

9. 1. Ist der Notar durch § 171 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit gehindert, eine ihm selbst erteilte Vollmacht zu beurkunden?
2. Kann die Vorschrift des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB. durch Parteivereinbarung außer Kraft gesetzt werden?
3. Zur Einwilligung der Eltern in die Kindesannahme gemäß §§ 1747, 1748 BGB.

IV. Zivilsenat. Beschl. v. 13. April 1928 in der Familienrechtssache G. IV B 11/28.

- I. Amtsgericht Hannover.
- II. Landgericht daselbst.

Die uneheliche Mutter der am 9. August 1926 in Köln geborenen Elisabeth G. hat am 4. Januar 1927 zu notariellem Protokoll folgendes erklärt: „Ich gebe meine Einwilligung dazu, daß mein . . . außerehelich geborenes Kind Elisabeth G. von denjenigen Eheleuten als gemeinschaftliches Kind an Kindesstatt angenommen wird, denen das Kind am 7. Januar 1927 übergeben und die in

den Listen der Adoptionsabteilung des Vereins für Säuglingsfürsorge und Wohlfahrtspflege im Regierungsbezirk Düsseldorf unter Nummer E 26/156 geführt werden.“ Durch einen notariellen Vertrag vom 28. Juli 1927, geschlossen in Düsseldorf zwischen dem Stadtoberinspektor Pf. als dem Beauftragten des dortigen Jugendamts und den Eheleuten H. in Hannover, nahmen diese die Elisabeth G. als gemeinschaftliches Kind an Kindesstatt an. Der Beauftragte des Jugendamts gab in der Vertragsurkunde die Erklärung ab, daß die Eheleute H. in den Listen der vorerwähnten Adoptionsabteilung unter Nummer E 26/156 geführt würden und mit den in der Einwilligungserklärung vom 4. Januar 1927 genannten Eheleuten personengleich seien. Die Beteiligten beauftragten weiter den Notar, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu dem Vertrag zu beantragen, den Antrag auf Befreiung von den Beschränkungen des § 1744 BGB. sowie auf Bestätigung des Vertrags einzureichen und die Eintragung im Geburtsregister zu veranlassen. Am Schluß heißt es: „Das Vormundschaftsgericht wird ersucht, eine Ausfertigung des ergehenden Beschlusses dem amtierenden Notar zuzusenden. Mit Erteilung der Genehmigung und Eingang einer Ausfertigung desselben bei dem amtierenden Notar soll dieser Vertrag für alle Beteiligten rechtswirksam sein, ohne daß es einer Zustellung an die andere Vertragspartei bedarf.“

Die Genehmigung ist durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts in Düsseldorf vom 23. September 1927 erteilt, auch ist Ausfertigung des Beschlusses dem Jugendamt sowie dem Notar zugesandt worden. Das Amtsgericht in Hannover hat die Befreiung von dem Alterserfordernis des § 1744 BGB. gewährt, aber durch Beschluß vom 12. Oktober 1927 die Bestätigung des Annahmevertrags (§§ 1741, 1754 BGB.) versagt, weil die Einwilligung der Kindesmutter nicht erkennen lasse, daß ihr die Annehmenden bekannt gewesen seien, und weil außerdem der Nachweis fehle, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung den Eheleuten H. vom Vormund mitgeteilt und damit rechtswirksam geworden sei. Die sofortige Beschwerde der Eheleute H. gegen diese Entscheidung ist vom Landgericht durch Beschluß vom 28. Oktober 1927 unter Billigung des ersten Ablehnungsgrundes des Amtsgerichts zurückgewiesen worden. Die Eheleute H. und der Amtsvormund haben sofortige weitere Beschwerde erhoben. Das Kammergericht beabsichtigt, die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

Es ist zwar der Ansicht, daß die nach §§ 1747, 1748 BGB. erforderliche Einwilligung der Kindesmutter eine Kenntnis des Namens und der Person des Annehmenden nicht immer voraussetze, daß es vielmehr genüge, wenn die Einwilligung, wie hier geschehen, im Hinblick auf eine bestimmte Kindesannahme erklärt und die Prüfung der Verhältnisse des Annehmenden einer vertrauenswürdigen Stelle überlassen werde. Dagegen verneint das Kammergericht, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem Annahmevertrag wirksam geworden sei, weil es an der Mitteilung dieser Genehmigung durch den Vormund an die Annehmenden fehle (§ 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Wenn auch zu solchem Zwecke die doppelseitige Bevollmächtigung eines Dritten (durch den Vormund zur Mitteilung der Genehmigung an die Annehmenden und durch diese zur Entgegennahme der Mitteilung) stattfinden könne, so sei es doch gemäß § 171 Abs. 1 Nr. 1 FGG. unzulässig, daß der amtierende Notar die Doppelvollmacht auf sich selbst beurkunde, weil damit eine Verfügung zu seinen Gunsten getroffen werde. Die Entscheidung hänge deshalb allein davon ab, ob die im Schlußabsatz des Vertrags enthaltene Vereinbarung der Beteiligten statthaft sei, daß die gerichtliche Genehmigung nicht durch — ausdrückliche oder stillschweigende — Mitteilung des Vormunds, sondern in anderer Weise wirksam werden solle. Das Kammergericht möchte auch diese Frage verneinen, da Vorschriften wie die in § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthaltene über das Inkrafttreten eines obrigkeitlichen Aktes durch Vereinbarung der Parteien nicht geändert werden dürften, der Vormund sich aber auch nicht im voraus des Rechts begeben könne, im Interesse des Mündels nach seinem pflichtmäßigen Ermessen nachträglich dem Genehmigungsbeschluß durch Nichtmitteilung an den Vertragsgegner seine Wirksamkeit zu nehmen, ebenso wie er gegebenenfalls einen Versagungsbeschluß durch Beschwerde anzufechten habe. Das Kammergericht sieht sich aber an der Zurückweisung der weiteren Beschwerde gehindert durch den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 1. Dezember 1922 (FGG. 1 S. 347, auch abgedr. in Samml. der Entsch. des Bay. ObStLG. Bd. 22 S. 139 und in OLG. Bd. 43 S. 384), der eine Vereinbarung des hier in Rede stehenden Inhalts für wirksam erklärt, und hat daher die sofortige weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2, 3 FGG. dem Reichsgericht vorgelegt.

Sachlich war in der Frage, die den Anlaß zur Vorlegung gegeben hat, dem Kammergericht beizutreten, der angefochtene Beschluß war jedoch aus einem andren Grunde aufzuheben.

Der Genehmigungsbeschluß des Vormundschaftsgerichts ist dem Jugendamt als Amtsvormund durch Zustellung am 27. September 1927 bekannt gemacht worden. Nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB. soll die Genehmigung dem anderen Teil gegenüber erst wirksam werden, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird. Es fragt sich, ob und in welcher Weise hier eine solche Mitteilung erfolgt ist, und verneinendenfalls, ob von den Parteien vereinbart werden kann, daß die Genehmigung in anderer Weise als durch die Mitteilung wirksam werden soll.

1. Daß die Mitteilung des Vormunds, die rechtsgeschäftliche Bedeutung hat, auch stillschweigend, mittels schlüssiger Handlungen, sowie daß sie durch einen Bevollmächtigten des Vormunds erfolgen kann, ist nicht zu bezweifeln. Anerkannt ist weiter die Zulässigkeit einer Doppelbevollmächtigung in der Weise, daß ein Dritter vom Vormund zur Mitteilung der Genehmigung an den Vertragsgegner und von diesem zur Empfangnahme der Mitteilung ermächtigt wird (WamRspr. 1922 Nr. 98; BayOLG. in JW. 1923 S. 758 Nr. 1). Die Vorschrift des § 181 BGB. steht dem nicht entgegen; jedoch muß der Wille des Bevollmächtigten, nach Eingang der Genehmigung diese sich selbst — als dem Vertreter des anderen Teils — mitzuteilen, nach außen irgendwie in die Erscheinung treten. Ob im vorliegenden Fall eine solche Doppelvollmacht des Notars gewollt war, ist durch Auslegung der Vertragsurkunde zu ermitteln. Nach dem Schlußabsatz der Urkunde könnte es scheinen, als ob der Notar nur zur Entgegennahme der einen Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses nach Art eines Zustellungsbevollmächtigten ermächtigt sein sollte und als ob die Beteiligten nicht die Erteilung einer doppelseitigen Vollmacht an den Notar im obigen Sinne gewollt, sondern einen Verzicht auf die Mitteilung der Genehmigung und deren Wirksamwerden ohne die Mitteilung vereinbart hätten. Diese Auslegung muß, als auf tatsächlichem Gebiet liegend, dem Landgericht vorbehalten bleiben. Sollte es sich um eine Doppelvollmacht handeln, so hat der Notar, indem er die Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses dem Amtsgericht in Hannover zur Bestätigung des Vertrags einreichte, nach außen in hinreichender Weise zu erkennen ge-

geben, daß er auch in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter der Eheleute S. von der ihm zugegangenen vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung Kenntnis genommen und diese sich selbst mitgeteilt hat. Zu erörtern bleibt dann aber noch, ob der Notar eine solche, auf ihn selbst ausgestellte Vollmacht beurkunden konnte angesichts der Vorschrift des § 171 Abs. 1 Nr. 1 FGG., da hier eine Mitwirkung derjenigen Urkundspersonen verboten wird, zu deren Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird. Ist das nicht der Fall, so ist diese Beurkundung nichtig (§ 171 Abs. 2 FGG.) und deshalb die Genehmigung mangels ordnungsmäßiger Mitteilung an den Vormund nicht rechtswirksam geworden.

Das Kammergericht hält im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung (RGZ. Bd. 38 A 190, f. auch das. 24 A 6, 51 A 91, DLG. Bd. 43 S. 382 Anm., ebenso die Kommentare zu § 171 FGG. von Schlegelberger, Wellstein, Dronke, Josef, Keibel, ferner Franz, Notariat S. 120, Predari GBD. S. 509, Gütthe-Triebel GBD. I Anm. 55 zu § 29, Komm. v. RM. Anm. 11 zu § 925, BayDLG. i. Samml. d. Entsch. Bd. 18 S. 211) eine solche Beurkundung für unzulässig. Dem kann nicht beigetreten werden. Daß durch die bloße Erteilung einer Vollmacht dem Bevollmächtigten noch kein materieller Vorteil zugewendet wird, zieht niemand in Zweifel. Ebenso wenig läßt sich sagen (wie auch das Kammergericht nicht verkennet), daß der Notar mit der Vertretungsmacht ein Recht in subjektivem Sinne erwirbt. Die Bevollmächtigung schafft vielmehr nur die subjektive Eignung des Vertreters, für einen andern zu handeln und dadurch Rechtswirkungen für ihn herbeizurufen. Insofern darf von einer Erweiterung seiner Rechtsstellung gesprochen werden. Es ist aber nicht anzuerkennen, daß damit eine Verfügung zu seinen Gunsten im Sinne des § 171 Abs. 1 Nr. 1 FGG. getroffen wird. Der hier geforderte Begriff der Begünstigung setzt nach Sinn und Zweck der Vorschrift voraus, daß die Urkundsperson einen Vorteil entweder sachlicher (wirtschaftlicher) oder doch rechtlicher Art erlangt; ihre Rechtslage muß eine Verbesserung erfahren (RGZ. Bd. 88 S. 150). Das trifft nicht zu, wenn dem Beurkundenden lediglich Vertretungsmacht, d. h. die Macht, für einen anderen zu handeln, verliehen wird. Ihre Verleihung erfolgt nicht zu seinem Besten und nicht in seinem Interesse; er gewinnt mit der Möglichkeit, fremde Rechte aus-

zuüben, wohl eine Ausdehnung seiner Befugnisse zu rechtsgeschäftlichem Handeln, aber weder ein subjektives Recht noch auch einen Vorteil, der ihm selbst zugute käme und deshalb die Beforgnis eines unlauteren oder parteiischen Verhaltens rechtfertigen würde. Ob neben der Vollmacht ein Auftrag zur Geschäftsbeforgung an den Notar (§ 675 BGB.) vorliegt und wie weit etwa dessen Beurkundung durch ihn selbst unzulässig wäre, ist für die hier zu entscheidende Frage ohne Bedeutung, da die Vollmacht als solche vom Auftrag streng zu scheiden und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit selbständig zu beurteilen ist.

Auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen außer den Kommentaren von Ebert-Dubel-Lindemann, Schulze-Görlik, Birkenbihl und Weißler zu § 171 FGG. u. a. Kroschel in *J. d. deutsch. NotW.* 1902 S. 340, Fuchs in *BWZG.* Bd. 6 S. 501 flg., Kreß in *J. d. Bah. NotW.* 1919 S. 67, Oberneck, *RGRecht* 1 § 27, 3 und besonders D. Fischer in *JW.* 1924 S. 923. Entsprechend hat das Reichsgericht in einem Urteil vom 24. Januar 1908 (*J. d. Rhein. NotW.* Bd. 56 S. 183) angenommen, daß in einem gerichtlichen Erbteilungsvertrag der Richter bevollmächtigt werden könne, die Zustimmungserklärung der Abwesenden als Vertreter sämtlicher Beteiligten entgegenzunehmen. Keine entscheidende Bedeutung ist freilich dem Umstand beizumessen, daß der Notar in einer von ihm aufgenommenen letztwilligen Verfügung zum Testamentvollstrecker bestimmt werden kann, weil die Sondervorschrift des § 2235 BGB. nur die Mitwirkung der Bedachten verbietet, zu denen der Testamentvollstrecker nicht gehört. Auch aus § 1753 Abs. 2 BGB., § 66 FGG., wonach der Notar bei oder nach der notariellen Beurkundung des Vertrags mit der Einreichung des Bestätigungsantrags bei Gericht betraut werden kann, läßt sich für die allgemeine Zulässigkeit der Beurkundung einer eigenen Vollmacht noch nichts herleiten.

2. Könnte aber die Ausstellung der Vollmacht auf den Notar — sofern eine solche überhaupt vorliegt — von ihm selbst rechtsgültig beurkundet werden, so ist der Genehmigungsbeschluß des Vormundschaftsgerichts infolge der Mitteilung und ihrer Entgegennahme durch den beiderseitigen Vertreter wirksam geworden. Einer Entscheidung der weiteren Frage, ob die Beteiligten bindend vereinbaren können, daß die Genehmigung auf andere Weise als durch

die Mitteilung wirksam werden sollte, bedarf es daher nur noch für den Fall, daß eine Doppelbevollmächtigung nicht gewollt war. Diese Frage wird, entgegen dem Kammergericht, in der im Vorlegungsbeschluß angezogenen Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 1. Dezember 1922, ebenso in dessen Beschluß vom 28. November 1901 (Samml. d. Entsch. Bd. 2 S. 748) und ferner von Pland Ann. 5, Staubinger Ann. 3 by, Fuchs Ann. 2e zu § 1829 BGB., Schlegelberger Ann. 27 zu § 55 FGG., Breit in BWTG. Bd. 4 S. 586/87 und Preß a. a. D. S. 70 bejaht. Übereinstimmung besteht darüber, daß der Vertragsgegner nicht einseitig auf die Mitteilung des Vormunds verzichten und ihm dadurch das Recht nehmen kann, sich frei zu entscheiden, ob er von der Genehmigung Gebrauch machen will oder nicht. Dagegen erklären es die oben Angeführten unter Hinweis auf § 151 BGB. für zulässig, daß dem Vormund vom Vertragsgegner im Wege beiderseitiger Vereinbarung gestattet wird, seinen Entschluß in anderer Weise als durch Mitteilung an jenen zu bestätigen, daß der Vertragsgegner also zwar nicht auf die Kundgebung der Entscheidung überhaupt, wohl aber auf ihren Zugang verzichtet. Eine solche Vereinbarung wäre hier darin zu finden, daß die Vertragsparteien verabredeten, die Genehmigung sollte schon durch den Eingang der Beschlusausfertigung beim Notar und ohne Zustellung an die Eheleute S. für alle wirksam werden. Mit Recht macht aber das Kammergericht in seinem Vorlegungsbeschluß geltend, daß angesichts der öffentlichrechtlichen Natur der gerichtlichen Genehmigung eine entsprechende Anwendung des § 151 BGB. ausgeschlossen sei. Zwar hat die Genehmigung privatrechtliche Wirkungen und in gewissen Beziehungen rechtsgeschäftliche Eigenschaften. Sie ist aber in erster Linie eine obrigkeitliche Handlung, vorgenommen im Interesse der staatlichen Fürsorge für den Minder (RGZ. Bd. 99 S. 74) und untersteht insofern zwingenden Vorschriften, die nicht durch Vereinbarungen der Parteien geändert werden können. Das gilt namentlich auch von der Bestimmung des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB. über den Eintritt ihrer Wirksamkeit, die eine Mitteilung des Vormunds an den Vertragsgegner und damit deren Empfangsbedürftigkeit unbedingt vorschreibt. Wegen dieser Rechtsnatur der Genehmigung kann eine entsprechende Anwendung des für private Willenserklärungen

geltenden § 151 BGB. nicht in Frage kommen. Zutreffend weist das Kammergericht in diesem Zusammenhang darauf hin, daß das Vormundschaftsgericht selbst nach § 55 FGG. nicht mehr in der Lage ist, die Genehmigungsverfügung nach ihrem Wirksamwerden abzuändern; auch diese Vorschrift enthält zwingendes Recht und könnte durch Privatvereinbarung nicht außer Kraft gesetzt werden. Wegen die Zulässigkeit der in Rede stehenden Vereinbarung haben sich demgemäß ausgesprochen Schultheis in JWZG. Bd. 3 S. 265, Schmid das. S. 270, Ripp FamR. § 115 Anm. 48, Goldmann-Lilienthal BGB. Bd. 3 S. 294.

Als weiteren Grund für seine Ansicht führt das Kammergericht das Interesse des Mündels an. Der Vormund könne sich nicht durch eine Vereinbarung der gedachten Art im voraus der Möglichkeit begeben, pflichtgemäß zu prüfen, ob er im Interesse des Mündels von der Genehmigung überhaupt Gebrauch machen oder eine Nichtgenehmigung durch Beschwerde anfechten solle. Auch das ist zu billigen. Dem Vormund liegt die Amtspflicht ob, das Interesse des Mündels überall zu wahren und die zu seinem Schutze gegebenen Vorschriften zu beachten. Den Schutz des Mündels bezweckt aber auch die Vorschrift des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB., insofern sie zugleich dem Vormund die Verpflichtung auferlegt, nach ergangener Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nochmals zu prüfen, was im Interesse des Mündels liegt. Durch Vereinbarung mit dem Vertragsgegner darf er sich nicht von vornherein außerstand setzen, dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht der Fürsorge für den Mündel zu genügen.

3. Die Einwilligung der unehelichen Mutter ist nicht allgemein, sondern zu einem bestimmten Kindesannahmevertrag erteilt. Die Mutter handelt dabei kraft eigenen Rechts, nicht in Vertretung der Kindesinteressen. Daß sie die Person und den Namen der Annehmenden kenne, ist nicht zu fordern. Um so weniger steht hier, wo die Mutter die Auswahl geeigneter Adoptiveltern dem vom Jugendamt gemäß § 6 JWG. herangezogenen Verein für Säuglingsfürsorge überlassen hat, der Wirksamkeit ihrer Einwilligungserklärung im Wege, daß ihr die Annehmenden von Person nicht bekannt sind.

Hiernach war unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Sache zunächst zur Auslegung des Vertrags und zur anderweitigen Entscheidung nach Maßgabe der dargelegten Grundsätze an das Landgericht zurückzuverweisen.