

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

---

Band 70

**Die rechtlichen Grenzen der  
Entscheidung des Vormundschaftsgerichts  
im Rahmen des § 1643 BGB**

Von

**Holger Schrade**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**HOLGER SCHRADE**

**Die rechtlichen Grenzen der Entscheidung  
des Vormundschaftsgerichts im Rahmen des § 1643 BGB**

# **Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft**

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren  
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

**Band 70**

**Die rechtlichen Grenzen der  
Entscheidung des Vormundschaftsgerichts  
im Rahmen des § 1643 BGB**

**Von  
Holger Schrade**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Schrade, Holger:**

Die rechtlichen Grenzen der Entscheidung des  
Vormundschaftsgerichts im Rahmen des § 1643 BGB / von  
Holger Schrade. — Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft; Bd. 70)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07655-9

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-07655-9

*Meinen Eltern  
und Bärbel*



## Vorwort

Die hier veröffentlichte Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 1992 als Dissertation vor.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. W. Schlüter, der die Thematik angeregt und die Arbeit betreut hat. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. H. Holzauer, der das Zweitgutachten erstellt und mir durch die Arbeit an seinem Institut Einblicke in weitere Forschungsgebiete ermöglicht hat.

Den Herausgebern der "Münsterischen Beiträge zur Rechtswissenschaft", insbesondere Herrn Prof. Dr. H. Kollhoser, danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Münster, im Oktober 1992

*Holger Schrade*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>13</b>
-------------------	-----------

## *1. Kapitel*

### **Die Entstehungsgeschichte des Genehmigungserfordernisses und die Funktion des Vormundschaftsgerichts**

A. Die Entstehungsgeschichte des § 1643 BGB .....	16
I. Überlegungen des Gesetzgebers von 1896 .....	16
II. Die Zeit seit Inkrafttreten des BGB .....	18
1. Änderungen der Vorschrift .....	18
2. Sinn und Zweck der Änderungen .....	19
III. Tendenzen in der Rechtsprechung.....	21
1. Die ältere Rechtsprechung.....	21
2. Die neuere Rechtsprechung .....	22
IV. Das Nutznießungsrecht .....	24
B. Die Funktion des Vormundschaftsgerichts bei der Erteilung der Genehmi- gung .....	27
I. Überblick über die Funktion des Vormundschaftsgerichts .....	27
II. Sinn und Zweck des Genehmigungserfordernisses .....	28
1. Schutz vor Verlust ökonomisch wichtiger Vermögensgegenstände.....	28
2. Schutz des Selbstbestimmungsrechts vor den Risiken persönlicher Haftung .....	29
C. Zusammenfassung .....	30

## *2. Kapitel*

### **Das Genehmigungserfordernis in verfassungs- rechtlicher Hinsicht**

A. Die Genehmigung unter Berücksichtigung von Art. 6 GG .....	33
I. Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG .....	33
II. Elternrecht und staatliches Wächteramt, Art. 6 Abs. 2 GG.....	34
1. Schutz der Vermögenssorge durch Art. 6 Abs. 2 GG.....	34
a) Darstellung des Meinungsstands .....	34

b) Eigener Standpunkt.....	36
aa) Kongruenz von verfassungsrechtlichem und bürgerlich-rechtlichem Elternrecht .....	36
bb) Wortlaut .....	36
2. Aufgabe und Grenzen des staatlichen Wächters.....	40
3. Träger des Elternrechts .....	42
B. Weitere verfassungsrechtliche Aspekte des Genehmigungserfordernisses.....	49
I. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG .....	49
II. Berufsfreiheit, Art. 12 GG .....	50
III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG.....	51
C. Zusammenfassung .....	52

### 3. Kapitel

#### Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts

A. Der Entscheidungsmaßstab .....	53
I. Einführung .....	53
II. Kindeswohl oder Kindesinteresse? .....	55
1. Die Bedeutung der Begriffe "Wohl" und "Interesse" in der Alltagssprache und Gesetzesterminologie .....	55
2. Persönlichkeitsbezug des Kindeswohlbegriffs .....	58
3. Der umfassende Begriff des Kindesinteresses.....	60
4. Konsequenzen für § 1643 BGB .....	61
III. Rechtstheoretische Präzisierung .....	63
1. Die normative Bedeutung des übergeordneten Maßstabes.....	63
2. Stabilisierung der Entscheidungsfindung .....	65
3. Eingriffslegitimation und Entscheidungsmaßstab .....	66
4. Das Vorgehen nach Standards .....	68
a) Die Anwendung auf den Einzelfall .....	69
b) Positive oder negative Eingrenzung im Rahmen des § 1643 BGB ..	72
IV. Zusammenfassung .....	76
B. Die Entscheidungskriterien .....	76
I. Kontrollbefugnis des Vormundschaftsgerichts.....	77
II. Entscheidungskriterien in rechtlicher Hinsicht .....	78
1. Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.....	79
a) Offensichtliche Unwirksamkeit .....	79
b) Wirksamkeitszweifel .....	80
aa) Aussetzung .....	81
bb) Versagung der Genehmigung ohne Sachprüfung.....	82
cc) Versagung bei hohem Prozeßrisiko.....	85
dd) Keine Versagung der Genehmigung ohne Sachprüfung .....	90
ee) Zusammenfassung .....	90
2. Bestehen einer Rechtspflicht .....	91

	<b>Inhaltsverzeichnis</b>	11
III.	Entscheidungskriterien rechtstatsächlicher Art .....	93
1.	Der lediglich rechtliche Vorteil im Sinne des § 107 BGB .....	94
2.	Grundsätze der wirtschaftlichen Vermögensverwaltung .....	95
a)	Geltung der Grundsätze für § 1643 BGB .....	95
b)	Einzelne Ausprägungen der Grundsätze .....	98
c)	Geschäftsrisiko .....	99
2.	Immaterielle Gesichtspunkte .....	101
a)	Wertung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht .....	102
b)	Gesetzessystematik .....	104
aa)	Anstand .....	107
bb)	Sittliche Pflicht .....	107
(1)	Familienfriede .....	108
(2)	Belange Dritter .....	109
(3)	Öffentliche Interessen .....	110
IV.	Gesamtabwägung .....	112
C.	Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts als Ermessensentscheidung? ...	115
I.	Problemstellung .....	115
II.	Das Ermessen im Zivilrecht .....	117
1.	Der weite Ermessensbegriff <i>Rittners</i> .....	118
2.	Die Lehre vom Tatbestandsermessen .....	118
3.	Ermessen als "Rechtsfolgermessen" .....	120
4.	Eigener Standpunkt .....	120
III.	Kriterien zur Ermessensbestimmung bei § 1643 BGB .....	123
D.	Nebenbestimmungen zur Entscheidung .....	126
I.	Grundsätze des § 36 VwVfG .....	127
II.	Modifizierende Ablehnung .....	129
III.	Zulässigkeit der Nebenbestimmungen .....	131
1.	Einzelne Nebenbestimmungen .....	131
a)	Befristung .....	131
b)	Bedingung .....	132
c)	Auflage .....	134
d)	Widerrufs- und Auflagenvorbehalt .....	136
2.	Weitere Voraussetzungen .....	137
	 <b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	 138
	 <b>Literaturverzeichnis</b>	 140



## Einleitung

§ 1643 BGB regelt das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu Rechtsgeschäften, die die Eltern für ihre Kinder vornehmen wollen. Die Vertretungsmacht der Eltern in vermögensrechtlichen Angelegenheiten wird durch diese Vorschrift erheblich eingeschränkt.<sup>1</sup> Die Erteilung der Genehmigung erscheint dennoch wenig spektakulär.

Gleichwohl rückte das Genehmigungserfordernis des § 1643 BGB in den Vordergrund wissenschaftlicher Auseinandersetzung, als das Bundesverfassungsgericht 1986 die Unvereinbarkeit der §§ 1643, 1629 Abs. 1 BGB mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG erklärte.<sup>2</sup> In dieser Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht allerdings nur mit der Frage auseinandergesetzt, ob der eng umrissene Kreis der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte ausreicht, den Minderjährigenschutz in hinreichendem Maße zu gewährleisten.

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit einer anderen Problematik. Soweit es um die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft geht, ist zwischen der Genehmigungspflicht und der Genehmigungsfähigkeit des Geschäfts zu unterscheiden. Die Frage, ob ein Geschäft genehmigungspflichtig ist, bereitet in der Regel wenig Probleme. Hier hilft ein Blick in das Gesetz. § 1643 Abs. 1 BGB verweist auf die Vorschriften der §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB, also auf einen abschließenden Katalog genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte.

Schwierigkeiten entstehen hingegen, soweit es um die Genehmigungsfähigkeit eines Rechtsgeschäfts geht. Hier schweigt das Gesetz. Ein tatbestandlich fixierter Maßstab oder gar ein Katalog abschließender Kriterien, die das Vormundschaftsgericht bei seiner Entscheidung zu beachten hat, fehlen. Zu der für die Eltern letztlich entscheidenden Frage, unter welchen Umständen die Genehmigung zu erteilen ist, sagt das Gesetz somit nichts.

Damit ist der Ausgangspunkt für diese Arbeit gefunden. Die Grenzziehung zwischen Elternrecht und staatlichem Wächteramt gehört zu den rechtspolitisch

---

<sup>1</sup> Staudinger-Engler § 1643 Rdnr. 2.

<sup>2</sup> BVerfGE 72, 155 = FamRZ 1986, 769 = NJW 1986, 1859 = BB 1986, 1248 = WM 1986, 828 = JZ 1986, 632 = JuS 1986, 806.

besonders umstrittenen Problemfeldern im geltenden Kindschaftsrecht.<sup>3</sup> Auch der Umfang der Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts wirft viele Fragen auf. Im Rahmen des § 1643 BGB kann es dem Vormundschaftsrichter nicht anheimgestellt sein, nach eigenem Belieben die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen. Die Grenzen seiner Entscheidung sind festzulegen.

Die vorliegende Arbeit gibt zunächst einen Überblick über die Ausprägungen, die das Genehmigungserfordernis in seiner geschichtlichen Entwicklung erfahren hat. Im Anschluß wird der Frage nachgegangen, ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verfassungsrechtliche Bezüge - insbesondere zu Art. 6 GG - aufweist.

Das letzte Kapitel der Arbeit beschäftigt sich mit der eigentlichen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Hier ist von zentraler Bedeutung, welcher Maßstab der Entscheidung zugrunde liegt. Anhand der ermittelten Ergebnisse wird aufgezeigt, welchen Grenzen das Vormundschaftsgericht bei seiner Entscheidung unterworfen ist. Dabei werden die durch Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien kritisch bewertet. Von Bedeutung ist ferner, ob dem Gericht ein Ermessen zusteht, dessen Grenzen nur beschränkt überprüfbar sind. Auch die Frage nach möglichen Nebenbestimmungen zur Entscheidung stellt sich in diesem Zusammenhang.

---

<sup>3</sup> *Schlüter*, Familienrecht, § 1 II 2 (S. 6).

## 1. Kapitel

### Die Entstehungsgeschichte des Genehmigungserfordernisses und die Funktion des Vormundschaftsgerichts

Gesetzliche Regelungsmechanismen erlauben staatliche Einflußnahmen auf das Eltern-Kind-Verhältnis. Bestandteil dieser Mechanismen ist das Genehmigungserfordernis des § 1643 BGB, das dem Vormundschaftsgericht Einwirkungen in vermögensrechtlicher Hinsicht gestattet.

Es erscheint heute selbstverständlich, daß der Staat auf familienrechtliche Verhältnisse Einfluß nehmen kann. Das Recht der elterlichen Sorge ist in einem pflichtbetont vormundschaftlichen Sinne ausgestaltet<sup>1</sup> und muß wegen der Gefahr eines möglichen Elternversagens staatlicher Einflußnahme zugänglich sein.

Der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Sorge kommt unter anderem darin zum Ausdruck, daß gesetzestechnische Verweise aus dem Recht der elterlichen Sorge in das Vormundschaftsrecht erfolgen. Gerade § 1643 BGB ist dafür ein gutes Beispiel, denn diese Norm nimmt Bezug auf die vormundschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11, 1825, 1828 bis 1831 BGB.

Allerdings wurde diese Einflußnahme durch das Vormundschaftsgericht auf das Eltern-Kind-Verhältnis als öffentliche Bevormundung der Eltern verstanden.<sup>2</sup> Vor allem die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1643 BGB spiegele "das bedauerliche Übermaß reiner äußerlicher Rechtsvorschriften" wider, die "leider" Ausdruck des den Inhabern elterlicher Gewalt entgegengebrachten Mißtrauens seien.<sup>3</sup>

Eine derartige Verkennung geschichtlicher Traditionen lenkt den Blick auf die Entstehungsgeschichte des Genehmigungserfordernisses und die Funktion des Vormundschaftsgerichts bei Anwendung des § 1643 BGB.

---

<sup>1</sup> So schon Motive, Band IV, S. 724.

<sup>2</sup> So *Fischer*, Familie und Erbe, S. 14: "Jedenfalls haben deutsche Eltern es nicht nötig, zu Vormündern herabgedrückt und dadurch in ihren Beziehungen zu ihren Kindern selbst öffentlich bevormundet zu werden."

<sup>3</sup> *Fischer*, Familie und Erbe, S. 13.