

43. Kann das Vormundschaftsgericht einen für mehrere Mündel bestellten Vormund oder Pfleger ermächtigen, unter Abweichung von der Regel des § 181 BGB. im Namen des einen Mündels mit sich selbst als dem Vertreter des anderen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen?

Vereinigte Zivilsenate. Beschl. v. 18. Mai 1909 i. S. betr. Pflegsch. f. d. minderj. Geschwister Sch. Beschw.-Rep. IV. 248/08.

- I. Amtsgericht Pfalzburg.
- II. Landgericht Bavern.

Die vorstehende, zwischen dem IV. und dem V. Zivilsenate streitige Rechtsfrage ist von den Vereinigten Zivilsenaten verneint worden.

#### Gründe:

„Die Geschwister Sch. haben in der notariellen Verhandlung vom 7. April 1908 die ihnen in ungeteilter Gemeinschaft gehörigen Liegenschaften in Natur unter sich geteilt. Zwei der Geschwister, die noch minderjährig waren, wurden beim Abschlusse des Teilungsvertrages durch einen vom Amtsgerichte bestellten Pfleger vertreten, dem als Wirkungskreis angewiesen war:

„die Wahrnehmung der Interessen der Minderjährigen bei der Teilung der ihnen und ihren großjährigen Geschwistern als Erben ihres Vaters ungeteilt gehörigen Grundstücke“.

Die Erteilung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wurde nachgesucht, aber unter Hinweis darauf verweigert, daß nach den Vorschriften in den §§ 1915, 1795 Abs. 2, 181 BGB. die beiden Mündel

nicht durch denselben Pfleger hätten vertreten werden können. Das Landgericht teilte diese Ansicht und wies die gegen den amtsgerichtlichen Beschluß eingelegte Beschwerde als unbegründet zurück. Dagegen nahm das Oberlandesgericht Colmar, an das die Sache im Wege der weiteren Beschwerde gelangte, an, daß das Amtsgericht den Pfleger, indem es ihn zur Wahrnehmung der Interessen beider Mündel bestellt, damit zugleich ermächtigt habe, bei der bevorstehenden Teilung die Mündel auch im Verhältnis zueinander zu vertreten. Diese Ermächtigung zu erteilen, habe auch innerhalb der gesetzlichen Befugnisse des Vormundschaftsgerichts gelegen. Das Oberlandesgericht wollte deshalb der weiteren Beschwerde stattgeben, sah sich hieran aber verhindert durch den in den Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 67 S. 61 fig. mitgeteilten Beschluß des V. Zivilsenats vom 9. November 1907, in dem ausgeführt ist, daß das Vormundschaftsgericht nicht die Befugnis habe, die Vornahme von Rechtsgeschäften, die der Vorschrift des § 181 zuwiderlaufen, zu gestatten. Das Oberlandesgericht legte deshalb auf Grund des § 28 Abs. 2 FrOG. die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vor, nach dessen Geschäftsordnung der IV. Zivilsenat zur Entscheidung berufen war. Dieser hat darauf beschloffen, gemäß § 137 Abs. 1 GG. eine Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate über die folgenden beiden Rechtsfragen einzuholen:

- „1. Kann das Vormundschaftsgericht einen für mehrere Mündel bestellten Vormund oder Pfleger ermächtigen, unter Abweichung von der Regel des § 181 BGB. im Namen des einen Mündels mit sich selbst als Vertreter des anderen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen?
2. Kann es, sofern ein solches Rechtsgeschäft ohne diese Ermächtigung von dem Vormunde oder Pfleger vorgenommen worden ist, ihm durch eine nachträgliche Zustimmung Wirksamkeit verleihen?“

Sowohl der IV. als der V. Senat halten die Vorschrift des § 181 auch auf gesetzliche Vertreter für anwendbar. Beide Senate sind auch darüber einig, daß die dieser Vorschrift zuwider abgeschlossenen Geschäfte nicht nichtig, sondern nur unwirksam und daher an sich genehmigungsfähig sind. Im übrigen weichen dagegen die beiden Senate in der Rechtsauffassung voneinander ab.

Der IV. Zivilsenat folgert aus den Gesetzesmaterialien, daß der Gesetzgeber in den Fällen der Doppelvertretung stets die Gefahr eines Widerstreites der Interessen als vorliegend angesehen habe. Deshalb habe man die Doppelvertretung schon allein um der rechtlich formalen Gegensätzlichkeit willen ausschließen wollen. Ein wirklicher Interessenwiderstreit sei für die Anwendbarkeit des § 181 nicht Voraussetzung. Die Doppelvertretung müsse deshalb auch bei den Geschäften des täglichen Lebens und der laufenden vormundschaftlichen Verwaltung als unzulässig gelten. Einschränkungen ließen sich nicht machen, und so könne es bei Bevormundung mehrerer Mündel vorkommen, daß sich die Geschäfte der vormundschaftlichen Verwaltung fortgesetzt im Zustande einer rechtlich unvollkommenen Ordnung befänden. Bei Erbauseinanderetzungen sei die Bestellung von besonderen Pflegern wenigstens dann nicht zu umgehen, wenn die einzelnen Mündel auch sich selbst und nicht nur dem absichtenden Gemeinschaftsgenossen als Vertragsgegner gegenüberständen. Dies führe in der Praxis zu einer Häufung der Pflegschaften, die sachwidrig sei und in weiten Kreisen als schwerer Mißstand empfunden werde. Um Abhilfe zu schaffen, habe man zu verschiedenen Versuchen gegriffen, die indes teils gefährliche Künsteleien seien, teils geradezu auf eine Umgehung des Gesetzes hinausliefen. Nur dadurch ließen sich in sachgemäßer Weise die Schwierigkeiten beseitigen, daß die Gestattungsausnahme auch in den Fällen der gesetzlichen Vertretung zugelassen würde. Allerdings würde von manchen Schriftstellern und namentlich auch von Planck die Ansicht vertreten, daß beim gesetzlichen Vertreter die Vertretungsmacht nur durch das Gesetz selbst und daher nur abstrakt erweitert werden könne. Absicht des Gesetzes sei es gewesen, für alle Fälle mit der allgemeinen Regel zugleich für den Einzelfall die Möglichkeit einer Ausnahme in der Form einer zu erteilenden besonderen Ermächtigung positiv einzuführen. Auf dem Gebiete der vormundschaftlichen Verwaltung böten sich zu diesem Zwecke zwei Wege. Einmal könne das Vormundschaftsgericht den kraft Gesetzes an der Vertretung verhinderten Vormund oder Pfleger selbst zum besonderen Pfleger bestellen und auf diese Weise der schon vorhandenen gesetzlichen Vertretungsmacht noch eine besondere vormundschaftliche Vertretungsbefugnis hinzufügen: ein solches Verfahren liege dem natürlichen Zweckmäßigkeit- und Rechtsempfinden besonders

nahe. Sodann könne das Vormundschaftsgericht auch rechtsgeschäftlich Vollmacht erteilen. Sei der Vormund an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert, so sei es nach § 1846 BGB. Sache des Vormundschaftsgerichts, „die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen“, und zwar nach freiem und uneingeschränktem Ermessen. Das Vormundschaftsgericht könne selbst handelnd für den Mündel auftreten, und es müsse ihm deshalb auch die Befugnis zugesprochen werden, den Vormund oder Pfleger zur Vertretung der mehreren Mündel bei Rechtsgeschäften untereinander zu ermächtigen.

Dagegen hat der V. Zivilsenat ausgeführt, daß sich auf dem Boden des bestehenden Rechtes die Erteilung einer solchen vormundschaftlichen Ermächtigung nicht rechtfertigen lasse. Unverkennbar schaffe § 181 für das Gebiet der vormundschaftlichen Verwaltung Schwierigkeiten, die sich völlig nicht beseitigen ließen. Zum Teil sei Abhilfe dadurch möglich, daß § 181 nicht streng nach seinem Wortlaute ausgelegt, und insbesondere eine stillschweigende Gestattung kraft Gesetzes zugelassen werde. In der Rechtslehre und auch in der Rechtsprechung würde die Vorschrift des § 181 bereits vielfach einschränkend ausgelegt, und mit Recht.

Die Vereinigten Zivilsenate haben von den beiden Konfliktfragen die erste verneint und damit die zweite für erledigt erklärt, so daß Ausnahmen von der Regelvorschrift des § 181 BGB. im Wege einer vormundschaftlichen Gestattung nicht für zulässig erachtet sind.

Diese Ansicht der Vereinigten Zivilsenate entspricht dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers, wie er aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist, und sie hat hinreichend klaren Ausdruck auch im Gesetze selbst gefunden.

Vor dem 1. Januar 1900 war es in dem bei weitem größten Teile Deutschlands (Preuß. Vormundschaftsordnung § 86, Code civil Art. 838, Sächs. Bürgerl. Gesetzb. § 1920) geltendes Recht, daß mehrere Mündel bei Verträgen untereinander mindestens dann, wenn ein Widerstreit erheblicher Interessen vorlag, durch besondere Vormünder oder Pfleger vertreten werden mußten. Ausnahmen von dieser Vorschrift konnte auch das Vormundschaftsgericht nicht gestatten. Bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte die I. Kommission das sog. Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich zulassen, und es

hätten dann auch im Falle eines Interessenwiderstreits die mehreren Mündel durch denselben Vormund vertreten werden können. Die gerade entgegengesetzte Auffassung vertrat indes die II. Kommission. Sie wollte (Mugdan, Mater. Bd. 1 S. 759, Bd. 4 S. 577) das Kontrahieren mit sich selbst verbieten und — abgesehen von Erfüllungsgeschäften — eine Ausnahme nur für den Fall besonderer Gestattung zulassen. Sie fand keinen Grund, zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Vertretung einen Unterschied zu machen, und sie erklärte es für ungenügend, das Kontrahieren mit sich selbst nach dem Vorgange des ersten Entwurfs nur für gewisse Fälle der gesetzlichen Vertretung, wie sie in § 1651 näher bezeichnet waren, auszuschließen. Es war der ersichtlich gerade für das Vormundschaftsrecht bedeutungsvolle Antrag gestellt worden, die Doppelvertretung wenigstens da zu gestatten, wo sie der dem Vertreter obliegenden Fürsorge für den Vertretenen entspräche. Der Antrag wurde, weil man weitere Ausnahmen von dem Grundsätze der Unzulässigkeit der Doppelvertretung nicht zulassen wollte, abgelehnt, und es wurde dann nach dem Vorschlage der Kommission der § 181 Gesetz. Hiernach ist der Wille des Gesetzgebers deutlich zutage getreten.

Richtig ist zwar, daß der Inhalt der Gesetzesmaterialien für sich allein für die Gesetzesauslegung nicht maßgebend sein kann; allein in Ansehung der vorliegenden Streitfrage stehen Gesetz und Gesetzesmaterialien miteinander im Einklange. Nach § 181 ist — abgesehen von Rechtsgeschäften, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen — ein Vertreter zur sog. Doppelvertretung nicht befugt: „soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist“. Die II. Kommission hat, wie die Protokolle zeigen, klar zum Ausdruck gebracht, daß Gestattungen im Sinne des § 181 nur „durch Gesetz oder durch Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend)“ erfolgen können. In Übereinstimmung hiermit heißt es in der Denkschrift, daß nur solche Gestattungen in Frage kämen, die „durch das der Vertretungsmacht zugrunde liegende Gesetz oder durch Rechtsgeschäft bestimmt“ seien.

Das Gesetz selbst hat für das Gebiet des Vormundschaftsrechts eine besondere Bestimmung nicht getroffen. Eine Gestattung durch das Vormundschaftsgericht würde eine Gestattung kraft Gesetzes nicht sein. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß das Vormundschaftsgericht

kraft der ihm obliegenden Fürsorgepflicht den gemeinsamen Vormund oder Pfleger noch zum besonderen Pfleger bestellen und ihm so durch die Bestallung die Befugnis zur Doppelvertretung erteilen könne. Die Vertretungsmacht des Vormundes wie des Pflegers fließt unmittelbar aus dem Gesetze und wird nicht vom Vormundschaftsgerichte verliehen. Dieses kann unter Umständen die Vertretungsmacht (§ 1796) beschränken, aber nicht sie erweitern. Eine solche Erweiterung der Vertretungsmacht würde nur im Wege des Rechtsgeschäfts, das ist der Vollmacht, möglich sein und mithin jedenfalls nur dann und nur insoweit, als das Vormundschaftsgericht zur eigenen rechtsgeschäftlichen Vertretung des Mündels befugt ist. Dies trifft zu im Falle des § 1844 BGB. Hiernach kann das Vormundschaftsgericht vom Vormunde Sicherheitsleistung verlangen; geschieht dies, so wird bei der Bestellung, Änderung oder Aufgabe der Sicherheit „die Mitwirkung des Mündels durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ersetzt“. Auch auf dem Gebiete der Fürsorge für die Person des Mündels schließt das Gesetz (§§ 1666, 1838 flg.) die rechtliche Möglichkeit einer Vertretung des Mündels durch das Vormundschaftsgericht selbst nicht aus.

Allein dies sind Vorschriften, die sich als Ausnahmen von dem allgemein gültigen Grundsatz darstellen. Nach dem Vorgange der preussischen Vormundschaftsordnung hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts gegenüber denen des Vormundes genau abgegrenzt. Zutreffend betont die Denkschrift (Mugdan, Bd. 4 S. 1189), daß für das Vormundschaftsgericht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Grundsatz der Gewaltentrennung gelte und deshalb das Vormundschaftsgericht nicht selbst handelnd in die Verwaltung eingreifen dürfe, auch nicht kraft seines Aufsichtsrechts. Der § 1773 schreibt zwingend vor, daß der Mündel einen Vormund erhalte, und der Vormund hat nach § 1793 das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere auch den Mündel zu vertreten. Hiernach liegt die Vertretungsbefugnis, soweit das Gesetz nicht Sonderbestimmungen enthält, ausschließlich beim Vormunde und nicht beim Vormundschaftsgerichte.

Das Gesetz hat an zwei Stellen den Fall vorgesehen, daß ein Vormund noch nicht bestellt oder der vorhandene Vormund an

der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist; nach § 1909 „erhält“ dann der Mündel einen Pfleger, und nach § 1846 „hat“ das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Verhältnis beider Vorschriften zueinander ergibt sich schon aus § 44 FrGG., der unter den Voraussetzungen des § 1846 für die im Interesse des Mündels zu ergreifenden Maßregeln jedes Amtsgericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirke das Schutzbedürfnis hervortritt. Die Motive (Mugdan, Bb. 4 S. 612) sprechen sich über den Zweck und die Bedeutung der Vorschrift des § 1846 dahin aus, es solle dem Vormundschaftsgerichte die Möglichkeit eröffnet und ihm zugleich die Pflicht auferlegt werden, durch einstweilige Maßregeln dem Interesse des Mündels zu Hilfe zu kommen. Ein solches Schutzbedürfnis träte vorzugsweise in eiligen Fällen und dann häufig außerhalb des Bezirks auf, und deshalb sei die Erweiterung der Zuständigkeit geboten.

Der Gesetzgeber hat hiernach durch die Vorschrift des § 1846 eine Art von außerordentlicher Vorsorge treffen wollen; die Mündelinteressen sollten für alle Fälle und in der umfassendsten Weise gewahrt werden, und dieser Zweck erforderte es, das Vormundschaftsgericht in der Auswahl der zu treffenden, im voraus nicht zu übersehenden Maßregeln nicht zu beschränken. Mit Rücksicht hierauf betonen bereits die Motive zu § 1688 des I. Entwurfs, daß das Vormundschaftsgericht nach eigenem freien Ermessen zu handeln habe, und daß es unbedenklich auch selbst handelnd eingreifen dürfe. Pland, v. Staubinger und andere Schriftsteller sind der Ansicht, daß die Tätigkeit auch eine rechtsgeschäftliche sein, und daß deshalb das Vormundschaftsgericht unter den Voraussetzungen des § 1846 auch eine gefährdete Forderung kündigen, einen Arrest ausbringen oder auch selbst einen Vertrag abschließen könne. Will man dem beistimmen, so ist, wie es auch von jenen Schriftstellern selbst geschieht, die Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Vertretung jedenfalls auf dringliche Fälle einzuschränken. Allerdings hat darüber, ob ein dringlicher Fall vorliegt, sowie auch darüber, welche Maßregeln zu ergreifen sind, das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu befinden; allein daraus kann nicht gefolgert werden, daß im Grundsatz dem Vormundschaftsgerichte allgemein die Vertretungsbefugnis zustehe. Auch das an sich freie Ermessen muß pflichtgemäß geübt

und kann nicht dazu benutzt werden, die Vorschrift auf Fälle anzuwenden, auf die sie ihrer Bedeutung und ihrem Zwecke nach keine Anwendung finden kann und soll. Erbaueinanderetzungen sind nicht dringlich und können auch nicht unter dem Gesichtspunkte bloß einseitiger Maßregeln beurteilt werden, sie sind im Gegenteile gerade zur endgültigen Regelung der Rechtsverhältnisse der Mündel untereinander bestimmt. Deshalb steht jedenfalls für die Vornahme dieser Geschäfte die Vertretungsbefugnis ausschließlich dem Vormunde zu; das Vormundschaftsgericht kann solche Geschäfte von sich aus nicht prüfen und erledigen. Fehlt es an einem Vormunde oder ist der vorhandene Vormund an der Vertretung verhindert, so muß entsprechend der Regelvorschrift des § 1909 die Bestellung eines Pflegers erfolgen, und ihm liegt alsdann die Vertretung des Mündels ob. In diesem Sinne hat sich auch bereits der IV. Zivilsenat in den Entsch. in Zivils. Bd. 60 S. 134 unter der Ausführung ausgesprochen, daß dem Vormundschaftsgerichte im Falle des § 1909 das Recht, die Angelegenheit selbst zu betreiben, nicht zustehe. Es ist mithin auch zur Vollmachtserteilung und daher auch zu Gestattungen im Sinne des § 181 nicht befugt.

Andernfalls würde auch zwischen den §§ 181 und 1795 BGB. eine offenbare Unstimmigkeit bestehen. Es könnte dem Vormunde nach § 181 die Vornahme von Geschäften zwischen sich selbst und dem Mündel gestattet werden, die gleiche Gestattung aber wäre nach § 1795 nicht möglich für die Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen der Ehefrau oder gewissen Verwandten des Vormundes einerseits und dem Mündel andererseits. Für diese Geschäfte ist im § 1795 die Vertretungsmacht uneingeschränkt und ohne Zulassung der Gestattungsausnahme ausgeschlossen worden. Was das Gesetz nicht zuläßt, kann das Vormundschaftsgericht nicht gestatten. Es besteht kein Zweifel, daß es dem Gesetzgeber völlig fern gelegen hat, die Fälle des § 181 und die des § 1795 verschieden zu behandeln. Schon die I. Kommission hatte in § 1651 des Entwurfs die Vertretungsmacht für diese Fälle in gleicher Weise ausgeschlossen. Die II. Kommission mußte die Fassung des § 1651 (jetzt 1795) insofern ändern, als die Geschäfte zwischen dem Vormunde selbst und dem Mündel nunmehr schon von der neu eingefügten Vorschrift des § 149 (jetzt 181) ergriffen wurden. Mehr als eine bloße Fassungsänderung war nicht



beabsichtigt und konnte auch nicht beabsichtigt sein, da die II. Kommission die Vorschriften über die Doppelvertretung nicht mildern, sondern verschärfen wollte. Zudem wäre auch nicht einzusehen, was den Gesetzgeber hätte bestimmen können, die Gestattung für Geschäfte des Mündels mit dem Vormunde selbst zuzulassen, sie aber für Geschäfte mit der Ehefrau oder Verwandten des Vormundes auszuschließen. Der Widerstreit der Interessen lag gerade bei jenen Geschäften in höherem Maße vor als bei diesen.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß rechtsgeschäftliche Handlungen, die das Vormundschaftsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit selbst vornimmt, keiner anderen Beurteilung unterliegen können als rechtsgeschäftliche Handlungen des Vormundes oder Pflegers. Auch für sie gilt die Vorschrift des § 181, und ebensowenig wie das Vormundschaftsgericht dieser Vorschrift zuwider für die mehreren Mündel unter einander ein Rechtsgeschäft abschließen kann, ebensowenig kann es die Vornahme einem andern Vertreter rechtsgeschäftlich (durch Vollmacht) gestatten. Allerdings handelt das Vormundschaftsgericht, auch wenn es rechtsgeschäftlich den Mündel vertritt, als Behörde und erfüllt damit eine staatsamtliche Obliegenheit; allein das Rechtsgeschäft gehört dem Gebiete des Privatrechts an und untersteht deshalb in allen seinen Teilen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.“ . . .