

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17. Jahrgang
Juni 2009
ISSN 1434-3460

12/2009

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1626, 1626a, 1944, 1643 – Familiengerichtliche Genehmigung bei Ausschlagung durch sorgeberechtigtes Elternteil und nachträgliche Abgabe einer Sorgeerklärung

BGB § 1600; LPartG § 9 Abs. 7 – Heterologe Insemination bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 1606, 1614, 329 – Kein konkludentes Freistellungsversprechen durch Vereinbarung der Eltern über Begrenzung des Kindesunterhalts

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 8 Abs. 4 Nr. 2, 10 Abs. 1 S. 4, 35 Abs. 2; BGB § 181 – Zur Vertretungsregelung bei Gründung einer Unternehmungsgesellschaft nach Musterprotokoll

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1626, 1626a, 1944, 1643 Familiengerichtliche Genehmigung bei Ausschlagung durch sorgeberechtigtes Elternteil und nachträgliche Abgabe einer Sorgeerklärung

I. Sachverhalt

Nach dem Tod des ledigen und kinderlosen Erblassers kam u. a. der Vater eines minderjährigen Kindes als Erbe in Betracht. Er hat die Erbschaft ausgeschlagen. In der gleichen Urkunde schlug auch die Mutter seines außerhalb einer Ehe geborenen minderjährigen Sohnes als alleinige Sorgeberechtigte für das Kind die Erbschaft aus. Die Ausschlagungserklärungen sind dem Nachlassgericht zugegangen. Ferner wurde bei dem zuständigen Familiengericht die Genehmigung der Ausschlagung beantragt.

Kurz darauf haben die Eltern eine gemeinsame Sorgeerklärung i. S. v. § 1626a BGB abgegeben. Das Familiengericht teilt daraufhin mit, nun sei gem. § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB keine Genehmigung mehr erforderlich. Es genüge eine weitere Ausschlagungserklärung des nunmehr sorgeberechtigten Vaters.

II. Frage

1. Ist es richtig, dass das Genehmigungserfordernis nachträglich entfallen ist und der Vater des Kindes als nunmehr Sorgeberechtigter für dieses ausschlagen muss?

2. Wenn ja, wann beginnt die Frist, innerhalb derer er ausschlagen muss, zu laufen?

III. Zur Rechtslage

1. Vertretung des minderjährigen Kindes

Gem. § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB umfasst die **elterliche Sorge** auch die **Vertretung des Kindes**. Das Kind wird also von seinen sorgeberechtigten Eltern vertreten.

Im vorliegenden Fall hatte zunächst die Mutter gem. § 1626 Abs. 2 BGB die alleinige elterliche Sorge und vertrat insofern ihr Kind auch allein. Erst durch die Abgabe der **gemeinsamen Sorgeerklärung** i. S. v. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB steht das Sorgerecht nunmehr beiden Elternteilen zu. Die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung führt dazu, dass ohne weiteres die gemeinsame Sorge eintritt. **Entscheidender Zeitpunkt** ist die **Abgabe der Sorgeerklärung** (MünchKomm-Huber, 5. Aufl. 2008, § 1626a BGB Rn. 19; Bamberger/Roth/Veit, 2. Aufl. 2008, § 1626a BGB Rn. 4). Das gemeinsame Sorgerecht der Eltern entsteht also erst mit Abgabe der Sorgeerklärung mit **Wirkung ex nunc**. Eine Rückwirkung ist hiermit nicht verbunden. Die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung durch die Eltern hat also nichts daran geändert, dass das Sorgerecht zunächst allein der Mutter zustand und das Kind auch zunächst allein durch die Mutter vertreten wurde. Diese konnte folglich die Ausschlagungserklärung für das Kind abgeben. Die Ausschlagungserklärung wird mit Zugang beim Nachlassgericht wirksam (MünchKomm/Leipold, 45. Aufl. 2004, § 1945 BGB Rn. 2; Soergel/Stein, 13. Aufl. 2002, § 1945 BGB Rn. 2). Die Frage, wie sich eine nach Zugang beim Nachlassgericht eintretende Änderung der Sorgeberechti-

gung auswirkt, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht thematisiert. Nach allgemeinen Grundsätzen dürfte es aber ausreichen, dass die Mutter im Zeitpunkt des Zugangs der Ausschlagungserklärung allein zur Vertretung des Kindes berechtigt war. Daran dürfte auch die Tatsache, dass die familiengerichtliche Genehmigung noch nicht erteilt war, nichts ändern, denn § 1831 S. 1 BGB findet auf die Erbausschlagung keine Anwendung (Staudinger/Engler, Bearb. 2004, § 1831 BGB Rn. 12; Soergel/Zimmermann, 13. Aufl. 2000, § 1831 BGB Rn. 5). Es reicht vielmehr, wenn die Genehmigung nachträglich erteilt wird.

2. Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung

Gem. § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB, § 1822 Nr. 2 BGB bedürfen **Eltern, die nicht Erbe geworden sind**, für eine **Erbausschlagung im Namen ihres Kindes** der **Genehmigung des Familiengerichts**. Hiervon macht § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB für den Fall eine Ausnahme, dass der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt. In diesen Fällen ist die Genehmigung nur erforderlich, wenn das Elternteil neben dem Kind zur Erbfolge berufen war. Die **Genehmigungsfreiheit** der Ausschlagung setzt aber voraus, dass der **Anfall der Erbschaft auf der Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils beruht** (Ivo, ZEV 2002, 309, 311; Staudinger/Engler, § 1643 BGB Rn. 42). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 1643 Abs. 2 BGB.

In dem Fall der Ausschlagung durch die allein sorgeberechtigte Mutter, die nicht zugleich Erbin geworden ist, bedarf es also grundsätzlich der familiengerichtlichen Genehmigung. Dagegen bedarf es grundsätzlich keiner familiengerichtlichen Genehmigung, wenn aufgrund einer gemeinsamen Sorgeerklärung das Sorgerecht beiden Elternteilen zusteht und ein Elternteil Erbe geworden ist. In diesem Fall greift grundsätzlich die Ausnahmenvorschrift des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB ein.

Für den **vorliegenden Fall** ist damit festzuhalten, dass – zumindest bis zur Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung – eine gerichtliche Genehmigung erforderlich war, da die zunächst allein sorgeberechtigte Mutter nicht Erbin geworden ist und insofern der Anfall an das Kind nicht durch Ausschlagung durch ein vertretungsberechtigtes Elternteil eingetreten ist.

3. Keine Änderung der Rechtslage durch Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung

Fraglich ist nun, ob sich an dieser Rechtslage durch die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung etwas ändert. Das Familiengericht vertritt im vorliegenden Fall die Auffassung, dass nach Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB anwendbar wäre. Ausdrückliche Stellungnahmen zu dieser Frage liegen nicht vor.

Der Ansicht des Familiengerichts dürfte allerdings nicht zu folgen sein. § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB setzt – wie sich bereits aus seinem Wortlaut ergibt – voraus, dass der Anfall bei dem Kind aufgrund der Ausschlagung der Erbschaft durch ein vertretungsberechtigtes Elternteil eingetreten ist. Der **ausschlagende Elternteil muss bereits im Zeitpunkt seiner Ausschlagung zur Vertretung des Kindes berechtigt sein** (Ivo, ZEV 2002, 309, 311; Staudinger/Engler, § 1643 BGB Rn. 42). Wird die Ausschlagung durch ein nicht vertretungsberechtigtes Elternteil erklärt, so tritt der Anfall i. S. v.

§ 1643 Abs. 2 S. 2 BGB eben nicht aufgrund der Ausschlagung durch ein vertretungsberechtigtes Elternteil ein.

Ivo bildet den vergleichbaren Fall, dass der Vater Erbe geworden ist und die Erbschaft auch ausgeschlagen hat. Kurz danach haben die Eltern eine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben und sodann gemeinsam die Ausschlagung für das Kind erklärt. Auch in diesem Fall ist § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB nicht anwendbar, da § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB voraussetzt, dass der Anfall bei dem Minderjährigen auf der Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils beruht. Der Vater war aber zum Zeitpunkt der Ausschlagungserklärung für sich selbst noch nicht vertretungsberechtigtes Elternteil für das Kind, da die Sorgeerklärung erst nach seiner eigenen Ausschlagungserklärung abgegeben wurde (Ivo, ZEV 2002, 309, 311). Lediglich wenn die Sorgeerklärung vor der eigenen Ausschlagungserklärung abgegeben wird, bedarf es in Anwendung von § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB keiner familiengerichtlichen Genehmigung.

Damit ergibt sich, dass hier für die durch die Mutter abgegebene Ausschlagungserklärung eine **familiengerichtliche Genehmigung** erforderlich ist, da der Anfall an den Minderjährigen nicht aufgrund der Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils eingetreten ist. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB.

4. Ausschlagungsfrist

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass eine wirkungsvolle Ausschlagung durch die Mutter vorliegt und lediglich noch die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, so ist die Frage der Ausschlagungsfrist nicht weiter zu thematisieren. Es kommt darauf an, ob die Mutter innerhalb der Frist ausgeschlagen hat. Ist aber noch keine wirksame Ausschlagung erfolgt, so stellt sich in der Tat die Frage, wie sich die spätere Abgabe der Sorgeerklärung auf die Frist auswirkt: Grundsätzlich beginnt die Ausschlagungsfrist beim Minderjährigen, sofern die vertretungsberechtigten Eltern Kenntnis erlangen (statt aller: Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, § 1944 BGB Rn. 12). Da zunächst die Mutter allein sorgeberechtigt war, war ihre Kenntniserlangung ausreichend, um die Ausschlagungsfrist in Gang zu setzen. Allerdings führt der Wegfall des gesetzlichen Vertreters dazu, dass die Frist von neuem zu laufen beginnt, da nunmehr die zur Entscheidung berufene Person die Entscheidung über die Ausschlagung treffen muss (Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, § 1944 BGB Rn. 9; Palandt/Edenhofer, 69. Aufl. 2009, § 1944 BGB Rn. 7). Dies gilt allerdings nur, wenn der Wegfall des gesetzlichen Vertreters vor Ablauf der Frist stattfand.

Wurde also die gemeinsame Sorgeerklärung vor Ablauf der ursprünglich durch Kenntniserlangung der Mutter in Gang gesetzten Ausschlagungsfrist abgegeben und ist noch keine Ausschlagung durch die Mutter erfolgt, so dürfte die Ausschlagungsfrist neu zu laufen begonnen haben, da nunmehr für die Ausschlagungserklärung beide Elternteile zuständig waren. In diesem Fall bedarf es aber keiner neuen Kenntniserlangung, da der neue Vertreter die Rechtslage so hinnehmen muss, wie er sie vorfindet (Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, a. a. O.; Palandt/Edenhofer, a. a. O.). Die neue Frist beginnt also unmittelbar nach Abgabe der Sorgeerklärung. War zum Zeitpunkt der Abgabe der Sorgeerklärung die Ausschlagungsfrist dagegen schon abgelaufen, wird keine neue Ausschlagungsfrist in Gang gesetzt.

BGB § 1600; LPartG § 9 Abs. 7 Heterologe Insemination bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern

I. Sachverhalt

Zwei Frauen, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, wollen ihren Kinderwunsch erfüllen. Ein Mann, welcher ebenfalls in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft lebt, ist bereit, der Samenspender zu sein. Die Beteiligten wollen eine notarielle Vereinbarung über eine heterologe Insemination treffen, in der u. a. Regelungen zum Unterhalt und zum Erbrecht enthalten sein sollen. Der biologische Vater soll von allen Ansprüchen freigestellt werden. Das Kind soll auch nach ihm nicht erbberechtigt sein. Eine Adoption ist geplant.

II. Fragen

1. Bestehen rechtliche Bedenken gegen eine solche Vereinbarung?
2. Können die Beteiligten, um Unterhalts- und evtl. Erb- und Pflichtteilsansprüche des Kindes sowie Unterhaltsansprüche der Mutter gegenüber dem Samenspender auszuschließen, wirksam vereinbaren, dass die Vaterschaft des Kindes nicht anerkannt und nicht gerichtlich festgestellt werden soll?
3. Könnte der Samenspender die Vaterschaft für das Kind ggf. bereits präkonzeptionell, also vor Beginn der Schwangerschaft wirksam anerkennen?
4. Für einen Verzicht des Kindes auf Erb- und Pflichtteilsansprüche nach dem Vater wäre nach § 1822 Nr. 2 BGB und § 2347 BGB eine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Ist die Genehmigung als wahrscheinlich anzusehen?

III. Zur Rechtslage

1. Begrifflichkeit

Bei der künstlichen Befruchtung wird herkömmlicherweise zwischen folgenden Fallgestaltungen unterschieden (vgl. auch das Rundschreiben Nr. 40/97 d. BNotK zur Vereinbarung über die heterologe Insemination, DNotZ 1997, 241 ff.): Von **homologer Insemination** spricht man, wenn die Frau, an der die Maßnahme durchgeführt werden soll, verheiratet ist und der Spendersamen vom Ehemann stammt. Leben die Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und stammt der Spendersamen vom Mann, wird von einer **quasi homologen Insemination gesprochen**. Eine sog. **heterologe Insemination** liegt vor, wenn der Spendersamen nicht von dem Partner, sondern von einem Dritten stammt und zwar unabhängig davon, ob es sich um Eheleute oder aber um Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft handelt. In der hier vorliegenden Konstellation würde man also auch bezogen auf die gleichgeschlechtlichen Lebenspartner von einer heterologen Insemination sprechen.

2. Zulässigkeit der heterologen Insemination bei Lebenspartnern

§ 9 Abs. 7 LPartG ermöglicht ausdrücklich, dass Lebenspartner einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft das Kind des jeweils anderen Lebenspartners annehmen. Allein aus der Einführung von § 9 Abs. 7 LPartG wird man allerdings noch nicht schließen können, dass auch die heterologe Insemination bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern zulässig ist.

In einer **Pressemitteilung** vom 29.10.2004 führt allerdings das **BMJ** aus, dass § 9 Abs. 7 LPartG auch für den Fall der Samenspende die Adoption ermögliche. *Wehrstedt* erwägt, ob man aus dieser **rechtlich unverbindlichen Mitteilung der Justizministerin** auf die Zulässigkeit der Behandlung schließen kann, verneint dies aber im Ergebnis (*Wehrstedt*, RNotZ 2005, 109, 116).

Das **Berufsrecht der Ärzte** verbietet die Behandlung gleichgeschlechtlicher oder allein stehender Frauen (*Wehrstedt*, RNotZ 2005, 109, 111). Insofern ist eine **Rechtsentwicklung** nachzuvollziehen, die allerdings nicht zu einer Besserstellung gleichgeschlechtlicher Partner geführt hat. In der vorherigen Fassung der Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion (*Deutsches Ärzteblatt* 1995, A 3166 ff.) hieß es noch unter Ziff. 3.2.3, dass die Anwendung der Methode bei allein stehenden Frauen und in gleichgeschlechtlichen Beziehungen nicht zulässig sei. Nunmehr existiert eine **Neufassung der Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion** die von der **Bundesärztekammer** in der Sitzung v. 17.2.2006 beschlossen wurde (*Deutsches Ärzteblatt* 2006, A 1392 ff.). Dort heißt es unter Ziff. 3.1.1., dass die Durchführung der assistierten Reproduktion auch bei einer nicht verheirateten Frau in Betracht komme, wenn die Frau mit einem **nicht verheirateten Mann in einer fest gefügten Partnerschaft zusammenlebt** und dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird. Schon nach dem Wortlaut der Richtlinie wäre also wohl davon auszugehen, dass **bei gleichgeschlechtlichen Paaren eine heterologe Insemination weiterhin durch ärztliches Standesrecht ausgeschlossen** ist. In der Kommentierung der Bundesärztekammer wird dies auch ausdrücklich dargestellt. Dort heißt es, dass **eine heterologe Insemination zur Zeit bei Frauen ausgeschlossen ist, die in keiner Partnerschaft oder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben**.

Insgesamt muss also festgehalten werden, dass auch derzeit nach ärztlichem Standesrecht eine heterologe Insemination bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern ausgeschlossen ist. Ob daraus auch folgt, dass für den Notar ein Mitwirkungsverbot besteht, weil der Vertrag unredliche Zwecke verfolgt (§ 14 Abs. 4 BNotO, § 4 BeurkG) oder gar sittenwidrig ist, muss als offen bezeichnet werden. Stellungnahmen hierzu liegen nicht vor.

3. Verzicht auf Unterhaltsansprüche des Kindes gegenüber dem Samenspender durch die Mutter

Auf Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den Samenspender kann die künftige Mutter diesem gegenüber **nicht wirksam verzichten**. Nach § 1614 BGB kann für die Zukunft auf Unterhalt nicht verzichtet werden. Handeln die Eltern als Vertreter des Kindes und verzichten für dieses gegenüber dem Samenspender auf den Kindesunterhalt, so liegt ein Verstoß gegen § 1614 BGB vor. Ein von den Eltern im eigenen Namen erklärter Verzicht auf Ansprüche des Kindes ist als Vertrag zugunsten Dritter ebenfalls unwirksam (*Tauptiz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 600; *Rütz*, *Heterologe Insemination*, Univ. Diss. 2008, S. 162).

4. Freistellungsvereinbarung hinsichtlich Unterhaltsansprüchen der Mutter

Für den Samenspender besteht nicht nur die Gefahr, auf Kindesunterhalt in Anspruch genommen zu werden, er kann sich auch **Unterhaltsansprüchen der Kindesmutter** aus § 1615I BGB ausgesetzt sehen. Für den Unterhaltsanspruch nach § 1615I BGB gelten gem. § 1615I Abs. 3 S. 1 BGB

die allgemeinen Vorschriften über den Unterhalt zwischen Verwandten entsprechend. Von dieser Verweisung ist auch § 1614 BGB erfasst (Bamberger/Roth/Reinken, § 16151 BGB Rn. 41; Palandt/Diederichsen, 68. Aufl. 2009, § 16151 BGB Rn. 23). **Ein Verzicht auf künftigen Unterhalt ist daher unwirksam.** Inwieweit es zulässig wäre, dass die Lebenspartnerin der Mutter sich verpflichtet, den Samenspende **freizustellen**, ist nicht abschließend geklärt (bejahend: Rütz, a. a. O. S. 188 f.). In diesem Zusammenhang wäre auch die Entscheidung des BVerfG v. 6.2.2001 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 = DNotZ 2001, 222) zu berücksichtigen. Das **BVerfG** hat dort die Freistellungsverpflichtung des Kindesbetreuenden Elternteils auch an Art. 6 Abs. 2 GG gemessen und ausdrücklich ausgeführt, dass die Freistellungsverpflichtung des Kindesbetreuenden Elternteils Wirksamkeitsbedenken unterliegt, wenn sie sich zum Unwohle des Kindes auswirkt (beispielsweise, weil sie zu einer Einschränkung des Unterhalts des Kindes oder zu einer Einschränkung der Kindesbetreuung führen würde). Möglicherweise muss man dies auf die Kindesbetreuende Lebenspartnerin übertragen.

5. Erb- und Pflichtteilsverzicht

Eine Vereinbarung, in der die künftige Mutter für das Kind auf Erbensprüche am Nachlass des Samenspenders verzichtet, ist als **Vertrag zugunsten Dritter unwirksam**. Auch eine Vertretung des noch nicht gezeugten Kindes scheidet aus, da §§ 2346, 2347 BGB zumindest die Rechtsfähigkeit des Verzichtenden voraussetzen (Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 611; Rütz, a. a. O. S. 183).

In Betracht käme aber, dass das Kind, nachdem es geboren wurde, einen **Erb- und Pflichtteilsverzicht** gegenüber dem biologischen Vater erklärt. Für das verzichtende Kind handelt insofern die Mutter als gesetzliche Vertreterin (§ 1626a Abs. 2 BGB) (Bamberger/Roth/J. Mayer, 2. Aufl. 2008, § 2347 BGB Rn. 4; Staudinger/Schotten, Bearb. 2004, § 2347 BGB Rn. 10). Allerdings wäre gem. § 2347 BGB und nach § 1822 Nr. 2 BGB die **vormundschaftsgerichtliche Genehmigung** erforderlich.

Das Gericht hat bei der Prüfung der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung allein **auf das Wohl und die Interessen des minderjährigen Verzichtenden abzustellen** (BGH NJW-RR 1995, 248 = FamRZ 1995, 151 = BWNNotZ 1995, 118; Staudinger/Schotten, § 2347 BGB Rn. 20; Bamberger/Roth/J. Mayer § 2347 BGB Rn. 5; MünchKomm/Strobel, 4. Aufl. 2004, § 2347 BGB Rn. 8). In der Regel ist daher eine annähernd vollwertige Abfindung für die Erteilung der Genehmigung erforderlich (Staudinger/Schotten, § 2347 BGB Rn. 20; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2347 BGB Rn. 5). Auch bei einer heterologen Insemination dürfte dies nicht grundsätzlich anders zu beurteilen sein (vgl. auch: Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 612; Rütz, a. a. O., S. 185). Es liegt letztlich nicht im Interesse des Kindes, dass ohne jegliche Gegenleistung auf dessen Erbensprüche verzichtet wird. **Die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung erscheint daher ausgeschlossen.** Folglich könnten die erbrechtlichen Beziehungen nur durch die Stiefkindadoption geändert werden (§ 9 Abs. 7 LPartG).

6. Präkonzeptionelle Vaterschaftsanerkennung

Die Frage, ob ein präkonzeptionelles Vaterschaftsanerkennnis zulässig ist, ist **umstritten**. Die eine Auffassung geht davon aus, dass ein derartiges präkonzeptionelles Vaterschaftsanerkennnis unzulässig ist, weil es unter der ggf. stillschweigenden Bedingung der Empfängnis steht und daher gegen § 1594 Abs. 3 BGB verstößt; auch § 1594 Abs.

4 BGB erfasst nicht den Fall der Vaterschaftsanerkennung vor Zeugung des Kindes (Staudinger/Rauscher, Neubearb. 2004, § 1594 BGB Rn. 49). In der neueren **Literatur** wird aber zum Teil in Bezug auf Maßnahmen der künstlichen Befruchtung vertreten, dass ein präkonzeptionelles Vaterschaftsanerkennnis zulässig ist (MünchKomm/Wellenhofer, 5. Aufl. 2008, § 1594 BGB Rn. 41; Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 595; Erman/Hammermann, 12. Aufl. 2008, § 1594 Rn. 14; Roth, DNotZ 2003, 805, 808).

7. Vereinbarung der Nichtanerkennung der Vaterschaft

Schließlich ist fraglich, ob die Beteiligten hier vereinbaren können, dass die Vaterschaft nicht anerkannt und nicht gerichtlich festgestellt werden soll.

Zur Anerkennung der Vaterschaft ist zum einen eine **Erklärung des Vaters** und zum anderen nach § 1595 Abs. 1 BGB die **Zustimmung der Mutter** erforderlich. Insofern kann die Vaterschaft nicht anerkannt werden, wenn die Erklärung einer der beiden Beteiligten fehlt. Folglich kann sowohl der Vater als auch die Mutter verhindern, dass eine Vaterschaftsanerkennung zustande kommt. Einer gesonderten Vereinbarung hierzu bedarf es nicht. Vielmehr stellt sich die Frage, ob vereinbart werden kann, dass eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nicht erfolgt. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass es sich hier um eine Vereinbarung zwischen Vater und Mutter handeln würde. Das Kind wäre an dieser Vereinbarung nicht beteiligt. Häufigster Fall der Vaterschaftsfeststellungsklage ist allerdings die **positive Feststellungsklage des Kindes** (Staudinger/Rauscher, Neubearb. 2004, § 1600e Rn. 35). Das Kind ist nach § 1600e Abs. 1 BGB aktiv legitimiert zur Erhebung einer entsprechenden Feststellungsklage. Eine **Vereinbarung zwischen Mutter und Vater**, die – soweit überhaupt zulässig – eine Vaterschaftsanerkennungsklage ausschließt, ist also vom Ergebnis her betrachtet, **nicht zielführend**, da dadurch immer noch nicht eine Feststellungsklage auch des Kindes ausgeschlossen ist.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). 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.

BGB §§ 26, 31, 276, 280 ff.

Haftungsbeschränkung des Vorstands sowie sonstiger Vereinsmitglieder gegenüber dem Verein und seinen Mitgliedern in der Satzung; Beschränkung der Haftung des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern in der Satzung

Fax-Abruf-Nr.: **91273**

GmbHG §§ 35, 78; HGB § 48

Handelsregisteranmeldung durch Geschäftsführer und Prokuristen bei unechter Gesamtvertretung

Fax-Abruf-Nr.: **91958**

Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2010

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von **5.000,00 €** aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2010

bei der

Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen (maßgebend ist der Posteingangsstempel). Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2011 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

GBO § 29

Arbeitsgemeinschaft (ARGE) i. S. v. § 44b SGB II als Behörde i. S. v. § 29 GBO

Fax-Abruf-Nr.: 92263

BGB §§ 307, 632a; MaBV § 3

Verknüpfung der Freistellungserklärung der Globalgläubigerin mit Bürgschaft nach § 632a Abs. 3 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 92400

BGB § 925; ZPO § 894; GBO §§ 19, 20

Auflassung aufgrund eines rechtskräftigen Urteiles; Nachweis der Rechtskraft

Fax-Abruf-Nr.: 89615

Rechtsprechung

BGB §§ 1606, 1614, 329

Kein konkludentes Freistellungsversprechen durch Vereinbarung der Eltern über Begrenzung des Kindesunterhalts

Aus einer von den Eltern vereinbarten Begrenzung des Kindesunterhalts, die schon mangels Beteiligung der betroffenen Kinder für diese keine Wirkung entfaltet, kann auf ein – konkludentes – Freistellungsversprechen der die Kinder betreuenden Mutter zugunsten des Vaters (über die Differenz zum gesetzlichen Unterhalt) nicht allein deswegen geschlossen werden, weil es der Mutter bewusst war, dass der gesetzliche Unterhalt durch die Vereinbarung nicht ausgeschöpft wird.

BGH, Urt. v. 4.3.2009 – XII ZR 18/08

Fax-Abruf-Nr.: 10876

Problem

Eheleute schlossen 2003 eine notarielle Scheidungsfolgenvereinbarung, in der u. a. der Kindesunterhalt festgelegt wurde. Nach der Feststellung des Gerichts war sich die Ehefrau darüber im Klaren, dass der Ehemann ein höheres Einkommen bezog und somit höheren Unterhalt schuldet und dass mit den Unterhaltszahlungen angesichts der kostspieligen Hobbys der Kinder deren Bedarf nicht vollständig gedeckt werden könne, so dass sie aus eigenen Mitteln dazuzahlen müsse. 2005 nahmen drei minderjährige Kinder den Vater erfolgreich auf Zahlung eines höheren als den festgelegten Kindesunterhalt in Anspruch. Nunmehr begehrt der Ehemann von der Ehefrau Freistellung in Höhe des Unterschiedsbetrages. Er argumentiert, dass die ursprüngliche Vereinbarung eine konkludente Freistellungsverpflichtung enthalte. Der BGH hat die Klage abgewiesen.

Entscheidung

Wie der BGH bereits im Urteil vom 25.2.1987 (IVb ZR 96/85, FamRZ 1987, 934 = NJW-RR 1987, 709) festgestellt hat, handelt es sich bei elterlichen Vereinbarungen zum Kindesunterhalt, die nicht ausdrücklich auch im Namen der Kinder abgeschlossen werden, um einen Vertrag zwischen den Eltern, der nur zwischen ihnen, nicht aber für und gegen die Kinder Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Fragt man aber, welche Rechtswirkungen zwischen den Eltern erzielt werden, so liegt es nicht ganz fern, an eine Freistellungsvereinbarung zu denken. Eine solche ist grundsätzlich zulässig (einschränkend allerdings: BVerfG v. 6.2.2001 – BVerfGE 103, 89 = DNotI-Report

2001, 40 = DNotZ 2001, 222). Ob allein aus der Vereinbarung eines bestimmten Kindesunterhalts auf das Vorliegen einer (konkludenten) Freistellungsvereinbarung zu schließen ist, war Gegenstand der Entscheidung. Der BGH verneinte dies im vorliegenden Fall. Zwar schließt er die Annahme einer konkludenten Freistellungsvereinbarung nicht grundsätzlich aus, er verneint aber im konkreten Fall einen entsprechenden Rechtsbindungswillen. Allein daraus, dass sich die Beklagte darüber im Klaren gewesen sei, dass die tatsächliche Unterhaltsverpflichtung des Klägers höher sei als die vereinbarte, könne nicht auf eine Freistellungsverpflichtung geschlossen werden. Bei der Entscheidung des BGH handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung. Ob eine Freistellungsverpflichtung gewollt ist, ist in jedem Einzelfall durch Auslegung zu klären. Für die Praxis folgt gleichwohl aus der Entscheidung, dass es sich empfehlen kann, die Frage, inwieweit eine Freistellung gewollt ist, ausdrücklich zu regeln.

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 8 Abs. 4 Nr. 2, 10 Abs. 1 S. 2, 35 Abs. 2; BGB § 181

Zur Vertretungsregelung bei Gründung einer Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) mit Musterprotokoll

1. Bei der Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Musterprotokoll gilt als abstrakte Vertretungsregelung die in § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG vorgesehene gesetzliche Regelung.

2. Die Anmeldung der konkreten Vertretungsbefugnis erfolgt personenbezogen auf den ersten bestellten Geschäftsführer und beinhaltet, dass dieser die Gesellschaft gemäß der allgemeinen Vertretungsregelung vertritt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

3. Treten später Änderungen in der Geschäftsführung ein, so entfällt die dem Gründungsgeschäftsführer als alleinigem Geschäftsführer vorbehaltene besondere Vertretungsbefugnis, dass er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.4.2009 – 8 W 116/09, DB 2009, 1121 = ZIP 2009, 1011

Fax-Abruf-Nr.: 10877

Problem

Im vorliegenden Fall ging es um die Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) mit Musterprotokoll. Der betroffene Notar hatte versucht, der vom Registergericht gewünschten, allerdings nicht zutreffenden (vgl. ausführlich DNotI-Gutachten, DNotI-Report 9/2009, Fax-Abruf-Nr.: 90975) Formulierung der abstrakten und konkreten Vertretungsbefugnis bei der Anmeldung des ersten Geschäftsführers Genüge zu leisten. Der Streit ging letztlich noch darum, wie die Anmeldung der Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erfolgen hat.

Der Notar hatte angemeldet: „Der Geschäftsführer ist befugt, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten zu vertreten, vertritt ansonsten die Gesellschaft gemäß der allgemeinen Vertretungsregelung.“

Das **Registergericht** sah folgendes **Eintragungshindernis**: „Bei der Gründung der Gesellschaft in einem vereinfachten Verfahren entspricht (auch laut Bundesjustizministerium) die allgemeine Vertretungsregelung der konkreten. Eine abweichende konkrete Vertretung gibt es hier nicht und eine solche ist auch nicht anzumelden.“

Das Landgericht hatte die Beschwerde des Registergerichts zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde beim OLG Stuttgart hatte in der Sache Erfolg und führte zur Aufhebung der Entscheidungen des LG und des Registergerichts sowie der Rückgabe an das Registergericht zur erneuten Bescheidung der Anmeldung unter Beachtung der Rechtsmeinung des Senats.

Entscheidung

Zunächst führt das OLG Stuttgart allgemein aus, **dass der Regelungsinhalt des Musterprotokolls** auf die Mindestangabe nach § 3 GmbHG, ergänzt durch Regelungen zur Vertretung und zum Gründungsaufwand, beschränkt ist. Im Übrigen gelten nach Ansicht des OLG die gesetzlichen Bestimmungen und damit **alle Regelungen des GmbHG**. Das Musterprotokoll stelle gleichzeitig **Gesellschaftsvertrag, Bestellung des Geschäftsführers und Liste der Gesellschafter** dar. Daher sei nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 GmbHG und § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG in der Anmeldung anzugeben und in das Handelsregister einzutragen, „welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben“. Dabei sei die für die Geschäftsführer **abstrakt geltende Vertretungsbefugnis** anzugeben und darüber hinaus **auch die konkrete Vertretungsbefugnis**, soweit diese für einzelne oder auch alle bestellten Geschäftsführer abweichend bestimmt sei. Auch die **Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB**, also vom Verbot des Inschlaggeschäfts für die Fälle des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung, sei ein Bestandteil der Vertretungsbefugnis (§ 35 Abs. 3 GmbHG) und müsse daher allgemein oder im Einzelfall personenbezogen in der Anmeldung angegeben werden.

Verdienstvoll für die Praxis stellte das OLG Stuttgart klar, dass sich die **abstrakte Vertretungsregelung** und die konkrete auch beim Musterprotokoll unterscheiden und die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht zur **abstrakten Vertretungsregelung** zählt. Nach Ansicht des OLG Stuttgart ist die Vertretung der Gesellschaft abstrakt dahingehend geregelt (und entsprechend anzumelden), dass dann, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist, dieser die Gesellschaft allein vertritt, und dann, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, sie alle nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind (so auch schon LG Stralsund NotBZ 2009, 107). Die Anmeldung der **konkreten Vertretungsregelung** enthalte, wer zum ersten Geschäftsführer bestellt wurde und dass dieser die Gesellschaft gemäß der allgemeinen Vertretungsregel vertritt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (so auch DNotI-Gutachten, Fax-Abruf-Nr.: 90975).

Bei der **Gründung nach Musterprotokoll** weiche die konkrete Vertretungsregelung daher jedenfalls im Hinblick auf § 181 BGB von dem abstrakt bestehenden Verbot von Inschlaggeschäften und des Selbstkontrahierens ab. Die Gründung nach Musterprotokoll setze voraus, dass die Gesellschaft einen namentlich benannten Geschäftsführer habe, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei. Diese **Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB** besteht nach Ansicht des OLG Stuttgart allerdings dann nicht fort, wenn er nicht mehr alleiniger Geschäftsführer ist. Vielmehr gelte dann die allge-

meine Vertretungsregelung entsprechend § 35 GmbHG, wonach die Geschäftsführer gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind und Sonderrechte einzelner Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden müssten. Die konkrete Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von **§ 181 BGB entfällt** also sowohl durch die Berufung eines anderen Alleingeschäftsführers als auch eines weiteren Geschäftsführers (anders insofern das inhaltliche Verständnis dieser Regelung als unechter Satzungsbestandteil: DNotI-Gutachten, Fax-Abruf-Nr.: 90975).

Das **Registergericht** hat den Beschluss des OLG Stuttgart in einem **Rundschreiben** umgesetzt, dass es künftig auf entsprechende Anmeldung in das Handelsregister eintragen werde:

a) **Allgemeine Vertretung**: „Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt dieser allein, sind mehrere bestellt, vertreten diese gemeinsam“.

b) **Konkrete Vertretung**: „Mit der Befugnis, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen“.

Eine Eintragung „NN ist von § 181 BGB befreit, solange er alleiniger Geschäftsführer ist“, sei nach der Entscheidung des OLG Stuttgart zwar naheliegend, jedoch nicht zulässig, da diese Vertretung nicht ohne weitere Informationen aus Unterlagen außerhalb des Registers erkennbar ist. Mit der Anmeldung einer Änderung im Geschäftsführerbereich müsse notgedrungen auch der Wegfall der Beschränkung von § 181 BGB angemeldet werden.

Literaturhinweise

F. Hasselblatt/W. Sternal, Beck'sches Formularbuch Zwangsvollstreckung, 1. Aufl. 2008, C.H. Beck Verlag, München, 1649 Seiten, mit CD-ROM, 108.– €

Vorzustellen ist ein neuer Band aus der Reihe der Beck'schen Formularbücher zum Zwangsvollstreckungsrecht. Das Formularbuch wendet sich dabei an den Gläubiger wie auch an den Schuldner und beinhaltet vielfältige Formulare zu allen Bereichen der Einzelzwangsvollstreckung – von der Vorbereitung der Vollstreckung bis zu ihrer Beendigung. Ausführlich erläuterte Musterformulierungen finden sich sowohl zur Mobiliar- wie auch zur Immobiliervollstreckung. Ebenso finden sich diverse „Verteidigungsmuster“ für den Schuldner. Sämtliche Formulare sind auf einer dem Buch beigelegten CD-ROM enthalten und ermöglichen eine einfache Übernahme der Mustertexte in die eigene Textverarbeitung.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

G. Ring/H. Grziwotz (Hrsg.), Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2009, 981 Seiten, 98.– €

Vorzustellen ist ein neuer Kommentar zum GmbH-Recht. Ziel dieses systematischen Praxiskommentars ist es, eine Verbindung zwischen einer Kommentierung, die sich fernab von lediglich akademischen Streitigkeiten auf die praxisrelevanten Punkte beschränkt, und zusammenfas-

senden Überblicken, die die GmbH im Zusammenhang mit wichtigen weiteren Rechtsgebieten erläutern, herzustellen. Die auch in diesem Kommentar nicht fehlende „klassische Kommentierung“ wird ergänzt mit Hinweisen zur Vertragsgestaltung, nebst Musterformulierungen. Sämtliche Musterformulierungen sind auf einer beigefügten CD-ROM enthalten und damit unmittelbar für die Praxis verwendbar. In einem zweiten Teil enthält dieser Band Ausführungen zur „GmbH im Kontext“. Vielfältige Hinweise finden sich dort zur Nachfolgeplanung, zum Unternehmenskauf, zu Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz (Eigenkapitalersatzrecht), zu mittelbaren Unternehmensbeteiligungen, zum Umwandlungsrecht, zum Konzernrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und zur Geschäftsführeranstellung sowie schließlich zu Notar-, Anwalts- und Registerkosten.

Besonders hervorzuheben ist an diesem neuen Kommentar die Einbindung von Praxishinweisen und Musterformulierungen in die eigentliche Kommentierung. Wichtige Ausführungen werden leitsatzartig dargestellt. Gesellschaftern und Geschäftsführern von GmbHs wird damit der Zugang zum GmbH-Recht erleichtert. Auch ihre Berater erhalten in denjenigen Bereichen, in denen sie sich weniger gut auskennen, umfassende Informationen, die sie in ihrer täglichen Praxis benötigen.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

K.-A. Storz/B. Kiderlen, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 11. Aufl. 2008, C. H. Beck Verlag, München, 801 Seiten, 65.– €

Seit geraumer Zeit liegt bereits die 11. Auflage dieses Leitfadens für Gläubiger, Schuldner und Rechtspfleger zur Pra-

xis des Zwangsversteigerungsverfahrens vor. Der Leitfaden möchte allen Personen, die es mit der Zwangsversteigerung zu tun haben, helfen, das Verfahren zu verstehen und ihre berechtigten Interessen darin richtig wahrzunehmen. Besonders hilfreich sind dabei die in dem Band zahlreich enthaltenen und besonderes gekennzeichneten taktischen Hinweise und zusammenfassenden Übersichten. Die Darstellungen folgen dabei dem Verlauf eines Zwangsversteigerungsverfahrens. Vorangestellt wird eine ausführliche Einführung und ein allgemeiner Teil, in dem die wichtigsten Verfahrensgrundsätze und -begriffe des Zwangsversteigerungsverfahrens, aber auch Sonderformen der Zwangsversteigerung umfassend erläutert werden. Rechtsprechung und Literatur sowie die umfangreichen Gesetzesänderungen wurden bis Ende 2007 berücksichtigt.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

Veranstaltungen

Termine für **August 2009** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Erbrecht (Wälzholz), 21.8.2009 Oldenburg

Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis (Hügel/Salzig), 28.8.2009 Kiel

GmbH-Vertragspraktikum (Heidinger/Wachter), 29.8.2009 Bochum

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg