

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17. Jahrgang  
Oktober 2009  
ISSN 1434-3460

19/2009

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

FamFG §§ 7, 9, 40 Abs. 2, 41 Abs. 3, 46, 60, 61 Abs. 3, 67 Abs. 1, 158, 164, 275 und 276; BGB §§ 1828, 1829 – Familien-, betreuungs- und nachlassgerichtliche Genehmigungsverfahren nach Inkrafttreten des FamFG zum 1.9.2009

### Gutachten im Abruf-Dienst

## Rechtsprechung

RL 97/7/EG Art. 6; BGB § 357 Abs. 3 – Keine generelle Pflicht zum Nutzungsersatz bei Widerruf eines Fernabsatzvertrags

BGB § 307; BauGB Art. 11 Abs. 2; GG Art. 11 Abs. 1 – Unzulässigkeit einer 20-jährigen Bindungsdauer bei einem „Einheimischen-Modell“

BGB §§ 138 Abs. 1, 1822 Nr. 2, 1901; SGB XII §§ 2, 90 – Sittenwidrigkeit der Erbausschlagung eines Sozialhilfeempfängers

## Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**FamFG §§ 7, 9, 40 Abs. 2, 41 Abs. 3, 46, 60, 61 Abs. 3, 67 Abs. 1, 158, 164, 275 und 276; BGB §§ 1828, 1829**

**Familien-, betreuungs- und nachlassgerichtliche Genehmigungsverfahren nach Inkrafttreten des FamFG zum 1.9.2009**

### I. Sachverhalt

Zu einem Rechtsgeschäft wird eine familiengerichtliche (alternativ: betreuungsgerichtliche oder nachlassgerichtliche) Genehmigung benötigt (§§ 1821, 1822 BGB, ggf. i. V. m. § 1643, § 1908i oder § 1915 BGB).

Bezüglich der Abwicklung eines derartigen Vertrages und der vorsorgenden Vertragsgestaltung durch den Notar stellen sich nach Inkrafttreten des FamFG zum 1.9.2009 insbesondere folgende Rechtsfragen:

### II. Fragen

1. Für welche Genehmigungsverfahren finden die Regeln des FamFG Anwendung? Was gilt für bereits seit längerem laufende „Dauerverfahren“, wie Vormundschaften und Betreuungen?

2. Nach § 158 FamFG hat das Gericht dem minderjährigen Kind einen Verfahrensbeistand zu bestellen, nach § 276 FamFG dem Betreuten einen Verfahrenspfleger. Hat

das Gericht in den Genehmigungsfällen in jedem Fall zum Zweck der Bekanntgabe des Beschlusses einen Verfahrensbeistand bzw. einen Verfahrenspfleger zu bestellen?

3. Ist es zu empfehlen, dass die Beteiligten in der Urkunde einen Vorschlag für die Person des Verfahrensbeistandes machen, auch, um eine Prüfung zu ermöglichen, ob die erforderliche Bekanntgabe des Beschlusses an diesen erfolgt ist?

4. Muss der Genehmigungsbeschluss auch dem 14 Jahre alten Kind bzw. dem Betreuten bekannt gemacht werden?

5. Wird das Rechtsgeschäft trotz Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nicht wirksam (also z. B. Kaufvertrag mit Auflassung, so dass der Käufer kein Eigentum erwirbt), wenn die erforderliche Bekanntgabe unterbleibt?

6. Welche Beschwerdefrist gilt für einen materiell Rechtsbetroffenen (z. B. das minderjährige Kind), der zu einem Genehmigungsverfahren nicht ausdrücklich hinzugezogen wurde und auch nicht ordnungsgemäß – z. B. durch einen Verfahrenspfleger oder Verfahrensbeistand – vertreten war?

7. Kann eine Verfahrensbeschleunigung dadurch erreicht werden, dass die Beteiligten bereits bei Abschluss des Kaufvertrages auf die Beschwerde verzichten? Kann der Verzicht auf das Rechtsmittel bereits vor Ergehen der Entscheidung erfolgen (vgl. demgegenüber den Wortlaut von § 67 Abs. 1 FamFG)?

8. Genügt es, den noch nicht rechtskräftigen gerichtlichen Genehmigungsbeschluss für die Vertragsbeteiligten kraft Doppelvollmacht als Notar entgegenzunehmen und mitzuteilen?

9. Genügt es, dass nur zum Zeitpunkt der Mitteilung und der Empfangnahme des noch nicht rechtskräftigen gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses (und nicht auch zum Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit des Beschlusses) das Amt des Betreuers, Pflegers, Vormunds etc. fortbestand, um eine wirksame Mitteilung des Beschlusses aufgrund der Doppelvollmacht des Notars zu gewährleisten?

### III. Zur Rechtslage

#### Vorbemerkung

In Anbetracht der Fülle der derzeit zum FamFG erscheinenden Literatur möchten wir vorab darauf hinweisen, dass dieses Gutachten den **Meinungsstand Mitte September 2009** darstellt.

Für die notarielle Gestaltungspraxis sei insbesondere auf die folgenden Abschnitte 2., 3., 5. und 8. verwiesen, da die dort dargestellten Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage auch Auswirkungen auf die vorsorgende Vertragsgestaltung durch den Notar haben.

#### 1. Inkrafttreten des FamFG und Übergangsvorschriften

Gem. **Art. 112 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz bzw. FGG-RG)** trat das FamFG (das Art. 1 dieses umfangreichen Änderungsgesetzes bildet) am **1. September 2009 in Kraft**. Die **Übergangsvorschriften** für die Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit sind in **Art. 111 FGG-RG** enthalten (in der erheblich geänderten Fassung durch das Gesetz zur Reform des Versorgungsausgleiches; aktuelle Fassung beispielsweise abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de> unter dem Suchwort „FGG-RG“).

a) Art. 111 Abs. 1 FGG-RG sieht vor, dass für alle **Verfahren**, die vor dem 1.9.2009 eingeleitet oder deren Einleitung **vor dem 1.9.2009 beantragt** worden ist, noch die **alten Verfahrensregelungen des FGG** fortgelten. Diese Anordnung gilt nach den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/6308 vom 7.9.2007, S. 359) und der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur (vgl. nur Zimmermann, Das neue FamFG, 2009, Rn. 824 sowie Müther, in: Bork/Jacobi/Schwab, FamFG, 2009, Vor § 58 Rn. 18) nicht nur für die bei Inkrafttreten des FamFG aktuell laufende Instanz, sondern **für das gesamte Verfahren einschließlich des Rechtsmittelverfahrens** (Instanzenzug und einzulegendes Rechtsmittel).

Insoweit kann es also durchaus vorkommen, dass noch lange nach dem Inkrafttreten des FamFG – insbesondere bei Durchführung von Rechtsmittelverfahren – familiengerichtliche, vormundschaftsgerichtliche und nachlassgerichtliche Genehmigungen ergehen, bei denen das Verfahren nach den Vorschriften des FGG durchgeführt wurde. Insofern spielen die nachfolgend darzustellenden Neuerungen nach dem FamFG für diese Genehmigungsverfahren überhaupt keine Rolle (zum Nachweis z. B. gegenüber dem Grundbuchamt, dass ein Verfahren nicht den Vorschriften des FamFG unterlegen hat, vgl. die Ausführungen im **DNotI-Gutachten, Gutachten-Abruf-Nr. 96737** vom August 2009).

b) Art. 111 Abs. 2 – 5 FGG-RG enthalten dann aber Vorschriften, die den Grundsatz der Fortgeltung des FGG für Altverfahren erheblich einschränken. Aus notarieller Sicht ist hierbei die später eingefügte Regelung des **Art. 111 Abs. 2 FGG-RG** bedeutsam. Hiernach gilt jedes gerichtliche **Verfahren**, das **mit einer Endentscheidung abgeschlossen** wird, als **selbständiges Verfahren i. S. v. Abs. 1 S. 1**. Dies bedeutet, dass im Rahmen von Dauerverfahren, die bereits unter der Geltung des FGG eingeleitet wurden (z. B. Betreuungs-, Pflegschafts- oder Vormundschaftsverfahren), **Genehmigungsverfahren**, in denen eine Endentscheidung ergeht, als **eigenständige Verfahren** angesehen werden und daher dem FamFG unterliegen, wenn die Einleitung nach dem 1.9.2009 beantragt worden ist. Folglich ist – auch bei laufenden Dauerverfahren – für die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung stets das neue FamFG einschlägig, wenn der **Antrag auf Erteilung der Genehmigung nach dem 1.9.2009 gestellt** wird (Engelhardt, in: Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, Art. 111 FGG-RG Rn. 3; Heinemann, FamFG für Notare, 2009, Rn. 734 f.).

#### 2. Bestellung eines Verfahrensbeistands bzw. eines Verfahrenspflegers in Genehmigungsfällen?

##### a) Familiengerichtliche Genehmigungsverfahren

Für das Verfahren in Familiensachen bestimmt **§ 158 Abs. 1 FamFG** Folgendes: „(1) Das Gericht hat dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen, die seine Person betreffen, einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.“

Diese Vorschrift erfasst also alle die Person des Kindes betreffenden Kindschaftssachen i. S. v. § 151 FamFG. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass – entsprechend der Vorgängervorschrift des **§ 50 FGG** – diese Vorschrift nur Anwendung findet, wenn die **Angelegenheit die „Person des Kindes“ mittelbar oder unmittelbar betrifft**. Bzgl. dieser Vorschrift ist nun aber **fraglich**, ob sie überhaupt für Fälle anwendbar ist, in denen nur solche **Angelegenheiten** betroffen sind, die **allein das Vermögen des Kindes berühren** (das FamFG verwendet nämlich in der Regel die Begrifflichkeiten „Person des Kindes“ als Gegenbegriff zum „Vermögen des Kindes“ – vgl. nur § 159 Abs. 1 S. 2 und § 60 S. 1 und 2 FamFG).

Während in der **notarrechtlichen Literatur** weitestgehend eine **analoge Anwendung dieser Vorschrift** für Genehmigungsverfahren in vermögensrechtlichen Angelegenheiten befürwortet wird (so ausdrücklich Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 158) oder eine Anwendbarkeit von § 158 FamFG ohne Diskussion unterstellt wird (so Bolkart, Mitt-BayNot 2009, 268, 271 und Litzenburger, RNotZ 2009, 380, 381), mehren sich allerdings in der **außer-notarrechtlichen Literatur** die Stimmen, die davon ausgehen, dass es sich hierbei nicht nur um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, sondern diese **Vorschrift nicht** in vermögensrechtlichen Genehmigungsverfahren **angewandt werden kann** (so ausdrücklich Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 299; Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426; Engelhardt, in: Keidel, § 158 FamFG Rn. 4).

Geht man aber davon aus, dass der Anwendungsbereich des § 158 Abs. 1 FamFG (analog) auch in Verfahren zur familiengerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften vermögensrechtlicher Art eröffnet ist, so könnte es sich **empfehlen**, bereits in der notariellen Urkunde oder zumindest im Genehmigungsantrag an das Gericht die **Bestellung**

eines **Verfahrensbeistandes** zur Wahrung der Interessen des Kindes nach § 158 Abs. 1 FamFG **anzuregen**. U. E. dürfte dies auch gelten, wenn an dem Verfahren ein über 14-jähriges Kind beteiligt ist, das – was noch näher darzustellen sein wird – prinzipiell selbst am Verfahren teilnehmen und selbst Rechtsmittel einlegen kann. Der Notar wird regelmäßig nicht zuverlässig einschätzen können, ob das Kind genug „eigene Reife“ besitzt, um selbst die Folgen der Genehmigung des Rechtsgeschäfts und eines etwaigen Rechtsmittelverzichts zu überblicken. **In der Regel** dürfte das **Familiengericht besser in der Lage** sein zu **beurteilen**, ob zur Wahrung der Interessen des Kindes im Verfahren ein Verfahrensbeistand bestellt werden sollte.

Nach § 158 Abs. 1 FamFG entscheidet das Familiengericht (von Amts wegen) über die Bestellung eines Verfahrensbeistands; der Notar kann diese nur anregen. Eventuell könnte es sich aber als sinnvoll erweisen (auch im Hinblick auf eine effektive Vertretung des Minderjährigen im Verfahren), wenn der antragstellende Notar die Bestellung eines solchen Verfahrensbeistands anregt, falls er Zweifel hat, dass das Kind seine Interessen im Verfahren selbst angemessen wahrnehmen kann.

#### b) **Betreuungsrechtliche Genehmigungsverfahren**

Hat das Genehmigungsverfahren hingegen eine betreuungsrechtliche Genehmigung zum Gegenstand, so ist für den Betroffenen die Bestellung eines **Verfahrenspflegers nach § 276 FamFG** möglich (das FamFG hat bewusst eine **unterschiedliche Terminologie für den Verfahrensvertreter bei einer minderjährigen bzw. betreuten Person** gewählt, um den unterschiedlichen Aufgabenkreis dieser jeweiligen Personen auch nach außen kenntlich zu machen). Aus den „Regelbeispielen“ nach § 276 Abs. 1 S. 2 FamFG ergibt sich, dass ein **„regelmäßiges Bedürfnis“ für die Bestellung eines Verfahrenspflegers** in den Fällen der Notwendigkeit einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach dem Willen des Gesetzgebers **nicht bestehen** soll (vgl. Fröschle, in: Prütting/Helms, FamFG, 2009, § 276 Rn. 11: „im Einzelfall prüfen“). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach **§ 275 FamFG** in Betreuungssachen der **Betroffene** ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit in Abweichung von § 9 FamFG als **voll verfahrensfähig** eingestuft wird. Daher wird teilweise geschlussfolgert, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass im Regelfall der **Betreute seine Interessen insoweit selbst wahrnehmen** kann, so dass sich die Bestellung eines Verfahrenspflegers erübrigt (so Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 166).

Diese gesetzgeberische „Vermutung“, dass ein Betreuer seine Interessen selbst voll wahrnehmen kann, dürfte allerdings der **Realität häufig nicht entsprechen**. Im Zweifel wird der **Notar auch gar nicht** selbst einschätzen können, ob der Betreute fähig ist, seine Angelegenheiten eigenverantwortlich wahrzunehmen. Daher dürfte es wohl in der Rechtswirklichkeit „trotz“ § 275 FamFG angezeigt sein, die **Bestellung eines Verfahrenspflegers für den Betreuten anzuregen**, wenn der Notar Zweifel hat, dass der Betreute seine Interessen im Verfahren selbst ausreichend wahrnehmen kann.

#### c) **Nachlassgerichtliche Genehmigungsverfahren**

In Nachlasssachen schließlich ist das **Nachlassgericht** sachlich für **Nachlasspflegschaften** und auch die **Nachlassverwaltungen** zuständig (§ 342 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 8 FamFG). Eine besondere Regelung des Verfahrens bei Nachlasspflegschaften (die Nachlassverwaltung ist gem. § 1975 BGB ein Unterfall der Nachlasspflegschaft) erfolgte

durch den Gesetzgeber nicht. Er ist allerdings davon ausgegangen, dass **über § 340 Nr. 1 FamFG die Vorschriften des 3. Buches des FamFG** über Betreuungs- und Unterbringungssachen entsprechend gelten, da die Nachlasspflegschaften als betreuungsrechtliche Zuweisungssachen i. S. v. § 340 Nr. 1 FamFG anzusehen seien (so Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/6308 vom 7.9.2007, auf S. 283, nach der Kommentierung zu § 362 FamFG).

Dann aber gilt für die Vertretung von Personen, die am Verfahren nicht teilnehmen, insbesondere bezüglich unbekannter (Nach-)Erben, über § 340 Nr. 1 FamFG die **Vorschrift des § 276 Abs. 1 S. 1 FamFG entsprechend**. Da gerade der Fall einer Nachlassverwaltung die Grundlage der Entscheidung des **Bundesverfassungsgerichtes** vom 18.1.2000 (NJW 2000, 1709) bildete, in der das BVerfG die Notwendigkeit einer auch formalen Beteiligung des an einem solchen Verfahren materiell Beteiligten entwickelt hat, dürfte es **bei unbekanntem Erben durchweg geboten** sein, einen Verfahrenspfleger zur Wahrnehmung ihrer Interessen zu bestellen (so auch Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 173).

#### d) **Zwischenergebnis**

**Zusammenfassend** lässt sich feststellen, dass in allen Verfahren, die eine **familiengerichtliche, betreuungsgerichtliche oder nachlassgerichtliche Genehmigung** zum Gegenstand haben, die Bestellung eines **Verfahrensbeistandes bzw. Verfahrenspflegers** für die materiell beteiligten Minderjährigen, Betreuten oder unbekanntem Erben oder Nacherben beantragt werden kann. Wenn der Notar selbst Zweifel hat, ob die Interessen des Vertretenen im Verfahren angemessen wahrgenommen werden, bietet es sich daher an, im Genehmigungsantrag die Bestellung eines „Verfahrensvertreters“ anzuregen.

#### 3. **Vorschlag zur Person des Verfahrensbeistandes in der notariellen Urkunde?**

In der auf die notarielle Praxis ausgerichteten Literatur zum FamFG wird darauf hingewiesen, dass es allein schon **aus finanziellen Gesichtspunkten** ratsam sein könne, die Person des Verfahrensbeistandes bzw. Verfahrenspflegers in der notariellen Urkunde dem Gericht vorzuschlagen. Maßgebend hierfür ist insbesondere die **Vorschrift des § 158 Abs. 7 S. 2 FamFG**. Bestellt das Gericht nämlich eine Person, die berufsmäßig Verfahrensbeistandschaften führt, so erhält der Verfahrensbeistand für die Wahrnehmung seiner Aufgaben in jedem Rechtszug jeweils eine einmalige Vergütung von 350.– Euro. Diese Vorschrift (die erst durch ein nachträgliches Änderungsgesetz in der heutigen Form eingefügt und vom Bundesrat massiv bekämpft wurde) führt zu einem **erheblichen Kostenaufwand bei Bestellung eines berufsmäßigen Verfahrensbeistandes**. Schon aus diesem Grunde bietet es sich an, dem Gericht eine Person als Verfahrensbeistand „zu empfehlen“, die diese Angelegenheiten nicht berufsmäßig ausübt, sondern „ehrenamtlich“ im Interesse des Kindes etc. tätig wird.

#### 4. **Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses an das Kind bzw. den Betreuten selbst?**

##### a) **Allgemeines**

Nach **§ 41 Abs. 3 FamFG** ist ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekannt zu geben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, also dem **materiell beteiligten Minderjährigen, Betreuten oder den unbekanntem (Nach-)Erben**. Während sich bei unbekanntem Erben eine Bekannt-

gabe aufgrund der Natur der Sache als unmöglich erweist, scheint bei Minderjährigen oder Betreuten in vielen Fällen § 9 FamFG der Bekanntgabe an den Minderjährigen oder Betreuten selbst entgegenzustehen. Nach **§ 9 Abs. 1 FamFG** sind prinzipiell nur voll geschäftsfähige Personen für das FamFG verfahrensfähig. Des Weiteren legt **§ 9 Abs. 2 FamFG** fest, dass, soweit ein Geschäftsunfähiger oder ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter nicht verfahrensfähig ist, für ihn die nach bürgerlichem Recht dazu befugten Personen handeln. Dies würde vermuten lassen, dass die Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 FamFG für den Minderjährigen an dessen sorgeberechtigte Eltern oder den Vormund und für den nicht geschäftsfähigen Betreuten an den Betreuer zu erfolgen habe.

Diesbezüglich ist allerdings zu bedenken, dass in den meisten Fällen einer familiengerichtlichen, betreuungsgerichtlichen oder nachlassgerichtlichen Genehmigung die Eltern des Kindes, der Betreuer oder der Nachlasspfleger gerade den Antrag auf Genehmigung des Rechtsgeschäftes gestellt haben. Wie das **Bundesverfassungsgericht** in seinem Beschluss vom 18.1.2000 (NJW 2000, 1709, 1710 unter B. I. 3. b) zutreffenderweise festgestellt hat, kann aber eine **Vertretung des Minderjährigen oder Betreuten durch die Eltern oder den Betreuer dann nicht erfolgen**, wenn in dem Verfahren gerade die **Rechtmäßigkeit eines Handelns der Eltern oder des Betreuers festgestellt** werden soll. Insofern liegen **gegenläufige Interessen des Kindes/Betreuten und der Eltern/des Betreuers** vor. Insofern sei in diesen Genehmigungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit **§ 9 Abs. 2 FamFG** von Verfassungs wegen **einschränkend dahingehend auszulegen**, dass die Bekanntgabe der Entscheidung i. S. v. § 41 Abs. 3 FamFG nicht an den eigentlichen gesetzlichen Vertreter erfolgen kann (so ausführlich auch Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426).

Allerdings scheint es **noch nicht abschließend geklärt, wer anstelle der Eltern bzw. des Betreuers** die Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe der Entscheidung übernehmen kann, wenn entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes entgegengesetzte Interessen des Betreuers/der Eltern bestehen. Während ein Teil der **Literatur** (insbesondere in der notarrechtlichen Literatur) ohne nähere Begründung davon auszugehen scheint, dass insoweit **das Kind durch einen Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG bzw. der Betreute durch einen Verfahrensbeistand nach § 276 FamFG vertreten** werden kann (so z. B. Litzenburger, RNotZ 2009, 380, 381), wird in der **übrigen neuen Literatur** zum FamFG häufig darauf hingewiesen, dass nach **§ 158 Abs. 4 S. 6 FamFG** der Verfahrensbeistand ausdrücklich **nicht als gesetzlicher Vertreter des Kindes** agiert. Hierfür wird darauf verwiesen, dass der Verfahrensbeistand nur die Interessen des Kindes in dem Verfahren wahrnimmt, nicht aber außerhalb desselben. Dies stehe auch im Einklang mit der Vorschrift des **§ 9 Abs. 2 FamFG**, der ausdrücklich vorsehe, dass der selbst verfahrensunfähige Beteiligte **durch die nach bürgerlichem Recht dazu befugten Personen vertreten** werde.

Daher mehren sich die Stimmen, die davon ausgehen, dass eine **Bekanntgabe der Entscheidung statt an den verfahrensunfähigen Minderjährigen** nicht an dessen Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG gerichtet werden kann. Seien nun auch die Eltern wegen Interessenkonflikts im Sinne der BVerfG-Entscheidung an der Entgegennahme der Bekanntgabe der Genehmigungsentscheidung gehindert, so bleibe nichts anderes übrig, als nach bürgerlichem Recht einen **Ergänzungspfleger für das Kind** zu bestellen, der

lediglich die Aufgabe habe, diese gerichtliche Entscheidung entgegenzunehmen (so auch ausdrücklich Zorn, Rpfleger 2008, 421, 426; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 299 und Musielak/Borth, FamFG, 2009, § 158 Rn. 2).

Die vorstehenden allgemeinen Ausführungen gelten allerdings nur vorbehaltlich besonderer Regelungen, die diesbezüglich im FamFG bestehen. Insofern ist für die hier betroffenen Genehmigungsverfahren noch auf Folgendes hinzuweisen:

#### **b) Sonderregelung bei einer familiengerichtlichen Genehmigung (§ 164 i. V. m. § 60 FamFG)**

**§ 164 FamFG** ordnet die Bekanntgabe der Entscheidung an das Kind selbst an, wenn dieses Kind das **14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig** ist. Weitere Voraussetzung nach § 164 S. 1 FamFG ist, dass dem Kind das **Beschwerderecht** gegen die Entscheidung selbst zustehen muss. Damit **verweist § 164 S. 1 FamFG** zurück auf die **allgemeine Vorschrift des § 60 FamFG**. Diese sieht Folgendes vor:

#### **„§ 60 Beschwerderecht Minderjähriger.**

Ein Kind, für das die elterliche Sorge besteht, oder ein unter Vormundschaft stehender Mündel kann in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben. Das Gleiche gilt in sonstigen Angelegenheiten, in denen das Kind oder der Mündel vor einer Entscheidung des Gerichtes gehört werden soll. Dies gilt nicht für Personen, die geschäftsunfähig sind oder bei Erlass der Entscheidung das 14. Lebensjahr nicht vollendet haben.“

Während **§ 60 S. 1 FamFG** also die Fälle betrifft, in denen Entscheidungen über die Person des Kindes im Raum stehen (zu diesem Begriff vgl. bereits vorstehend unter 2.), dürften die **Fälle familiengerichtlicher Genehmigungsverfahren bei Minderjährigen** unter **§ 60 S. 2 FamFG** fallen (vgl. hierzu Bumiller/Harders, § 60 Rn. 10). Hiernach steht dem Minderjährigen selbst ein Beschwerderecht gegen die Entscheidung zu, wenn „das Kind ... vor einer Entscheidung des Gerichtes gehört werden soll.“

**Wann** eine solche **Anhörung notwendig** ist, beantwortet wiederum die **Vorschrift des § 159 FamFG**, der die persönliche Anhörung des Kindes in Familiensachen betrifft. Nach § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG hat das Gericht das Kind persönlich anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat. Allerdings sieht **§ 159 Abs. 1 S. 2 FamFG** einschränkend vor, dass von einer persönlichen Anhörung des Kindes abgesehen werden kann, wenn eine solche nach der Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist und das Verfahren ausschließlich das Vermögen des Kindes betrifft. U. E. ist es für das Beschwerderecht des Kindes nach § 164 S. 1 i. V. m. § 60 S. 2 FamFG ausreichend, dass eine (prinzipielle) Anhörungspflicht des Kindes nach § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG besteht, auch wenn hiervon für den Einzelfall abgewichen werden kann.

Dann aber führt die „Gesetzeskette“ in § 164 S. 1, § 60 S. 2, § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG dazu, dass ein **über 14-jähriges, nicht geschäftsunfähiges Kind ein eigenes Beschwerderecht** besitzt, wenn eine familiengerichtliche Genehmigung eines das Kind selbst betreffenden Rechtsgeschäftes ergeht. Zudem ergibt sich aus § 164 S. 1 FamFG, dass **dem Kind selbst die Entscheidung bekannt zu geben** ist (dies übersieht u. E. Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 163).

Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass nach **allgemeiner Auffassung** das **Beschwerderecht des Kindes bzw. Mündels neben das Beschwerderecht des gesetzlichen Vertreters** tritt (so: Bumiller/Harders, § 60 Rn. 1; Finke, in: Praxiskommentar FamFG, § 60 Rn. 1; Engelhardt, in: Keidel, § 60 Rn. 16). Auch wenn für das Kind ein Verfahrensbeistand in diesem Verfahren bereits nach § 158 FamFG bestellt war, besteht u. E. das selbständige Beschwerderecht des Kindes nach § 60 S. 2 FamFG **neben der Beschwerdeberechtigung des Verfahrensbeistands**, die aus der ausdrücklichen Anordnung in **§ 158 Abs. 4 S. 5 FamFG** folgt (vgl. hierzu: Stötzel, in: Praxiskommentar FamFG, § 158 Rn. 23 f.).

Hiernach ist **zusammenfassend** also Folgendes festzuhalten: Sofern um die **Genehmigung** eines Rechtsgeschäftes nachgesucht wird, welches das **Vermögen eines Minderjährigen betrifft**, und für diesen Minderjährigen ein **Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG (analog)** bestellt ist, so ist die **Entscheidung auf jeden Fall diesem Verfahrensbeistand bekannt zu geben**, da dieser mit der Bestellung zum Beteiligten des Verfahrens i. S. v. § 41 Abs. 1 FamFG geworden ist. Bei einem **über 14-jährigen Kind** muss **gem. § 164 S. 1 FamFG** abweichend von § 41 Abs. 3, § 9 Abs. 2 FamFG die **Bekanntgabe der Entscheidung zusätzlich an das Kind selbst** erfolgen. Insoweit würde also die Bestellung eines Verfahrensbeistandes in Fällen der Beteiligung eines über 14-jährigen Kindes zu einer Erhöhung der Anzahl der Personen führen, denen die Entscheidung bekannt zu machen ist und die selbst auch wieder rechtsmittelberechtigt sind. Andererseits ist zu bedenken, dass die Bestellung eines Verfahrensbeistandes auch für ein über 14-jähriges Kind von Verfassungen wegen her geboten sein könnte, da nicht immer sicher beurteilt werden kann, ob tatsächlich das über 14-jährige Kind in der Lage ist, seine Rechte im Verfahren ausreichend selbst wahrzunehmen. Diese Zweifel können nahelegen, **auch in Fällen der Beteiligung eines über 14-jährigen Kindes** bei Gericht die Bestellung eines **Verfahrensbeistands entsprechend § 158 FamFG anzuregen**.

### c) **Betreuungs- bzw. nachlassgerichtliche Genehmigung**

Hinsichtlich der betreuungs- bzw. nachlassgerichtlichen Genehmigung besteht eine gegenüber § 41 Abs. 3 i. V. m. § 9 Abs. 2 FamFG vorrangige Vorschrift, nämlich die Norm des **§ 275 FamFG**. Diese sieht vor, dass in Betreuungssachen der **Betroffene ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit als verfahrensfähig behandelt** wird (in nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren ist diese Norm wiederum über die Verweisung in § 340 Nr. 1 FamFG anwendbar).

§ 275 FamFG sieht vor, dass in betreuungs- und nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren geschäftsunfähige Personen als verfahrensfähig behandelt werden. Als generelle Ausnahme von § 9 Abs. 1 FamFG für das betreuungsgerichtliche Genehmigungsverfahren ist festzuhalten, dass auch die **Bekanntgabe der Entscheidung** i. S. v. § 41 Abs. 3 FamFG **an den Geschäftsunfähigen möglich** ist, da für diesen dann auch die Vorschrift des § 9 Abs. 2 FamFG nicht mehr gilt. Zudem führt § 275 FamFG zu einer eigenen **Beschwerdebefugnis des Betreuten** unabhängig von der Entscheidung des Betreuers über die Einlegung einer Beschwerde (vgl. hierzu auch Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 166 und 170).

Folglich ist für das **betreuungsgerichtliche Verfahren** festzuhalten, dass in diesem die Entscheidung auf jeden Fall gem. §§ 275, 41 Abs. 3 FamFG dem **Betreuten selbst bekannt zu geben** ist und dieser **selbst entscheiden** kann, ob er **Rechtsmittel** einlegen will. Hier ist aber wiederum (vgl. bereits vorstehend unter 2.) darauf hinzuweisen, dass es **im Regelfall für den Notar nicht ermittelbar** sein wird, ob der **Betreute tatsächlich auch selbst in der Lage** ist, seine Rechte umfassend selbst wahrzunehmen und unabhängig über die Einlegung eines Rechtsmittels zu entscheiden. Daher dürfte es sich i. d. R. empfehlen, **in solchen Fällen bei Gericht die Bestellung eines Verfahrenspflegers nach § 276 FamFG anzuregen**.

### 5. **Wirkung des Rechtskraftzeugnisses (§ 46 FamFG)**

Gem. **§ 40 Abs. 1 FamFG** wird ein Beschluss eines Gerichts in den Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit grundsätzlich mit der Bekanntgabe an den Beteiligten, für den er nach seinem wesentlichen Inhalt bestimmt ist, unmittelbar wirksam. Hiervon hat der Gesetzgeber allerdings eine Ausnahme für den Fall gemacht, dass der Beschluss die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes zum Gegenstand hat. Um der bereits mehrfach erwähnten **Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 18.1.2000** (NJW 2000, 1709) Rechnung zu tragen, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, in sämtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit **das bisher übliche „Vorbescheidsverfahren“ durch ein Verfahren der aufgeschobenen Rechtskraft zu ersetzen**. **§ 40 Abs. 2 FamFG** bestimmt daher für Beschlüsse, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes zum Gegenstand haben, dass diese **erst mit Rechtskraft wirksam** werden.

Zur Erleichterung des Rechtsverkehrs gerade für Genehmigungsfälle hat der Gesetzgeber in **§ 46 FamFG** für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstmals eine Bestimmung über ein **Rechtskraftzeugnis** aufgenommen. Dieses Rechtskraftzeugnis dient als Nachweis des Eintritts der formellen Rechtskraft (Bumiller/Harders, § 46 FamFG Rn. 1; Engelhardt, in: Keidel, § 46 FamFG Rn. 1).

Das Rechtskraftzeugnis in § 46 FamFG ist nach allgemeiner Auffassung – und auch nach der Gesetzesbegründung – **§ 706 ZPO nachgebildet**. Für diese Vorschrift ist anerkannt, dass ein Rechtskraftzeugnis i. S. v. § 706 ZPO die **Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde i. S. v. § 418 ZPO besitzt** (vgl. nur: Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 706 Rn. 2). Es erbringt also gem. § 418 Abs. 1 ZPO den **vollen Beweis der in dem Zeugnis festgehaltenen Tatsachen**. Andererseits sieht **§ 418 Abs. 2 ZPO** ausdrücklich vor, dass der **Beweis der Unrichtigkeit** der bezeugten Tatsachen **weiterhin zulässig** bleibt.

Hieraus wird – sofern dieses Problem angesprochen wird – in der notarrechtlichen Literatur u. E. zutreffend geschlossen, dass mit der Erteilung des Rechtskraftzeugnisses **kein „guter Glaube“ an die wirksame Genehmigung** des Rechtsgeschäftes durch das Gericht verbunden ist. Daher ist für die Frage der Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung nicht das Rechtskraftzeugnis nach § 46 FamFG maßgebend, sondern vielmehr die „tatsächliche Rechtslage“ (so insbesondere Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17 und FamFG für Notare, Rn. 138; in diesem Sinne wohl auch Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 272).

Andererseits darf der **Notar** (auch im Hinblick auf die Vorschrift des § 53 BeurkG) u. E. **im Regelfall darauf vertrauen**, dass die **im Rechtskraftzeugnis wiedergege-**

benen Tatsachen richtig sind (vgl. eben auch § 418 Abs. 1 ZPO). Die Prüfung des Eintritts der Rechtskraft der Genehmigungsentscheidung ist – wie die textliche Verortung von § 46 FamFG zeigt – gerade **Aufgabe des befassen Gerichts**. Eine standardisierte Kontrolle des Gerichts durch den Notar ist u. E. nicht geboten.

Hat der Notar **keine anderen Anhaltspunkte**, muss er u. E. **davon ausgehen**, dass das **Rechtskraftzeugnis zurecht erteilt** wurde und die Genehmigungsentscheidung tatsächlich nach § 40 Abs. 2 FamFG wirksam geworden ist. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn der **Notar positive Kenntnis davon hat**, dass das Rechtskraftzeugnis nicht korrekt ist, weil er beispielsweise weiß, dass die Entscheidung einem materiell Beteiligten nicht zugestellt wurde.

#### **6. Lauf der Beschwerdefrist bei fehlender Bekanntgabe an einen materiell Rechtsbetroffenen?**

Es fragt sich, wie es sich auf den Lauf der Rechtsmittelfrist auswirkt, wenn eine Person, die materiell in ihren Rechten betroffen ist, trotzdem nicht ordnungsgemäß zum Verfahren hinzugezogen wurde und auch eine Bekanntgabe der Entscheidung i. S. v. § 41 Abs. 3 FamFG ihr gegenüber nicht erfolgt ist.

Hierzu werden in der Literatur verschiedene Auffassungen vertreten:

##### **a) § 63 Abs. 2 S. 2 FamFG**

*Litzenburger* (RNotZ 2009, 380, 381) geht davon aus, dass die Rechtsmittelfrist von zwei Wochen (§ 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) für einen „**vergessenen Beteiligten**“ (so die Bezeichnung bei Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 140) **nach § 63 Abs. 3 S. 2 FamFG spätestens fünf Monate nach Erlass des Beschlusses beginnt**, wenn die Bekanntgabe an diese Person nicht bewirkt wurde.

##### **b) Kein Anlauf der Rechtsmittelfrist**

Demgegenüber soll nach *Bolkart* (MittBayNot 2009, 268, 270 linke Sp. oben bzw. S. 272) die **Rechtsmittelfrist** gegenüber einer überhaupt nicht am Verfahren beteiligten Person **gar nicht zu laufen beginnen**.

##### **c) Ablauf der Beschwerdefrist für sämtliche formell Beteiligten**

*Bumiller/Harders* (§ 63 Rn. 6), *Finke* (in Praxiskommentar FamFG, § 63 Rn. 7), *Sternal* (in: Keidel, § 63 Rn. 44), *Krauß* (in: 7. Jahresarbeitstagung des Notariats, S. 30) und wohl auch *Reinken* (in: Horndasch/Viefhues, § 63 Rn. 8) vertreten, dass die Fristen des § 63 Abs. 3 FamFG nur für einen Beteiligten gelten, der am erstinstanzlichen Verfahren auch tatsächlich beteiligt war. Für eine **nicht am erstinstanzlichen Verfahren beteiligte Person** soll hingegen die **Beschwerdefrist so lange laufen**, bis die **Beschwerdefrist i. S. v. § 63 Abs. 3 FamFG für den letzten Beteiligten des erstinstanzlichen Verfahrens abgelaufen** ist. Diese **Auffassung** rührt aus der **Gesetzesbegründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages** her (BT-Drs. 16/9733 v. 23.6.2008, S. 289). Insbesondere wollte der Rechtsausschuss mit einer Umformulierung von § 63 Abs. 3 FamFG klarstellen, dass die dortigen Vorschriften nur für eine Person gelten, die tatsächlich am bisherigen Verfahren beteiligt war, nicht aber für einen „vergessenen“ Beteiligten.

##### **d) Stellungnahme**

Mit Blick auf den Gesetzeswortlaut, die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck von § 63 Abs. 2 S. 2

FamFG ist die **Auffassung von Litzenburger abzulehnen**, dass auch der „vergessene Beteiligte“ spätestens fünf Monate nach Erlass des Beschlusses diesen „gegen sich gelten lassen müsse“. Gegen die in der Kommentarliteratur herrschende Auffassung (oben unter c)), die sich auf die Stellungnahme des Rechtsausschusses beruft, werden aber mit gewichtigen Argumenten die **grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 18.1.2000** (NJW 2000, 1709) und der aus dieser Entscheidung folgende Auftrag an den Gesetzgeber zur Neugestaltung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ins Feld geführt. In diesem Beschluss hatte das Bundesverfassungsgericht gerade gerügt, dass es unter Geltung des FGG nach der damaligen Gesetzesfassung möglich war, dass einer materiell am Verfahren „interessierten“ Person, die nicht am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beteiligt wurde, überhaupt keine Möglichkeit eröffnet war, gegen die Entscheidung Rechtsmittel einzulegen.

Die Auffassung, die der Rechtsausschuss in seiner Begründung vertreten hat, würde dazu führen, dass materiell in ihren Rechten betroffene Personen, die von diesem Verfahren überhaupt keine Kenntnis bekommen hatten und denen auch die Entscheidung nie bekannt gegeben wurde, dennoch in recht kurzer Frist ihr Beschwerderecht verlieren könnten. Wie *Bolkart* (MittBayNot 2009, 268, 272) herausgearbeitet hat, dürfte diese Rechtsfolge mit der Forderung des Bundesverfassungsgerichts nicht in Einklang zu bringen sein. *Bolkart* (a. a. O.) und *Heinemann* (FamFG für Notare, Rn. 140 bis 142) sowie wohl auch *Abramenko* (in: Prütting/Helms, § 63 FamFG Rn. 7) fordern daher aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 19 Abs. 4 GG), dass für den vergessenen Beteiligten keine Frist zur Rechtsmittelinlegung läuft, bis ihm die ihn betreffende Entscheidung tatsächlich mitgeteilt worden sei.

Aufgrund dieses disparaten Meinungsstands kann die Frage der Rechtsmittelfrist für den „vergessenen“ Rechtsbetroffenen noch nicht abschließend entschieden werden.

#### **7. Verzicht auf die Beschwerdemöglichkeit?**

Nach **§ 67 Abs. 1 FamFG** ist die Beschwerde unzulässig, wenn der Beschwerdeführer hierauf nach Bekanntgabe des Beschlusses durch Erklärung gegenüber dem Gericht verzichtet hat. Damit steht fest, dass auch im FamFG-Verfahren ein **Rechtsmittelverzicht grundsätzlich zulässig ist**, wenn er nach Erlass des Beschlusses erklärt wird. Dies entsprach bereits der Auffassung zum FGG. Die **Regierungsbegründung zum FamFG-Entwurf** führt jedoch zu § 67 Abs. 1 FamFG wie folgt weiter aus: „Abs. 1 regelt, dass gegenüber dem Gericht ein wirksamer Rechtsmittelverzicht sowohl **vor** als auch **nach** Erlass des Beschlusses möglich ist. Nach einhelliger Ansicht war bereits auf Grundlage des geltenden Rechts nach Erlass des Beschlusses ein Verzicht auf die Beschwerde statthaft; dagegen ist streitig, ob ein einseitiger Verzicht auf ein Rechtsmittel auch bereits vor Erlass des Beschlusses abgegeben werden kann (Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 15. Aufl. 2003, Rn. 99, 100 zu § 19 m. w. N.). Die Vorschrift eröffnet nunmehr einheitlich im Interesse einer möglichst frühzeitigen Rechtsklarheit für alle Beteiligten die Möglichkeit, sowohl vor als auch nach Erlass des Beschlusses gegenüber dem Gericht wirksam auf Rechtsmittel zu verzichten“ (BT-Drs. 16/6308 v. 7.9.2007, S. 207).

Diese **Begründung entsprach** noch der **Gesetzesfassung des Referentenentwurfs** zum FamFG (§ 70 der damaligen

Fassung; vgl. Finke, in: Praxiskommentar FamFG, § 67 Rn. 2). Schon der **Gesetzesentwurf der Bundesregierung** spricht aber ausdrücklich in § 67 Abs. 1 FamFG davon, dass (erst) „nach **Bekanntgabe** des Beschlusses durch Erklärung gegenüber dem Gericht“ auf das Rechtsmittel verzichtet werden kann.

#### a) Verzicht auch vor Bekanntgabe

Ein Teil der Literatur ist jedoch der Auffassung, dass diese **Textfassung von § 67 Abs. 1 FamFG lediglich ein gesetzgeberisches Versehen** ist und – entsprechend den Ausführungen zur Gesetzesbegründung – ein Verzicht auf das Rechtsmittel auch vor Erlass der Entscheidung möglich ist (so: Heinemann, DNotZ 2009, 6, 18 und FamFG für Notare, Rn. 152; Reinken, in: Horndasch/Viefhues, § 67 Rn. 3; Zimmermann, Das neue FamFG, Rn. 170).

#### b) Verzicht erst nach Bekanntgabe

Die **herrschende Gegenauffassung** beruft sich allerdings darauf, dass diese **Auffassung des Gesetzgebers nicht in den Gesetzestext Eingang** gefunden hat. Sie plädiert daher dafür, entsprechend dem ausdrücklichen Text von § 67 Abs. 1 FamFG einen Rechtsmittelverzicht nur nach Bekanntgabe der Entscheidung zuzulassen (so: Litzemberger, RNotZ 2009, 380, 383; Sternal, in: Keidel, § 67 FamFG Rn. 5; Abramenko, in: Prütting/Helms, § 67 FamFG Rn. 2; Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 273 und – allerdings ohne näheres Eingehen auf die abweichende Gesetzesbegründung – Müther, in: Bork/Jacoby/Schwab, § 67 FamFG Rn. 5 sowie Bumiller/Harders, § 67 FamFG Rn. 3; unklar, aber wohl auch in diese Richtung: Finke, in: Praxiskommentar FamFG, § 67 Rn. 2 a. E.).

#### c) Stellungnahme

Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts spricht u. E. für die letztgenannte Ansicht. Aufgrund des **gespaltenen Meinungsbildes** kann dieser **Streit vom Deutschen Notarinstitut aber nicht abschließend entschieden** werden. Dennoch erscheint es empfehlenswert, den **Rechtsmittelverzicht erst nach Bekanntgabe** der Entscheidung zu erklären.

### 8. Zeitpunkt des „Gebrauchmachens“ von der Doppelvollmacht für den Notar

Das FGG-Reformgesetz hat die Vorschriften der §§ 1828, 1829 BGB unverändert gelassen. Insoweit besteht weiterhin die Notwendigkeit, zur Herbeiführung der Wirksamkeit des Vertrages die Genehmigung seitens der Eltern, des Vormunds, Betreuers oder Pflegers in Empfang zu nehmen, sie dem anderen Vertragsbeteiligten mitzuteilen und für den anderen Vertragsbeteiligten die mitgeteilte Genehmigung in Empfang zu nehmen. Insoweit gehen **sämtliche Ausführungen zur Vertragsgestaltung** bei einer familiengerichtlichen, betreuungsgerichtlichen oder nachlassgerichtlichen Genehmigung auch nach dem FamFG davon aus, dass die **Einfügung einer sog. Doppelvollmacht in den Notarvertrag erforderlich ist** (statt aller: Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 146).

Insoweit stellt sich aber die Frage, ob der Notar die **Doppelvollmacht** bereits ausüben kann, wenn ihm die **Genehmigung** mangels Ablauf der Rechtsmittelfrist der Beteiligten **noch nicht wirksam** vorliegt (§ 40 Abs. 2 FamFG).

Eine **ausdrückliche Stellungnahme** zu dieser Frage kann den bisher vorliegenden Kommentierungen zu §§ 1828, 1829 BGB **nicht entnommen** werden, da diese Kommen-

terungen noch von der Rechtslage unter dem FGG ausgehen, mithin von der sofortigen Wirksamkeit eines solchen Genehmigungsbeschlusses (zweifelnd in dieser Frage auch: Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 273 linke Sp. oben). Dennoch lassen sich u. E. aus dem **Gesetzeszweck von § 1829 BGB** Folgerungen ziehen: Diese Vorschrift soll erreichen, dass der Vormund (die Eltern, der Betreuer, der Pfleger) die letzte Instanz ist, die über die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte entscheidet. Dann muss aber u. E. zu diesem Zeitpunkt feststehen, ob die gerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäftes wirksam erfolgt ist.

Dieser **Auffassung** scheint auch der **Gesetzgeber des FGG-Reformgesetzes** gewesen zu sein, der in der **Be-gründung der Neufassung der Frist in § 1829 Abs. 2 BGB** Folgendes ausführt (BT-Drs. 16/6308 v. 7.9.2007, S. 347):

„Für den Fall, dass kein Rechtsmittelverzicht erlangt werden kann, muss bis zum Eintritt der Rechtskraft zumindest die zweiwöchige Frist verstreichen. Die zweiwöchige Frist zur Mitteilung der Genehmigung, die ohne Rechtskraft des Beschlusses selbst nicht wirksam ist, ist daher entsprechend um zwei Wochen zu verlängern.“

Daher gehen wir davon aus, dass **erst bei einer rechtskräftigen Genehmigung** von der **Doppelvollmacht** Gebrauch zu machen sein wird (a. A. Litzemberger, der davon ausgeht, es handele sich um einen zweigliedrigen Tatbestand, bei dem die Reihenfolge zwischen Wirksamkeit der Genehmigung und Mitteilung der Genehmigung auch umgekehrt werden könne; insoweit geschehe die Mitteilung der Genehmigung also unter dem „Vorbehalt“ des späteren Eintritts der Rechtskraft der Entscheidung).

### 9. Fortbestehen des Amtes des Betreuers, Pflegers oder Vormunds bis zur Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses erforderlich?

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich u. E. auch die Beantwortung der abschließend gestellten Frage. Kann von der Doppelvollmacht durch den Notar erst Gebrauch gemacht werden, wenn die Genehmigungsentscheidung nach § 40 Abs. 2 FamFG wirksam geworden ist, so muss auch das **Amt des Pflegers, Betreuers, Vormunds etc. bis zu diesem Zeitpunkt fortbestehen**, da **nur kraft dieses Amtes dem anderen Vertragsteil eine Mitteilung i. S. v. § 1829 BGB gemacht werden kann**. Verliert die fragliche Person diese Eigenschaft bis zu diesem Zeitpunkt, so nützt u. E. die dem Notar erteilte Doppelvollmacht nichts.

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie im Abruf-Dienst entweder per Fax-Abruf (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8) oder im Internet (unter [www.dnoti-online-plus.de](http://www.dnoti-online-plus.de)) anfordern. Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.