag, das Kreisjugendamt in K [REDACTED] anzuweisen, ihr das Kind zurückzugeben. Sie focht die Einwilligungserklärung an, weil sie zur Bedingung gemacht habe, dass das Kind in ländliche Verhältnisse kommen solle, und dass diese Bedingung nicht erfüllt sei. Sie machte ferner geltend, dass sie ihre Einwilligung wirksam widerrufen habe; ausserdem handele es sich um eine unzulässige Inkognitoadoption. Das Amtsgericht wies den Antrag durch Beschluss vom 6.4.1948 zurück. Die von der Klägerin dagegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht in Krefeld durch Beschluss vom 6.9.1948 zurückgewiesen. Auch die dagegen eingelegte weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg. In seinem über sie entscheidenden Beschluss vom 9.12.1948 führt der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in Düsseldorf aus, dass die Einwilligung der Klägerin zu dem Adoptionsvertrag wirksam widerrufen sei, und dass, solange ein rechtswirksamer Adoptionsvertrag nicht geschlossen sei, der Klägerin das Recht zustehe, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Es müsse jedoch der Klä-

- 4 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



gerin überlassen bleiben, falls die Beklagten das Kind nicht freiwillig herausgäben, den ihr zustehenden Herausgabeanspruch nach § 1632 BGB im Klagweg geltend zu machen. Da die Beklagten die Herausgabe des Kindes verweigern, hat die Klägerin Klage erhoben mit dem Antrag,

die Beklagten zu verurteilen, das am [REDACTED] 1946 geborene Kind Elsbeth S. [REDACTED] an sie herauszugeben.

Die Beklagten haben um
Zurückweisung der Klage
gebeten.

Das Landgericht in Krefeld hat durch Urteil vom 12.5.1949 die Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen, die Klägerin hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

Nach dem Erlass des landgerichtlichen Urteils haben das Kreisjugendamt in K. [REDACTED] und die Beklagten am 2. Juni 1949 zu notariellem Protokoll einen Adoptionsvertrag abgeschlossen. Das Kreisjugendamt hat den Vertrag mit den sonstigen Unterlagen dem Amtsgericht in Kempen zur Urteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eingereicht. Die Klägerin hat bei dem Amtsgericht beantragt, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und die Bestätigung des Adoptionsvertrages zu versagen. Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 8.7.1949 die Entscheidung über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und die Bestätigung bis zur Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits ausgesetzt.

Die Beklagten haben beantragt:

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts
die Klage abzuweisen.

Sie machen geltend, der im Mai 1947 erfolgte Widerruf sei verspätet und unwirksam gewesen. Die Fürsorgerin H. [REDACTED] habe bei der Entgegennahme der Einwilligungserklärung der Klägerin zur Adoption auch als Vertreterin und Empfangsbevollmächtigte der Beklagten gehandelt. Damit sei die Einwilligungserklärung ihnen zugegangen und habe später nicht mehr widerrufen werden können. Der Widerruf sei auch aus Formgründen unwirksam. Das Herausgabeverlangen der Klägerin sei arglistig.

Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 4.11.1949, in dem die Revision zugelassen wurde, die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen haben diese Revision eingelegt mit dem Antrag,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach den zuletzt gestellten Anträgen zu erkennen, hilfsweise: die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 139, 286 ZPO; 130, 157, 242, 1632, 1707, 1748 u. 1754 BGB sowie der Beweisregeln und der Denkgesetze. Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Der zulässigen und form- und fristgerecht eingelegten Revision muss der Erfolg versagt bleiben.

1) Das Berufungsgericht geht bei seiner Entscheidung richtig davon aus, dass das der Klägerin auf Grund des § 1707 BGB zustehende Recht, für die Person ihres Kindes Elsbeth S. [REDACTED] zu sorgen und demgemäss seinen Aufenthalt zu bestimmen, sowie der der Durchsetzung dieses Rechts dienende Anspruch auf Herausgabe des Kindes nach § 1652 a.a.O nicht erloschen sind. Weder hat die Verheiratung der Mutter den Untergang dieses Rechts bewirkt noch ist es durch eine Massnahme des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB aberkannt oder eingeschränkt worden. Der Verlust des Rechts und der Pflicht der Klägerin nach § 1765 BGB ist ebenfalls nicht eingetreten, da der Vertrag über die Annahme der Elsbeth S. [REDACTED] mit den Beklagten zwar abgeschlossen, aber weder vormundschaftsgerichtlich genehmigt (§ 1751 Abs. 2 BGB) noch bestätigt worden ist. Erst mit der Bestätigung, nicht mit ihrer Rechtskraft, tritt die Annahme an Kindesstatt in Kraft (§ 1754 Abs. 1 BGB i.d.F.d.VO vom 12.3.1948 /VOBl. BZ S. 717). Auch die Einwilligung der Kindesmutter zum Abschluss des Adoptionsvertrages kann den Verlust der aus § 1707 erwachsenden Rechte und Pflichten noch nicht zur Folge haben, wie das Oberlandesgericht richtig ausführt. Das Recht der Personenfürsorge, dem eine Pflicht der Kindesmutter entspricht, ist unverzichtbar. Der Einwilligungs-erklärung nach § 1747 BGB kann diese Bedeutung auch schon deshalb nicht zukommen, weil das dadurch verliehene Einwilligungsrecht zur Adoption nicht ein Ausfluss des Rechts oder der Pflicht der Personensorge ist, sondern unmittelbar auf dem Familienverhältnis beruht (RGZ 119,46).

2) Die Entscheidung des Rechtsstreits ist daher, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, davon abhängig, ob das Herausgabeverlangen der Klägerin einen Rechtsmissbrauch darstellt oder als arglistiges Verhalten unbeachtlich ist, so dass das Verenthalten des Kindes durch die Beklagten nicht rechtswidrig im Sinne des § 1632 aaO. ist.

Nach feststehender Rechtsprechung der deutschen oberen Gerichte, insbesondere auch des Reichsgerichts, kann die Herausgabe eines Kindes nicht aus dem Grunde verweigert werden, weil der Sorgeberechtigte durch sein Verlangen dem Interesse des Kindes zuwiderhandelt und sein Sorgerecht missbraucht (RG JurW 1903, Beil. S. 32, Warn. 1912 Nr. 172 und 437, 1918 Nr. 12 und 1920 Nr. 47). Auch im Schrifttum wird diese Ansicht gebilligt (Staudinger 9. Aufl., Anm. 2 b zu § 1632). Die Entscheidung darüber, ob der Sorgeberechtigte durch sein Herausgabeverlangen das geistige und leibliche Wohl des Kindes gefährdet und dadurch ihm gegenüber sein Recht missbraucht, steht allein dem Vormundschaftsgericht zu. Dies ergibt sich aus § 1666 BGB. Der Vormundschaftsrichter ist daher auch an die Entscheidung des Prozessgerichts in einem Rechtsstreit über die Herausgabe eines Kindes nicht gebunden, während andererseits der Prozessrichter die sich aus einer Anordnung nach § 1666 ergebenden Rechtsfolgen, selbst wenn die Anordnung nur eine vorläufige ist, zu beachten hat (Palandt 8. Aufl., Anm. 3 zu § 1632). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Deshalb gehen die Rügen der Revision fehl, die darauf hinausgehen, das Urteil des Berufungsgerichts laufe dem Interesse des Kindes Elisabeth S. [REDACTED] zuwider, weil es bei dem bevorstehenden Inkrafttreten der Annahme an Kindesstatt aus seinem gegenwärtigen Milieu nicht herausgerissen werden dürfe, und weil es,

nachdem es seine Mutter kennen gelernt habe, bei der Rückkehr zu seinen Adoptiveltern in einen (see-lischen) Zwiespalt geraten müsse. Insoweit ist dem Berufungsurteil zuzustimmen.

3) Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass dem Herausgabeanspruch der Einwand des Rechtsmissbrauchs oder der Arglist aus anderen Gründen entgegengehalten werden kann, insbesondere also deshalb, weil das Ver-langen gerade gegenüber demjenigen, in dessen Gewalt sich das Kind befindet, missbräuchlich oder arglistig ist (RG. in Warn. 1918 Nr. 12 und HRK 1928 Nr. 1424). Dies hat auch das Berufungsgericht keineswegs ver-kannt. Denn es prüft die Frage, ob die Klägerin nicht deswegen arglistig den Beklagten gegenüber handle, weil mit der Klage etwas von ihr begehrt werde, was sie sofort wieder zurückgeben müsse. Das Oberlandesgericht verneint diese Frage, weil man von einem solchen Ver-stoss gegen Treu und Glauben nur dann sprechen könne, wenn die wirksame Bestätigung in Kürze zu erwarten sei. Das sei aber hier nicht der Fall. Denn der Adop-tionsvertrag sei noch nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt, und es sei noch durchaus ungewiss, ob der Vertrag jemals bestätigt und in Kraft treten werde. Der über die Bestätigung letzten Endes zur Entscheidung berufene 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düssel-dorf habe sich in einem Beschluss vom 9.12.1949 auf den Standpunkt gestellt, die Einwilligungserklärung der Klägerin zu dem Annahmevertrag nach § 1747 BGB sei

vor deren Zugang rechtswirksam widerrufen. Sei diese Ansicht, was das Berufungsgericht dahingestellt sein lässt, richtig, so könne mit einer alsbaldigen Bestätigung nicht gerechnet werden, da die Bestätigung erfordere, dass die nach §§ 1747, 1748 BGB erforderliche Einwilligung der unehe-lichen Mutter rechtswirksam erfolgt sei.

Die gegen diese Erwägungen erhobenen Bedenken der Revi-sion sind nicht begründet. Wenn das Berufungsgericht bei seinen Erörterungen davon ausgeht, dass die Bestätigung des Adoptionsvertrages ungewiss sei, weil der in dem Bestäti-gungsverfahren zur Entscheidung berufene Senat des Ober-landesgerichts die Einwilligungserklärung für widerrufen halte, und zu erwarten sei, dass er an seiner Ansicht fest-halte, so ist das eine mit der Revision nicht angreif-bare tatsächliche Erwägung. Hinzu kommt auch, dass die Adop-tion noch nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt ist, da das Vormundschaftsgericht das Verfahren bis zur Ent-scheidung dieses Rechtsstreits ausgesetzt hat. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen feststellt, mit einer alsbaldigen Wirksamkeit der Annahme an Kindesstatt sei nicht zu rechnen, so unterliegt diese Feststellung nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Es ist daher rechtlich unbedenklich, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass das Herausgabeverlangen der Klägerin nicht deswegen gegen Treu und Glauben verstosse, weil sie angesichts der Ungewissheit der Bestätigung des Adoptionsvertrages das Kind von den Beklagten herausverlangt.

4) Mit den vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen ist aber die Frage, ob die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch die Klägerin ein Missbrauch des ihr zustehenden Rechts darstellt, nicht erschöpfend beantwortet. Die Revision weist darauf hin, dass die Einwilligung der Klägerin, die nach Ansicht der Revision nicht wirksam widerrufen ist, mindestens mit dem Zugang an eine der in § 1747 BGB genannten Personen unwiderruflich wird und die uneheliche Mutter bis zur Entscheidung über die Bestätigung bindet, und dass ausserdem von dem Amtsvormund und dem Beklagten ein Adoptionsvertrag abgeschlossen worden ist, der die Vertragsschliessenden bindet. Hieraus will die Revision die Folgerung ziehen, dass bis zur Entscheidung über die Bestätigung des Adoptionsvertrages die Klägerin die Herausgabe ihres Kindes nicht verlangen kann, weil die Herausgabeklage vor der Entscheidung grundsätzlich Treu und Glauben widerspreche. Diese Folgerung kann aber aus der Bindung der genannten Personen an die von ihnen zum Zwecke der Durchführung der Adoption abgegebenen Erklärungen nicht gezogen werden. Dass auf Seiten der Klägerin ein wirksamer Verzicht auf ihre aus § 1707 erwachsenen Rechte und Pflichten nicht ausgesprochen werden kann, ist bereits dargetan. Durch die Einwilligungserklärung wird an den ihr als der unehelichen Mutter zustehenden Rechten und obliegenden Pflichten nichts geändert, solange das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und den Beklagten nicht rechtswirksam begründet worden ist. Soweit die Revision weiter ausführt, dass die Rückgabe des Kindes dessen Interesse widerspreche, kann sie aus den oben dargelegten Gründen in diesem Rechtsstreit nicht gehört werden. Die Ansicht der Revision ist aber auch deswegen unrichtig, weil die Beklagten bis zur Bestätigung des Vertrags durch das Amtsgericht die

10

II

stellung von Eltern zu dem Kinde der Klägerin trotz ihrer Bindung an den Vertrag nicht erwerben. Sie haben daher auch vorher kein Recht, die Gewalt über das Kind auszuüben. Daran ändert auch nichts, dass ihnen das Kind durch seinen Vormund bis zur Bestätigung des Vertrags vorläufig überlassen ist. Selbst wenn, was unterstellt werden mag, die Klägerin dem zugestimmt hat, ist sie an ihre Zustimmung nicht gebunden, diese ist frei widerruflich (RG in HR 1928 Nr. 1424). Ob im Falle des Abschlusses eines Lehr- oder Dienstvertrages etwas anderes zu gelten hat, kann dahingestellt bleiben. Die durch solche Verträge geschaffene Rechtslage ist eine andere, als die durch einen Überlassungs- oder Pflegevertrag geschaffene, besonders wenn dieser nur vorläufig, d.h. bis zur Entscheidung über die Adoption eingegangen ist. Falls aber über den Widerruf zwischen dem Vormund und der unehelichen Kindesmutter eine Meinungsverschiedenheit besteht, ist der Meinung der Kindesmutter vorbehaltlich einer abweichenden Entscheidung des Vormundschaftsgerichts der Vorzug zu geben.

Die Beklagten könnten sich auf Rechtsmissbrauch oder Arglist gegenüber dem Anspruch der Klägerin nur dann berufen, wenn die Erfüllung des Herausgabeanspruchs den Kindesannahmevertrag vereiteln würde. Dass sein Zustandekommen rechtlich durch die Herausgabe des Kindes an die Klägerin nicht ausgeschlossen wird, liegt auf der Hand. Aus dem Vorbringen der Parteien und den Feststellungen des angefochtenen Urteils ist aber auch nicht zu ersehen, dass seine Durchführung für den Fall der Bestätigung von der Klägerin verhindert würde. Dass die Klägerin die Gewalt über das Kind erlangen will, um es den Beklagten

auch für den Fall des Wirksamwerdens des Adoptionsvertrages zu entziehen, haben sie in den Vorinstanzen nicht behauptet oder unter Beweis gestellt. Nur aber dann, wenn das Herausgabeverlangen der Klägerin diesen Erfolg herbeiführen würde oder gar sollte, könnte ihr Herausgabeverlangen als mit Treu und Glauben in Widerspruch stehend angesehen werden. Wenn die uneheliche Mutter den Besitz ihres Kindes nur erstrebt, solange ihr das Recht und die Pflicht der Personensorge zusteht, handelt sie Treu und Glauben nicht entgegen. Dann verdient das Recht der Mutter auf das Kind den Vorzug vor den Belangen der in Aussicht genommenen Adoptiveltern. Dass dieser Widerstreit der Interessen nicht zum Nachteil des Kindes ausschläge, steht nicht zur Entscheidung des Prozessgerichts. Allein der Vormundschaftsrichter hat das Eintreten dieser Nachteile nach § 1666 zu verhindern. Seine Befugnis, durch eine nach § 1666 aaO. zulässige Verfügung zu verhindern, dass durch ein "Hin- und Herschieben" des Kindes dessen Wohl nicht gefährdet wird, wird auch durch die hier ergehende Entscheidung nicht berührt.

Auf die von der Revision weiter erörterte Frage, ob die Klägerin eine wirksame und unwiderrufliche Einwilligung zu dem Kindesannahmevertrag mit den Beklagten erklärt hat, braucht nicht eingegangen zu werden. Denn selbst wenn sie zu bejahen wäre, ist der Herausgabeanspruch der Klägerin zur Zeit begründet, wie sich aus den Erwägungen dieses Urteils ergibt.

Die Revision muss daher mit der sich aus § 97 ZPO er-
gebenden Kostenfolge zurückgewiesen werden.

gez. Dr. Lersch gez. Maske gez. Ischer

gez. Johannsen gez. Dr. Hartz



Beglaubigt

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "H. H. H. H. H.", is written over the printed text.

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofs