

Die künstliche Befruchtung in der notariellen Beratung

von Notarassessor Dr. Tobias Wilms, Düsseldorf

- A. Einleitung
- B. Begriffe
- C. Das notarielle Beratungsgespräch
 - I. Voraussetzungen einer künstlichen Befruchtung
 - II. Entgeltzahlung an den dritten Samenspender
 - III. Elternschaft
 - 1. Miteinander verheiratetes Paar
 - 2. Nicht miteinander verheiratetes Paar
 - a) Anerkennung der Vaterschaft
 - b) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung
 - IV. Anfechtung der Vaterschaft
 - V. Sorgerecht
 - VI. Unterhalt
 - 1. Grundsatz
 - 2. §§ 1570, 1615 I BGB
 - 3. Konkordante Unterhaltspflicht infolge Einwilligung
 - 4. Belehrung des dritten Samenspenders
 - VII. Erb- und Pflichtteilsrechte
- D. Notarielle Gestaltung
 - I. Homologe Insemination, miteinander verheiratetes Paar
 - II. Homologe Insemination, nicht miteinander verheiratetes Paar
 - 1. Vaterschaftsanerkennung
 - 2. Sorgerecht
 - 3. Unterhalt
 - a) Unterhaltspflicht gegenüber der Mutter
 - b) Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind
 - III. Heterologe Insemination, miteinander verheiratetes Paar
 - 1. Einwilligung der Ehegatten
 - 2. Unterhalt
 - 3. Freistellung des Samenspenders
 - a) Von Unterhaltsansprüchen
 - b) Von Erb-/Pflichtteilsrechten
 - IV. Heterologe Insemination, nicht miteinander verheiratetes Paar
- E. Fazit/Ausblick

A. Einleitung

Die künstliche Befruchtung spielt aufgrund des sich beständig weiterentwickelnden medizinischen Fortschritts und der Tatsache, dass sich immer mehr Paare auch in einem vergleichsweise fortgeschrittenem Alter ihren Kinderwunsch erfüllen wollen, eine zunehmende Rolle in unserer Gesellschaft. Jedes Jahr werden allein in Deutschland mittlerweile mehrere tausend Kinder im Rahmen einer reproduktiv-medizinischen Behandlung

gezeugt. Im Jahre 2009 waren es rund 8 000¹. Die Aktualität und Brisanz dieses Themas ist immens, wovon nicht zuletzt vielfältige, in der Öffentlichkeit teils ausgiebig und emotional diskutierte Entscheidungen deutscher Obergerichte² und stetige Gesetzesänderungen³ etwa im Bereich der Vaterschaft zeugen, die im Falle einer künstlichen Befruchtung besondere Relevanz entfalten⁴. Trotz der auch in der öffentlichen Wahrnehmung breiten Raum einnehmenden Relevanz der künstlichen Befruchtung im täglichen Leben und trotz vielerlei Kritik hat der Gesetzgeber das Recht der Fortpflanzungsmedizin jedoch bislang nicht systematisch geregelt⁵. Der Rechtsanwender muss vielmehr allgemeine familienrechtliche Bestimmungen auf die besondere Situation der künstlichen Befruchtung übertragen, eine insbesondere für den vorsorgenden rechtlichen Berater und Gestalter nicht immer leichte Aufgabe.

In der notarrechtlichen Literatur spielen Rechts- und Gestaltungsfragen anlässlich einer künstlichen Befruchtung meist nur eine untergeordnete Rolle. Auch wenn notarielle Beratungssituationen anlässlich einer künstlichen Befruchtung in der Praxis nicht mit einer etwa Grundstückskaufverträgen vergleichbaren Häufigkeit auftreten werden, so stellen sich den Betroffenen im Rahmen einer künstlichen Befruchtung eine „Fülle rechtlicher Risiken und Unwägbarkeiten“, die Anlass für eine notarielle Beratung und Gestaltung bieten⁶. Dies betrifft u. a. das Bedürfnis nach Aufklärung aller Beteiligten über die rechtlichen Auswirkungen einer künstlichen Befruchtung, die Gestaltung von Unterhaltsvereinbarungen, Abgabe von Vaterschaftsanerkennungs- und gemeinsamen Sorgeerklärungen oder etwa Freistellungsvereinbarungen zugunsten eines dritten Samenspenders. Welche spezifischen juristischen und gestalterischen Aspekte der Notar in der Beratungssituation „künstliche Befruchtung“ berücksichtigen sollte sowie die Erörterung ungeklärter Rechtsfragen in

1 Handelsblatt vom 7. Juli 2011, im Internet abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/technologie/forschung-medin/medizin/das-milliardengeschaeft-mit-dem-kinderwunsch/3768678.html>

2 Beispiele: BVerfG, NJW 2010, 3008 ff. (zum Sorgerecht); BSG NJW 2010, 1020 ff. (zur Kostenerstattung durch die gesetzliche Krankenversicherung); BGH NJW 2009, 1667 ff. (zu Vereinbarungen über den Kindesunterhalt); BVerfG NJW 2007, 753 ff. (zum heimlichen Vaterschaftstest).

3 Etwa das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, BGBl. I 2008, S. 441, oder das Gesetz zur Ergänzung des Rechts der Anfechtung der Vaterschaft, BGBl. I 2008, 313. Vgl. auch Seidel in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, Vor § 1589 Rn. 5 ff. Siehe auch die neuerliche Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 2010, 3008 ff.) an den Gesetzgeber, im Bereich des Sorgerechts (§ 1626 a BGB) tätig zu werden.

4 Siehe auch den Beitrag „Teure Spende“, erschienen in „DER SPIEGEL“, Heft 9/2011, welcher die finanziellen Risiken des Samenspendens thematisiert.

5 Kritisch etwa die Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392; Roth, DNotZ 2003, 805, 822; Eckersberger, MittBayNot 2002, 261, 264; Zimmermann, DNotZ 1998, 404, 413 ff.; Seidel in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1589 Rn. 11.

6 So Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 117. Siehe auch Eckersberger, MittBayNot 2002, 261.

diesem Kontext (etwa Zulässigkeit einer Vaterschafts- anerkennung vor Durchführung der künstlichen Befruchtung, Zulässigkeit von Freistellungsvereinbarungen zugunsten des biologischen Erzeugers etc.) sollen Schwerpunkt dieses Beitrags bilden.

Nach einer Erläuterung im Kontext der künstlichen Befruchtung wichtiger Begriffe, wird die Darstellung sich an einem aus meiner Sicht sinnvollen Gang eines notariellen Beratungsgesprächs anlässlich einer künstlichen Befruchtung orientieren. In dessen Rahmen wird vor allem die Aufklärung der Beteiligten über die relevanten rechtlichen Aspekte im Mittelpunkt stehen. Dies betrifft zunächst die Frage, ob die Ratsuchenden überhaupt für eine künstliche Befruchtung in Betracht kommen, sodann die (um es vorwegzunehmen: nicht bestehenden) Möglichkeiten, einen dritten Samenspender für die Zurverfügungstellung seines Spendersamens über eine angemessene Aufwandsentschädigung hinaus zu entgelten. Einen Schwerpunkt der Aufklärung und damit auch dieses Beitrages wird anschließend die Erläuterung der rechtlichen Elternschaft in Bezug auf das zu zeugende Kind bilden. Dies schließt Ausführungen zur Anerkennung der Vaterschaft und deren Anfechtung ein. Nach der Erörterung von Fragen des Sorgerechts wird die Darstellung des aufklärenden Teils des notariellen Beratungsgesprächs mit der Erläuterung unterhalts- und erbrechtlicher Besonderheiten in der Beratungssituation „künstliche Befruchtung“ abschließen. Den zweiten Teil einer notariellen Beratung anlässlich einer assistierten Reproduktion und damit auch dieses Beitrages wird die Gestaltung einer Urkunde zur angemessenen Umsetzung der berechtigten Wünsche und Interessen der Beteiligten an einer künstlichen Befruchtung bilden. Der Gang der Darstellung wird sich dabei an den verschiedenen Beratungssituationen – miteinander verheiratete/in nichtehelicher Partnerschaft lebende Wunscheitern, homologe/heterologe Insemination – orientieren. Neben Ausführungen zur Ausgestaltung entsprechender notarieller Erklärungen und Vereinbarungen und einigen Formulierungsvorschlägen wird der Beitrag kurz auf damit verbundene Anzeigepflichten des Notars eingehen.

Generell wird dieser Beitrag sich auf die spezifischen Fragestellungen konzentrieren, die sich aus der Sondersituation der künstlichen Befruchtung ergeben. Nicht eingehend erläutert werden allgemeine Rechtsfragen etwa des Vaterschafts-, des Unterhalts- oder Erbrechts, soweit diese nicht zu Sonderproblemen im Rahmen der assistierten Reproduktion führen. Zudem unterstellt dieser Beitrag die vollumfängliche Geltung des deutschen Rechts. Die Gültigkeit der nachfolgenden Ausführungen bei Vorliegen eines Auslandsbezugs muss im Einzelfall stets geprüft werden.

B. Begriffe

Der Begriff künstliche Befruchtung oder assistierte Reproduktion ist, wenngleich in § 1600 Abs. 5 BGB erwähnt, kein juristisch definierter. Laut aktueller (Muster-) Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion (Novelle 2006)⁷ wird hie-

runter die ärztliche Hilfe zur Erfüllung des Kinderwunsches eines Paares durch medizinische Hilfen und Techniken verstanden⁸.

Ein solches medizinisches Verfahren ist die *In-vitro-Fertilisation (IVF)* oder *Extrakorporale Befruchtung*. Dabei werden der Frau Eizellen entnommen, im Reagenzglas mit den Spermien des Mannes zusammengebracht und die befruchtete Eizelle nach Beobachtung von Zellteilungen schließlich in die Gebärmutter der Frau implantiert. Während bei der In-vitro-Fertilisation Eizelle und Spermium den Weg zueinander aus eigener Kraft finden müssen, werden bei der *Intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI)* die Spermien direkt in die dem Körper der Frau entnommene Eizelle injiziert, welche nach der Befruchtung dann wiederum in die Gebärmutter eingepflanzt wird. Nicht im Reagenzglas erfolgt die Befruchtung dagegen bei der *intratubaren bzw. intrauterinen Insemination (IUI)*. Dort wird allein das Spermium durch einen ärztlichen Eingriff während der fruchtbaren Tage der Frau in deren Eileiter bzw. Gebärmutter gebracht und die Befruchtung erfolgt dort intrakorporal⁹.

Von besonderer Bedeutung für den Juristen ist das Begriffspaar *homologe Insemination* und *heterologe Insemination*. Während bei ersterer der Samen des Ehemannes der Mutter bzw. deren in stabiler Partnerschaft lebenden Partners zur Befruchtung der Eizelle der Mutter verwendet wird¹⁰, stellt diesen bei letzterer ein dritter Samenspender zur Verfügung¹¹.

C. Das notarielle Beratungsgespräch

Typischerweise wird sich die notarielle Beratungssituation anlässlich einer künstlichen Befruchtung wie folgt darstellen: Ratsuchend wird in aller Regel ein (Ehe-)Paar sein, das sich seinen Kinderwunsch nicht auf natürlichem Wege erfüllen kann. Seltener wird der Notar – naturgemäß ausschließlich in den Fällen der heterologen Insemination – von dem dritten Beteiligten, dem Sa-

7 Im Folgenden „Reproduktionsrichtlinie“. Die Reproduktionsrichtlinie hat für die Bereiche nahezu aller Landesärztekammern – wenn auch nicht immer in der wortgleichen Fassung – verbindliche standesrechtliche Wirkung, insbesondere auch im Bereich der Ärztekammer Nordrhein, siehe § 13 Abs. 1 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte vom 14. November 1998 in der Fassung vom 17. März 2007. Eingehend zu berufsrechtlichen Aspekten der künstlichen Befruchtung *Ratzel* in: *Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen*, 2010, S. 43 ff.

8 *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1393. Weiter *Rauscher* in: *Staudinger, BGB*, Neubearbeitung 2011, § 1600 Rn. 77.

9 Ausführlichere Erläuterungen, auch zu weiteren im Kontext „künstliche Befruchtung“ relevanten medizinisch-technischen Begriffen, finden sich bei *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1393, A 1398 f.

10 Teilweise wird – anders als hier in Übereinstimmung mit der Begriffsbestimmung der Bundesärztekammer (siehe nachfolgende Fußnote) – von der homologen Insemination noch die quasi-homologe Insemination unterschieden, die dann gegeben sei, wenn die Eltern des künstlich zu zeugenden Kindes nicht miteinander verheiratet sind, so etwa *Eckersberger*, *MittBayNot* 2002, 261; *G. Müller* in: *Würzburger Notarhandbuch*, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 23.

11 *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1394.

menspender, aufgesucht, etwa wenn dies ein Verwandter eines der Wunscheltern ist. Noch seltener werden alle drei Beteiligten am Tisch sitzen. In allen Fällen versteht es sich von selbst, dass der Notar angesichts der intimen und für das weitere (Familien-)Leben der Beteiligten einschneidenden Bedeutung der Angelegenheit eine einfühlsame Sensibilität für die Gefühle, Wünsche und Sorgen der Ratsuchenden walten lassen wird. Dies gilt in besonderem Maße in den Fällen der heterologen Befruchtung, spricht dann, wenn ein dritter Samenspender involviert ist. Diese Fälle erfordern naturgemäß auch in juristischer Sicht eine höhere Beratungsintensität, sind doch hier neben den Interessen der späteren Eltern und des künstlich gezeugten Kindes auch diejenigen des (fremden) Dritten als biologischem Erzeuger¹² von dem Notar zu berücksichtigen.

Zunächst hat der Notar wie stets sorgfältig den Sachverhalt zu erfragen. Nicht von Relevanz ist dabei das bei der assistierten Reproduktion angewendete medizinische Verfahren (IVF, ICSI, IUI etc.). Entscheidend ist allein die Tatsache, dass eine künstliche Befruchtung stattfinden soll. Von Bedeutung für den Notar ist jedoch zum einen die Lebenssituation der Beteiligten, im Besonderen fokussiert auf die Frage: Ist das Elternpaar miteinander verheiratet oder nicht. Von größter Wichtigkeit ist zudem – wie vorstehend angedeutet – die Frage, ob das Kind im Wege der homologen oder heterologen Insemination gezeugt werden soll, spricht ob neben den zukünftigen Eltern ein dritter Samenspender involviert ist.

Den Schwerpunkt des notariellen Beratungsgesprächs wird die Aufklärung der Beteiligten über die rechtlichen Gesichtspunkte der avisierten assistierten Reproduktion und die damit verbundenen Konsequenzen bilden. Angesichts der rechtlichen Komplexität, die sich zum einen aus der Vielschichtigkeit der Fragestellungen, zum anderen aus der sich im ständigen Fluss befindlichen juristischen Diskussion und Rechtsprechung ergibt, kann nur der Notar als rechtskundiger Berater der Beteiligten eine umfassende und angemessene Belehrung und Beratung gewährleisten, nicht etwa der behandelnde Arzt¹³. Letzterer hat zwar bei der ihm obliegenden Aufklärung der Beteiligten neben den relevanten medizinischen auch die psychosozialen und – jedenfalls bei der heterologen Insemination – ethischen und juristischen Gesichtspunkte der Behandlung sowohl im Bezug auf die Eltern mit Kinderwunsch als auch auf einen etwaigen Samenspender zu berücksichtigen¹⁴, ersetzen kann dies die fachkundige Beratung durch den Notar jedoch keinesfalls. Empfehlenswert dürfte es aber in jedem Fall sein, entweder von den Beteiligten die Vorlage einer zur Akte zu nehmenden Bescheinigung des Arztes zu verlangen, welche die Durchführung der ärztlichen Beratung über die medizinischen und psychologischen Folgen der Behandlung sowie das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen für eine künstliche Befruchtung bescheinigt, oder aber sich wenigstens die Durchführung der ärztlichen Beratung von den Beteiligten unmittelbar in der anlässlich der künstlichen Befruchtung zu errichtenden Urkunde bestätigen zu lassen¹⁵. So kann der Notar bei späteren Nachfragen belegen, dass – zumindest nach

seinem Wissen – eine umfassende Beratung der Beteiligten in allen relevanten Bereichen der künstlichen Befruchtung stattgefunden hat¹⁶.

I. Voraussetzungen einer künstlichen Befruchtung

Zu Beginn des notariellen Beratungsgesprächs sollte der Notar mit den Beteiligten erörtern, ob das ärztliche Standesrecht¹⁷ in Ansehung der persönlichen Lebenssituation der Wunscheltern eine künstliche Befruchtung überhaupt erlaubt. In aller Regel werden die Eltern mit Kinderwunsch dies bereits mit dem behandelnden Arzt besprochen haben, so dass dieser Teil des Beratungsgesprächs zumeist recht kurz gehalten werden kann.

Bei miteinander verheirateten Partnern ist die Durchführung einer homologen Insemination nach ärztlichem Standesrecht ohne Weiteres zulässig, sofern ein Fall (natürlicher) Unfruchtbarkeit vorliegt und andere Behandlungsmethoden ausscheiden¹⁸. Sind die Wunscheltern nicht miteinander verheiratet, so ist eine homologe Befruchtung nur dann zulässig, wenn der behandelnde Arzt zu der Einschätzung gelangt, dass die nicht verheiratete Mutter mit einem nicht verheirateten Partner in einer festgefügt Partnerschaft zusammenlebt und der nichteheliche Lebensgefährte die Vaterschaft frühestmöglich anerkennen wird. So soll sichergestellt werden, dass das mit einer Methode der assistierten Reproduktion gezeugte Kind nicht ohne sozialen und rechtlichen Vater aufwächst¹⁹.

Die heterologe Insemination ist nach ärztlichem Standesrecht bei Ehegatten und sonstigen Paaren in stabiler nichtehelicher Lebensgemeinschaft zulässig, wenn eine homologe Befruchtung nicht erfolgreich oder nicht möglich war und bestimmte weitere medizinische Voraussetzungen erfüllt sind²⁰. Bei nicht miteinander verheirateten Paaren gebietet die Reproduktionsrichtlinie jedoch besondere Zurückhaltung bei der Anwendung von Verfahren der assistierten Reproduktion. Denn – so das Ziel der standesrechtlichen Vorschriften – einem so gezeugten Kind solle eine stabile Beziehung zu beiden Elternteilen gesichert werden. Standesrechtlich unzu-

12 Der Begriff „Vater“ wird im Folgenden stets in Abgrenzung zu dem genetischen oder biologischen „Erzeuger“ verwendet und meint die Person, die anders als der bloß genetische Erzeuger nach dem Willen der Beteiligten die Vaterrolle für das Kind übernehmen soll. Soweit von „Eltern“ gesprochen wird, sind damit der Vater im vorstehenden Sinne und die Mutter des Kindes gemeint.

13 Siehe auch Roth, DNotZ 2003, 805, 821.

14 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1396 ff.

15 So auch die Empfehlung im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer, DNotZ 1998, 241, 250.

16 Siehe auch die Formulierung von Korde/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 82 M.

17 Soweit im Folgenden das ärztliche Standesrecht in Bezug genommen wird, ist damit das im Bereich der Ärztekammer Nordrhein geltende Standesrecht gemeint.

18 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1394, A 1395. Ein Überblick über die verschiedenen Konstellationen findet sich bei Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh zu § 1592 Rn. 4.

19 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1395, A 1400.

20 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1397.

lässig ist in jedem Falle die Durchführung einer künstlichen Befruchtung bei alleinstehenden oder in gleichgeschlechtlichen Beziehungen lebenden Frauen²¹. In soweit bestehende Besonderheiten werden deshalb bei den nachstehenden Ausführungen nicht näher erörtert²².

II. Entgeltzahlung an den dritten Samenspender

Von Anfang an klarstellen sollte der Notar im Falle der heterologen Insemination, dass eine Entgeltzahlung an den dritten Spender als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen des Spendersamens jenseits einer angemessenen Entschädigung für tatsächlich angefallenen Aufwand nach einhelliger Auffassung gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt und eine hierauf gerichtete Vereinbarung der Beteiligten nichtig ist²³. Bis zu welcher Höhe eine Aufwandsentschädigung als angemessen gilt, ist nicht abschließend geklärt. Gezahlt wird oftmals ein Betrag zwischen EUR 100,00 und EUR 150,00²⁴.

III. Elternschaft

Anschließend wird es sich empfehlen, sich der wohl dringendsten Frage der Beteiligten zuzuwenden, nämlich derjenigen, welche Personen unter welchen Voraussetzungen – insbesondere bei der Beteiligung eines dritten Samenspenders – nach dem Gesetz überhaupt als die (juristischen) Eltern des künstlich zu zeugenden Kindes anzusehen sein werden.

Für die Mutterschaft ist die Antwort eindeutig: Mutter eines Kindes ist unabänderbar²⁵ gemäß § 1591 BGB die Frau, die es geboren hat²⁶. Da in Deutschland bei der assistierten Reproduktion die Verwendung fremder Eizellen gemäß § 1 ESchG nicht zugelassen ist²⁷, ist dies immer auch die genetische Mutter. Wer allerdings nach dem Gesetz Vater des Kindes ist, liegt – insbesondere im Falle der heterologen Insemination – nicht unmittelbar auf der Hand. Zu unterscheiden ist hierbei, ob der Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder nicht.

1. Miteinander verheiratetes Paar

Ist der Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet, gilt § 1592 Nr. 1 BGB. Danach ist Vater des Kindes derjenige, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist²⁸. Dies gilt auch und insbesondere dann, wenn der Betroffene nicht der biologische Erzeuger des Kindes ist²⁹.

Ergänzt wird § 1592 Nr. 1 BGB durch die Vorschrift des § 1593 BGB, wonach die Vaterschaftsvermutung grundsätzlich auch dann gilt, wenn der Ehemann der Mutter vor der Geburt des Kindes verstorben ist, aber innerhalb von 300 Tagen nach seinem Tod ein Kind geboren wird. Steht fest, dass das Kind mehr als 300 Tage vor seiner Geburt empfangen wurde, so ist dieser Zeitraum maßgebend.

2. Nicht miteinander verheiratetes Paar

a) Anerkennung der Vaterschaft

Ist der Vater nicht mit der Mutter des Kindes verheiratet, ist die Vermutungsregel des § 1592 Nr. 1 BGB nicht an-

wendbar. Das Kind gilt zunächst als vaterlos³⁰. Hier wird der Notar die Beteiligten auf die Möglichkeit der Vaterschaftsanerkennung (§ 1594 BGB) hinweisen. Denn Vater eines Kindes ist nach § 1592 Nr. 2 BGB auch, wer die Vaterschaft anerkannt hat.

Die Vaterschaftsanerkennung ist die Erklärung des Mannes, das Kind als sein eigenes anzuerkennen³¹. Sie bedarf der Zustimmung der Mutter, § 1595 Abs. 1 BGB, die auch schon vor Abgabe der Anerkennungserklärung erteilt werden kann³². Sowohl die Anerkennungs- als auch die Zustimmungserklärung sind nicht empfangsbedürftig³³, bedingungsfeindlich (§§ 1595 Abs. 3, 1594 Abs. 3 BGB), höchstpersönlich (§ 1596 Abs. 4 BGB) und bedürfen der öffentlichen Beurkundung (§ 1597 Abs. 1 BGB), also der Abgabe z. B. bei Standesamt, Jugendamt oder eben dem Notar.

Unmaßgeblich für die Gültigkeit der Erklärung ist, ob der anerkennende Vater der biologische Erzeuger des Kindes ist oder nicht. Ganz im Gegenteil, gerade im Falle der heterologen Erzeugung des Kindes entfaltet die Vaterschaftsanerkennung ihre ganze Bedeutung. Denn mit ihrer Hilfe lässt sich losgelöst von der rein genetischen Abstammung die verwandtschaftliche Verbindung im

21 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1400; siehe auch Wehrstedt, FPR 2011, 400 ff. Kritisch hierzu unter Berufung auf das aus Art. 6 Abs. 1 GG abzuleitende „Recht auf Fortpflanzung“ Müller-Terpitz in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 14 f.; anders dagegen Ratzel in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 55 f.

22 Zur Frage der Ablehnung der Beurkundung vertraglicher Vereinbarungen anlässlich einer gleichwohl beabsichtigten künstlichen Befruchtung einer in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebenden Frau siehe die Empfehlungen im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 248 f. Siehe auch die Ausführungen von Wehrstedt in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 88 ff.

23 Siehe nur Ellenberger in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 138 Rn. 48.

24 Taupitz, ZRP 2011, 161, 163.

25 BT-Drucks. 13, 4899, S. 82.

26 Kritisch zu dieser Regelung Seidel in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, Vor § 1591 Rn. 21 ff.

27 Siehe auch Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1395; Brudermüller in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, Einf v § 1591 Rn. 20 ff. Näher dazu Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 77 ff. Siehe auch Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1395.

28 Keine Rolle spielt hierbei, ob die Ehe später aufgehoben wird, die Ehegatten schon längere Zeit getrennt leben oder ein Dritter die Vaterschaft anerkannt hat, vgl. Brudermüller in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1592 Rn. 3.

29 Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 593; Eckersberger, Mitt-BayNot 2002, 261; Brudermüller in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1592 Rn. 3; Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh zu § 1592 Rn. 11.

30 Schwab, DNotZ 1998, 437, 450; Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 111; Brudermüller in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1592 Rn. 6.

31 Zu Einzelheiten der Vaterschaftsanerkennung siehe Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 7 ff.; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 3 ff. Zur Unwirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung durch die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh zu § 1592 Rn. 13 b.

32 Wellenhofer in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1595 Rn. 6; Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 12.

33 Brudermüller in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1594 Rn. 4; Wellenhofer in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 6 sowie § 1595 Rn. 6 jeweils m. w. N.

familienrechtlichen Sinne zwischen Vater und Kind mit Wirkung für und gegen alle verbindlich herstellen³⁴.

Von entscheidender Bedeutung für alle Beteiligten, speziell im Falle der heterologen Insemination, wird zu- meist sein, dass die Vaterschaftsanerkennung zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgt. Die zukünftige Mutter wird das Risiko ausschließen wollen, dass ihr Partner nach erfolgter Befruchtung – etwa aufgrund einer zwischenzeitlichen Trennung – nicht mehr zur Abgabe der Anerkennungserklärung gewillt ist, und deshalb auf eine Anerkennung bereits vor Durchführung der künstlichen Befruchtung drängen³⁵. Der Partner der Mutter wiederum wird seine rechtliche Verknüpfung mit dem Kind schon allein deshalb möglichst frühzeitig etablieren wollen, um das (grundsätzlich nur den Eltern zustehende) Sorgerecht für das Kind übernehmen zu können³⁶, vgl. §§ 1626 f. BGB³⁷. Verweigert die Mutter seiner Anerkennungserklärung später ihre Zustimmung, ist ihr Partner im Regelfall nicht in der Lage, durch spätere Schritte das Sorgerecht zu erstreiten³⁸. Vor allem aber das – materielle und immaterielle – Bedürfnis des Kindes nach einer möglichst frühzeitigen Etablierung einer auch rechtlich stabilen Beziehung zu beiden Elternteilen lässt eine Anerkennung zum frühestmöglichen Zeitpunkt jedenfalls sinnvoll, wenn nicht gar zwingend erscheinen³⁹. Schließlich hat im Falle der heterologen Insemination auch der dritte Samenspender ein virulentes Interesse an der frühzeitigen Übernahme rechtlicher Verantwortung durch den Wunschvater. Denn unterbleibt später die Anerkennung der Vaterschaft, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass das Kind (ggf. vertreten durch seine Mutter) die für seinen Unterhalt erforderlichen Mittel in Ermangelung eines rechtlichen Vaters bei dem Samenspender einfordern wird⁴⁰. Trotz des vorgenannten übereinstimmenden Interesses aller an einer künstlichen Befruchtung – auch mittelbar – Beteiligten, ist streitig, ob die Abgabe der Anerkennungserklärung bereits vor Durchführung der künstlichen Befruchtung zulässig ist.

Der Wortlaut des Gesetzes steht dem jedenfalls nicht entgegen. § 1594 Abs. 4 BGB bestimmt lediglich, die Anerkennung sei schon vor der Geburt des Kindes zulässig. Im Übrigen schweigt das Gesetz. Die Vaterschaftsanerkennungserklärung wie *Müller* als Status- erklärung mit der Folge anzusehen, dass diese nur bezogen auf ein konkret identifizierbares „Subjekt“ abgegeben werden könne, was vor der Zeugung in Ermangelung eines entsprechenden Bezugssubjekts ausscheide⁴¹, halte ich nicht für einen durchgreifenden Einwand gegen die Zulässigkeit ihrer Abgabe vor Durchführung der künstlichen Befruchtung⁴². Selbstverständlich muss sich die Erklärung auf ein identifizierbares Kind (bzw. identifizierbare Kinder im Falle einer Mehrlingsgeburt) beziehen. Die spezifische Verknüpfung der Anerkennungserklärung mit dem zu zeugenden Kind lässt sich aber auch schon vor der Befruchtung durch die Aufnahme konkreter Angaben zu der geplanten assistierten Reproduktion, beispielsweise der Daten der entsprechenden ärztlichen Beratungs- oder Behandlungstermine und den Namen des behandelnden Mediziners⁴³, erreichen⁴⁴. Der in diesem Kontext vorgebrachte Einwand, die Erklärung könne sich dennoch nur auf den „Träger eines Persönlichkeitsrechts“

beziehen und ein solcher bestehe vor der Zeugung nicht⁴⁵, entbehrt meines Erachtens einer gesetzlichen Grundlage und steht dem Vorstehenden deshalb nicht entgegen. Ganz im Gegenteil: Es ist allgemein anerkannt, dass auch noch nicht gezeugte Nachkommen Rechtssubjekt sein können (siehe dazu auch unten Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3. für Unterhaltsrechte des noch nicht gezeugten Kindes gegen den in die Zeugung einwilligenden Partner der Mutter)⁴⁶.

Daher wird als Hauptargument gegen die Zulässigkeit der Abgabe der Anerkennungserklärung bereits vor Durchführung der assistierten Reproduktion regelmäßig auf § 1594 Abs. 3 BGB verwiesen. Danach ist eine Anerkennung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung unwirksam. Argumentiert wird, die Anerkennungserklärung stünde in diesem Fall unter der aufschiebenden Bedingung, dass das zu zeugende Kind auch tatsächlich empfangen wird⁴⁷. Dies halte ich hingegen nicht für zutreffend. Natürlich ist die Empfängnis tatsächliche Voraussetzung des Wirksamwerdens der Anerkennungserklärung. Dies gilt aber ebenso für die Geburt des

34 *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1592 Rn. 7 f.; *Seidel* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, Vor § 1591 Rn. 17; *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1592 Rn. 53. Vgl. auch § 184 Abs. 2 FamFG.

35 Siehe *Roth*, DNotZ 2003, 805, 808; *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398, 425; *Wellenhofer* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 40.

36 *Wehrstedt* in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 76.

37 Dazu sogleich unter Teil C. Abschnitt V.

38 Zum Sorgerecht siehe unten Teil C. Abschnitt V.

39 Vgl. auch BGH NJW 1981, 1372, 1373; BGH NJW 2004, 1595, 1596 (zum Parallellfall der gemeinsamen Sorgeerklärung – siehe dazu auch Teil C. Abschnitt V); *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 595; *Roth*, DNotZ 2003, 805, 808; *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398, 425. Vgl. auch *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1400. *Seidel* formuliert in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 1: „Die möglichst frühzeitige allgemeinverbindliche Feststellung der Vaterschaft [...] fördert die Entwicklung des Kindes und den Rechtsfrieden“.

40 Dazu noch unten Teil C. Abschnitt IV. und Abschnitt VI. Ziffer 4. Siehe auch *Wehrstedt* in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 76, der zugleich auf die in diesem Fall bestehende Gefahr für den die künstliche Befruchtung durchführenden Mediziner hinweist, von dem Samenspender auf Regress in Anspruch genommen zu werden.

41 *G. Müller* in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 29; ähnlich *Zimmermann*, DNotZ 1998, 404, 417. Siehe zum parallel geführten Streit der Zulässigkeit einer gemeinsamen Sorgeerklärung im Sinne des § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB vor Durchführung der künstlichen Befruchtung auch *Huber* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1626 b Rn. 16.

42 So auch *Roth*, DNotZ 2003, 805, 808.

43 Ein Formulierungsvorschlag findet sich in Teil D. Abschnitt II. Ziffer 1.

44 Siehe etwa die Empfehlungen im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 252. Vgl. auch (wenn- gleich für einen *de lege ferenda* zu schaffenden Passus) *Wellenhofer* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 41.

45 *Zimmermann*, DNotZ 1998, 404, 417, der ein anderes Ergebnis aber zumindest für „durchaus praktikabel“ hält. So zum Parallellfall der gemeinsamen Sorgeerklärung auch *Wegmann*, MittBayNot 1998, 308, 309.

46 Siehe nur BGH NJW 1995, 2028, 2030; Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 246; *Ellenberger* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1 Rn. 9 jeweils m. w. N.

47 So etwa *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 594; *Eckersberger*, MittBayNot 2002, 261, 262; *Wellenhofer* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 41; *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1594 Rn. 50. Siehe zum Parallellfall der gemeinsamen Sorgeerklärung auch *Huber* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1626 b Rn. 16.

Kindes, der aber wie erwähnt von § 1594 Abs. 4 BGB ausdrücklich nicht die Bedeutung einer Bedingung im Rechtssinne zugemessen wird. Warum für die Empfängnis (den Erfolg der künstlichen Befruchtung) etwas anderes gelten soll, ist mir nicht einleuchtend⁴⁸.

Überzeugender, wenn auch im Ergebnis aus meiner Sicht ebenfalls nicht durchgreifend, scheint mir der in der Literatur erhobene Einwand, der Anerkennungswille des Anerkennenden umfasse nur solche Kinder, die mit seiner Einwilligung im Wege der künstlichen Befruchtung gezeugt worden seien. Keinesfalls wolle er eine „Blankoerklärung“ dergestalt abgeben, jedes Kind, das seine Partnerin zur Welt bringt, als sein eigenes anzuerkennen. Insoweit stehe die vor der Zeugung abgegebene Anerkennungserklärung unter der Bedingung, dass das entstehende Kind auch tatsächlich Ergebnis der einvernehmlichen künstlichen Befruchtung sei und konfligiere daher mit § 1594 Abs. 3 BGB⁴⁹. In der Tat dürfte der Anerkennende nur ein mit seiner Kenntnis und Einwilligung gezeugtes Kind als sein eigenes anerkennen wollen. Allerdings halte ich die Einordnung dieses Willens als Bedingung im Rechtssinne für unrichtig. Ich meine, der Anerkennende kann und will den rechtlichen Bestand seiner Erklärung nicht von der Tatsache abhängig machen, dass das von seiner Partnerin geborene Kind durch die mit seiner Einwilligung durchgeführte künstliche Befruchtung entstanden ist. Denn nicht nur bei Abgabe der Erklärung vor der Zeugung des Kindes, sondern in jedem Fall der Vaterschaftsanerkennung wird der Anerkennende – soweit nicht ein entsprechender Abstammungstest die genetische Zuordnung des Kindes belegt – nicht mit Sicherheit wissen können, dass das anzuerkennende Kind tatsächlich mit seinem Einverständnis und nicht von einem Nebenbuhler gezeugt worden ist. Dies gilt im Falle der künstlichen Befruchtung nicht anders als im Falle der natürlichen Zeugung. Konsequenter müsste man also davon ausgehen, dass jede Vaterschaftsanerkennung unter der Bedingung steht, dass das anzuerkennende Kind tatsächlich im Einverständnis mit dem Anerkennenden (auf natürlichem oder künstlichem Wege) gezeugt worden ist. Die Abgabe der Erklärung vor Durchführung der künstlichen Befruchtung erscheint mir insoweit kein Sonderfall zu sein, solange das „Subjekt“ der Anerkennung wie oben ausgeführt hinreichend konkret bezeichnet ist. Bei natürlicher Betrachtungsweise wird der Anerkennende die Anerkennungserklärung zwar aus der Motivation heraus abgeben, dass das anzuerkennende Kind mit seinem Einverständnis gezeugt worden ist, ihm aber zu unterstellen, die Erklärung nur unter einem Vorbehalt, einer Bedingung im Rechtssinne abgeben zu wollen, führt meines Erachtens zu weit. Dies gilt umso mehr, als auch im Falle der künstlichen Befruchtung eine spätere Anfechtung der (anerkannten) Vaterschaft zulässig bleibt, wenn der Anerkennende der Meinung ist, das Kind stamme gar nicht aus der künstlichen Befruchtung⁵⁰.

Im Ergebnis halte ich die Abgabe der Vaterschaftsanerkennungserklärung bereits vor Durchführung der künstlichen Befruchtung nicht für einen Verstoß gegen § 1594 Abs. 3 BGB, sondern für zulässig⁵¹. Dies erscheint mir schon aufgrund des bereits beschriebenen dringenden Bedürfnisses der Beteiligten nach frühzeitiger Rechts-

sicherheit und in verfassungskonformer Auslegung der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen im Lichte von Art. 6 GG zum Schutz der familiären und familienrechtlichen Situation von Kind und Eltern für geboten⁵².

b) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung

Den Themenkomplex Feststellung der Elternschaft abschließend sollte der Notar auf die Vorschrift des § 1592 Nr. 3 BGB hinweisen, wonach Vater eines Kindes auch der Mann ist, dessen Vaterschaft (gemeint ist die genetische Abstammung⁵³) nach § 1600 d BGB gerichtlich festgestellt ist⁵⁴. Diesem Hinweis kommt immer dann besondere Bedeutung zu, wenn der nichteheliche Partner der Mutter die Vaterschaft nicht anzuerkennen bereit ist oder wenn die Mutter ihre Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung verweigert. Denn im Wege des gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahrens kann die Vaterschaft des genetischen Erzeugers auch ohne die freiwillige Mitwirkung des die Vaterschaftsanerkennung verweigernden Partners der Mutter bzw. der die Zustimmung zur Anerkennung verweigernden Mutter begründet werden. Auch für einen fremden Drittsperder in den Fällen der heterologen Insemination ist die Möglichkeit der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung von enormer Bedeutung, kann so doch auch zwischen dem zu zeugenden Kind und ihm ein Verwandtschaftsverhältnis im rechtlichen Sinne hergestellt werden⁵⁵.

48 So wohl auch *Roth*, DNotZ 2003, 805, 808.

49 So etwa *Wehrstedt*, RNotZ 2005, 109, 113; *ders.* in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Der Streit um die Abstammung, 2007, S. 79; *Rauscher* in: *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh zu § 1594 Rn. 50.

50 BR-Drucks. 369/99, S. 9; *Roth*, DNotZ 2003, 805, 816; *Brudermüller* in: *Palandt*, BGB, 71. Auflage 2012, § 1600 Rn. 11; *Seidel* in: *MünchKomm/BGB*, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 36; *Rauscher* in: *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1600 Rn. 77 a. Zum generell geltenden Ausschluss des Anfechtungsrechts von Vater und Mutter bei konsentierter assistierter Reproduktion sogleich unter Teil C. Abschnitt IV.

51 Im Ergebnis ebenso *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 595; *Roth*, DNotZ 2003, 805, 808 f.; *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398, 426 f.; *Brudermüller* in: *Palandt*, BGB, 71. Auflage 2012, § 1594 Rn. 9. Für die Eröffnung der Möglichkeit zur Abgabe der Anerkennungserklärung jedenfalls in den Fällen der heterologen Insemination bei nicht miteinander verheirateten Eltern (allerdings *de lege ferenda*) auch *Wellenhofer* in: *MünchKomm/BGB*, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 41.

52 Zur Berücksichtigung der Grundrechte im materiellen Familienrecht siehe nur BVerfG NJW 2010, 3008 ff.; BVerfG NJW 2007, 7533 ff.; BVerfG FamRZ 2005, 783 ff.; BVerfG NJW 1989, 891; *Schwab*, Familienrecht, 19. Auflage 2011, Rn. 503 ff.

53 Statt aller: *Brudermüller* in: *Palandt*, BGB, 71. Auflage 2012, § 1600 d Rn. 1.

54 Das Verfahren nach § 1598 a BGB kann das Kind dagegen nicht zur Feststellung seiner biologischen Abstammung von einem bestimmten Mann betreiben. Hierdurch kann es lediglich negativ feststellen, dass keine genetische Verbindung zum vermuteten oder anerkannten Vater besteht (dazu noch unten in Fn. 82). Umgekehrt kann aber auch der biologische Erzeuger nicht durch ein über § 1598 a BGB erzwungenes Abstammungsgutachten seine genetische Involvierung feststellen lassen, vgl. *Helms*, FamRZ 2008, 1037; *Brudermüller* in: *Palandt*, BGB, 71. Auflage 2012, § 1598 a Rn. 6 f.; *Wellenhofer* in: *MünchKomm/BGB*, 5. Auflage 2008, § 1598 a Rn. 6.

55 Siehe dazu auch eingehend die Ausführungen unter Teil C. Abschnitt IV. Kritisch zur Möglichkeit des Kindes, die Vaterschaft des Samenspenders herzustellen, mit Verweisen auf andere europäische Rechtsordnungen etwa *Spickhoff* in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Der Streit um die Abstammung, 2007, S. 57; kritisch auch *Wehrstedt* a.a.O., S. 76 f.

Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft ist aber nur möglich, wenn nicht (aufgrund gesetzlicher Vermutung oder Anerkennung) die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht⁵⁶. Vor Durchführung des Feststellungsverfahrens muss also stets die Anfechtung einer bestehenden (vermuteten oder anerkannten) Vaterschaft erfolgen⁵⁷. Antragsbefugt im Verfahren nach § 1600 d BGB sind das betroffene Kind, dessen Mutter⁵⁸ und der angebliche biologische Erzeuger⁵⁹.

Gegenstand des Verfahrens⁶⁰ gemäß § 1600 d BGB ist die Feststellung, ob der im Feststellungsantrag bezeichnete Mann der biologische Erzeuger des betreffenden Kindes ist. Dies ist bei anderweitig nicht auszuräumenden Zweifeln letztlich durch ein von dem Familiengericht einzuholendes Abstammungsgutachten zu ermitteln⁶¹. Rechtsfolge eines ergangenen Urteils, das die Vaterschaft eines bestimmten Mannes feststellt, ist gemäß § 184 Abs. 2 FamFG die im Prinzip endgültige⁶² und allgemeinverbindliche Klärung der genetischen Zuordnung des Kindes zu diesem Mann mit der Folge, dass zwischen ihnen ein Vater-Kind-Verhältnis mit allen rechtlichen Konsequenzen⁶³ entsteht. Wenn gleich die Zuordnung des Kindes zum Vater das Verwandtschaftsverhältnis rückwirkend auf die Geburt des Kindes begründet⁶⁴, können gemäß § 1600 d Abs. 4 BGB die Rechtswirkungen der Vaterschaft grundsätzlich erst vom Zeitpunkt der Feststellung an geltend gemacht werden („Rechtsausübungssperre“⁶⁵). Werden sie jedoch nach diesem Zeitpunkt geltend gemacht, beziehen sie sich mit rückwirkender Kraft auf den Tag der Geburt. Das bedeutet beispielsweise, dass das Kind von dem festgestellten Vater Unterhalt grundsätzlich seit dem Tag seiner Geburt verlangen kann⁶⁶. Ebenso kann der als Vater Festgestellte verpflichtet sein, dem bislang als Vater Geltenden, insbesondere in dem Fall, dass dessen Vaterschaft vor Durchführung des Verfahrens nach § 1600 d BGB durch Anfechtung vernichtet wurde, Ersatz für denjenigen Unterhalt zu gewähren, den dieser dem Kind in der Vergangenheit gewährt hat⁶⁷.

Hierüber sind die Beteiligten, insbesondere ein dritter Samenspender, von dem Notar ebenso aufzuklären wie über die Tatsache, dass das Recht des Kindes auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nicht, auch nicht anlässlich einer künstlichen Befruchtung, zur Disposition seiner Eltern steht. Eine durch die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes abgegebene Verpflichtung, die Feststellung der Vaterschaft nicht gerichtlich zu betreiben, wäre sittenwidrig, eine entsprechende Vereinbarung etwa mit dem Samenspender nichtig⁶⁸. Damit gilt: Ein Samenspender – sei es in den Fällen der homologen Insemination der nichteheliche Partner der Mutter oder in den Fällen der heterologen Insemination ein (fremder) Drittpender – ist vor der Feststellung seiner Vaterschaft und den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen in keinem Fall gefeit⁶⁹.

IV. Anfechtung der Vaterschaft

Anschließend an die Erläuterung der gesetzlichen Regelung zur Feststellung der Elternschaft sollte der Notar die Beteiligten jedenfalls in den Fällen der heterologen Insemination auf die bestehenden Möglichkeiten zu de-

ren nachträglichen Vernichtung hinweisen, namentlich auf die Bestimmungen zur Anfechtung der Vaterschaft.

Sind Vater und biologischer Erzeuger des Kindes nicht identisch, kann die Vaterschaft gemäß § 1600 Abs. 1 BGB gerichtlich angefochten werden. Eine Anfechtung ist allerdings erst nach der Geburt des Kindes möglich⁷⁰. Der Anfechtungsantrag ist auf die Feststellung gerichtet, dass der im Feststellungsantrag genannte, als Vater des betreffenden Kindes geltende Mann nicht der biologische Erzeuger des Kindes ist⁷¹. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt, dass der Mann, dessen Vaterschaft angefochten worden ist, auch im Rechtssinne nicht mehr als Vater des Kindes anzusehen ist und alle rechtlichen Konsequenzen der Vaterschaft (Unterhaltsansprüche, Erbrechte etc.) rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes entfallen⁷². Im Grundsatz⁷³ nicht

56 BGH NJW 1999, 1632, 1633; *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1600 d Rn. 1; *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 65. Für Ausnahmen siehe *Schwonberg*, FamRZ 2008, 449, 454.

57 Dazu sogleich unter Teil C. Abschnitt IV.

58 Die Mutter kann sogar verpflichtet sein, die Vaterschaftsfeststellung im Interesse des Kindes zu betreiben. Unterlässt sie dies, so kann das Verfahren im Einzelfall auf Anordnung des Familiengerichts unter Bestellung eines Pflegers durchgeführt werden, siehe *Schwab*, Familienrecht, 19. Auflage 2011, Rn. 555.

59 *Stöber*, FamRZ 2009, 923, 925; *Schwab*, Familienrecht, 19. Auflage 2011, Rn. 554.

60 Zu verfahrensrechtlichen Fragen eingehend *Stöber*, FamRZ 2009, 923 ff.

61 *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1600 d Rn. 4, siehe auch Rn. 9 ff. für die insoweit bestehenden Vermutungsregeln. Ausführlich zur Beweiserhebung durch medizinisch-technische Gutachten *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 d Rn. 55 ff., und *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem zu §§ 1591 ff. Rn. 51 ff.

62 *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 12 unter Hinweis auf die Restitutionsklage als einzige Ausnahme von diesem Grundsatz.

63 Siehe dazu auch den Überblick bei *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 17 ff.

64 *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1600 d Rn. 19; *Schwab*, Familienrecht, 19. Auflage 2011, Rn. 558. Für Ausnahmen siehe *Peschel-Gutzeit*, FPR 2011, 392 ff.; *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 d Rn. 141 ff.

65 So *Schwonberg*, FamRZ 2008, 449, 450; *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1592 Rn. 72 ff.

66 Siehe etwa BGH FamRZ 1972, 33, 35. Zur (bis zur bindenden Vaterschaftsfeststellung nicht eintretenden) Verjährung von Unterhaltsansprüchen BGH FamRZ 2002, 1698 ff.; *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 d Rn. 140.

67 Siehe dazu noch unter Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 4.

68 *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh zu § 1592 Rn. 14; *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 37.

69 Dazu ausführlicher sogleich unter Teil C. Abschnitte VI. und VII.

70 OLG Rostock FamRZ 2007, 1675 f.; *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1599 Rn. 2. A. A.: *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 52. Für die Anfechtungsfrist siehe die Regelungen des § 1600 b BGB.

71 Zur Tenorierung siehe *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 59 und 79.

72 BGH NJW 2004, 1595, 1596; BGH NJW 1981, 2183, 2184; *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1599 Rn. 8; *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 54. Zur Verfassungsgemäßheit des rückwirkenden Wegfalls der deutschen Staatsangehörigkeit im Falle der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung siehe BVerfG NJW 2007, 425 ff. Zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen des Mannes, dessen Vaterschaft erfolgreich angefochten wurde, *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1599 Rn. 29 ff.

73 Soweit eine Anfechtungsbefugnis des leiblichen Erzeugers besteht (also außerhalb der Fälle der künstlichen Befruchtung), ist dessen Anfechtungsklage allerdings zugleich auf die Feststellung gerichtet,

Gegenstand des Anfechtungsverfahrens ist die Feststellung, wer bei erfolgreicher Anfechtung stattdessen Vater des Kindes ist. Insoweit sind die Beteiligten auf die Durchführung des Verfahrens nach § 1600 d BGB verwiesen⁷⁴.

Anfechtungsberechtigt sind gemäß § 1600 Abs. 1 BGB grundsätzlich neben Mutter und Kind nur der (vermutete) Vater⁷⁵, nicht aber ein dritter Samenspender, der in keinerlei sonstiger Beziehung insbesondere zur Mutter steht⁷⁶. Dessen Anfechtungsberechtigung könnte sich allenfalls aus § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB ergeben und setzte voraus, dass er der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat; hierauf wird sich ein Samenspender in aller Regel nicht berufen können. Im Fall der einvernehmlichen heterologen künstlichen Befruchtung⁷⁷ ist jedoch auch das grundsätzlich gegebene Anfechtungsrecht der Mutter und des (anerkannten oder vermuteten) Vaters ausgeschlossen. Denn um die familienrechtliche Position des Kindes zu zementieren⁷⁸, bestimmt § 1600 Abs. 5 BGB, dass die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen ist, wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist⁷⁹. Damit bleibt im Falle der heterologen Insemination als einzig zur Anfechtung der Vaterschaft Berechtigter das Kind⁸⁰, und zwar unabhängig von dessen Alter⁸¹. Dieses kann durch die Anfechtung der Vaterschaft⁸² das Verwandtschaftsverhältnis zu dem anerkannten bzw. vermuteten Vater zum Erlöschen und im Wege des Verfahrens nach § 1600 d BGB⁸³ ein Verwandtschaftsverhältnis zu seinem genetischen Erzeuger mit allen rechtlichen Konsequenzen (gegenseitige Unterhaltspflicht, Erbrechte etc.⁸⁴) zur Entstehung bringen, für welches rechtliche Unterschiede im Vergleich zu einem durch natürliche Zeugung begründeten Vater-Kind-Verhältnis nicht bestehen⁸⁵.

Dies ist insbesondere für den Samenspender eine wenig komfortable Rechtslage. Denn in aller Regel wird er seine Beteiligung darauf beschränkt wissen wollen, seinen Samen für die Zeugung des Kindes zur Verfügung zu stellen. Keinesfalls wird er eine weitere finanzielle oder anderweitige Verantwortung für das Kind tragen wollen. Das aber ist nach der geltenden Rechtslage unmöglich. Dabei hilft es dem Samenspender auch nicht, seinen Samen unter vermeintlicher Wahrung von Anonymität bei einer Samenbank gespendet zu haben⁸⁶. Denn die behandelnden Ärzte⁸⁷ müssen dem Kind auf dessen Verlangen hin Auskunft über die Person des Samenspenders geben und können sich insoweit nicht auf ihre ärztliche Schweigepflicht berufen⁸⁸. Dies ist spätestens seit Anerkennung des Rechtes auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, allgemeine Auffassung⁸⁹. Ganz im Gegenteil, sowohl nach ärztlichen Standesvorschriften⁹⁰ als auch aufgrund gesetzlicher Regelungen, i. e. §§ 8d, 16 a TPG i. V. m. §§ 6 Abs. 2, 5 Abs. 2 TPG-GewV, ist der behandelnde Mediziner sogar verpflichtet, schriftlich festzuhalten, dass sich der Samenspender mit der Dokumentation von Herkunft und

Verwendung der Samenspende und – für den Fall eines Auskunftsverlangens des Kindes – mit einer Bekanntgabe seiner Personalien einverstanden erklärt hat. Kurz gesagt, es besteht für den genetischen Erzeuger stets

dass er der leibliche Vater des Kindes ist, vgl. § 182 Abs. 1 FamFG. Dies ist von Amts wegen zu ermitteln, siehe *Stöber*, FamRZ 2009, 923, 926.

74 Siehe Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. b).

75 In Ausnahmefällen ist gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB auch eine behördliche Anfechtung möglich, siehe dazu auch *Löhnig*, FamRZ 2008, 1130.

76 Reg.Begr., BT-Drucks. 15/2253, S. 10; BGH DNotZ 2005, 707, 709; BGH NJW 1999, 1632, 1633; *Höfelmann*, FamRZ 2004, 745, 749; *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh. zu § 1592 Rn. 13; *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 7. Zur Verfassungsgemäßheit des Ausschlusses des genetischen Erzeugers BGH NJW 2007, 1677, 1679 ff.

77 Siehe auch den Formulierungsvorschlag in Teil D. Abschnitt III. Ziffer 1.

78 Reg.Begr., BT-Drucks. 14/2096, S. 6 f., unter ausdrücklichem Hinweis auf die gewünschte Erhaltung von Unterhalts- und Erbrechten des Kindes. Siehe auch *Eckersberger*, MittBayNot 2002, 261, 262.

79 Der Anfechtungsausschluss gilt – wie erwähnt – freilich nicht für eine Anfechtung mit der Begründung, das Kind sei tatsächlich nicht durch die konsenterte künstliche Befruchtung gezeugt worden, siehe Nachweise oben in Fn. 50. Zur Historie des § 1600 Abs. 5 BGB siehe auch *Spickhoff* in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Der Streit um die Abstammung, 2007, S. 55 ff.

80 Kritisch zur Anfechtungsberechtigung des Kindes *Wehrstedt* in: *Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen*, 2010, S. 82 f. Allgemein kritisch zur Regelung des § 1600 Abs. 5 BGB *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1600 Rn. 66 ff.

81 *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1600 Rn. 5 mit Hinweisen bei § 1600 a Rn. 3 ff. zu dessen Vertretung bei Minderjährigkeit.

82 Mithilfe der durch das Vaterschaftsklärungsgesetz vom 26. März 2008 neu eingeführten Vorschrift des § 1598 a BGB kann das Kind (wie Vater und Mutter, nicht jedoch der biologische Erzeuger) zunächst in einer Art Vorschaltverfahren vor der eigentlichen Anfechtung der Vaterschaft die Durchführung einer genetischen Abstammungsuntersuchung erzwingen und so feststellen, ob der Vater tatsächlich auch der genetische Erzeuger ist, um erst danach zu entscheiden, ob es die Vaterschaft anfechten oder es bei der rechtlichen Vaterschaft trotz fehlender genetischer Verbindung belassen will. Selbstverständlich bleibt es dem Kind unbenommen, auch sofort das Anfechtungsverfahren zu betreiben, vgl. nur *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1598 a Rn. 1. Ausführlich zum Verfahren nach § 1598 a BGB *Helms*, FamRZ 2008, 1037. Lesenswert pointiert hierzu *Schwab*, FamRZ 2008, 23. Kritisch auch *Heiderhoff*, FamRZ 2010, 8 ff.

83 Siehe dazu vorstehend Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. b).

84 Hierzu im Einzelnen noch unten Teil C. Abschnitte VI. und VII.

85 *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 35.

86 *Rauscher* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh. zu § 1592 Rn. 15 f. Zur Unwirksamkeit von Anonymitätszusagen siehe außerdem *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 37 f.; rechtsvergleichend unter Hinweis auf die Außergewöhnlichkeit des deutschen Rechts im europäischen Vergleich *Helms*, FamRZ 2010, 1, 4.

87 Auskunft darüber, welcher Arzt die künstliche Befruchtung durchgeführt hat, kann das Kind auf Grundlage der nachstehend beschriebenen Grundsätze – notfalls gerichtlich – von seinen (gesetzlichen) Eltern einfordern, vgl. *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1589 Rn. 40 ff.

88 Zu Schadensersatzpflichten des Arztes gegenüber dem Kind, wenn der Samenspender nicht identifizierbar ist, bzw. gegenüber dem Samenspender, wenn er diesem rechtswidrig Anonymität verspricht, siehe *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 638 ff.; *Ratzel* in: *Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen*, 2010, S. 53; *Seidel* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 37 m. w. N.

89 EGMR NJW 2003, 2145, 2147; BVerfG NJW 2007, 753, 754; BVerfG NJW 1994, 2475; BVerfG NJW 1989, 891 f.; *Wehrstedt*, FPR 2011, 400, 401; *Roth*, DNotZ 2003, 805, 821. Siehe dazu ausführlich *Wellenhofer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, Vor § 1599 Rn. 6 ff. m. w. N.

90 *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1398 sowie A 1402. Siehe auch *Roth*, DNotZ 2003, 805, 821.

die Gefahr, in die volle Rechtsstellung eines nicht-ehelichen Vaters hineingedrängt zu werden⁹¹. Es versteht sich von selbst, dass die Beteiligten, insbesondere der Samenspende, von dem Notar hierüber eindringlich belehrt werden müssen. Sollte ein solches Ansinnen zur Absicherung des Samenspenders dem Notar von den Beteiligten angetragen werden, so hat er diese außerdem darauf hinzuweisen, dass die Erklärung eines Verzichts auf das Anfechtungsrecht, ggf. gar von den zukünftigen Eltern als gesetzliche Vertreter des zu zeugenden Kindes, keine Rechtswirkungen zeitigt; das Recht auf Anfechtung der Vaterschaft ist unverzichtbar⁹².

V. Sorgerecht

Nach Klärung der Frage, wer die juristischen Eltern des künstliche zu zeugenden Kindes sind, wird der Notar sich den Konsequenzen der Elternschaft zuwenden. Ein nicht miteinander verheiratetes Paar sollte dabei zunächst darauf hingewiesen werden, dass das Sorgerecht gemäß § 1626 a Abs. 2 BGB in diesem Fall grundsätzlich allein der Mutter zusteht⁹³. Das gemeinsame Sorgerecht können die Partner außer durch Heirat nur durch die Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung erlangen, § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Ob Wirksamkeitsvoraussetzung einer solchen ist, dass die Erklärenden auch tatsächlich die rechtlichen Eltern des betreffenden Kindes sind, ist streitig, wird von der herrschenden Meinung aber bejaht⁹⁴. Für die Richtigkeit der herrschenden Meinung spricht schon der eindeutige Gesetzeswortlaut, wenn es in § 1626 a Abs. 1 BGB heißt, die „Eltern“ könnten die Übernahme der gemeinsamen Sorge erklären. Damit setzt die Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung in Fällen der assistierten Reproduktion jedenfalls bei nicht miteinander verheirateten Partnern (ansonsten ließe sich bei Fortbestand der Ehe bis zur Geburt des Kindes auf die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB rekurren) die zumindest gleichzeitige Abgabe einer Vaterschaftsanerkennungserklärung voraus⁹⁵, zweckmäßigerweise in ein und derselben Urkunde.

Die Sorgeerklärung besteht aus gleichgerichteten, nicht empfangsbedürftigen Erklärungen⁹⁶ der Eltern, dass sie die Sorge für das Kind gemeinsam übernehmen wollen⁹⁷. Weder müssen die Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Partner abgegeben werden noch müssen die Formulierungen exakt übereinstimmen⁹⁸. Freilich ist es sinnvoll, diese – soweit inhaltlich gewünscht – in die notarielle Gestaltung einer Vereinbarung anlässlich einer künstlichen Befruchtung einfließen zu lassen⁹⁹.

Hinweisen sollte der Notar darauf, dass nach der Geburt des Kindes und dem damit verbundenen Eintritt der gemeinsamen Sorge diese nicht durch bloße gegenläufige Erklärungen wieder aufgehoben werden kann¹⁰⁰. Eine Aufhebung bedarf in jedem Fall einer Anrufung des Familiengerichtes nach § 1671 Abs. 1 BGB und kommt nur in Ausnahmefällen bei nicht nur vorübergehender Trennung der gemeinsam Sorgeberechtigten in Betracht¹⁰¹.

Wie bei der Vaterschaftsanerkennung wird es zumeist auch hier im Interesse aller Beteiligten sein, die Sorge-

erklärung bereits vor Durchführung der künstlichen Befruchtung abzugeben. Insbesondere die Bereitschaft des Mannes, sich mit der assistierten Reproduktion einverstanden zu erklären, wird regelmäßig mit dem Wunsch der Sorgerechtsausübung verknüpft sein. Diese vor Durchführung der künstlichen Befruchtung abzusichern, wird für ihn zumeist von nicht unmaßgeblicher Wichtigkeit sein. Denn nachträglich kann er die Mutter gegen ihren Willen nicht zur Abgabe der Sorgeerklärung zwingen, d. h., diese kann ihm das Sorgerecht bei fortbestehender Unterhaltspflicht¹⁰² – auch grundlos – vorenthalten. Da § 1626 b Abs. 2 BGB lediglich bestimmt, die Erklärung könne schon vor der Geburt des Kindes abgegeben werden, wird der hinsichtlich der parallelen Situation der Vaterschaftsanerkennung geführte, oben bereits geschilderte Meinungsstreit über die Zulässigkeit der Abgabe der Vaterschaftsanerkennungserklärung bereits vor Durchführung der künstlichen Befruchtung entsprechend geführt¹⁰³. Richtig ist meines Erachtens auch hier, aus den oben genannten – insbesondere verfassungsrechtlichen¹⁰⁴ – Erwägungen heraus die Abgabe einer Sorgeerklärung auch schon vor Durchführung der künstlichen Befruchtung zuzulassen¹⁰⁵.

91 So Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 114.

92 BGH NJW 1995, 2028, 2030; BGH NJW 1983, 2073, 2074; Roth, DNotZ 2003, 805, 821; Eckersberger, MittBayNot 2002, 261, 262; Wellenhofer in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 23.

93 Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung siehe den nachfolgenden Exkurs.

94 BVerfG NJW 2010, 3008, 3010; BGH NJW 2004, 1595, 1596; Schwab, DNotZ 1998, 437, 450; Diederichsen in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1626 a Rn. 7; Huber in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1626 b Rn. 13; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 51. A. A. Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 31.

95 Siehe nur Schwab, DNotZ 1998, 437, 450.

96 Auch die Sorgeerklärung ist eine bedingungsfeindliche (§§ 1626 b Abs. 1 BGB), höchstpersönliche (§ 1626 c Abs. 1 BGB) und beurkundungsbedürftige (§ 1626 d Abs. 1 BGB) Erklärung.

97 Diederichsen in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1626 a Rn. 8; Huber in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1626 a Rn. 3.

98 Wegmann, MittBayNot 1998, 308, 310; Diederichsen in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1626 a Rn. 9; Huber in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1626 a Rn. 10.

99 Für einen Formulierungsvorschlag siehe unten Teil D. Abschnitt II. Ziffer 2.

100 Wiesner, ZfJ 1998, 269, 271; Schwab, DNotZ 1998, 437, 452; Wegmann, MittBayNot 1998, 308, 310 mit weiteren Belehrungsvorschlägen, die aus meiner Sicht aber nicht zwingend erforderlich sind.

101 Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 37 f.; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 57.

102 Hierauf weist auch das BVerfG NJW 2010, 3008, 3012, ausdrücklich hin. Siehe auch BGH DNotZ 1996, 787, 789 zur Frage des Fortbestehens von Unterhaltspflichten bei Anfechtung der Vaterschaft durch den Unterhaltsberechtigten: „[D]em Unterhaltsverpflichteten sei nicht zuzumuten, dass er lediglich noch als anonymen Zahlvater in Anspruch genommen werden soll.“

103 Siehe oben Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. a).

104 Vgl. hierzu insbesondere BVerfG NJW 2010, 3008, 3010 f. Zu verfassungsrechtlichen Erwägungen siehe auch die nachstehenden Ausführungen im Exkurs.

105 Zur Wichtigkeit einer möglichst frühzeitigen und rechtssicheren Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge unter Rekurrenz auf kinderpsychiatrische und kinderpsychologische Studien siehe BGH NJW 2004, 1595, 1596. A. A. Schwab, DNotZ 1998, 437, 450 (allerdings ohne nähere Begründung); Zimmermann DNotZ 1998, 404, 417; Wegmann, MittBayNot 1998, 308, 309; Coester in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2007, § 1626 b

Exkurs:

Nach übereinstimmender Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts verletzt die Regelung des § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB, wonach das Sorgerecht bei nicht-ehelich geborenen Kindern alleine der Mutter zusteht, wenn die Eltern keine (vom Einverständnis der Mutter abhängige) gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben haben, in nicht verhältnismäßiger Weise die Rechte der Väter¹⁰⁶. Der Gesetzgeber, so das Bundesverfassungsgericht, greife unverhältnismäßig in das Elternrecht des Vaters ein, wenn dem Vater die Möglichkeit genommen werde, unabhängig vom Willen der Mutter gerichtlich überprüfen zu lassen, ob er aus Gründen des Kindeswohls an der elterlichen Sorge jedenfalls zu beteiligen sei¹⁰⁷. Es hat deshalb unter Berufung auf Art. 6 Abs. 2 GG die Verfassungswidrigkeit dieser Regelung festgestellt und dem Gesetzgeber aufgegeben, die verfassungswidrige Regelung durch eine verfassungskonforme zu ersetzen. Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung sei § 1626 a BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge (teilweise) gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht¹⁰⁸. Für die notarielle Gestaltung ist die Entscheidung insoweit zunächst ohne weitere Relevanz, als es sich auch weiterhin im Interesse des ungeborenen Kindes empfiehlt, auf die Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung zu notarieller Urkunde hinzuwirken¹⁰⁹.

VI. Unterhalt**1. Grundsatz**

Besteht die (juristische) Elternschaft von Vater und Mutter, so knüpfen sich hieran grundsätzlich die „normalen“ unterhaltsrechtlichen Folgen: Eltern und Kind sind sich wechselseitig unterhaltspflichtig, § 1601 ff. BGB. Die Situation der künstlichen Befruchtung generiert insoweit keine Besonderheiten; auf eine Erläuterung unterhaltsrechtlicher Einzelheiten wird deshalb hier verzichtet.

2. §§ 1570, 1615 I BGB

Hinweisen sollte der Notar in der gebotenen Kürze jedoch auf diejenigen Vorschriften, die dem Kindesbetreuenden Elternteil einen Unterhaltsanspruch gegen den jeweils anderen gewähren. Während die insoweit für Eheleute geltende Regelung des § 1570 BGB vielen Beteiligten geläufig sein dürfte, wird es so manche Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft überraschen, dass auch in ihrem Fall eine wechselseitige Unterhaltspflicht in Gestalt von § 1615 I BGB bestehen kann. Voraussetzung einer Inanspruchnahme des Mannes ist jedoch in beiden Fällen, dass der auf Unterhalt in Anspruch Genommene vermuteter oder anerkannter Vater des zu betreuenden Kindes ist oder im Falle des § 1615 I BGB jedenfalls die Vaterschaft nicht bestreitet¹¹⁰. Aber auch hier gilt: Die Tatsache, dass ein Kind durch künstliche Befruchtung entstanden ist, zeitigt keine rechtlichen Besonderheiten, sodass auf wei-

tergehende Ausführungen an dieser Stelle verzichtet wird.

3. Konkludente Unterhaltspflicht infolge Einwilligung

Die assistierte Reproduktion erfordert grundsätzlich nur in den Fällen der heterologen Insemination eine ausführliche Erörterung unterhaltsrechtlicher Besonderheiten. Neben der wichtigen Belehrung des Samenspenders über nicht auszuschließende unterhaltsrechtliche Konsequenzen¹¹¹, sollte den Beteiligten vor Augen geführt werden, dass Unterhaltsansprüche des im Wege der künstlichen Befruchtung zu zeugenden Kindes gegenüber dem Partner der Mutter aufgrund expliziter gesetzlicher Bestimmungen nur dann bestehen, wenn dessen Vaterschaft vermutet oder von ihm anerkannt wird, und nur solange bestehen, wie diese Vaterschaft nicht durch Anfechtung wieder beseitigt worden ist. Selbstverständlich bleibt es den Beteiligten unbenommen, für diesen Fall Vorsorge durch die Vereinbarung von Unterhaltspflichten zu treffen, die eine Unterhaltspflicht unabhängig von der (fortbestehenden) Vaterschaft des Unterhaltsverpflichteten begründen¹¹².

Anderes – und dies sollte der Notar ausdrücklich erläutern – gilt nach der Rechtsprechung des BGH allerdings dann, wenn der Partner der Mutter in die heterologe Insemination eingewilligt hat¹¹³. In der Einwilligung liege – so der BGH – der konkludente Abschluss eines mit der Mutter zugunsten des Kindes geschlossenen, von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten Vertrages, mit dem der Partner der Mutter sich gegenüber dem Kind verpflichte, für dessen Unterhalt wie ein ehelicher Vater zu sorgen¹¹⁴.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, in welchen Fällen die so hergeleitete Pflicht zur Unterhaltszahlung aufgrund geänderter Umstände im Nachhinein wieder entfällt. Für den Fall der späteren Anfechtung der Vaterschaft des Einwilligenden durch das Kind etwa hat der BGH angenommen, Geschäftsgrundlage einer kon-

Rn. 9; *Huber* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1626 b Rn. 16; *Grziwotz* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 33.

106 BVerfG NJW 2010, 3008 ff.; EGMR FamRZ 2010, 103 mit zustimmender Anmerkung von *Henrich*. Anders noch BVerfG NJW 2003, 955, 957 ff. Zu Gestaltungsvorschlägen für eine geänderte Gesetzesfassung siehe *Löhnig*, FamRZ 2010, 338 ff.

107 BVerfG NJW 2010, 3008, 3009.

108 BVerfG NJW 2010, 3008, 3014 f.

109 Dazu unten Teil D. Abschnitt II. Ziffer 2.

110 Für § 1570 BGB siehe *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1570 Rn. 3; *Maurer* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2010, § 1570 Rn. 22. Für § 1615 I BGB siehe OLG Celle FamRZ 2005, 747; OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 690, 691; *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1615 I Rn. 2; *Born* in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1615 I Rn. 3.

111 Dazu sogleich unter Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 4.

112 Siehe auch Teil D. Abschnitt II. Ziffer 3.

113 Dazu unten Teil D. Abschnitt III. Ziffer 1.

114 BGH NJW 1995, 2028, 2029; BGH DNotZ 1996, 787, 788 f.; *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, Einf v § 1591 Rn. 18. Siehe dazu auch *Grziwotz* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 84; *G. Müller* in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 37. Zur fortdauernden Relevanz dieser Rechtsprechung *Roth*, DNotZ 2003, 805, 817 f.

kludent übernommenen Unterhaltsverpflichtung durch den Partner der Mutter sei, dass sich die rechtlichen und sozialen Beziehungen zu dem Kind so entwickeln, als sei der in die heterologe Insemination Einwilligende der leibliche Vater des Kindes¹¹⁵. Entfalle diese Geschäftsgrundlage, entfalle auch die Pflicht zur Zahlung von Unterhalt. Dies gelte – so der BGH in einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tage – aber wiederum nicht, wenn der Einwilligende selbst die Vaterschaft anfechte. Denn es entspreche allgemeinen Rechtsgrundsätzen (abgeleitet wohl aus § 242 BGB), dass der Unterhaltsverpflichtete sich nicht durch eigenes Verhalten seiner Verpflichtungen entledigen könne¹¹⁶. Unabhängig davon, ob man diese Rechtsprechung für konsistent und überzeugend erachtet, sind Einzelheiten der Begründung und des nachträglichen Wegfalls konkludent übernommener Unterhaltsverpflichtungen des Partners der Mutter gegenüber dem zu zeugenden Kind ungeklärt¹¹⁷. Hierüber hat der Notar die Beteiligten zum einen aufzuklären, zum anderen dürfte es sich empfehlen, aus diesen Gründen jedenfalls in den Fällen der heterologen Befruchtung explizite Unterhaltsverpflichtungen in die anlässlich einer künstlichen Insemination zu errichtende notarielle Urkunde aufzunehmen¹¹⁸.

4. Belehrung des dritten Samenspenders

Stets ausführlich zu belehren über die ihn zukünftig möglicherweise treffenden unterhaltsrechtlichen Konsequenzen seiner Mitwirkung bei der Zeugung des Kindes ist im Falle der heterologen Insemination der dritte Samenspender. Denn, wie unter Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. b) bzw. Teil C. Abschnitt IV. ausgeführt, kann die Etablierung eines Vater-Kind-Verhältnisses zwischen diesem und dem mit seinem Samen gezeugten Kind nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. In diesem Fall stünden dem Kind gegenüber dem Samenspender alle „normalen“ Unterhaltsansprüche eines Kindes gegen seinen Vater zu¹¹⁹. Auf diese können die Wunschelemente gegenüber dem Samenspender schon wegen § 1614 Abs. 1 BGB nicht verzichten.

Doch damit nicht genug: Dem Samenspender droht zudem ein bereicherungsrechtlicher Regress desjenigen, der (aufgrund seiner durch Anfechtung rückwirkend vernichteten Vaterstellung) zunächst für den Unterhalt des Kindes aufgekommen ist, in Höhe des in der Vergangenheit rechtsgrundlos gezahlten Unterhalts¹²⁰. Denn das Kind als Empfänger der Unterhaltsleistungen und damit eigentlicher Schuldner des Kondiktionsanspruchs des Scheinvaters wird sich regelmäßig auf Entreicherung im Sinne von § 818 Abs. 3 BGB berufen können. In diesem Fall erleichtert die Überleitungsvorschrift des § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB dem Scheinvater die Schadloshaltung bei dem tatsächlichen Erzeuger, sprich dem Samenspender¹²¹. Auch kann der dieses Verfahren betreibende Scheinvater von dem wirklichen Erzeuger analog § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB Ersatz für die Kosten des Verfahrens der Vaterschaftsanfechtung verlangen¹²². Vorsorge hierzu kann der Notar nur insoweit treffen, als ein Rückgriff des die Vaterschaft anerkennenden Partners der Mutter gegen den Samenspender in der anlässlich der künstlichen Befruchtung abzuschließenden notariellen Urkunde ausgeschlossen wird¹²³. Dieser Anspruch ist disponibel.

VII. Erb- und Pflichtteilsrechte

Schließlich sind den Beteiligten die gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte des Kindes zu erläutern. Auch hier gelten grundsätzlich die allgemeinen erb- und pflichtteilsrechtlichen Grundsätze, ohne dass sich aus der Tatsache der künstlichen Befruchtung Besonderheiten ergeben. Auf nähere Erörterung wird deshalb an dieser Stelle verzichtet.

Selbstverständlich hat der Notar auch insoweit einen dritten Samenspender eindringlich darüber zu belehren, dass in den vorstehend unter Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. b) bzw. Teil C. Abschnitt IV. genannten Fällen ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen ihm und dem Kind mit allen erb- und pflichtteilsrechtlichen Konsequenzen hergestellt werden kann¹²⁴.

D. Notarielle Gestaltung

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, variiert der notarielle Beratungs- und Gestaltungsbedarf je nachdem, ob es sich um eine homologe oder heterologe Insemination handelt und ob das Paar mit Kinderwunsch miteinander verheiratet ist oder nicht.

I. Homologe Insemination, miteinander verheiratetes Paar

Grundsätzlich keinen besonderen Regelungsbedarf generiert die homologe künstliche Befruchtung bei einem miteinander verheirateten Paar. Die familienrechtliche Situation ist hier nicht anders zu bewerten als diejenige, wäre das Kind auf natürlichem Wege gezeugt worden. Insbesondere gilt der Ehemann der Mutter übereinstimmend mit der biologischen Erzeugung als Vater des Kindes.

Anregen sollte der Notar jedoch angesichts der neuen familiären Situation die Überprüfung etwa bestehender ehe- und/oder erbvertraglicher bzw. testamentarischer

115 BGH DNotZ 1996, 787, 789; BGH NJW 1995, 2028, 2029; Roth, DNotZ 2003, 805, 818 f. mit weiteren Zweifelsfällen für den Wegfall der Geschäftsgrundlage; Eckersberger, MittBayNot 2002, 261, 264; Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1600 Rn. 95.

116 BGH NJW 1995, 2028, 2031.

117 So zum Fall der Anfechtung der Vaterschaft durch die Mutter des Kindes das Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 251.

118 Das ist auch die Empfehlung des Rundschreibens Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 251. Ein Regelungsvorschlag findet sich in Teil D. Abschnitt III. Ziffer 2.

119 Zu Möglichkeiten der Gestaltung von Abreden zur Freistellung von Unterhaltsansprüchen zugunsten des Samenspenders siehe Teil D. Abschnitt III. Ziffer 2 lit. a).

120 BGH FamRZ 1972, 33, 35; BGH FamRZ 1981, 30 ff.; Schwonberg, FamRZ 2008, 449; Seidel in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1592 Rn. 55 m. w. N. Zum bereicherungsrechtlichen Anspruch des Scheinvaters gegen den Unterhaltsberechtigten BGH NJW 1981, 2183 f.

121 Zum Anspruch des Scheinvaters auf Auskunft über die Identität des biologischen Erzeugers siehe Neumann, FPR 2011, 366 ff.

122 Schwab, Familienrecht, 19. Auflage 2011, Rn. 551.

123 Siehe unten Teil D. Abschnitt III. Ziffer 2 lit. a).

124 Zur Frage, inwieweit Abreden zur Freistellung von Erb- und Pflichtteilsansprüchen zugunsten der Erben bzw. Vermächtnisnehmer des Samenspenders möglich und empfehlenswert sind, siehe Teil D. Abschnitt III. Ziffer 2.

Vereinbarungen/Regelungen bzw. Abschluss/Errichtung von solchen. Die Tatsache der Zeugung des Kindes im Wege der assistierten Reproduktion erfordert hier keine gesonderte Berücksichtigung, sodass auf weitere Erläuterungen an dieser Stelle verzichtet wird¹²⁵.

II. Homologe Insemination, nicht miteinander verheiratetes Paar

1. Vaterschaftsanerkennung

Ist das Elternpaar nicht miteinander verheiratet, sollte in den Fällen der homologen Insemination in Ermangelung der Einschlägigkeit der gesetzlichen Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB die Vaterschaftsanerkennung Gegenstand der notariellen Urkunde sein. Wie ausgeführt¹²⁶, kann und sollte die Anerkennungserklärung aus meiner Sicht bereits vor der künstlichen Befruchtung selbst erfolgen. Nur so ist gewährleistet, dass die Beteiligten von vorneherein eine sichere und klare Regelung der wechselseitigen Interessen, insbesondere derer des besonders schützenswerten Kindes, sicherstellen. Wie a.a.O. erwähnt, sollte durch die Wahl einer möglichst präzisen Formulierung zunächst die durchzuführende Befruchtung anhand von Rahmendaten hinreichend konkret bezeichnet werden¹²⁷.

Formuliert werden könnte die einleitende Konkretisierung der durchzuführenden künstlichen Befruchtung sowie sodann die Vaterschaftsanerkennungserklärung verbunden mit der Zustimmungserklärung der Mutter wie folgt:

„Wir, Herr [Vorname, Name] und Frau [Vorname, Name] leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammen. Wir wünschen uns ein gemeinsames Kind, das im Wege der assistierten Reproduktion [mit meinem, [Vorname, Name], eigenen Samen (homologe Insemination)] gezeugt werden soll. Die entsprechende Behandlung wird voraussichtlich am [Datum] beginnen und von Frau/Herrn [Vorname, Name] durchgeführt werden.“

Bereits jetzt erkenne ich, [Vorname, Name], hiermit an, Vater des Kindes bzw. der Kinder¹²⁸ zu sein, die hierdurch gezeugt werden. Dieser Anerkennung stimme ich, [Vorname, Name], als Mutter des zu zeugenden Kindes bzw. der zu zeugenden Kinder hiermit zu¹²⁹.

Angesichts der letztlich nicht geklärten Frage, ob eine Vaterschaftsanerkennung auch schon vor Durchführung der künstlichen Befruchtung möglich ist, wird in der notarrechtlichen Literatur teilweise empfohlen, (zusätzlich) vorsorglich auf die Aufnahme einer Erklärung zu dringen, mit der sich der Vater zur Vaterschaftsanerkennung unverzüglich nach der künstlichen Befruchtung verpflichtet¹³⁰. Folgt man – entgegen der in diesem Beitrag vertretenen Auffassung (siehe Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2 lit. a)) – der Meinung, die die Abgabe der Anerkennungserklärung vor der Zeugung für unzulässig hält, erscheint es mir zweifelhaft, die Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Erklärung vor der Zeugung hingegen für zulässig zu halten¹³¹. Die gegen die Zulässigkeit einer Anerkennungserklärung vor Zeugung vorgebrachten Argumente dürften ebenso gegen die Zulässigkeit einer Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Erklärung sprechen. Denn auch hier steht das „Subjekt“

der Verpflichtung nicht fest und der Wille muss sich „blanko“ auf alle Kinder erstrecken, die die Partnerin des Anerkennenden empfangen wird. Zudem wird man nicht annehmen können, die Unzulässigkeit der Abgabe einer Anerkennungserklärung zu einem bestimmten Zeitpunkt – sollte sie tatsächlich vom Gesetzgeber gewollt sein – ließe sich schlicht durch eine genau zu demselben Zeitpunkt abgegebene, im Streitfall gerichtlich durchsetzbare (!) Verpflichtungserklärung unterlaufen. Im Ergebnis dürfte die Verpflichtung zur Abgabe der Anerkennungserklärung daher ins Leere gehen – sei es weil sie unwirksam ist oder gemäß der hier vertretenen Auffassung die Vaterschaft bereits wirksam anerkannt wurde –, schaden kann ihre Aufnahme in die notarielle Urkunde aber ebenfalls nicht. Möglicherweise erhöht sie trotz zweifelhafter Durchsetzbarkeit zumindest den psychologischen Druck auf den Partner der Mutter, die Anerkennungserklärung nach erfolgreicher Befruchtung zu wiederholen. Denn dies dürfte angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit stets zu empfehlen sein¹³².

Schließlich ist im Zuge der Anerkennung der Vaterschaft zu berücksichtigen, dass eine Absprache, wonach die Vaterschaftsanerkennung der Geheimhaltung unterliegen soll, nicht zulässiger Teil der notariellen Urkunde sein kann¹³³. Der Notar ist vielmehr gemäß §§ 1597 Abs. 2 BGB, 44 Abs. 3 PStG verpflichtet, eine beglaubigte Abschrift der Vaterschaftsanerkennung und aller Erklärungen, die für die Wirksamkeit der Anerkennung bedeutsam sind (also insbesondere der Zustim-

125 Für einen Überblick über entsprechende Gestaltungsmöglichkeiten siehe etwa Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B I Rn. 1 ff.

126 Siehe Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2 lit. a).

127 Ist die durchzuführende Befruchtung mit Hilfe der genannten Daten hinreichend konkretisiert, so erscheint mir die im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 252, vorgeschlagene zusätzliche Aufnahme einer zeitlichen Befristung dergestalt, dass die Vereinbarung automatisch außer Kraft tritt, wenn nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums ein Behandlungserfolg ärztlich attestiert wird, entbehrlich.

128 Die ausdrückliche Erstreckung auf Mehrlingsgeburten erscheint aus Gründen der Klarstellung sinnvoll, obwohl sich nach allgemeiner Auffassung (siehe nur Wellenhofer in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 41 m. w. N.) die Anerkennungserklärung auch ohne ausdrückliche Aussage hierzu auf alle Kinder erstreckt, vgl. G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 5.

129 Vgl. auch die ausführlicheren Formulierungsvorschläge von Kordell/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 32 Mff.; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 22, und Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 8.

130 So schlägt es etwa G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 29 vor, der die Abgabe einer Anerkennungserklärung vor Zeugung nicht für zulässig hält. Siehe auch die Musterformulierung von Kordell/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 86 M.

131 Siehe auch Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 250: „Eine Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft kommt nicht in Betracht.“

132 Ausdrücklich enthalten ist die Empfehlung etwa im Mustervorschlag von Kordell/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 86 M.

133 OLG Hamm FamRZ 1985, 1078; 1079; Kordell/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 24; Brudermüller in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 1597 Rn. 4; Wellenhofer in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1594 Rn. 8.

mungserklärung der Mutter), dem Standesamt, das den Geburtseintrag des Kindes führen wird, zu übersenden¹³⁴. Wird die Geburt nicht im Inland beurkundet, ist dem Standesamt I in Berlin die beglaubigte Abschrift zu übersenden. Steht das zuständige Standesamt bei Beurkundung noch nicht fest, weil die Anerkennungserklärung – wie regelmäßig in den Fällen der notariellen Gestaltung anlässlich einer assistierten Reproduktion – vor der Geburt des Kindes abgegeben wurde, wird zum Teil empfohlen, unmittelbar nach der Beurkundung zunächst dem für die Mutter zuständigen Standesamt eine beglaubigte Abschrift zu übersenden und nach (von dem Notar zu erbittender) Information über die Geburt des Kindes bei abweichender Zuständigkeit dem dann für das Kind zuständigen Standesamt (falls abweichend) eine weitere beglaubigte Abschrift zu übermitteln¹³⁵. Die Praxis zeigt jedoch, dass eine Übersendung vor der Geburt an das für die Mutter zuständige Standesamt in aller Regel von diesem nicht akzeptiert wird, sondern die entsprechenden Unterlagen wegen Unzuständigkeit zurückgesendet werden. Ausreichend dürfte daher sein, die Anzeige nach der Geburt des Kindes bei dem dann zuständigen Standesamt vorzunehmen.

Soweit die Anerkennungserklärung Teil einer umfassenden Urkunde anlässlich einer künstlichen Befruchtung ist, sollte der Notar aus Gründen der Verschwiegenheit darauf achten, dem Standesamt nur eine auszugsweise beglaubigte Abschrift zu erteilen, die ausschließlich die für die Vaterschaftsanerkennung relevanten Auszüge enthält.

2. Sorgerecht

Weiterer Bestandteil der notariellen Urkunde sollte die gemeinsame Sorgeerklärung der Eltern sein. Denn wie vorstehend erläutert¹³⁶, stünde das Sorgerecht bei nichtehelichen Eltern ansonsten alleine der Mutter zu. Hierzu zu raten dürfte nicht nur im Interesse des Vaters an seinem Elternrecht empfehlenswert sein. Denn mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts dient die Erklärung zur Herbeiführung eines gemeinsamen Sorgerechts der Eltern vielmehr auch dem wohlverstandenen Kindeswohl, denn nur der geäußerte übereinstimmende Wille der Eltern bildet ein hinreichendes Fundament, um für das Kind ab dem Zeitpunkt seiner Geburt eine klare und sichere Verantwortlichkeit zu schaffen und dem Kind eine emotionale Bindung zu beiden Elternteilen zu rechtlich zu sichern¹³⁷.

Lauten könnte eine gemeinsame Sorgeerklärung anknüpfend an die vorstehend vorgeschlagene Formulierung zur Vaterschaftsanerkennung wie folgt:

„[. . .] Wir erklären ferner, dass wir die elterliche Sorge für das Kind bzw. die Kinder¹³⁸ gemeinsam übernehmen¹³⁹.“

Auch hier wird empfohlen und ist aus meiner Sicht nicht schädlich, angesichts der ungeklärten Gültigkeit einer vor Durchführung der künstlichen Befruchtung abgegebenen Sorgeerklärung auf die vorsorgliche Aufnahme einer Verpflichtung beider Beteiligten zu ihrer Abgabe zu dringen. Allerdings ist auch deren Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit umstritten¹⁴⁰ und wird von Teilen der Literatur insbesondere unter Verweis auf ihren höchst-

persönlichen Grundsatzcharakter, der stets vom aktuellen freien Willen der Mutter getragen sein müsse, abgelehnt¹⁴¹. Ebenso wie bei der Vaterschaftsanerkennung empfiehlt es sich jedoch in jedem Fall, die gemeinsame Sorgeerklärung nach der Empfängnis des Kindes vorsorglich erneut abzugeben.

Zu beachten hat der beurkundende Notar seine Pflicht zur Anzeige der gemeinsamen Sorgeerklärung bei dem Jugendamt des Geburtsortes des Kindes, in den Fällen eines ausländischen Geburtsort oder wenn dieser nicht zu ermitteln ist an das Jugendamt des Landes Berlin (§§ 1626 d Abs. 2 BGB, 87 c Abs. 6 Satz 2, 88 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Auch hier steht der Notar vor Schwierigkeiten, wenn die Erklärung vor der Geburt des Kindes abgegeben wird. Für diesen Fall ist umstritten, ob die Anzeige erst nach der Geburt¹⁴² oder aber sogleich an das für die Mutter zuständige Jugendamt bzw. das Jugendamt Berlin¹⁴³ und anschließend erneut an das für die Geburt des Kindes zuständige Jugendamt vorzunehmen ist. Auch hier zeigt die Praxis, dass eine Anzeige vor Feststehen des zuständigen Jugendamtes von Behördenseite wegen Unzuständigkeit in aller Regel nicht entgegengenommen wird. Dementsprechend dürfte genügen, die Anzeige nach der Geburt an das Jugendamt des Geburtsortes zu übersenden¹⁴⁴.

Wie bei der Anerkennungserklärung ist aus Gründen der Verschwiegenheit darauf zu achten, dem Jugendamt nur eine die für die Sorgeerklärung relevanten Auszüge enthaltende auszugsweise beglaubigte Abschrift der

134 Das Standesamt nimmt sodann die Beischreibung im Geburtenbuch vor, § 27 Abs. 1 Satz 1 PStG.

135 Kordell/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 23; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 16 m. w. N.

136 Siehe dazu auch oben Teil C. Abschnitt V.

137 BVerfG NJW 2003, 955, 957.

138 Die von Huber in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1626 b Rn. 17, geäußerte Auffassung, bei Mehrlingsgeburten sei aus Bestimmtheitsgründen eine vorsorglich für mehrere Kinder abgegebene gemeinsame Sorgeerklärung unwirksam, halte ich schon aus den oben in Teil C. Abschnitt III Ziffer 2 lit. a) geschilderten Gründen für unrichtig. Dem Bestimmtheitsfordernis dürfte es jedenfalls in den Fällen der künstlichen Befruchtung genügen, wenn die Erklärung sich auf alle aus einer konkret bezeichneten, eingegrenzten Behandlung entstehenden Kinder bezieht. Gegen die von Huber vertretene Auffassung etwa Coester in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2007, § 1626 b Rn. 9.

139 Siehe ergänzend die Vorschläge von Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 38 und G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 42. Zu flankierenden Vereinbarungen siehe Zimmermann, DNotZ 1998, 404, 418 f.; Schwab, DNotZ 1998, 437, 454 ff.; Wegmann, MittBayNot 1998, 308, 310 f. mit einem Formulierungsvorschlag auf Seite 314.

140 Siehe hierzu die entsprechend geltenden Ausführungen zur Vaterschaftsanerkennung unter vorstehend Teil D. Abschnitt II Ziffer 1.

141 Zum Streitstand Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 113.

142 Huber in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1626 d Rn. 9; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 48.

143 Wiesner, ZfJ 1998, 269, 274.

144 Anders Grziwotz in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 39 m. w. N.

Urkunde zu erteilen, wenn dort weitere Regelungen anlässlich der künstlichen Befruchtung getroffen werden.

3. Unterhalt

In den Fällen der homologen Insemination gesonderte Unterhaltsvereinbarungen in die notarielle Urkunde aufzunehmen, erscheint nur in wenigen Fällen empfehlenswert.

a) Unterhaltungspflicht gegenüber der Mutter

In Einzelfällen kann es der Wunsch des nicht miteinander verheirateten Paares sein, zugunsten der werdenden Mutter eine Unterhaltungspflicht des Partners entsprechend § 1570 BGB wegen der Betreuung des zu zeugenden Kindes durch die Mutter nach den Regeln für miteinander verheiratete Paare zu begründen, um wirtschaftliche Nachteile des kinderbetreuenden Partners auszugleichen¹⁴⁵. In vielen Fällen werden die nicht-ehelich Zusammenlebenden sich jedoch bewusst gegen die Eingehung einer Ehe und die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen wie etwa gegenseitige Unterhaltungspflichten entschieden haben und die Aufnahme entsprechender Regelungen in die notarielle Urkunde ablehnen. Die Tatsache, dass der Vater der Mutter auch bei nicht miteinander verheirateten Paaren – wenn auch unter engeren Voraussetzungen – gemäß § 1615I BGB zum Unterhalt verpflichtet ist, nimmt der Vereinbarung gesonderter Unterhaltungspflichten zugunsten der Mutter zusätzlich die Bedeutung.

b) Unterhaltungspflicht gegenüber dem Kind

Eine Unterhaltungspflicht des nichtehelichen Partners der Mutter gegenüber dem zu zeugenden Kind im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter zu vereinbaren, dürfte allenfalls dann sinnvoll sein, wenn der nichteheliche Partner weder die Vaterschaft des Kindes anerkennt noch in die künstliche Befruchtung einwilligt oder der Notar zur Absicherung des Kindes Vorsorge für eine eventuelle Unwirksamkeit der etwa vor Zeugung des Kindes erfolgten Vaterschaftsanerkennung bzw. der Einwilligung treffen möchte¹⁴⁶. Denn in allen anderen Fällen ergibt sich der Unterhaltsanspruch des Kindes bereits aus den gesetzlichen bzw. von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen¹⁴⁷. Ob der Notar jedenfalls bei der homologen Insemination selbst in den beiden genannten Fällen auf die Aufnahme einer solchen Vereinbarung drängen sollte, erscheint mir dennoch zweifelhaft¹⁴⁸. Denn zum einen wird bei fehlender Bereitschaft des nichtehelichen Partners der Mutter zur Anerkennung des (mithilfe seines Samens!) zu zeugenden Kindes dessen Wille zur Übernahme von Unterhaltungspflichten in aller Regel gering sein. Zum anderen bleibt der Mutter und auch dem Kind die Möglichkeit unbenommen, die Vaterschaft des nichtehelichen Partners nach § 1600 d BGB gerichtlich feststellen zu lassen und so die gesetzlichen Unterhaltsansprüche des Kindes herzustellen. Soweit das Kindeswohl dies erfordert, kann auch das Familiengericht unter Umständen ein solches Verfahren unter Bestellung eines Ergänzungspflegers einleiten, §§ 1666, 1909 Abs. 1 BGB¹⁴⁹.

III. Heterologe Insemination, miteinander verheiratetes Paar

1. Einwilligung der Ehegatten

Erster Punkt einer notariellen Gestaltung im Falle der heterologen Insemination sollte die Dokumentierung der Einwilligung beider Partner in die künstliche Befruchtung sein. Rechtlich ist diese insbesondere für den Ausschluss einer späteren Vaterschaftsanfechtung durch den Vater oder die Mutter gemäß § 1600 Abs. 5 BGB¹⁵⁰ sowie für die von der Rechtsprechung allein aus der Einwilligung des Mannes hergeleiteten Unterhaltungspflichten zugunsten des zu zeugenden Kindes¹⁵¹ von Relevanz. Auch der Schutz des dritten Samenspenders gebietet die Aufnahme der Einwilligung. Denn durch die Eingrenzung der Anfechtungsberechtigten und die Schaffung von Unterhaltsansprüchen des Kindes sinkt die Gefahr, dass seine Vaterschaft (ggf. nach Anfechtung der Vaterschaft des Wunschvaters) festgestellt und er als der tatsächliche Erzeuger des Kindes auf Unterhalt in Anspruch genommen wird¹⁵².

Die Einwilligung – obwohl grundsätzlich nicht formgebunden¹⁵³ – in die notarielle Urkunde aufzunehmen, dient außerdem nicht nur der Beweissicherung und gewährleistet eine eingehende Beratung über die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung und bietet so den Schutz vor der übereilten Abgabe der Einwilligungserklärung¹⁵⁴. Auch den Anforderungen des ärztlichen Berufsrechts, nämlich der gewissen- und dauerhaften Dokumentation der für die künstliche Befruchtung relevanten Erklärungen, wird so Genüge getan¹⁵⁵. Vor diesem Hintergrund sollte der Notar den Beteiligten stets zur Beurkundung der Einwilligung raten¹⁵⁶.

145 Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 113. Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage für solche Vereinbarungen im Falle der erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft des zum Unterhalt Verpflichteten siehe Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

146 So der Vorschlag von G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 30 und 37 mit einem Formulierungsvorschlag in Rn. 31.

147 Siehe Teil C. Abschnitt VI.

148 Anders aber noch die Empfehlungen im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 251.

149 Zum Ganzen auch Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 111; Vogel, FPR 2011, 353 ff.

150 Siehe oben Teil C. Abschnitt IV.

151 Siehe oben Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

152 Siehe oben Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 4.

153 Kritisch hierzu Roth, DNotZ 2003, 805, 812 f. m. w. N.; Eckersberger, MittBayNot 2002, 261, 263. Für die notarielle Beurkundung als Formerfordernis auch Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1600 Rn. 78; Wellenhofer in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 28 und 31 mit Hinweis auf die Stellungnahme der Bundesregierung in BT-Drucks. 14/2096, S. 10. Auch der BGH (NJW 1995, 2028, 2029) bezeichnet die Tatsache, dass eine umfassende Unterrichtung des Einwilligenden über die Konsequenzen seiner Einwilligung zum Schutz vor ihrer vorschnellen oder unbedachten Erklärung nicht gesetzlich gewährleistet wird, als „unbefriedigend“.

154 Roth, DNotZ 2003, 805, 813; Eckersberger, MittBayNot 2002, 261, 263; G. Müller in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 38.

155 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1392, A 1402 f.

156 Wehrstedt in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 78; Roth, DNotZ 2003, 805, 813; Siehe auch die Empfehlungen im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer, DNotZ 1998, 241, 250 f.

Formulieren ließe sich die Einwilligung, die etwa an den vorstehend unter Teil D. Abschnitt II. Ziffer 1. nach Absatz 1 vorgeschlagenen Text angefügt werden könnte, wie folgt:

„Wir, [Vorname, Name] und [Vorname, Name] willigen hiermit ausdrücklich in die Durchführung der vorstehend beschriebenen künstlichen Befruchtung von mir, [Ehefrau], ein.

Über die mit unserer Einwilligung verbundenen rechtlichen Konsequenzen hat uns der Notar belehrt. Insbesondere hat der Notar uns erläutert, dass keiner von uns die [nachstehend] anerkannte Vaterschaft von mir, [Ehemann], durch Anfechtung wieder beseitigen kann. Mir, [Ehemann], ist außerdem bewusst, dass ich möglicherweise allein auf Grundlage meiner Einwilligung in die künstliche Befruchtung zur Zahlung von Unterhalt an das zu zeugende Kind bzw. die zu zeugenden Kinder verpflichtet sein kann¹⁵⁷.“

Zusätzlich hinzuweisen sind die Beteiligten darauf, dass die Einwilligung bis zur erfolgreichen Befruchtung – aber auch nur bis zu diesem Zeitpunkt – jederzeit formfrei widerrufbar ist¹⁵⁸. Da nicht abschließend geklärt ist, gegenüber wem der Widerruf erklärt werden muss¹⁵⁹, sollte vorgesehen werden, dass die Erklärung sowohl dem anderen Ehegatten als auch dem behandelnden Arzt als auch dem beurkundenden Notar gegenüber zu erfolgen hat. Trotz Formfreiheit sollte der Notar angesichts der weitreichenden unterhaltsrechtlichen Konsequenzen einer fehlenden Beweisbarkeit des rechtzeitigen Widerrufs insbesondere dem in einem Unterhaltsprozess für den Widerruf grundsätzlich beweisselasteten¹⁶⁰ Einwilligenden dazu raten, eine etwaige Widerrufserklärung zur Beweissicherung zu notariellem Protokoll abzugeben¹⁶¹.

Formulierungsvorschlag:

„Schließlich hat der Notar uns darauf hingewiesen, dass jeder von uns für sich die vorstehend erklärte Einwilligung bis zur erfolgreichen Befruchtung jederzeit formfrei widerrufen kann. Der Widerruf ist dem anderen Ehegatten, dem behandelnden Arzt Herrn/Frau [Vorname, Name] sowie dem beurkundenden Notar gegenüber zu erklären. Zur Beweissicherung wird die Erklärung des Widerrufs zu notariellem Protokoll empfohlen.“

2. Unterhalt

Anders als bei der homologen Insemination, bei der sich Unterhaltsansprüche des Kindes bei verheirateten Eltern jedenfalls aufgrund der unwiderlegbaren¹⁶² Vaterschaftsvermutung des § 1592 Abs. 1 Nr. 1 BGB oder aber bei nicht miteinander verheirateten Eltern in letzter Instanz über den Weg der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung¹⁶³ aus den „normalen“ gesetzlichen Unterhaltstatbeständen ergeben, besteht im Falle der heterologen Befruchtung Bedarf nach einer (notariellen) Begründung von Unterhaltsansprüchen des zu zeugenden Kindes gegen den Partner der Mutter¹⁶⁴. Bei der heterologen Insemination können sich Unterhaltsansprüche des Kindes auch ohne explizite Regelung zwar zum einen aus der Einwilligung des Partners der Mutter in die künstliche Befruchtung ergeben¹⁶⁵, zum anderen auch aus dessen anerkannter Vaterschaft¹⁶⁶. Jedoch ist

die konkludente Herleitung von Unterhaltungspflichten aus der Einwilligung in die heterologe Insemination wie a.a.O. ausgeführt mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten behaftet, und der anerkannten Vaterschaft sowie den mit der Vaterschaft verbundenen Unterhaltstatbeständen kann durch Anfechtung der Vaterschaft des Partners der Mutter nachträglich die Grundlage entzogen werden.

Um die finanzielle Absicherung des Kindes zu gewährleisten, sollte der Notar deshalb im Falle der heterologen Insemination auf die Aufnahme von Unterhaltsregelungen in die anlässlich der künstlichen Befruchtung zu errichtende notarielle Urkunde dringen. Insoweit sollte das Kind im Interesse einer weitestmöglichen Unabhängigkeit von seiner Mutter mit einem eigenen Forderungsrecht ausgestattet werden, spricht der Partner der Mutter sollte sich in der mit der Mutter des Kindes geschlossenen Vereinbarung im Wege eines echten Vertrages zugunsten des Kindes (§ 328 BGB) zur Zahlung von Unterhalt verpflichten¹⁶⁷. Dabei dürfte es im Regelfall interessengerecht sein, dem Kind gegen den Partner der Mutter Unterhaltsansprüche wie gegen einen leiblichen Vater zuzugestehen. Denn in aller Regel werden die Beteiligten sich als Resultat der künstlichen Befruchtung eine Eltern-Kind-Beziehung vorstellen, die der eines leiblichen Kindes beider Partner entspricht¹⁶⁸. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zum möglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Abweichungen von diesen zum Zeitpunkt der Durchführung der künstlichen Befruchtung regelmäßig vorhandenen Vorstellungen (etwa im Falle einer Trennung der Eltern, einer Anfechtung der Vaterschaft des Partners der Mutter)¹⁶⁹, sollte in der Urkunde klargestellt werden, ob die von dem Partner der Mutter übernommenen Unterhaltungspflichten auch bei einer Veränderung der familiären Umstände Fortbestand haben

157 Siehe auch den Formulierungsvorschlag von *Kordell/Emmerling de Oliveira* in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 82 M.

158 BGH NJW 1995, 2028, 2030; *Roth*, DNotZ 2003, 805, 813 f.; *Eckersberger*, MittBayNot 2002, 261, 263 f.; *Brudermüller* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, Einf v § 1591 Rn. 17; *Wellenhofer* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 32.

159 Offen gelassen etwa bei BGH NJW 1995, 2028, 2030. Siehe auch *Zimmermann*, DNotZ 1996, 790, 796; *Wellenhofer* in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 32 m. w. N. Hierzu sowie zur Frage, wemgegenüber die Einwilligung abzugeben ist, siehe auch *Roth*, DNotZ 2003, 805, 810, 813 f.; *Eckersberger*, MittBayNot 2002, 261, 263.

160 BGH NJW 1995, 2028, 2030.

161 *Eckersberger*, MittBayNot 2002, 261, 264. Die in dem Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer, DNotZ 1998, 241, 252, sowie von *Zimmermann*, DNotZ 1996, 790, 796 geforderte einfache Schriftform erscheint mir in Anbetracht der vorgestellten weitreichenden Konsequenzen eines nicht hinreichend präzise erklärten bzw. nicht ausreichend sicher nachweisbaren Widerrufs nur als die gegenüber der Beurkundung nächstbeste Alternative.

162 Unwiderlegbar, weil der vermutete Vater gleichzeitig auch der biologische Erzeuger des Kindes ist.

163 Siehe Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. a) und b).

164 Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 251, *Zimmermann*, DNotZ 1996, 790, 795.

165 Siehe Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

166 Siehe Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. a) i. V. m. Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 1.

167 Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer, DNotZ 1998, 241, 251.

168 Vgl. *Roth*, DNotZ 2003, 805, 809.

169 Insbesondere BGH DNotZ 1996, 787 ff. Ausführlicher oben Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

sollen. Im Sinne des Wohles des in erster Linie schutzbedürftigen Kindes wird es zumeist empfehlenswert sein, das Fortbestehen der unterhaltsrechtlichen Beziehung zum Partner der Mutter auch bei einer Änderung der familiären Situation als Regelfall vorzusehen¹⁷⁰.

Formulierungsvorschlag (anknüpfend an die vorstehenden Vorschläge):

„Ich, [Vorname, Name] verpflichte mich im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) gegenüber dem durch die vorstehend näher bezeichnete künstliche Befruchtung zu zeugenden Kind bzw. den durch die vorstehend näher bezeichnete künstliche Befruchtung zu zeugenden Kindern, diesem bzw. diesen Unterhalt wie ein leiblicher Vater nach den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Klarstellend übernehme ich diese Verpflichtung unabhängig davon, wie sich meine familiäre Beziehung zu dem zu zeugenden Kind bzw. den zu zeugenden Kindern in der Zukunft entwickelt¹⁷¹.“

3. Freistellung des Samenspenders

Zentraler Punkt einer notariellen Urkunde¹⁷² anlässlich einer mit Fremdsamen durchzuführenden künstlichen Befruchtung wird zumindest aus Sicht des Samenspenders stets die Gestaltung von Abreden sein, die ihn vor einer künftigen finanziellen Inanspruchnahme durch das mit seiner Hilfe gezeugte Kind schützen. Denn, wie vorstehend ausgeführt¹⁷³, kann das Zustandekommen eines verwandtschaftlichen Verhältnisses im familienrechtlichen Sinne zwischen dem Erzeuger und dem mit seinem Samen entstandenen Kind etwa infolge der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens nach § 1600d BGB und damit das Entstehen aus dem Verwandtschaftsverhältnis folgender Ansprüche des Kindes gegen seinen Erzeuger nicht ausgeschlossen werden.

a) Von Unterhaltsansprüchen

Eine finanzielle Inanspruchnahme droht dem Samenspender in einem solchen Fall in erster Linie aufgrund unterhaltsrechtlicher Ansprüche des Kindes¹⁷⁴. Die Geltendmachung entsprechender Ansprüche durch das Kind kann nicht von vorneherein ausgeschlossen werden; diese sind gemäß § 1614 Abs. 1 BGB nicht mit Wirkung für die Zukunft verzichtbar, erst recht nicht durch Erklärung der Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes gegenüber dem Samenspender¹⁷⁵. In Betracht kommt allenfalls eine Freistellung des Samenspenders durch die Wunscheltern, sollte ersterer aufgrund des Abstammungsverhältnisses des zu zeugenden Kindes zu ihm seinerseits in Anspruch genommen werden. Das Recht, von Ansprüchen des Kindes durch die Wunscheltern freigestellt zu werden, ergibt sich dabei nicht aus dem Gesetz. Keinesfalls sollte der Samenspender sich darauf verlassen, ein Gericht werde im Ernstfall schon eine konkludente Freistellungsverpflichtung zu seinen Gunsten annehmen. Rechtsprechung und Literatur tendieren ganz im Gegenteil dazu, konkludente Freistellungsverpflichtungen allenfalls in eingeschränktem Umfang anzuerkennen. Etwa in dem Fall, dass das Kind später die Vaterschaft des Partners der Mutter anfechtet, wird man eine konkludente Freistellungsverpflichtung

des Samenspenders durch jenen jedenfalls nicht annehmen können¹⁷⁶. Auch in der bloßen Einwilligung des Wunschvaters in die heterologe Befruchtung wird man eine solche nicht sehen können¹⁷⁷.

Die ausdrückliche Aufnahme einer Freistellungsverpflichtung der Wunscheltern zugunsten des Samenspenders in die notarielle Urkunde erscheint deshalb – soweit zulässig¹⁷⁸ – dringend geboten¹⁷⁹. Der Notar sollte hierauf stets dringen, um das Risiko der Inanspruchnahme auf Zahlung von Unterhalt an das zu zeugende Kind interessengerecht auf die zukünftigen Eltern zu verlagern¹⁸⁰. Zur Klarstellung sollte die Freistellungserklärung auch einen Verzicht auf Unterhaltsregress durch den Partner der Mutter für den Fall enthalten, dass dessen anerkannte oder vermutete Vaterschaft später erfolgreich angefochten wird und damit der Rechtsgrund für bereits geleistete Unterhaltsansprüche nachträglich entfällt¹⁸¹. Ebenso sollte vor dem Hintergrund der unsicheren Rechtsprechung des BGH zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (konkludent) vom Wunschvater übernommener Unterhaltungspflichten gegenüber dem Kind¹⁸² klarstellend festgehalten werden, dass der Wunschvater den Samenspender unabhängig vom Fortbestand seiner rechtlichen Vaterschaft freistellen wird¹⁸³.

170 So auch die Empfehlung im Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer in DNotZ 1998, 241, 252. Siehe auch Zimmermann, DNotZ 1996, 790, 795.

171 Siehe auch den Formulierungsvorschlag von Kordell/Emmerling de Oliveira in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 75 M, der sich zusätzlich zur Anrechnung von Kindergeld verhält und eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den zum Zeitpunkt der Beurkundung geschuldeten Betrag vorsieht.

172 In der Praxis werden entsprechende Vereinbarungen auch durch vertragliche Abreden zugunsten des Samenspenders zwischen den Wunscheltern und dem die künstliche Befruchtung durchführenden Arzt getroffen.

173 Siehe oben Teil C. Abschnitt III. Ziffer 2. lit. b) und Teil C. Abschnitt IV.

174 Siehe dazu Teil C. Abschnitt VI.

175 Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 600.

176 Eckersberger, MittBayNot 2002, 261, 264; Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 115; Roth, DNotZ 2003, 805, 820. Für den grundsätzlichen Wegfall der Geschäftsgrundlage für den sich aus der Einwilligung in die heterologe Insemination ergebenden Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den einwilligenden Partner bei späterer erfolgreicher Anfechtung von dessen Vaterschaft auch BGH NJW 1995, 2028, 2031, wobei dem Einwilligenden im konkreten Fall die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen von ihm selbst betriebener Anfechtung verwehrt wurde (§ 242 BGB). Siehe auch Siehe Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

177 Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1600 Rn. 100.

178 Dazu sogleich. Siehe zu verschiedenen denkbaren Gestaltungsalternativen auch die Ausführungen von Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 600 ff., und Taupitz, ZRP 2011, 161, 162 ff.

179 Teilweise wird dies auch von den die künstliche Befruchtung durchführenden Medizinern verlangt, insbesondere wenn sie sich ihrerseits gegenüber dem Samenspender verpflichtet haben, eine solche Freistellung herbeizuführen. Allgemein zu Regressansprüchen des Samenspenders gegenüber den behandelnden Ärzten Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 620 ff.

180 Rundschreiben Nr. 40/97 der Bundesnotarkammer, DNotZ 1998, 241, 251; Zimmermann, DNotZ 1996, 790, 795; Wehrstedt, RNotZ 2005, 109, 115; Wellenhofer in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 39.

181 Vgl. Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 4.

182 Vgl. Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

183 Taupitz/Schlüter, AcP 205 (2005), 591, 608 f., weisen freilich zu recht darauf hin, dass die Freistellungsabrede gerade im Fall des späteren Wegfalls der Vaterschaft des Wunschvaters ihre volle

Inwieweit eine Freistellung des Samenspenders zulässig ist, ist allerdings nicht abschließend geklärt¹⁸⁴. Dem Verdikt der Sittenwidrigkeit würde eine Freistellungsvereinbarung sicherlich dann anheimfallen, wenn die Mutter vor der Zeugung den biologischen Erzeuger von seiner Unterhaltspflicht freistellt und dieser sich im Gegenzug etwa verpflichtet, seine Vaterschaft nicht anzuerkennen und sein Umgangsrecht nicht auszuüben, wenn also durch die Freistellung ein Verzicht auf Elternrechte „erkauft“ wird¹⁸⁵. Dies ist aber im Normalfall der künstlichen Befruchtung, also wenn ein dritter Samenspender unter ärztlicher Betreuung seinen Samen einem kinderlosen Paar zur Verfügung stellt, nicht der Fall. Die Übernahme einer Freistellungsverpflichtung der Mutter zugunsten eines (fremden) Samenspenders dürfte also regelmäßig ohne Weiteres zulässig sein. In jedem Fall zulässig ist die Freistellung durch den Partner der Mutter, da insoweit keine Elternrechte abgekauft werden und auch der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen Erzeuger hiervon unberührt bleibt¹⁸⁶. Die Sittenwidrigkeit lässt sich insoweit, wie *Taupitz/Schlüter* zutreffend ausführen, ebenso nicht aus der Zwangslage des Freistellungsverpflichteten ableiten, dass die heterologe Befruchtung für ihn die einzige Möglichkeit darstellt, mit seiner Partnerin ein Kind zu bekommen, jene aber wiederum von der vorherigen Abgabe der Freistellungserklärung zugunsten des Samenspenders abhängig gemacht wird¹⁸⁷. Denn, wie ausgeführt¹⁸⁸, leitet die Rechtsprechung aus der Einwilligung des Mannes in die heterologe Befruchtung bereits konkludent die Übernahme von Unterhaltspflichten gegenüber dem zu zeugenden Kind ab. Die zusätzliche Übernahme einer Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Samenspender, befreit sie diesen doch von genau jenen Unterhaltsansprüchen des Kindes, geht hierüber im Ergebnis nicht hinaus, die finanzielle Belastung des Partners der Mutter bleibt unverändert¹⁸⁹.

Nimmt der Samenspender – wie es regelmäßig der Fall sein dürfte – nicht an der notariellen Beratung teil und ist auch nicht Beteiligter der durch die Wunscheltern auf Grundlage der Beratung abzuschließenden notariellen Urkunde, so sollte die Freistellungserklärung der Eltern als echter Vertrag zugunsten Dritter ohne das Recht zur nachträglichen Änderung (§ 328 Abs. 2 a.E. BGB) gestaltet werden.

Im Kern könnte eine solche Regelung anschließend an die vorstehenden Klauselvorschläge wie folgt gestaltet sein:

„Wir, [Vorname, Name] und [Vorname, Name], verpflichten uns hiermit gesamtschuldnerisch im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 BGB) gegenüber [Vorname, Name] als Samenspender und damit biologischem Erzeuger des im Wege der heterologen Insemination wie vorstehend ausgeführt zu zeugenden Kindes bzw. der zu zeugenden Kinder, diesen von jeglichen unterhaltsrechtlichen Ansprüchen freizustellen, die ihre Grundlage in dem Abstammungsverhältnis des zu zeugenden Kindes bzw. der zu zeugenden Kinder zu ihm haben. Klarstellend verpflichte ich, Herr [Vorname, Name] mich bereits jetzt, auch für den Fall einer späteren Anfechtung meiner Vaterschaft, den Samenspender [Vorname, Name] nicht für geleiste-

te Unterhaltszahlungen in Regress zu nehmen und meiner vorstehenden Freistellungsverpflichtung weiterhin nachzukommen. Die vorstehend übernommenen Verpflichtungen können ohne Zustimmung des Samenspenders [Vorname, Name] weder aufgehoben noch geändert werden¹⁹⁰.“

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die vorstehende Freistellungsabrede den dritten Samenspender naturgemäß nur bei Solvenz der Freistellungsverpflichteten schützt. Es dürfte nicht schaden, dem Samenspender diese Selbstverständlichkeit ergänzend zu vorstehendem Formulierungsvorschlag bewusst zu machen.

b) Von Erb-/Pflichtteilsrechten

Finanzielle Konsequenzen aus der Samenspende können dem Samenspender, genauer: seinen Erben, jedoch nicht nur aus unterhaltsrechtlichen Ansprüchen des mit seiner Hilfe gezeugten Kindes, sondern auch daraus erwachsen, dass das Kind neben seinen anderen Erben zur Erbschaft nach dem Samenspender berufen, jedenfalls aber pflichtteilsberechtigt ist¹⁹¹.

Ob die Vereinbarung von Freistellungsansprüchen¹⁹² zugunsten der Erben des Samenspenders durch die Wunscheltern ebenfalls ratsam ist¹⁹³, erscheint mir allerdings zweifelhaft. Anders als die durch das Gesetz in Verbindung mit der Rechtsprechung der Familiengerichte klar umgrenzten und jedenfalls in einem gewissen Rahmen absehbaren, wenngleich in ihrer finanziellen Belastung zumeist erheblichen Ansprüche auf Zahlung von Unterhalt, sind erbrechtliche Ansprüche in ihrer finanziellen Dimension bei Abschluss der notariellen Vereinbarung völlig unabsehbar und vom finanziellen Glück und Geschick des Samenspenders (Karriere, erhaltene Erbschaften und Schenkungen etc.) abhängig. Dem nachvollziehbaren und berechtigten Interesse des Samenspenders, seine Erben vor finanziellen Belastungen durch das mit seinem Samen gezeugte Kind zu schützen, steht die aus meiner Sicht mindestens ebenso große Schutzbedürftigkeit der Wunscheltern vor der Eingehung unkalkulierbarer und möglicherweise exis-

Bedeutung entfaltet, da das Kind ja zuvor eigene Unterhaltsansprüche gegen diesen hatte, die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage insoweit also eher fernliegend erscheint.

184 Eingehend zur Frage der Sittenwidrigkeit entsprechender Freistellungsabreden *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 609 f.

185 Vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, 163, 164; *Ellenberger* in: Palandt, BGB, 71. Auflage 2012, § 138 Rn. 48; *Grziwotz* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 20.

186 *Grziwotz* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, B V Rn. 85.

187 *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 610.

188 Teil C. Abschnitt VI. Ziffer 3.

189 *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 610 f.

190 Siehe auch die Vorschläge von *Kordell/Emmerling de Oliveira* in: Kersten/Bühling, 23. Auflage 2010, § 92 Rn. 82 M, und *G. Müller* in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 22, der mir aus den nachfolgend unter Teil D. Abschnitt III. Ziffer 2 lit. b) genannten Gründen in der Formulierung zu weitgehend erscheint.

191 Siehe auch *Taupitz*, ZRP 2011, 161, 163.

192 Zur Möglichkeit eines – nach der Geburt des Kindes – denkbaren Erb- und Pflichtteilsverzichts *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 611 f.

193 So etwa *Wehrstedt*, RNotZ 2005, 109, 115; *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591, 612; *G. Müller* in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 3 Kapitel 4 Rn. 40.

tenzbedrohender finanzieller Lasten gegenüber. Meines Erachtens sollte der Notar deshalb allenfalls dann zur Vereinbarung von Freistellungsansprüchen von erb- bzw. pflichtteilsrechtlichen Ansprüchen raten, wenn diese bei einem für die Eltern finanziell darstellbaren Betrag gedeckelt sind. Allgemeine Formulierungen wie die „Freistellung von allen [erbrechtlichen] Ansprüchen“ sollten aus meiner Sicht vermieden werden. Nimmt man eine entsprechende Freistellungsverpflichtung trotz der vorstehend geäußerten Bedenken in die Urkunde auf, sollte diese so formuliert werden, dass in den Fällen, in denen eine Freistellung faktisch nicht möglich ist (z. B. Nachlass enthält Grundbesitz, an dem das Kind als Teil der Erbengemeinschaft beteiligt ist), an die Stelle der Freistellungsverpflichtung eine Wertersatzpflicht tritt.

IV. Heterologe Insemination, nicht miteinander verheiratetes Paar

Im Falle der heterologen Insemination bei nicht miteinander verheirateten Eltern ist der Gestaltungsbedarf schnell dargestellt: Die notarielle Gestaltung sollte die vorstehend zu Abschnitt II. und Abschnitt III. erläuterten Inhalte schlicht kumulativ berücksichtigen.

E. Fazit/Ausblick

Die notarielle Beratung und Gestaltung anlässlich einer künstlichen Befruchtung verlangt dem Notar eine der Sondersituation „assistierte Reproduktion“ angepasste Anwendung allgemeiner familienrechtlicher Regeln ab. Auf diese Sondersituation maßgeschneiderte Sonderregeln enthält das deutsche Recht (bislang) nahezu nicht. Angesichts des stetigen medizinisch-technischen Fortschritts und der weiter steigenden Bedeutung der

assistierten Reproduktion in einer Gesellschaft, in der sich immer mehr Paare ihren Kinderwunsch auch in einem vergleichsweise fortgeschrittenen Alter erfüllen möchten, wäre es mehr als wünschenswert, dass der Gesetzgeber das Recht der Fortpflanzungsmedizin systematisch regelt. Rechtliche Unwägbarkeiten, wie z. B. die Frage der Zulässigkeit der Vaterschaftsanerkennung oder der gemeinsamen Sorgeerklärung bereits vor künstlicher Zeugung des Kindes, könnten beseitigt, neue Regeln etwa zum Schutz des dritten Samenspenders vor späteren Unterhaltsforderungen¹⁹⁴ geschaffen werden. Ebenso könnten einzelne Regeln, wie etwa das (standesrechtliche) Verbot zur Anwendung von Verfahren der assistierten Reproduktion bei allein-stehenden oder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften lebenden Frauen, auf ihre Zeitgemäßheit überprüft werden¹⁹⁵. Für die Beteiligten einer assistierten Reproduktion, auch und insbesondere das ungeborene Kind, wäre Rechtssicherheit eine wichtige Stütze in einer für sie und ihr weiteres persönliches Leben so wichtigen, ihre intimsten Sphären so tief berührenden Situation¹⁹⁶. Hier ist der Gesetzgeber in der Pflicht, eine solche Stütze zeitnah zu schaffen.

194 Taupitz, ZRP 2011, 161, 163.

195 Für weitere Reformansätze etwa Wehrstedt, FPR 2011, 400, 403; Kentenich/Pietzner in: Reproduktionsmedizin, Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 59 ff.; Rauscher in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Anh zu § 1592 Rn. 22 ff.; Seidel in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, Vor § 1589 Rn. 8 ff. und § 1589 Rn. 14 und 45 jeweils m. w. N.; Wellenhofer in: MünchKomm/BGB, 5. Auflage 2008, § 1600 Rn. 35. f. Siehe auch die rechtsvergleichenden Ausführungen von Helms, FamRZ 2010, 1, 4 f.

196 Wehrstedt in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Der Streit um die Abstammung, 2007, S. 82, bezeichnet die Lage für die Betroffenen angesichts der bestehenden rechtlichen Unsicherheiten gar als „dramatisch“.

Die Auseinandersetzung unter Mitvorerben und ihre Wirkung gegenüber den Nacherben

von Notarassessor Dr. Mario Leitzen, M. Jur. (Oxford), Düsseldorf

I. Einleitung

Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft erfreut sich unter den Notaren nach wie vor großer Beliebtheit. Dies liegt nicht nur, aber auch daran, dass im Bereich der „Nachlassplanung bei Problemkindern“ die neuere ober- und höchstgerichtliche Rechtsprechung¹ und gewichtige Äußerungen in der Literatur, insbesondere diejenigen des BGH-Richters Wendt², zu einer beträchtlichen Steigerung der Rechts- und Gestaltungssicherheit geführt haben; dabei bevorzugt die herrschende Praxis nach wie vor die sog. Vor- und Nacherbschaftslösung.³ Nicht selten gibt es in einer Familie mehrere „Problemkinder“, so dass der Gestalter zur Anordnung von Vor- und Nacherbfolge im Hinblick auf entsprechend viele Erbteile raten wird.

Hier wie auch in anderen Fällen der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft für mehrere Erbteile wird an den Gestalter des öfteren der Wunsch herangetragen, dass einzelne Nachlassgegenstände – etwa Grundstücke oder Gesellschaftsbeteiligungen – möglichst früh, insbesondere vor Eintritt des Nacherbfalls, aus der gesamthänderischen Bindung in der Mitvorerbengemeinschaft gelöst und auf Dauer einzelnen Miterben bzw. Stämmen zugeordnet werden sollen, ohne dass sie in das Eigenvermögen des begünstigten Vorerben übergehen sollen.

Beispiel: Patriarch P möchte zu seinen Erben zu gleichen Teilen seinen Sohn S und seine Tochter T berufen, wobei diese jedoch nur (nicht befreite) Vorerben sein sollen, Nacherben sollen die jeweiligen Abkömmlinge von S und T sein. Der Nacherbfall soll mit dem Tod des jeweiligen Kindes eintreten. Der Stamm des S soll die Beteiligung an dem Unternehmen in Köln, der Stamm der T die Beteiligung an dem Unternehmen in Düsseldorf erhalten. Ein Wertausgleich soll insoweit nicht stattfinden.

Im Interesse der Schaffung klarer Verhältnisse – etwa im Hinblick auf die Verteilung von Nutzungen und Lasten – wird es häufig sinnvoll sein, eine zumindest teilweise Auseinandersetzung des Nachlasses bereits unter den Vorerben vorzunehmen und mit der Zuordnung der verschiedenen Gegenstände nicht bis zum Eintritt der Nacherbfälle abzuwarten. Der Anordnung eines Vor-/Nachvermögens ist hier denkbar und zulässig, aber weder zwingend noch stets vorzugswürdig. Die Begünstigung auch der Nacherben im Hinblick auf bestimmte Gegenstände lässt sich schon durch die Auseinandersetzung vor Eintritt des Nacherbfalls erreichen. Die rechtsdogmatischen Grundlagen und die praktischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer solchen „fortwirkenden“ Auseinandersetzung sowie hieraus folgende Gestaltungsempfehlungen sind Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Da Formulierungsvorschläge für entsprechende letztwillige Verfügungen Mangelware sind, soll am Ende des Beitrags ein solcher Vorschlag unterbreitet werden.

II. Grundlagen der Vor- und Nacherbfolge in der Erbengemeinschaft

Auch wenn das BGB dies an keiner Stelle explizit sagt, ist unstreitig, dass

- die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge für einzelne Erbteile (§ 2088 BGB) möglich ist, so dass auf jeder „Stufe“ mehrere Personen am Nachlass beteiligt sein können („Mitvorerben“, „Mitnacherben“)⁴,
- hierüber hinaus für verschiedene Erbteile verschiedene Nacherben benannt werden können⁵,
- und hierüber hinaus für verschiedene Erbteile der Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge jeweils unterschiedlich bestimmt werden kann⁶, was z. B. zur Folge hat, dass in einem bestimmten Zeitpunkt eine Erbengemeinschaft auch aus Vor- und Nacherben bestehen kann.

Ebenso unstreitig ist, dass eine gegenständlich beschränkte Vor-/Nacherbfolge einschließlich der Sondernacherbfolge in bestimmte Gegenstände nicht zulässig ist.⁷ In der Praxis wird im Ergebnis eine solche Sondernacherbfolge in bestimmte Gegenstände dadurch gezielt herbeigeführt, dass dasjenige Restvermögen, das nicht der Nacherbenbindung unterliegen soll, zum Gegenstand von Vorausvermächtnissen zugunsten des bzw. der Vorerben gemacht wird.⁸

Gegenstand der nachfolgenden Erörterung sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Auseinandersetzungsmaßnahmen bei der sog. „echten Nacherbfolge nach Stämmen“.⁹

1 BGHZ 123, 368; OLG Köln RNotZ 2010, 139; s. a. BGH DNotZ 2011, 381; Spall, MittBayNot 2012, 141.

2 U. a. in: Grziwotz (Hg.), Erbrecht und Vermögenssicherung, Tagungsband, 2011, S. 7 ff.

3 Everts, ZErB 2005, 353, 354 f.; Dickhuth-Harrach, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, 2010, § 69 Rn. 5.

4 Ludwig, DNotZ 2000, 69; DNotI-Gutachten 1205 v. 14. 6. 2004 (Faxpool).

5 KG DNotZ 1993, 607; BayObLGZ 1986, 208; Ludwig, DNotZ 2000, 69; R. Kössinger, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 10 Rn. 78.

6 Mehrere Nacherbfälle auf derselben „Stufe“ sind aber nur dann unproblematisch, wenn sich der entsprechende Erbteil bei Eintritt des Nacherbfalls allenfalls aufteilt, aber nicht vergrößert oder verkleinert.

7 OLG Hamm ZEV 1995, 336, 338; Staudinger/Avenarius, Neubearb. 2003, § 2100 Rn. 8; Ludwig, DNotZ 2001, 102, 108 f.; vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 2000, 78 = MittBayNot 2000, 47.

8 Sonntag, ZEV 1996, 450; Fröhler, BWNotZ 2005, 1 ff.; Bergemann, MittRhNotK 1972, 794; Zawar, DNotZ 1986, 523; Rossak, ZEV 2005, 14.

9 Ausdruck von Ludwig, DNotZ 2001, 102, 112.

III. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Auseinandersetzung mit Wirkung für und gegen die Nacherben

1. Dingliche Fortwirkung der Auseinandersetzung

Auch wenn das BGB eine gegenständlich beschränkte Nacherbfolge nicht zulässt, gehen nach der heute praktisch unbestrittenen Auffassung Gegenstände, die ein Mitvorerbe im Rahmen der Auseinandersetzung auf der „ersten Stufe“, d. h. auf der Ebene der Vorerbengemeinschaft, erhalten hat, gleichwohl ohne weiteres auf „seinen“ (bzw. seine, s. u.) Nacherben über¹⁰, § 2139 BGB – es sei denn, die Auseinandersetzung wäre nur unter Verstoß gegen § 2113 BGB zustande gekommen: So entspricht es der herrschenden Auffassung, dass es nach der Auseinandersetzung von Grundbesitz vor Eintritt des Nacherbfalls einer Auflassung von an den Mitvorerben übertragenen Grundstücken an den Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalls nicht mehr bedarf, sondern das Grundbuch nach Eintritt des Nacherbfalls lediglich berichtigt wird. Der aus der Mitvorerbengemeinschaft gelöste Gegenstand wird damit im Ergebnis wie der Erbteil selbst behandelt, der von dem Vorerben auf den Nacherben übergeht, so dass sich die Rechtslage insoweit nicht von der Alleinerbschaft von Vor- und Nacherben unterscheidet, obwohl (auch) der Mit-Nacherbe nur Erbe mit einer bestimmten Quote ist und keine bestimmten Gegenstände erbt.¹¹ Schlüsselnorm für den Von-Selbst-Erwerb des Nacherben ist § 2111 Abs. 1 S. 3 Var. 3 BGB mit seiner Anordnung der dinglichen Surrogation („Mittelsurrogation“), die im Falle der Nacherbschaft für einen Erbteil bedeutet, dass Gegenstände, die der Vorerbe im Rahmen der Erbauseinandersetzung erwirbt, ebenfalls der Nacherbenbindung – allerdings beschränkt auf den jeweiligen Nacherben – unterliegen.¹² In den Worten *Deimanns*: „Anstelle des entsprechenden Anteils an der ungeteilten Vorerbengemeinschaft bezüglich des einem Vorerben zugewiesenen Grundstücks tritt für dessen Nacherben das ganze Grundstück, während die Nacherbenrechte der übrigen Nacherben an diesem Gegenstand erlöschen und sich auf das ihren Vorerben zugefallene Surrogat (Gegenstände, Ausgleichszahlungen usw.) erstrecken.“¹³ Der unmittelbare dingliche Erwerb durch den Nacherben bedeutet nichts anderes als ein Fortwirken der auf der „ersten Stufe“ erfolgten Auseinandersetzung auf der „zweiten Stufe“, d. h. unter den Mitnacherben, so dass insoweit die Auseinandersetzung als „endgültig“ bezeichnet werden kann. Auch wenn mehrere Nacherben (derselben „Stufe“) untereinander wiederum Miterben sind¹⁴ und insoweit eine Erbengemeinschaft bilden, ist im Falle nur eines Nacherben für einen bestimmten Erbteil gesamthänderisch gebunden nur noch derjenige Teil des Nachlasses, der nicht vor Eintritt des Nacherbfalls auseinandergesetzt worden ist. Da der Zeitpunkt der Nacherbfolge für verschiedene Erbteile jeweils unterschiedlich bestimmt werden kann, kann es auch ohne weiteres dazu kommen, dass an derselben Erbengemeinschaft gleichzeitig Vor- und Nacherben beteiligt sind, ebenso wie es möglich ist, dass an einer Erbengemeinschaft Voll- und Vorerben beteiligt sind. Eine Auseinandersetzung kann dementsprechend auch zwi-

schen Vor- und Nacherben stattfinden, die jeweils verschiedene Erbteile innehaben.

Entsprechendes gilt, wenn mehrere Nacherben sich den entsprechenden Erbteil teilen müssen. Wenn und soweit unter den Vorerben eine Auseinandersetzung stattgefunden hat, ist hierfür zwischen allen Miterben kein Raum mehr, jedoch verglichen mit der Rechtslage bei einem Nacherben für einen Erbteil mit der Abweichung, dass der dem Vorerben zugewiesene Gegenstand den Mitnacherben des entsprechenden Erbteils nur zur gesamten Hand gehört, mithin in einer Art Unter-Erbengemeinschaft.

2. Anwendbarkeit des § 2113 BGB auf Maßnahmen der Auseinandersetzung

Denknotwendig kommt eine bestandsfeste Verbindlichkeit von Auseinandersetzungsmaßnahmen der Vorerben gegenüber allen Nacherben nur in Betracht, wenn die Auseinandersetzungsmaßnahme nicht unter Verstoß gegen § 2113 BGB zustande gekommen ist. Aus diesem Grund soll nachfolgend die Anwendbarkeit dieser Norm auf Auseinandersetzungsmaßnahmen näher unter die Lupe genommen werden.

Auch wenn Verfügungsbeschränkungen eines Gesamthänders nicht automatisch dazu führen, dass diese Beschränkung auch auf die Verfügung durch die Gesamthand anwendbar ist (Beispiel: Erblasser E war Mitglied einer Erbengemeinschaft und wird durch den Alleinvorerben V beerbt)¹⁵, entspricht es für die Erbengemeinschaft ohne Beteiligung von Erbeserben nach wie vor der überwiegenden Auffassung, dass § 2113 BGB bereits dann anwendbar ist, wenn nur einer von mehreren Miterben den Beschränkungen dieser Vorschrift unterliegt.¹⁶ Erst recht anwendbar ist die Vorschrift, wenn an der Auseinandersetzungsvereinbarung ausschließlich Vormiterben beteiligt sind.¹⁷

Damit fällt eine Grundbesitzübertragung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung unter Beteiligung von Vorerben auch dann unter § 2113 Abs. 1 BGB, wenn an der Erbengemeinschaft auch nicht in der Verfügung beschränkte Miterben beteiligt sind. Etwas anderes gilt nach h. M. (nur), wenn und soweit die Auseinandersetzung zwecks Erfüllung einer letztwilligen Verfügung, d. h. einer Teilungsanordnung oder eines Vorausvermächtnisses, erfolgt: § 2113 Abs. 1 BGB wird hier als stillschweigend abbedungen angesehen.¹⁸ Unter Hinweis auf die bereits zitierte Surrogationsregel des § 2111 BGB wird in der Literatur aber auch die Auffassung vertreten, § 2113 Abs. 1 BGB sei auf die Ausein-

10 RGZ 89, 53; BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 994; BGH NJW 1969, 2043; BGH RNotZ 2001, 166; Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 27.

11 Ludwig, DNotZ 2001, 102, 112 f.

12 BGHZ 40, 115; BGH NJW-RR 2001, 217; OLG Hamm ZEV 1995, 336, 338; Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 27.

13 Deimann, Rpfleger 1978, 244.

14 Staudinger/Avenarius, § 2100 Rn. 6.

15 BGH DNotZ 2007, 700.

16 BayObLGZ 1961, 200, 205; OLG Saarbrücken DNotZ 2000, 64, 66; obiter dictum BGH DNotZ 2007, 700.

17 Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 51.

18 Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 53.

andersetzung unter Mitvorerben von vornherein nicht anwendbar.¹⁹

Während die mit § 2113 Abs. 1 BGB verbundenen Beschränkungen und Zweifelsfragen durch eine entsprechende Befreiung (§ 2136 BGB) ausgeschaltet werden können, gilt für § 2113 Abs. 2 BGB entsprechendes nicht.²⁰ Bei Auseinandersetzungsvereinbarungen zwischen den Miterben ist § 2113 Abs. 2 BGB aber nicht bereits dann anwendbar, wenn der Auseinandersetzungsmaßnahme keine entsprechende letztwillige Anordnung (Teilungsanordnung, Vermächtnis) zugrunde liegt²¹, wohl aber dann, wenn und soweit ein Mitvorerbe bei der Auseinandersetzung weniger erhält, als ihm nach seiner Quote zustünde und es an einem entsprechenden Vorausvermächtnis fehlt.²² Erfasst die Auseinandersetzung nicht den gesamten Nachlass, so gilt dasselbe, wenn der Vorerbe für die Mitwirkung an der Zuteilung keinen entsprechenden Gegenwert, z. B. in Gestalt einer Ausgleichszahlung erhält.²³ Im Hinblick auf die Erfüllung von letztwilligen Anordnungen des Erblassers gilt entsprechendes wie bei Absatz 1.

Ist die Auseinandersetzung den Nacherben gegenüber nicht wirksam, wird die Nachlassteilung mit Eintritt des Nacherbfalls hinfällig und die gesamthänderische Mitberechtigung lebt wieder auf.²⁴ Soweit es um Grundbesitz geht, ist im Falle der Auseinandersetzung ohne eine nach Absatz 1 oder 2 erforderliche Zustimmung der Nacherben – nicht: der Ersatznacherben²⁵ – bei dem Grundstück ein sämtliche Nacherben umfassender Nacherbenvermerk einzutragen.²⁶ Ist eine Auseinandersetzung unter Mitvorerben hingegen ohne Verstoß gegen § 2113 BGB zustande gekommen – sei es, weil eine entsprechende letztwillige Verfügung erfüllt wurde (Abs. 1 und 2), sei es, weil der Erblasser Befreiung erteilt hat (nur Abs. 1), sei es, weil sämtliche Verfügenden einen entsprechenden Gegenwert erhalten haben (nur Abs. 2) oder sei es, weil die Nacherben zugestimmt haben (Abs. 1 und Abs. 2) – bedeutet dies nicht in jedem Fall, dass die Nacherbenbindung aufgehoben wäre. Vielmehr kann, wie gesehen, § 2111 BGB zu einer Fortsetzung der Nacherbenbindung an dem Auseinandersetzungsgegenstand führen. Erklärt ein Nacherbe seine Zustimmung – sofern diese überhaupt erforderlich sein sollte (hierzu sogleich) – zu einer bestimmten Auseinandersetzungsmaßnahme zugunsten „seines Vorerben“ auf der ersten Stufe, liegt deshalb darin regelmäßig noch kein Verzicht auf das Nacherbenrecht, so dass die Eintragung eines Nacherbenvermerks nicht unterbleiben darf. Es erscheint sogar fraglich, ob eine Verfügung zugunsten eines Vorerben überhaupt der Zustimmung „seines“ Nacherben bedarf, da insoweit eine Beeinträchtigung des Nacherbenrechts nicht in Rede steht.

3. Abweichung von der endgültigen dinglichen Zuordnung?

Fraglich und, soweit ersichtlich, noch nicht geklärt ist, ob die Rechtsfolge der „Endgültigkeit“ der Zuordnung zugunsten einzelner Nacherben gegenüber den übrigen Nacherben von dem Erblasser abbedungen werden kann. Die Frage stellt sich dann, wenn die Zuordnung auf der „ersten Stufe“ nicht endgültig sein soll, etwa weil die dingliche Zuordnung zu einem Stamm ausdrücklich

nur für die Dauer der Vorerbschaft gelten soll, z. B. weil der Gegenstand auf der „zweiten Stufe“ auf einen anderen Stamm übergehen soll.

Die Frage, ob in einem solchen Fall nach (vorläufiger) Auseinandersetzung auf der ersten Stufe die gesamthänderische Beteiligung des begünstigten Mitnacherben wieder auflebt oder nicht, wird in Rechtsprechung und Literatur, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Jedenfalls untersteht § 2111 BGB nicht der Disposition der Beteiligten und gilt auch bei befreiter Vorerbschaft (vgl. auch § 2136 BGB).²⁷ Soll ein Gegenstand ausdrücklich nur dem Vorerben zustehen und ausdrücklich nicht automatisch auch an den Nacherben fallen, sondern unter den Nacherben anderweitig zugeordnet werden, erscheint die Anwendung von § 2111 BGB aber problematisch, da mit ihr die Auflösung der gesamthänderischen Gebundenheit im Hinblick auf alle (Nach-)Erben verbunden ist und der Neuordnung des Gegenstandes unter allen Nacherben aus dem Nachlass heraus entgegensteht. Die Antwort auf die Frage dürfte eher in § 2113 Abs. 2 BGB als in § 2111 BGB zu finden sein, da die Frage des dauerhaften Bestands einer Auseinandersetzungsmaßnahme derjenigen ihrer Rechtsfolgen (Surrogation) vorgelagert ist. Aus den Ausführungen zur Gültigkeit von Verfügungen, soweit sie eine letztwillige Verfügung vollziehen, könnte zu folgern sein, dass ein Verstoß gegen § 2113 Abs. 2 BGB selbst dann nicht in Betracht kommt, wenn der Erblasser den Gegenstand auf der zweiten Stufe dem Inhaber eines anderen Erbteils zugeordnet hat. Die Anordnung nur einer Teilungsanordnung zugunsten des Begünstigten auf der zweiten Stufe könnte insoweit dann ins Leere gehen, da eine solche sich definitionsgemäß nur auf solche Nachlassgegenstände beziehen kann, die (noch – oder wieder? –) zum ungeteilten Nachlass gehören. Ausführbar wäre die Teilungsanordnung dagegen, wenn der Gegenstand mit Eintritt des Nacherbfalls wieder in den ungeteilten Nachlass zurückfiele. Der Aspekt der Schutz der Nacherbenrechte spricht dafür, mit dem Eintritt des Nacherbfalls einen Verstoß gegen § 2113 Abs. 2 BGB anzunehmen, soweit die endgültige dingliche Zuordnung zu dem Vorerben bzw. dessen Erben die letztwillig angeordneten Rechte anderer Nacherben beeinträchtigen würde. Insoweit könnte eine teleologische Reduktion des Grundsatzes der Nichtanwendung von § 2113 Abs. 2 BGB bei Vollzug einer letztwilligen Anordnung des Erblassers vorzunehmen sein. Denn gerechtfertigt ist das endgültige Ausscheiden aus der Bindung zugunsten aller Nacherben nur dann, wenn der Gegenstand bei dem Begünstigten (bzw. „dessen“

19 Ludwig, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 94 ff.

20 S. aber OLG Düsseldorf DNotZ 2001, 140, hierzu Ludwig, DNotZ 2001, 102 ff.

21 S. Insoweit auch OLG Düsseldorf DNotZ 2001, 140 zur Möglichkeit, den Vorerben durch Vermächtnisse zulasten der Nacherben zu unentgeltlichen Verfügungen zu ermächtigen (krit. Ludwig, DNotZ 2001, 102 ff.).

22 BayObLG DNotZ 1983, 320; Nieder/Kössinger, § 10 Rn. 77, § 15 Rn. 236.

23 Mayer, MittBayNot 2010, 345, 349.

24 Deimann, Rpfleger 1978, 244, 245.

25 Ganz h. M., etwa BayObLG DNotZ 2005, 790.

26 Nieder/Kössinger, § 10 Rn. 78; Deimann, Rpfleger 1978, 243, 244.

27 Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 2, 3.

Nacherben) auch auf Dauer verbleiben soll; dementsprechend entfällt eine Beeinträchtigung der Nacherbenrechte, wenn eine Maßnahme in ihren Wirkungen auf die Dauer der Vorerbenzeit beschränkt ist.²⁸ Für die Anwendung von § 2113 Abs. 2 BGB zugunsten anderer Nacherben kann aber das bloße Schweigen des Erblassers zu den Rechtsfolgen des Erwerbs durch den Vorerben auf der Nacherbenebene nicht ausreichend sein; andernfalls müssten die Gerichte in den Fällen zu § 51 GBO – hierzu sogleich – stets die Beschränkung des Nacherbenvermerks auf den jeweiligen Nacherben ablehnen. Vielmehr bedarf es einer letztwilligen Zuweisung des Gegenstandes an einen bestimmten Nacherben.

Die hier bestehende Rechtsunsicherheit legt indes in jedem Fall die Empfehlung nahe, zu Ausweichgestaltungen zu greifen: Hätte in dem oben genannten Beispiel der S (nur) eine Tochter E1 und die T (nur) einen Sohn E2 und wäre es der Wunsch des P, dass die zunächst an den S fallende Unternehmensbeteiligung nach dessen Tod auf den männlichen Enkel E2 übergehen soll, so kann dies – wenn die Zuordnung des jeweiligen Nacherben zum jeweiligen Vorerben unverändert bleiben soll (was etwa wegen § 6 Abs. 2 S. 1 ErbStG gewünscht sein kann) – vor allem dadurch erreicht werden, dass dem E2 ein entsprechendes Vermächtnis zugewendet wird. Möchte man den Beteiligten Gewissheit über die Person des Anspruchsschuldners geben, empfiehlt sich die Anordnung eines Vor- und Nachvermächtnisses: Tritt der Nachvermächtnisfall ein, richtet sich der Anspruch des Nachvermächtnisnehmers – hier des E2 – allein gegen den Vorvermächtnisnehmer (S) bzw. dessen Erben, nicht gegen die Erben des P.²⁹ Diese Ausweidlösung steht nicht zur Verfügung, wenn der Erblasser das Schicksal des Gegenstandes auf der zweiten Ebene der Auseinandersetzung durch die Beteiligten oder der Bestimmung durch einen Testamentsvollstrecker überlassen möchte, sich also im Hinblick auf den begünstigten Nacherben nicht festlegen möchte: Mangels Rechtsprechung oder Literatur zu dieser Frage muss der Gestalter zu Behelfslösungen greifen, etwa einer Verpflichtung, durch Übertragung des Gegenstandes denjenigen Zustand herbeizuführen, der einer gesamthänderischen Berechtigung aller Erben wirtschaftlich entspricht.

4. Nacherbenvermerk

Gehört zum Nachlass Grundbesitz und wurde dieser auf der ersten Stufe auseinandergesetzt, wird die Zuordnung einzelner Gegenstände zu einzelnen Nacherben grundbuchtechnisch dadurch erreicht, dass bei der Nachlassenteilung – mangels realer Aussonderung aber nicht schon mit dem Erbfall³⁰ – der Nacherbenvermerk zulasten des Grundbesitzes des erwerbenden Mitvorerben nur bezüglich der ihn betreffenden Nacherben eingetragen wird.³¹ Überhaupt kein Nacherbenvermerk wird eingetragen, wenn der Vorerbe insoweit Begünstigter eines Vorausvermächtnisses ist und der Vorerbe den Grundbesitz auf Dauer behalten darf (§ 2110 Abs. 2 BGB). In diesem Fall erwirbt die Vormiterbengemeinschaft den Gegenstand zunächst zur gesamten Hand (§§ 2032 ff. BGB), aber bereits frei von Nacherbenrechten.³²

Liegt dem Erblasser der Übergang eines Gegenstandes auf die Nacherben besonders am Herzen, bereitet die dingliche Absicherung der Rechte der Nacherben außerhalb des Anwendungsbereichs von § 2113 Abs. 1 BGB Probleme. Denn § 2113 Abs. 2 BGB bietet insbesondere keinen Schutz gegen den Verkauf einzelner Nachlassgegenstände. Als Abhilfe für dieses Problem bietet sich die Anordnung einer Testamentsvollstreckung hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes an.

5. Vorausvermächtnisse und Teilungsanordnungen

Ob sich das Nacherbenrecht auf den einem Vorerben zugeordneten Grundbesitz erstreckt oder nicht, ist eine Frage der Testamentsauslegung. Dabei ist zu beachten, dass mit einem Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben nicht automatisch ein Ausschluss des Nacherbenrechts verbunden ist: Wie sich schon aus dem Wortlaut des § 2110 Abs. 2 BGB („im Zweifel“) ergibt, kann ein Vorausvermächtnis auch dergestalt angeordnet werden, dass auch der Nacherbe hiervon begünstigt wird. Eines separaten Erwerbsakts zugunsten des Nacherben bedarf es nach Vollzug des Vorausvermächtnisses auf der ersten Stufe nur dann, wenn der Nacherbe im Hinblick auf den fraglichen Gegenstand zwar grundsätzlich begünstigt, aber nur Nachvermächtnisnehmer (§ 2191 BGB) sein soll (oder er nur einer von mehreren Nacherben für denselben Erbteil ist, s. o. III.1 a.E.). Aber auch in diesem Fall ist der Nacherbenvermerk zu löschen, da das Nachvermächtnis nicht unter § 51 GBO fällt.³³ In aller Regel kein Raum für eine Bereicherung des Eigenvermögens des Vorerben besteht insbesondere bei Anordnung einer Teilungsanordnung mit gleichzeitiger Anordnung der Nicht-Ausgleichspflicht bei Wertverschiedenheit der Gegenstände, früher auch als „wertverschiebende Teilungsanordnung“ bezeichnet.³⁴ In Höhe der hypothetischen Ausgleichspflicht handelt es sich zwar um ein Vorausvermächtnis³⁵, dieses besteht praktisch gesehen aber nur in einer Verschonung des Vorerben vor Ausgleichsansprüchen innerhalb der Erbengemeinschaft, und diese Verschonung wird der Erblasser in aller Regel auch dem Nacherben zugutekommen lassen wollen.³⁶ § 2110 Abs. 2 BGB passt hier von vornherein nicht. Die besondere Bedeutung der Abgrenzung zwischen den Fällen der uneingeschränkten Begünstigung des Vorer-

28 Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 20.

29 Vgl. Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2003, § 2191 Rn. 3, 4.

30 S. nur Ludwig, DNotZ 2001, 102, 113; anders aber beim Vorhandensein nur eines Vorerben und Begünstigung nur eines Nacherben durch das Vorausvermächtnis an diesen (Ludwig, a.a.O., 116 f.).

31 BayObLGZ 1986, 208, 213; BayObLG DNotZ 1998, 206 = MittBayNot 1997, 238; KG DNotZ 1993, 607, 609; Meikel/Böhringer, 10. Aufl. 2009, § 51 GBO Rn. 56; Bauer/v. Oefele/Schaub, § 51 Rn. 43, 50; Keim, DNotZ 2003, 822, 824.

32 Fröhler, BWNotZ 2005, 1, 2.

33 Allgemein Bauer/v. Oefele/Schaub, 2. Aufl., § 51 GBO Rn. 21.

34 Hierzu etwa BGH MittBayNot 1990, 184; Reimann/Bengel/Mayer/Bengel, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Teil A Rn. 248; z. T. wird in der Literatur von einer solchen Kombination von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ausdrücklich abgeraten, s. etwa Nieder/Kössinger, § 15 Rn. 234.

35 Heute ganz h. M., Staudinger/Avenarius, § 2150 Rn. 10.

36 Vgl. Fröhler, BWNotZ 2005, 1, 2; MünchKomm-BGB/Grunsky, 5. Aufl. 2009, § 2110 Rn. 3.

ben und den Fällen der Nacherbenberechtigung zeigt sich auch im Rahmen des Erbscheinsverfahrens: Sind dem Vorerben Gegenstände als Vorausvermächtnis zur freien Verfügung zugewendet, sind sie im Erbschein als nicht von der Nacherbfolge erfasst anzugeben.³⁷

IV. Fazit und Gestaltungsempfehlungen

Mittels gezielter letztwilliger Anordnungen zur Nachlassauseinandersetzung kann auch bei Vorhandensein mehrerer Nacherben im Ergebnis eine „gegenständlich beschränkte Nacherbfolge“ erreicht werden. So einfach solche Gestaltungen im Ausgangspunkt sind, so anspruchsvoll ist ihre Ausgestaltung im Detail. Auch wenn insoweit jeder Einzelfall eine maßgeschneiderte Lösung erfordert, können doch die nachfolgenden Richtlinien für die Urkundsgestaltung festgehalten werden:

1. Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft für mehrere Erbteile in Verbindung mit der Anordnung verschiedener Zeitpunkte für den Eintritt des jeweiligen Nacherbfalles ist im Grundsatz unproblematisch. Macht man von dieser Möglichkeit Gebrauch, ist aber unbedingt zu vermeiden, auf der Stufe der Nacherben andere Erbquoten vorzusehen als auf der ersten Stufe. Möchte der Erblasser die Nacherben untereinander gleich behandeln – etwa mehrere Enkel zu gleichen Teilen „erben“ lassen, obwohl diese nach gesetzlicher Erbfolge unterschiedliche Erbteile hätten, sollte sich der Gestalter auf die Anordnung eines Nacherbfalles für den gesamten Nachlass beschränken oder auf Vorausvermächtnisse zwischen den Mitnacherben ausweichen, um die dingliche Zuordnung des Nachlasses nicht zu komplizieren.

2. Das Vermächtnis ist auch dann das Mittel der Wahl, wenn das Gestaltungsziel darin besteht, bestimmte Gegenstände zunächst dem einen Stamm zuzuordnen, bei Eintritt des Nacherbfalles – der insoweit gleichzeitig Nachvermächtnisfall ist – aber einem anderen Stamm. Zur Vermeidung von Unklarheiten sollte insoweit in der letztwilligen Verfügung auch ausdrücklich ein Vor- und Nachvermächtnis angeordnet werden. Die unmittelbare dingliche Rechtsnachfolge wird hiervon nicht berührt, so dass sich bei der Zuordnung von Grundstücken ggf. die Absicherung des Vermächtnisanspruchs durch Vormerkung empfiehlt.³⁸

3. Macht der Gestalter von der Möglichkeit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft für mehrere Erbteile in Verbindung mit der Anordnung verschiedener Zeitpunkte für den Eintritt des jeweiligen Nacherbfalles Gebrauch und soll auf der „ersten Stufe“ bereits eine bestimmte Auseinandersetzung vorgenommen werden, sollte klargestellt werden, dass auch auf der „zweiten Stufe“ keine Ausgleichszahlungen zu zahlen sind, soweit diese auf der ersten Stufe nicht geschuldet sind, weil der Erblasser Vorausvermächtnisse angeordnet hat.

Werden die Erbquoten bei Abfassung der letztwilligen Verfügung bewusst noch nicht beziffert, sondern hängen von Wertverhältnissen im Todeszeitpunkt ab – so etwa bei dem „Frankfurter Testament“ –, ist klarzustellen, dass die insoweit maßgebliche Wertermittlung im Zeitpunkt des Erbfalls auch die Nacherbenquoten

bestimmt, unabhängig davon, wie sich der Wert der einzelnen Nachlassgegenstände nach Eintritt des Erbfalls entwickelt.

4. Als Alternative zu einer Bestimmung der Erbquoten nach den Wertverhältnissen der jeweils zugewendeten Gegenstände zueinander kommt die Einsetzung zu gleichen Teilen in Verbindung mit Vorausvermächtnissen in Betracht. Ist Gegenstand des Vorausvermächtnisses eine etwaige Differenz des Wertes der Gegenstände, empfiehlt sich eine ausdrückliche Anordnung des Erblassers dazu, dass auch zwischen den Nacherben kein Ausgleich stattfindet, unabhängig davon, ob die Differenz im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalles noch dieselbe ist oder nicht. Die Anwendung von § 2110 Abs. 2 BGB auf diese Gestaltung bereitet gedanklich Schwierigkeiten, und die Anwendung der Zweifelsregel erscheint auch bei Abwesenheit einer ausdrücklichen Erstreckung der Begünstigung auf die „zweite Stufe“ höchst zweifelhaft. Im Interesse des begünstigten Nacherben sollte diesem gleichwohl ausdrücklich ein entsprechendes eigenes Vorausvermächtnis auf der zweiten Stufe zugewendet werden. Ein Nachvermächtnis erscheint demgegenüber weniger geeignet, da es der Sache nach nicht um das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe, sondern um dasjenige des Nacherben zu den anderen Mitgliedern der Erbengemeinschaft geht.

5. Vor allem dann, wenn sich der Gestalter für ein entgegen § 2110 Abs. 2 BGB auch den Nacherben begünstigendes Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben im Hinblick auf den Gegenstand als solchen (und nicht nur in Höhe der hypothetischen Ausgleichspflicht) entscheidet, ist an den Fall zu denken, dass der Vorerbe das Vermächtnis ausschlägt oder nicht geltend macht (wozu der Vorerbe auch ohne Zustimmung des Nacherben berechtigt ist). Hier muss die Frage beantwortet werden, ob der Nacherbe unabhängig von der Auseinandersetzung zwischen den Mitvorerben begünstigt sein soll oder ob er in jedem Fall neben der allgemeinen Erbquote „nur“ dasjenige erhält, was „sein“ Vorerbe zugeteilt bekommen hat. Jedenfalls im erstgenannten Fall empfiehlt sich die Anordnung eines inhaltsgleichen Vorausvermächtnisses zugunsten des Nacherben, damit dessen Begünstigung nicht abhängig von der Geltendmachung der Begünstigung durch „seinen“ Vorerben ist. Da auch bei Nacherbenbindung der Gegenstand ohne Erfüllung des Vorausvermächtnisses u. U. mit Wirkung gegen den Nacherben aus der gesamthänderischen Gebundenheit ausscheiden kann – insbesondere durch Verkauf an Dritte, aber auch durch Auseinandersetzung –, kann es sich empfehlen, zum Schutz des Nacherben im Falle von Grundbesitz insoweit keine Befreiung von § 2113 Abs. 1 BGB vorzusehen und/oder den Nacherben als Ersatzvermächtnisnehmer zu bestimmen, evtl. in Verbindung mit der Anordnung von Testamentsvollstreckung.

37 Fröhler, BWNNotZ 2005, 1, 3; MünchKomm-BGB/Grunsky, § 2110 Rn. 3; Zimmermann, Erbschein und Erbscheinsverfahren, 2. Aufl. 2007, Rn. 365.

38 Vgl. Rossak, ZEV 2005, 14, 15 f.

V. Formulierungsvorschlag

I.

Zu meinen Erben berufe ich zu gleichen Teilen:

1. . . .

2. . . .

Die vorgenannten Erben sind jedoch nur Vorerben. *Evtl.:* Sie sind als Vorerben jeweils von den gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen befreit, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Ersatzvorerben sind . . .

II.

Zu Nacherben berufe ich für den jeweiligen Erbteil die jeweiligen Abkömmlinge des betreffenden Vorerben, untereinander entsprechend den Regeln gesetzlicher Erbfolge der ersten Ordnung.

Ersatznacherben sind . . .

III.

Die jeweilige Nacherbfolge tritt für den jeweiligen Erbteil jeweils ein mit dem Tod des jeweiligen Vorerben.

IV.

Die Nacherbenanwartschaftsrechte sind nicht vererblich und nicht übertragbar.

V.

Die Erben werden mit folgenden Vermächtnissen beschwert:

1. Der . . . (*Vorausvermachtnisnehmer*), ersatzweise . . ., erhält im Wege des Vorausvermachnisses und somit ohne Anrechnung auf seinen Erbteil oder Ausgleichung aus seinem sonstigen Vermögen . . . (*nähere Beschreibung des Gegenstandes*)

2. Der . . . (*weiterer Vorausvermachtnisnehmer*), ersatzweise . . ., erhält im Wege des Vorausvermachnisses und somit ohne Anrechnung auf seinen Erbteil oder Ausgleichung aus seinem sonstigen Vermögen . . . (*nähere Beschreibung des Gegenstandes*)

3. Die Rechte der jeweiligen Nacherben erstrecken sich auch auf die gemäß vorstehenden Anordnungen den jeweiligen Vorerben zugewendeten Gegenstände bzw. den Anspruch hierauf. Befindet sich der Vermächtnisgegenstand bei Eintritt des Nacherbfalles noch im Nachlass, steht dem bzw. den Nacherben für diesen Erbteil ab Eintritt des Nacherbfalles ein inhaltsgleiches Vorausvermachtnis zu; spätestens mit Erfüllung dieses Vorausvermachnisses erlischt der Anspruch des Vorerben auf diesen Gegenstand, unabhängig von seiner Geltendmachung.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters gegenüber dem Grundbuchamt

(KG, Beschluss vom 21. 11. 2011 – 1 W 652/11)

GBG §§ 19; 29

InsO § 56

Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters kann die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Bestellungsurkunde ausreichend sein, wenn ein Notar zeitnah zu einer beantragten Grundbucheintragung bestätigt, dass die Urschrift bei Abgabe der zur Eintragung erforderlichen Grundbucherklärung – hier Bewilligung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung – vorgelegen hat. Eine bei Eingang des ansonsten vollzugsreifen Eintragungsantrags zwölf Tage alte notarielle Bescheinigung genügt zum Nachweis der Verfügungsbefugnis, wenn der Insolvenzverwalter im Zeitpunkt der Vorlage der Urschrift bei dem Notar bereits mehr als ein Jahr im Amt gewesen ist.

Zur Einordnung:

Es entspricht heute der fast einhelligen Meinung in Rechtsprechung (BGH RNotZ 2006, 144 m. Anm. Kessler = DNotZ 2006, 44) und Literatur (Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 2563), dass der Insolvenzverwalter seine Verfügungsbefugnis (§ 80 Abs. 1 InsO) im Zeitpunkt der Antragstellung dem GBA gegenüber durch Vorlage einer ihm nach § 56 Abs. 2 S. 1 InsO erteilten Bestellungsurkunde in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift nachzuweisen hat. Die Vorlage des Eröffnungsbeschlusses oder der Verweis auf im Internet erfolgte Insolvenzbekanntmachungen reichen nicht aus (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3138; BeckOK-GBG/Wilsch, Stand 1. 9. 2011, Insolvenzsrecht und Grundbuchverfahren, Rn. 67; DNotI-Report 2007, 98 zur Klauselumschreibung auf den Insolvenzverwalter). Die nun durch das KG bestätigte notarielle Praxis verfährt aus diesem Grund nach § 12 BeurkG so, dass dem Notar bei Beurkundung die Bestellungsurkunde im Original oder Ausfertigung vorgelegt wird, er von dieser eine beglaubigte Abschrift fertigt, zur Urkunde nimmt und bestätigt, dass ihm bei Beurkundung die Urschrift oder Ausfertigung der Bestellungsurkunde vorgelegen hat (Kessler, RNotZ 2004, 219; Schöner/Stöber, 14. Aufl. 2008, Grundbuchrecht, Rn. 3138).

Mit dem KG beschäftigt sich nun erstmals ein OLG damit, wie lange der Zeitraum zwischen der Bestätigung des Notars, dass ihm die Bestellungsurkunde in der vorgenannten Form vorgelegt wurde, und der späteren Eintragung im Grundbuch sein darf. Wie bereits das LG Berlin in zwei Entscheidungen (Rpfler 2004, 158; RNotZ 2004, 36) stellt das KG darauf ab, ob die Eintragung „zeitnah“ nach der Vorlage der Bestellungsurkunde beim Notar erfolgt (vgl. zu dieser

Entscheidung auch die bald erscheinende Kommentierung von *Leif Böttcher* in notar, Heft 3/2012). Zur näheren Bestimmung des Begriffes „zeitnah“ zieht es die zeitlichen Grenzen der Nachweisfunktion einer Vertretungsbescheinigung gemäß § 21 BNotO (vgl. BeckOK-GBG/Otto, § 32 Rn. 67 m. w. N. und zahlreichen Rechtsprechungsbeispielen) heran. Das KG hält dann einen Zeitraum von 12 Tagen zwischen der Erstellung der Bescheinigung des Notars, dass ihm die Bestellungsurkunde vorlag, und dem Eingang des Eintragungsantrages beim GBA für unschädlich. Dies begründet es u. a. damit, dass der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Erstellung der Bescheinigung bereits mehr als ein Jahr im Amt war. Das LG Berlin (Rpfler 2004, 158) seinerseits hatte einen entsprechenden Zeitraum von 24 Tagen als „zeitnah“ angesehen. In der Literatur vertritt auch *Kessler* die Auffassung, dass das GBA bei einem längeren Zeitraum zwischen Beurkundung und Stellung des Eintragungsantrages die erneute Vorlage der Bestellungsurkunde verlangen kann. Er hält jedoch die erneute Vorlage aus praktischen Aspekten, fundiert begründet, für generell überflüssig (RNotZ 2004, 220 auch zum Fall des bereits gelöschten Insolvenzvermerks).

Aus notarieller Sicht ist zu beachten, dass die Entscheidung des KG die Eintragung einer Auflassungsvormerkung betraf, die regelmäßig zeitnah (§ 53 BeurkG) nach der Beurkundung zumindest beantragt wird. Bis zur Beantragung und Eintragung des Eigentumswechsels vergehen jedoch auch bei üblichen Vollzugsdauern nach der Beurkundung des Kaufvertrages oft viele Wochen. Hier wird sich so häufiger die Frage stellen, ob eine „Zeitnähe“ besteht oder ob nicht ein erneuter Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters gegenüber dem GBA erbracht werden muss (DNotI-Gutachten 93030 vom 1. 4. 2009).

Unabhängig von den Nachweispflichten gegenüber dem GBA sollte der Notar vertragsgestalterisch die fehlende Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom Insolvenzverwalter (Beck'sches Notarhandbuch/Brambring, 5. Aufl. 2009, Teil A, Rn. 311) berücksichtigen. So kann er in besonderen Zweifelsfällen die Fälligkeit des Kaufpreises davon abhängig machen, dass nach Eintragung der Auflassungsvormerkung erneut nachzuweisen ist, dass der Insolvenzverwalter noch im Amt ist (Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 3313, Muster 22 mit einem Formulierungsbeispiel in § 3 Ziffer 3). Empfehlenswert ist es, dass der Notar die Löschung der Auflassungsvormerkung erst beantragt, nachdem er sich nach Eintragung des Eigentumswechsels davon vergewissert hat, dass der verfügende Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels noch Amtsinhaber war (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3138; Beck'sches Notarhandbuch/Brambring, 5. Aufl. 2009, Teil A, Rn. 311; Kessler, ZNotP 2008, 117). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die

in der Rechtsprechung vorherrschende Auffassung (zuletzt BayObLG MittBayNot 1999, 84 m. w. N.; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139; a. A. AG Rostock RNotZ 2004, 405; LG Mönchengladbach RNotZ 2010, 540 m. Anm. Schüller zum Testamentsvollstrecker) entgegen der h. L. (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 124; MünchKomm/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 878 BGB Rn. 11 m. w. N.) § 878 BGB weiterhin nicht auf Parteien kraft Amtes und somit auch nicht auf den Insolvenzverwalter anwendet. Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters muss hier nach auch noch im Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbs der Vormerkung und des Eigentums bestehen (Kessler, RNotZ 2004, 218).

Die Schriftleitung (PH)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet zu 1) ist zu ½ als Eigentümerin in dem im Beschlusseingang näher bezeichneten Wohnungsgrundbuch eingetragen. Zur anderen Hälfte ist ihr verstorbener Ehemann gebucht. Über dessen Nachlass wurde am 26. 8. 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet. Seit dem 28. 1. 2011 ist in Abt. II lfd. Nr. 4 insoweit ein Insolvenzvermerk eingetragen.

Zur UR-Nr. . . /2011 des Notars Dr. . . in B. veräußerte die Bet. zu 1) das Wohnungseigentum an die Bet. zu 3) und 4). Dabei gab sie die erforderlichen Erklärungen nicht nur im eigenen, sondern auch als vollmachtlose Vertreterin des Bet. zu 2) in dessen Eigenschaft als Insolvenzverwalter über den Nachlass ihres verstorbenen Ehemanns ab. Der Bet. zu 2) genehmigte die Erklärungen der Bet. zu 1) am 7. 9. 2011 – UR-Nr. . . des Notars Dr. . . in B. Der Notar bestätigte zugleich, dass der Bet. zu 2) die Urschrift der Bestellsurkunde des Insolvenzgerichts vorgelegt habe, wovon der Notar eine beglaubigte Abschrift seiner Urkunde beifügte.

Mit Schreiben vom 16. 9. 2011, das am 20. 9. 2011 bei dem GBA einging, hat Notar. . . unter Vorlage u. a. der zuvor aufgeführten Urkunden beantragt, zugunsten der Bet. zu 3) und 4) eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch einzutragen. Das GBA hat mit Zwischenverfügung vom 21. 9. 2011 u. a. den Nachweis der Vertretungsbefugnis des Bet. zu 2) erfordert durch Vorlage der Bestellsurkunde im Original oder durch notarielle Bestätigung, dass die Bestellsurkunde am 20. 9. 2011 vorgelegen habe. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Bet. zu 2) vom 25. 10. 2011, der das GBA mit Beschluss vom 28. 10. 2011 nicht abgeholfen hat.

Am 9. 11. 2011 ging bei dem GBA die Erklärung des Notars Dr. . . ein, er habe durch Einsichtnahme in die Insolvenzzakten festgestellt, der Bet. zu 2) sei auch am 20. 9. 2011 noch als Insolvenzverwalter bestellt gewesen.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde ist begründet. Das von dem GBA aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht.

Die Eintragung einer Vormerkung, § 883 Abs. 1 BGB, erfolgt auf Antrag, § 13 GBO, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO. Das ist bei der Auflassungsvormerkung regelmäßig der eingetragene Eigentümer. Fehlt ihm jedoch wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis, vgl. § 80 Abs. 1 InsO, ist allein der Insolvenzverwalter befugt, die

grundbuchrechtlich erforderliche Bewilligung zu erteilen. Diese gibt der Insolvenzverwalter aber nicht in Vertretung des Schuldners, sondern kraft des ihm übertragenen Amtes im eigenen Namen ab (vgl. BGH, NJW 1984, 739). Insofern kam es entgegen der angefochtenen Zwischenverfügung bei Antragstellung nicht auf die Vertretungsbefugnis des Bet. zu 2) an.

Allerdings hat das GBA die Verfügungsbefugnis als Grundlage der formellen Bewilligungsbefugnis von Amtes wegen zu prüfen (Demharter, 27. Aufl., § 19 GBO Rn. 59). Den im Anschluss an die Zwischenverfügung ergangenen Hinweisen des GBA ist zu entnehmen, dass es tatsächlich diesen Nachweis für nicht erbracht erachtet hat. Aber auch insoweit besteht kein Eintragungshindernis.

Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters gemäß § 80 Abs. 1 InsO wird durch Vorlage der Bestellsurkunde (§ 56 Abs. 2 S. 1 InsO) gegenüber dem Grundbuchamt erbracht

Entscheidend für die Beurteilung der Verfügungsbefugnis als Grundlage der Bewilligungsbefugnis ist der Zeitpunkt der Eintragung, weil sich erst dann die verfahrensrechtliche Verfügung über das betroffene Recht verwirklicht (Demharter, a.a.O., Rn. 60; Meikel/Böttcher, 10. Aufl., § 19 GBO Rn. 57). Der Insolvenzverwalter hat also dem Grunde nach seine Bestellung zu diesem Zeitpunkt nachzuweisen. Der (formelle) Nachweis wird durch die dem Insolvenzverwalter von dem Insolvenzgericht erteilte Bestellsurkunde erbracht, § 56 Abs. 2 S. 1 InsO. Da die Urkunde nach Beendigung des Amtes an das Insolvenzgericht zurückzugeben ist, § 56 Abs. 2 S. 2 InsO, ist grundsätzlich die Urschrift vorzulegen.

Die Vorlage der Bestellsurkunde in beglaubigter Abschrift ist ausreichend, wenn der Notar zeitnah vor der Grundbucheintragung bestätigt, dass ihm die Urschrift der Bestellsurkunde bei Abgabe der Erklärung vorgelegen hat

Es wird aber auch die Ansicht vertreten, die Vorlage einer beglaubigten Abschrift genüge, wenn ein Notar bestätige, dass die Urschrift bei Abgabe der betreffenden Grundbucheintragung vorgelegen habe (LG Berlin, Beschluss vom 9. 9. 2003 – 86 T 856/03 – Juris; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 3138; Meikel/Hertel, a.a.O., § 29 Rn. 98). Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Zwar erfordert die Sicherheit des Grundbuchverkehrs möglichst zuverlässige Nachweise, andererseits ist aber auch zu beachten, dass der Grundbuchverkehr nicht über Gebühr erschwert wird. Es ist deshalb etwa anerkannt, dass die Nachweisfunktion der Vertretungsbescheinigung eines Notars, §§ 21 BNotO, 32 Abs. 1 S. 1 GBO, nicht auf den Tag der Registereinsicht beschränkt ist, wobei es bei der Frage, ob die Vertretungsmacht noch als nachgewiesen angesehen werden kann, auf die Umstände des Einzelfalles ankommt (OLG Frankfurt OLG-Report 1995, 95, zitiert nach Juris; Demharter, a.a.O., § 32 Rn. 12 und 15). Das GBA hat die Vertretungsmacht selbständig zu prüfen (Demharter, a.a.O., § 19 Rn. 74). Insofern gilt nichts anderes wie beim Nachweis der Verfügungsbefugnis. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, an die zeitlichen Gren-

zen der zu führenden Nachweise keine unterschiedlichen Anforderungen zu stellen.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass zwar durch die nunmehr vorliegende Bescheinigung des Notars Dr. . . . vom 8. 11. 2011 die Verfügungsbefugnis des Bet. zu 2) im Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Eintragung einer Vormerkung nachgewiesen ist, was im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen ist, vgl. § 74 GBO. Jedoch kommt es hierauf nicht an, weil bereits zuvor der Nachweis erbracht worden war. Die Bescheinigung des Notars Dr. . . . , dass ihm die Urschrift der Bestellsurkunde bei Beglaubigung der Unterschrift des Bet. zu 2) am 7. 9. 2011 vorgelegen hat in Verbindung mit der durch den Notar gefertigten beglaubigten Abschrift, war im Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Eintragung der Auflassungsvormerkung am 20. 9. 2011 noch nicht so alt, dass Anlass bestanden hätte, an der weiteren Bestellung des Bet. zu 2) zum Insolvenzverwalter zu zweifeln (vgl. auch LG Berlin, a.a.O., das einen Zeitraum von 24 Tagen nicht beanstandet hat). Der Zeitpunkt des Antragseingangs ist hier maßgebend, weil das GBA ansonsten keine Eintragungshindernisse gesehen hat und die Vormerkung also ohne seine hier nicht gerechtfertigten Bedenken eingetragen hätte.

Bei der Bewertung der Frage der „Zeitnähe“ ist auch die Dauer der bisherigen Verwaltung durch den Insolvenzverwalter zu berücksichtigen

Der Bet. zu 2) war ausweislich der Bestellsurkunde sowie dem Ersuchen des Insolvenzgerichts auf Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 26. 8. 2010 zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Zuvor war er bereits seit dem 28. 6. 2010 als vorläufiger Insolvenzverwalter tätig gewesen, wie dem bei den Grundakten befindlichen Ersuchen des Insolvenzgerichts vom 1. 7. 2010 entnommen werden kann. Im Zeitpunkt der Bestätigung durch den Notar Dr. . . . war der Bet. zu 2) danach bereits seit über einem Jahr als Insolvenzverwalter in diesem Verfahren tätig. Dass das Amt ausgerechnet innerhalb von zwölf Tagen zwischen der notariellen Beglaubigung und dem Eingang des Eintragungsantrags geendet haben sollte, ist deshalb so wenig wahrscheinlich, dass diese Möglichkeit hier außer Acht gelassen werden kann.

2. Liegenschaftsrecht – Bei Zahlung eines Dritten auf Sicherungsgrundschuld erfolgt kein Forderungsübergang kraft Gesetzes

(OLG Brandenburg, Urteil vom 21. 12. 2011 – 4 U 13/11)

BGB § 1143

- 1. Zahlt der nicht persönlich schuldende Eigentümer auf eine Sicherungsgrundschuld, so geht die gesicherte Forderung nicht nach § 1143 Abs. 1 BGB auf ihn über. Er hat aus dem Sicherungsvertrag regelmäßig einen Anspruch gegen den Grundschuldgläubiger auf Abtretung der durch seine Zahlung auf die Grundschuld nicht erloschenen Forderung.**

- 2. Mangels abweichender Tilgungsbestimmung leistet der Insolvenzverwalter bei Zahlungen an Grundschuldgläubiger unabhängig davon, ob die Insolvenzschuldnerin auch persönliche Schuldnerin der gesicherten Forderung ist, auf die Grundschuld und nicht auf die durch die Grundschuld gesicherte Forderung.**

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung:

Der Entscheidung des OLG Brandenburg liegt eine in der Praxis häufiger anzutreffende Einbringung von Grundbesitz in eine Gesellschaft (KG) zugrunde. Der Grundbesitz war im Zeitpunkt der Einbringung in Abt. III mit Grundschulden belastet, die zum einen unterschiedliche persönliche Verbindlichkeiten von Gesellschaftern der KG und zum anderen solche der KG selbst sicherten. Bei der Einbringung wurden jedoch keine Regelungen dazu getroffen, ob seitens der KG ein Schuldbetritt oder ähnliches hinsichtlich der durch die Grundschulden gesicherten persönlichen Verbindlichkeiten der Gesellschafter erfolgen sollte. Die Auszahlung der durch die Grundschuld gesicherten und von den Gesellschaftern persönlich aufgenommenen Darlehen war alleine an die KG bzw. eine vorher bestehende GbR, die ebenfalls vollständig in die KG eingebracht worden war, erfolgt. Die Zins- und Tilgungsraten für diese persönlichen Verbindlichkeiten der Gesellschafter wurden von Anfang an auch alleine und unmittelbar zunächst von der GbR und dann von der KG an die Gläubigerin gezahlt. Nach der Insolvenz der KG wurde der Grundbesitz freihändig von deren Insolvenzverwalter verkauft und der Kaufpreis floss vollständig dem eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger und gleichzeitigen Gläubiger der vorgenannten Verbindlichkeiten zu, der Teile des Kaufpreises auf die persönlichen Verbindlichkeiten von zwei Gesellschaftern der KG verrechnete. Der Insolvenzverwalter der KG forderte nun von den beiden Gesellschaftern die Zahlung des von dem Grundpfandrechtsgläubiger auf die jeweiligen persönlichen Verbindlichkeiten verrechneten Teils des Ablösungsbetrages.

Das OLG Brandenburg schließt sich in seiner Urteilsbegründung der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 1989, 358) und Teilen der Literatur (BeckOK-BGB/Rohe, Stand 1. 3. 2011, § 1192 Rn. 165; Palandt/Bassenge, 71. Aufl. 2012, § 1191 BGB Rn. 44; a.A. MünchKomm/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1191 BGB Rn. 127) an, dass es bei einer Zahlung des nicht persönlich schuldenden Eigentümers auf eine Sicherungsgrundschuld nicht zu einem Übergang der Forderung gemäß § 1143 Abs. 1 BGB kommt. Der alleine als Sicherungsgeber fungierende Eigentümer hat in diesem Fall lediglich einen Anspruch gegen den Grundpfandrechtsgläubiger auf Abtretung der durch seine Zahlung auf die Grundschuld nicht erloschenen Forderung.

Aus abgetretenem Recht spricht das OLG Brandenburg dem Insolvenzverwalter die geltend gemachte Zahlungsforderung gegen beide Gesellschafter zu. Es verneint hierbei insbesondere ein Erlöschen der

Forderungen des Darlehensgläubigers aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB durch die an ihn erfolgte Auskehr des Erlöses aus dem freihändigen Verkauf. Nach der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 1995, 294) leistet der Konkursverwalter grundsätzlich auf die Grundschuld unabhängig davon, ob die Gemeinschuldnerin auch Schuldnerin der gesicherten Forderung ist. Das Gericht stützt sich auf diese Rechtsprechung des BGH und bestätigt sie für Leistungen des Insolvenzverwalters. Dem OLG Brandenburg zufolge entsteht eine Mitschuldnerschaft der KG für die persönlichen Darlehensverbindlichkeiten der beiden Gesellschafter nicht dadurch, dass die Auszahlungen dieser Darlehen alleine und direkt auf ein Konto der GbR bzw. KG erfolgt sind. Auch dass die GbR bzw. später die KG sämtliche Zins- und Tilgungsleistungen an die Gläubigerin ohne Zwischenschaltung der beiden Gesellschafter geleistet hat, führt nicht zum Entstehen einer Mitschuldnerschaft der KG.

Die Schriftleitung (PH)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. in seiner Funktion als Insolvenzverwalter über das Vermögen der M. Isolierungen GmbH & Co. KG nimmt die Bekl. nach Ablösung einer für die . . .bank eG zugunsten eines Grundstücks der Insolvenzschuldnerin eingetragenen Grundschuld auf Rückzahlung von Darlehen in Anspruch.

Hintergrund dieser Inanspruchnahme ist folgender:

Die Bekl. sowie Frau H. M. gründeten am 1. 9. 1995 die M. GbR. In diesem Zusammenhang gewährte die . . .bank eG den drei GbR-Gesellschaftern mit Verträgen vom 22. 3. 1996 jeweils ein Darlehen, als dessen Verwendungszweck angegeben war: „ERP-Existenzgründungsprogramm Einrichtung eines Gewerbegebäudes“. Zur Sicherung dieser Darlehen diente jeweils u.a. eine Grundschuld an einem näher bezeichneten „Geschäftsgrundstück von Herrn M. . . . (Erbbaupachtvertrag)“. Am 2. 5. 2001 wurden die Gesellschafter der M. GbR in Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümer dieses (nunmehr) im Grundbuch von G. des AG L., Bl. 290, Flur 1, Flurstück . . . verzeichneten Grundstücks eingetragen.

Aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 1. 1. 2002 schied Frau H. M. aus der GbR aus; ihre Anteile gingen auf die Bekl. über.

Am 18. 11. 2002 gründeten die Bekl. die M. Isolierungen GmbH & Co. KG (Insolvenzschuldnerin), wobei sie jeweils ihre GbR-Anteile in die KG einbrachten und unter anderem das Grundstück, auf das sich die o.g. Grundschuld bezog, mit Vertrag vom 13. 10. 2003 an die Insolvenzschuldnerin übertrugen.

Unter dem 2. 4. 2003 schlossen zum einen die Bekl. (persönlich) und zum anderen die Insolvenzschuldnerin mit der . . .bank eG verschiedene Darlehensverträge, deren Sicherung wiederum das Grundstück in G. diente. Die mit dem Bekl. persönlich geschlossenen Darlehensverträge wurden unter den Konto-Nr. . . . (J. M.) und . . . (R. M.) geführt, wobei diese jedenfalls ab dem 14. 6. 2004 auch die Darlehensverbindlichkeiten aus dem ursprünglich Frau H. M. gewährten Darlehen übernahmen.

Am 17. 2. 2006 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet.

Dies nahm die . . .bank eG zum Anlass, mit Schreiben vom 13. 2. 2006 gegenüber den Bekl. die vorgenannten Darlehensverträge zu kündigen.

Mit Beschluss vom 17. 10. 2006 stimmte die Gläubigerversammlung einer freihändigen Veräußerung des Grundstücks in G. durch den Kl. zu. In der Folgezeit veräußerte der Kl. das Grundstück und erzielte einen Erlös von 305 000,- €.

Aus diesem Erlös befriedigte der Kl. die . . .bank eG, wobei ausweislich des Schreibens der . . .bank eG vom 8. 12. 2009 41 261,59 € auf eine Forderung gegen den Bekl. zu 1) und 68 477,59 € auf eine Forderung gegen den Bekl. zu 2) entfielen.

Diese Beträge macht der Kl. nunmehr gegen die Bekl. geltend. Er hat die Auffassung vertreten, die Darlehensforderungen der . . .bank eG gegen die Bekl. seien gemäß § 1143 BGB auf ihn übergegangen.

Die Bekl. haben gegen ihre Inanspruchnahme eingewandt, zum einen sei das Grundstück nicht zum Zwecke der Befreiung von der dinglichen Sicherheit verwertet worden; zum anderen handele es sich bei den streitgegenständlichen Darlehensforderungen um Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin selbst. Die Darlehen seien zwar den Bekl. und Frau H. M. im Jahre 1996 entsprechend den Vorgaben des ERP-Existenzgründerprogramms als natürlichen Personen gewährt worden; sie seien jedoch auf ein Konto der M. GbR ausgezahlt worden. Entsprechend seien sie auch als langfristige Verbindlichkeiten in die Bilanz der GbR eingestellt worden und im Rahmen der Einbringung der GbR der KG zugeflossen. In den Darlehensverträgen sei – was unstreitig ist – vereinbart worden, dass die Tilgung durch Abbuchung vom Konto der KG erfolge; die Zahlungen auf die Darlehen seien – was als solches ebenfalls unstreitig ist – auch tatsächlich zunächst durch die GbR, später durch die KG, erfolgt. Es liege damit zumindest ein Schuldbeitritt der KG vor, so dass der Insolvenzverwalter durch die Verwertung des Grundstücks eine eigene Verbindlichkeit der Insolvenzschuldnerin erfüllt habe. Schließlich sei es auch nicht alleiniger Zweck des Verkaufs des Grundstücks gewesen, die Befreiung von der dinglichen Haftung zu erlangen; primärer Zweck sei vielmehr gewesen, der Masse Geld zuzuführen.

Das LG hat der Klage mit Urteil vom 29. 11. 2010 im Wesentlichen – bis auf einen Teil der geltend gemachten Verzugszinsen – stattgegeben.

Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kl. stehe ein Anspruch aus §§ 1143, 488 Abs. 1 S. 2 BGB, § 80 Abs. 1 InsO zu.

Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks sei die Schuldnerin gewesen. Aus den streitgegenständlichen Darlehensverträgen sei aber nicht die Schuldnerin, sondern die Bekl. persönlich verpflichtet gewesen. Mit der Einbringung der GbR in die Schuldnerin sei ein Schuldbeitritt oder Gläubigerwechsel nicht verbunden gewesen. Es sei zwischen den vertraglichen Verpflichtungen aus den Darlehensverträgen gegenüber der Bank einerseits und den Verpflichtungen der Gesellschafter der GbR untereinander und gegenüber der GbR andererseits zu unterscheiden.

Vertragsänderungen im Sinne eines Schuldnerwechsels seien mit der GbR nie vereinbart worden. Insbesondere sei es für die Bank gleichgültig, wer für die Bekl. auf die Darlehen gezahlt habe. Die Buchung vom Konto der Schuldnerin könne deshalb eine eigene Verbindlichkeit der Schuldnerin nicht begründen. Hinzu komme, dass es sich um ERP-Darlehen gehandelt habe, die nur natürlichen Personen gewährt worden seien, was auch in der Folgezeit nicht geändert werden könne.

Der Kl. als Insolvenzverwalter habe quasi als Eigentümer geleistet, d.h. zu dem allgemeinen Zweck, sich von der dinglichen Haftung zu befreien. Daran ändere auch nichts, dass er weitere Ziele, insbesondere die Massenmehrung durch flüssige Geldmittel, verfolgt habe.

Soweit die Bekl. die Höhe der Forderung bestritten hätten, sei dieses Bestreiten unerheblich. Das Mitteilungsschreiben der

Bank vom 8. 12. 2009 korrespondiere mit dem Forderungsstand zum Zeitpunkt der Kündigungsschreiben. Jedenfalls reiche einfaches Bestreiten der Bekl. insoweit nicht aus.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Bekl. mit ihrer Berufung, mit der sie ihr Ziel der Klageabweisung weiter verfolgen.

Aus den Gründen:

II. Die Berufung ist zulässig; in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Das LG hat dem Kl. im Ergebnis zu Recht einen Anspruch auf Rückzahlung der streitgegenständlichen Darlehen aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit den zwischen den Bekl. und der ...bank eG geschlossenen und zuletzt unter den Kontonr. ... (J. M.) und ... (R. M.) geführten Darlehensverträgen zuerkannt.

Zahlt der nicht persönlich schuldende Eigentümer auf eine Sicherungsgrundschuld, hat er regelmäßig nur einen Anspruch auf Abtretung der durch seine Zahlung nicht erloschenen Forderung

1. Allerdings sind die Forderungen nicht automatisch, das heißt kraft Gesetzes gemäß § 1143 Abs. 1 S. 1 BGB, mit der Auskehrung des Erlöses aus dem Verkauf des im Grundbuch von G. des AG L., Bl. ... Flur 1, Flurstück ... eingetragenen Grundstücks an die ...bank eG, durch die ausweislich des Schreibens der ...bank vom 8. 12. 2009 ihre Forderungen gegen den Bekl. zu 1) in Höhe von 41.261,59 € und gegen den Bekl. zu 2) in Höhe von 68.477,59 € „vollständig zurückgezahlt“ worden sind, auf den Kl. übergegangen. Der Kl. ist Inhaber dieser Forderungen vielmehr erst durch die mit Schriftsatz vom 4. 10. 2011 vorgelegte Abtretungsvereinbarung vom 13. 9./4. 10. 2011 geworden.

a) Ob ein Übergang der Forderung kraft Gesetzes gemäß § 1143 Abs. 1 S. 1 BGB auf den zahlenden Eigentümer erfolgt, ist bei einer Grundschuld in Rechtsprechung und Literatur streitig und zwar auch dann, wenn es sich – wie hier – um eine Sicherungsgrundschuld handelt, auf die ein nicht mit dem persönlichen Schuldner identischer Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks gezahlt hat.

Während Eickmann (MünchKomm, 5. Aufl., § 1191 BGB Rn. 127) die Auffassung vertritt, bei einer Sicherungsgrundschuld sei § 1143 BGB im Falle der Leistung auf die Grundschuld anwendbar, wird insbesondere in der Rechtsprechung im Anschluss an die Entscheidung des BGH vom 14. 7. 1988 (DNotZ 1989, 358) die Auffassung vertreten, dass § 1143 BGB nicht anwendbar sei, der auf die Grundschuld zahlende Eigentümer vielmehr lediglich aus dem Sicherungsvertrag gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Abtretung der durch eine Zahlung auf die Grundschuld nicht erloschenen Forderung habe (BGH NJW 1989, 2530; MittRhNotK 1999, 52; OLG Celle Beschluss vom 14. 2. 2000 – 4 W 361/99 – Rn. 8). Der Senat schließt sich der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung an. Zwar mag es zutreffen, dass dem § 1143 BGB der Gedanke zugrunde liegt, dass die Forderung „nur noch um des mit dem Schuldner nicht identischen Eigentümers willen“ aufrecht erhalten bleibt (MünchKomm/Eickmann a.a.O.). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die durch § 1143

Abs. 1 S. 1 BGB bewirkte untrennbare Verbindung zwischen Sicherungsrecht und gesicherter Forderung nur bei strenger Akzessorietät gerechtfertigt ist. Eine Anwendung auf die Sicherungsgrundschuld würde die Parteien der Sicherungsvereinbarung ohne Not in ihrer bei einer Grundschuld gerade wegen der nicht bestehenden Untrennbarkeit der Verbindung zwischen Forderung und Sicherungsrecht bestehenden Freiheit zur Veränderung des Sicherungszwecks beschränken – mag dies auch nur in Ausnahmefällen möglich sein (vgl. dazu nur: BGH DNotZ 1989, 358).

Die Darlehensrückzahlungsansprüche wurden von der Gläubigerin wirksam an die Insolvenzschuldnerin abgetreten

b) Bedenken gegen die Abtretung vom 13. 9./14. 10. 2011 bestehen nicht.

Die Herbeiführung und Einführung der Abtretungsvereinbarung in den Prozess erst im Berufungsverfahren ist schon deshalb zuzulassen, weil der Kl. vor Erteilung des gemäß § 139 Abs. 2 ZPO erforderlichen Hinweises offenbar die vom Senat vertretene Auffassung zum Erfordernis einer Abtretung nicht berücksichtigt hatte und dies in der ersten Instanz auch weder von Seiten der Parteien noch von Seiten des Gerichts thematisiert worden war.

Ebenso wenig fehlt es an der erforderlichen Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen. Diese sind vielmehr in den Vorbemerkungen zur Abtretungsvereinbarung hinreichend durch die Daten der zugrundeliegenden Darlehensvereinbarungen sowie die Kontonummern und die Höhe der zum Zeitpunkt der Ablösung durch den Kl. bestehenden Gesamtforderungen bezeichnet. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass im Zusammenhang mit den Forderungen gegen den Bekl. zu 1) auch der der Frau H. M. gewährte ERP-Kredit aufgeführt ist. Dies korrespondiert vielmehr mit der bereits als Anlage K 12 vorgelegten Änderungsvereinbarung vom 14. 6. 2004, die sich auf die Übernahme des der Kreditnehmerin H. M. gewährten Darlehens durch den Bekl. zu 1) bezieht.

Die Darlehensrückzahlungsforderungen der Gläubigerin sind nicht durch die an sie erfolgten Zahlungen aus dem Erlös des freihändigen Verkaufes des Grundbesitzes erloschen

c) Entgegen der Auffassung der Bekl. waren die Forderungen der ...bank eG zum Zeitpunkt der Abtretung auch nicht erloschen. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus dem klägerseits vorgelegten Schreiben der ...bank eG vom 8. 12. 2009. Zwar hat die ...bank eG dem Kl. mit diesem Schreiben bestätigt, dass der Kaufpreis aus dem Verkauf der Betriebsimmobilie am 18. 9. 2007 bei ihr eingegangen sei und die Forderungen gegen die Bekl. „aus dem Verkauf vollständig zurückgezahlt“ worden seien.

Sofern nichts anderes bestimmt wird leistet der Insolvenzverwalter bei Zahlungen an Grundschuldgläubiger unabhängig davon, ob die Insolvenzschuldnerin auch persönliche Schuldnerin ist, auf die Grundschuld und nicht auf die durch die Grundschuld gesicherte Forderung

Durch die Auskehrung des Erlöses für das Grundstück, das mit einer Grundschuld belastet war, die der Sicherung der streitgegenständlichen Forderungen diene, ist die . . .bank eG zwar in Höhe des den Forderungen entsprechenden Betrages befriedigt worden. Dadurch sind die Forderungen jedoch nicht erloschen, da die Auskehrung des Erlöses aus dem Verkauf des Grundstücks auf die Grundschuld und nicht auf die durch die Grundschuld gesicherten Forderungen erfolgt ist.

Entgegen der Auffassung der Bekl. wäre die Auskehrung des Erlöses durch den Kl. als Insolvenzverwalter selbst dann als auf die Grundschuld und nicht auf die Forderung anzurechnende Zahlung anzusehen, wenn die Insolvenzschriftstellerin durch Schuldbeitritt Mitschriftstellerin der durch die Grundschuld gesicherten Darlehensforderungen gewesen wäre. Dies entspricht jedenfalls der überzeugenden Rechtsprechung des BGH zum früheren Konkursrecht, wonach eine Zahlung durch einen Insolvenzverwalter stets, das heißt selbst dann, wenn der Insolvenzschriftsteller zugleich Schuldner der gesicherten Forderung ist, auf die Grundschuld und nicht auf die Forderung anzurechnen ist, weil der Insolvenzverwalter nur das mit der Grundschuld verbundene Absonderungsrecht zu berücksichtigen hat (BGH DNotZ 1995, 294). Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser Rechtsprechung im Anwendungsbereich der InsO abzuweichen; auch nach § 49 InsO steht dem Grundschuldgläubiger ein Absonderungsrecht zu.

Entgegen der Auffassung der Bekl. kann aber ebenso wenig festgestellt werden, dass die Insolvenzschriftstellerin Mitschriftstellerin der streitgegenständlichen Darlehensverbindlichkeiten geworden ist. Sie war lediglich Eigentümerin des zur Sicherung der Darlehensforderungen mit der Grundschuld belasteten Grundstücks.

Der nicht persönlich schuldende Eigentümer zahlt im Zweifel auf die Grundschuld und nicht auf die durch die Grundschuld gesicherten Forderungen

Bei einem mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen Eigentümer ist aber im Zweifel davon auszugehen, dass dieser auf die Grundschuld zahlt (vgl. dazu nur: Soergel/Konzen, § 1191 BGB Rn. 45). Eine Anrechnung der Zahlung durch den nicht mit dem persönlichen Schuldner identischen Eigentümer auf die Grundschuld entspricht im vorliegenden Fall im Übrigen auch den in der Grundschuldzweckerklärung vom 2. 4. 2003 getroffenen Vereinbarungen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kl. hier ausnahmsweise im Zusammenhang mit der Zahlung eine Erklärung abgegeben hat, wonach er auf die gesicherte Forderung zahlen wollte, haben die Bekl. nicht vorgetragen.

Für die Annahme, dass die Insolvenzschriftstellerin die Verbindlichkeiten aus den ursprünglich mit Verträgen vom 22. 3. 1996 den drei Gesellschaftern in der M. GbR gewährten Darlehen im Wege eines Schuldbeitritts mit übernommen hat, reicht – unabhängig von der Frage der Zulassungsfähigkeit im Berufungsverfahren – der Vortrag der Bekl. nicht aus.

Zu einem Schuldbeitritt oder einer Schuldmitübernahme durch die Insolvenzschriftstellerin ist es nicht gekommen

Ein Schuldbeitritt oder eine Schuldmitübernahme kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Weisen zustande kommen (vgl. dazu nur: Palandt/Grüneberg, 71. Aufl., Überbl. v. § 414 Rn. 2):

(1) Er kann zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden vereinbart werden. Eine derartige Vereinbarung zwischen der . . .bank eG und der M. GbR oder der Insolvenzschriftstellerin (der M. KG) kann der Senat dem Vortrag der Bekl. jedoch ebenso wenig entnehmen wie das LG.

Ein nach dem ERP Existenzgründerprogramm gewährtes Darlehen konnte – insoweit besteht zwischen den Parteien Einigkeit und dies ist in dem Senat auch aus einer Mehrzahl anderer Verfahren bekannt – nur natürlichen Personen gewährt werden und nicht den von diesen Personen in Form von Gesellschaften gegründeten Unternehmen.

Die Auszahlung der von den Gesellschaftern persönlich aufgenommenen Darlehen unmittelbar an die Gesellschaft und die Rückzahlung dieser Darlehen alleine durch die Gesellschaft begründen alleine keinen Schuldbeitritt der Gesellschaft

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Auszahlung der jeweiligen Darlehen nach den in den ursprünglichen Verträgen getroffenen Vereinbarungen auf ein Konto der GbR erfolgt ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass diese Auszahlung aufgrund einer dem Zweck des Existenzgründungsdarlehens entsprechenden Weisung der jeweiligen Darlehensnehmer erfolgt ist. Ebenso wenig ist eine Vereinbarung mit der . . .bank eG über eine Schuldmitübernahme durch die GbR oder später die KG daraus herzuleiten, dass die Zins- und Tilgungsraten auf die streitgegenständlichen Darlehen von einem Konto der GbR bzw. der KG abgebucht werden sollten. Das LG hat insoweit zu Recht angenommen, dass es sich im Verhältnis zur . . .bank eG dabei lediglich um eine Vereinbarung handelte, wonach die Leistung durch die Gesellschaft als Dritte i. S. d. § 267 BGB erbracht werden konnte und sollte.

(2) Grundsätzlich können Parteien eines Schuldmitübernahmevertrages zwar auch der Schuldner – hier die Gesellschafter der GbR/KG – und der Beitretende – hier die GbR/KG – in Form eines Vertrages zugunsten Dritter sein. Dies würde jedoch eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft voraussetzen, die darauf gerichtet gewesen sein müsste, der . . .bank eG das Recht einzuräumen, die Rückzahlung der Darlehen nicht nur von den Gesellschaftern, sondern unmittelbar auch von der Gesellschaft verlangen zu können.

Eine solche Auslegung des Verhaltens der Bekl. ist jedoch – auch unter Berücksichtigung des Vortrages in der Berufungsbegründung zu den mit der Umstrukturierung in die KG verfolgten Zwecken – nicht interessengerecht. Weder die Bekl. noch die GbR/KG können in Zusammenhang mit der Gründung der KG ein Interesse daran gehabt haben, der . . .bank eG mit der KG eine zusätzliche Schuldnerin zu verschaffen. Auch nach dem Vortrag der Bekl. ging ihr Interesse allein dahin, dass nicht sie persönlich, sondern – so wie dies bislang

auch durch die GbR erfolgt war – die KG die auf die streitgegenständlichen Darlehen fälligen Raten an die . . .bank eG zahlen sollte. Dies bedeutet jedoch, dass der Wille der Bekl. lediglich darauf gerichtet war, dass die KG im Innenverhältnis ihnen gegenüber verpflichtet sein sollte, die . . .bank eG als Gläubigerin der von den Bekl. persönlich geschuldeten Forderungen aus den streitgegenständlichen Darlehensverträgen zu befriedigen. In diesem Fall ist jedoch gemäß § 329 Abs. 1 BGB im Zweifel gerade nicht anzunehmen, dass der Gläubiger – die . . .bank eG – unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von einem Dritten zu fordern. Nach dem Vortrag der Bekl. ist vielmehr zwischen ihnen und der GbR/KG lediglich eine Erfüllungsübernahme durch die Gesellschaft vereinbart worden.

Ihrer Inanspruchnahme durch die Insolvenzschnldnerin aus abgetretenem Recht können die Beklagten keine Einwendungen entgegenhalten

d) Ist danach davon auszugehen, dass die Darlehensforderungen der . . .bank eG gegen die Bekl. zum Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung mit dem Kl. nicht erloschen waren, stellt sich lediglich die Frage, ob den Bekl. Einwendungen zustehen, die sie einer Inanspruchnahme durch den Kl. aus den an ihn abgetretenen Forderungen auf Rückzahlung der Darlehen entgegensetzen können. Derartige Einwendungen bestehen jedoch nicht.

Der Insolvenzschnldnerin kann nicht aus § 242 BGB entgegengehalten werden, dass sie etwas fordere, was sie alsbald wieder den Schnldnern zurückgewähren muss, da mögliche Ansprüche der Schnldner auf Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen nur eine Insolvenzforderung begründen

aa) Insbesondere können die Bekl. dem Kl. nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Insolvenzschnldnerin sei im Innenverhältnis verpflichtet gewesen, die streitgegenständlichen Darlehen zu bedienen.

Zwar kann grundsätzlich der Schnldner gegen die Inanspruchnahme durch den Eigentümer/Sicherungsgeber, der die Grundschnld abgelöst hat, einwenden, dass der Eigentümer selbst im Innenverhältnis zur Ablösung verpflichtet war (vgl. nur: Erman/Wenzel, 12. Aufl., § 1191 BGB Rn. 86; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1191 Rn. 36). Diese Einwendung lässt sich jedoch dogmatisch nur aus § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt des dolo-petit-Einwandes herleiten. Ein Treuwidrigkeitsvorwurf dahingehend, dass er etwas fordere, was er alsbald zurückgewähren müsste, kann dem Kl. in Bezug auf die streitgegenständlichen Darlehensforderungen jedoch nicht gemacht werden.

Zwar kann durchaus davon ausgegangen werden, dass im Innenverhältnis zwischen der GbR bzw. nach deren Gründung der KG und den Bekl. mindestens eine konkludente Vereinbarung bestand, wonach die Darlehen durch die Gesellschaft zurückgezahlt werden sollten. Dafür spricht schon, dass unstreitig seit der Gewährung der Darlehen durch die . . .bank eG aufgrund der Verträge vom 22. 3. 1996 und der Auszahlung der Darlehensvaluta, die unstreitig auf ein Konto der GbR erfolgt ist, die fälligen Raten jeweils durch die GbR bzw. durch

die KG gezahlt bzw. von deren Konten abgebucht worden sind.

Rechtlich lässt sich diese Handhabung in der Weise einordnen, dass schon die Gesellschafter der GbR, das heißt die Bekl. und Frau H. M., der GbR und später ebenso die Bekl. der KG in Höhe der ERP-Darlehen jeweils ihrerseits Gesellschafterdarlehen zu eben denjenigen Bedingungen gewährt haben, die sie selbst in den Verträgen mit der . . .bank eG vereinbart hatten. Danach schuldeten im Außenverhältnis die Bekl. der . . .bank eG die Rückzahlung der Darlehen; im Innenverhältnis waren die GbR/KG den Bekl. unter denselben Bedingungen zur Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen verpflichtet. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen ist dann unter Verkürzung des Zahlungsverweges – wie bereits ausgeführt – im Rahmen einer Erfüllungsübernahmevereinbarung in der Weise erfolgt, dass die GbR/KG unmittelbar an die . . .bank eG zahlte. Dieses Verständnis wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass nach dem unbestrittenen Vortrag der Bekl. die streitgegenständlichen Darlehen im Betriebsvermögen der GbR bzw. KG als Verbindlichkeiten bilanziert worden sind. Bilanzrechtlich und – technisch macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob es sich bei einer Darlehensverbindlichkeit um eine solche der Gesellschaft gegenüber einer Bank oder um eine solche gegenüber den Gesellschaftern handelt.

Für das Bestehen eines dolo-petit-Einwandes der Bekl., gestützt auf die Verpflichtung der Insolvenzschnldnerin im Innenverhältnis, ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Ansprüche der Bekl. aus den Gesellschafterdarlehen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur eine Insolvenzforderung begründen. Dies bedeutet, dass der Kl., wenn er aus dem abgetretenen Recht der . . .bank eG die Rückzahlung der streitgegenständlichen Darlehen von den Bekl. zur Insolvenzmasse fordert, nichts geltend macht, das er aufgrund der Verpflichtung der Insolvenzschnldnerin gegenüber den Bekl. im Innenverhältnis alsbald an die Bekl. zurückgewähren müsste. Ob die Bekl. wegen der Gesellschafterdarlehen Rückzahlung verlangen können, wird vielmehr – unabhängig von der Frage der Fälligkeit der Rückzahlungsforderung – frühestens im Zusammenhang mit der Schlussverteilung im Insolvenzverfahren zu klären und der Höhe nach von der auf diese Forderungen entfallenden Quote abhängig sein.

bb) Das LG ist auch zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bekl. die Höhe der klägerseits geltend gemachten Forderungen nicht hinreichend in Abrede gestellt haben. Da die Bekl. Schnldner der Verbindlichkeiten aus den Darlehen sind, trifft sie die Beweislast für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten. Daran ändert es auch nichts, dass die Insolvenzschnldnerin im Innenverhältnis zur Befriedigung der . . .bank eG verpflichtet war; insbesondere begründet dies keine sekundäre Darlegungslast des Kl. Die Bekl. haben vielmehr – wenn sie nicht als Darlehensschnldner ohnehin, etwa aus Kontoauszügen, über entsprechende Informationen verfügen – ihrerseits Ansprüche gegen die . . .bank eG auf Auskunft.

cc) Die Bekl. können schließlich nicht mit Erfolg geltend machen, der Zweck des Verkaufs des mit der Grund-

schuld belasteten Grundstücks habe nicht allein in der Befreiung von der dinglichen Belastung durch die Grundschild gelegen, sondern auch in der Mehrung der Masse.

Insoweit ist bereits schwer nachvollziehbar, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt dies auf die streitgegenständlichen Ansprüche des Kl. gegen die Bekl. Einfluss haben könnte. Letztlich könnte der Einwand allenfalls im Zusammenhang mit der Frage von Bedeutung sein, ob der Kl. bei der Auskehrung des Erlöses aus dem Verkauf des mit der Grundschild belasteten Grundstücks tatsächlich auf die Grundschild und nicht auf die Forderung gezahlt hat. Eine Zahlung auf die Grundschild ist jedoch bereits aus den oben ausgeführten Gründen anzunehmen.

Der Insolvenzverwalter war zum freihändigen Verkauf des Grundbesitzes der Insolvenzschuldnerin berechtigt

dd) Im Übrigen bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass der Kl. das Grundstück nicht im Wege der Zwangsvollstreckung verwertet hat, sondern im Wege des freihändigen Verkaufs. § 165 InsO gibt dem Kl. lediglich die Befugnis, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu betreiben, selbst wenn an einem Grundstück ein Absonderungsrecht besteht. Dies schließt die Möglichkeit der Verwertung eines Grundstücks im Wege eines freihändigen Verkaufs – hier ohnehin gedeckt durch die Zustimmung der Gläubigerversammlung – keineswegs aus, wenn nur der Kl. dabei das Absonderungsrecht des Grundpfandrechtsgläubigers beachtet. Dies ist jedoch unzweifelhaft durch die Auskehrung des Erlöses an die . . . bank eG im Umfang der zu deren Gunsten durch die Grundschild gesicherten Forderungen geschehen.

Die Nebenforderungen sind aus § 280 Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 BGB begründet.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Für die Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO ist hier kein Raum, auch wenn der Kl. nur aufgrund der erst im Berufungsverfahren vorgelegten Abtretungsvereinbarung vom 13. 9./4. 10. 2011 obsiegt. Angesichts des Umstandes, dass die Auffassung des Kl., aufgrund der Zahlung auf eine Sicherungsgrundschild durch den nicht mit dem Schuldner identischen Eigentümer gehe die Forderung kraft Gesetzes gemäß § 1143 Abs. 1 BGB auf den Eigentümer über, durch das LG geteilt wurde, kann dem Kl. auch in Bezug auf die Kosten des Rechtsstreits nicht angelastet werden, dass er die Abtretungserklärung erst nach einem Hinweis des Senats zu der hier vertretenen Rechtsauffassung vorgelegt hat.

2. Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung aufweist, noch Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO). Insbesondere weicht der Senat mit seiner zu § 1143 BGB vertretenen Rechtsauffassung nicht von einer Entscheidung des BGH oder der Rechtsprechung anderer OLG ab.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird im Verhältnis zum Bekl. zu 1) auf 41 261,59 € und im Verhältnis zum Bekl. zu 2) auf 68 477,59 € festgesetzt.

3. Liegenschaftsrecht – Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge ist Veräußerung im Sinne des § 5 ErbbauRG

(OLG Hamm, Beschluss vom 25. 11. 2011 – 15 W 440/11, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

ErbbauRG § 5

Als Veräußerung i. S. d. § 5 ErbbauRG ist auch die Übertragung des Erbbaurechts im Wege vorweggenommener Erbfolge zu behandeln.

Zur Einordnung:

Bei der Bestellung eines Erbbaurechts behält sich der Grundstückseigentümer regelmäßig vor, dass die Veräußerung des Erbbaurechts (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) oder dessen Belastung mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG) seiner Zustimmung bedarf. Ein solches Zustimmungserfordernis ist dinglicher Teil des Erbbaurechts (von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, Rn. 4.175). Es soll nach § 56 Abs. 2 GBV ausdrücklich in das Grundbuch eingetragen werden, wobei das Zustimmungserfordernis auch besteht, wenn bloß auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (MünchKomm/von Oefele, BGB, 5. Aufl. 2009, § 5 ErbbauRG Rn. 2).

Eine Veräußerung i. S. d. § 5 Abs. 1 ErbbauRG ist nach einhelliger Meinung jede rechtsgeschäftliche Übertragung des Erbbaurechts unter Lebenden (von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 4.185; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 2006, 387). Folgerichtig stellt nun nach dem LG Münster (MittRhNotK 1969, 19) auch das OLG Hamm fest, dass die Übertragung des Erbbaurechts im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge eine Veräußerung i. S. d. § 5 Abs. 1 ErbbauRG darstellt. Dies entspricht auch der einhelligen Auffassung in der Literatur (vgl. nur von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 4.185). Bei der Gestaltung eines Erbbaurechtsübertragungsvertrages im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder der Schenkung sind somit genauso wie bei einem Erbbaurechtskaufvertrag regelmäßig etwaige Zustimmungserfordernisse nach § 5 ErbbauRG zu beachten. Der Notar hat auch hier darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch des Erbbauberechtigten auf Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) und zur Belastung des Erbbaurechts (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG) nach § 7 Abs. 1 bzw. 2 ErbbauRG unterschiedlich sind (BGH DNotZ 2005, 847 = NJW 2005, 3495) und es somit dazu kommen kann, dass der Grundstückseigentümer berechtigterweise die Zustimmung zur Veräußerung, nicht jedoch zur Belastung erklärt (von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 4.172). Dies

kann auch bei einer Übertragung des Erbbaurechts in der vorgenannten Art und Weise dann ein wichtiger Aspekt sein, wenn der Erwerber das Erbbaurecht mit einem Grundpfandrecht zur Sicherung etwaiger Darlehen zur Finanzierung einer dringend erforderlichen Renovierung oder für die Zahlung von Abfindungen an weichende Erben belasten will bzw. muss.

Die Schriftleitung (PH)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) und 2) sind in dem o. a. Grundbuch als Erbbauberechtigte zu je ½ eingetragen. Als Inhalt des Rechts ist eingetragen, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung des Eigentümers bedarf.

Durch notariellen Vertrag vom 1. 7. 2011 haben sie das Erbbaurecht auf den Bet. zu 3) „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ übertragen und hierzu die Auflassung erklärt. Mit Schreiben vom 15. 9. 2011 hat der Urkundsnotar beim GBA u. a. die Eintragung des „Eigentumswechsels“ beantragt. Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat das GBA diese von der vorherigen Vorlage einer Zustimmungserklärung des Eigentümers in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht. Hiergegen wenden sich die Bet. mit der Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die namens der Bet. vom Urkundsnotar (§ 15 GBO) eingelegte Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO zulässig. Da das FGG-RG die Eigenständigkeit der Vorschriften der §§ 71 ff. GBO betreffend die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht berührt hat, verbleibt es bei den in der bisherigen Entwicklung der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Zulässigkeit der Beschwerde. Dazu gehört, dass die Rechtsmittelfähigkeit einer Zwischenverfügung des GBA anerkannt ist, obwohl es sich dabei nicht um eine instanzabschließende Entscheidung handelt (BGH NJW 1994, 1158 = DNotZ 1994, 881); § 58 Abs. 1 FamFG ist in diesem Zusammenhang nicht anwendbar.

In der Sache ist die Beschwerde unbegründet.

Zu Recht hat das GBA den Vollzug der Umschreibung des Erbbaurechts von der Vorlage einer Zustimmungserklärung des Eigentümers abhängig gemacht, da ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt nach § 5 ErbbauRG als Rechtsinhalt eingetragen ist. Veräußerung i. S. d. § 5 ErbbauRG ist nach nahezu einhelliger Meinung auch ein Übertragungsvorgang, der im Wege „vorweggenommener Erbfolge“ erfolgt (LG Münster MittRhNotK 1969, 19; MünchKomm-BGB/v. Oefele, 5. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 6; Beck-OK/Maaß, Stand 2011, § 5 ErbbauRG Rn. 4; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 2; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl., § 5 Rn. 12; Lambert-Land u. a./Limmer, Hdb. der Grundstückspraxis, 2. Aufl., ErbbauRG Rn. 99). Begrifflich und nach dem Schutzzweck des § 5 ErbbauRG bzw. entsprechender Vereinbarungen ist Veräußerung jedenfalls jede Übertragung des Erbbaurechts unter Lebenden. Dass hierunter auch eine Übertragung fällt, die der vorweggenommenen Erbfolge dient, bedarf keiner besonderen Begründung.

Diesem Verständnis lässt sich auch nicht entgegen halten, dass die Übertragung nur den Erbgang vorwegnimmt, den der Eigentümer auch nicht verhindern könne. Denn mit der Erbfolge geht das gesamte Vermögen des Erbbauberechtigten auf den oder die Erben über. Dementsprechend haftet dem Eigentümer für seine Zahlungsansprüche weiterhin dieselbe Vermögensmasse. Die Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge ist hingegen Einzelrechtsnachfolge, konfrontiert den Eigentümer also mit einem neuen Erbbauberechtigten, dessen Vermögenslage erheblich von derjenigen abweichen kann, die bei dem Berechtigten vorliegt, der seine Stellung mit dem Willen des Eigentümers erlangt hat.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131, 30 KostO und nimmt in Betracht, dass derzeit nicht abschätzbar ist, ob der Eigentümer ohne weiteres bereit sein wird, seine Zustimmung zu erteilen, das wirtschaftliche Interesse der Bet. am Erfolg der Beschwerde also nur schwer zu gewichten ist.

4. Liegenschaftsrecht – Zur Löschung einer Zwangshypothek bei Unwirksamkeit wegen Rückschlagsperre

(OLG München, Beschluss vom 27. 10. 2011 – 34 Wx 435/11)

GBO § 22

InsO § 88

Eine Zwangshypothek kann aufgrund Unrichtigkeitsnachweises beseitigt werden, sobald sie aufgrund der Rückschlagsperre nach § 88 InsO unwirksam wird.

(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft die Frage, ob eine Zwangshypothek gelöscht werden kann, wenn sie wegen der Rückschlagsperre unwirksam wird. Hat ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung eine Sicherung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners erlangt, so wird diese Sicherung mit der Eröffnung des Verfahrens nach § 88 InsO unwirksam. Der BGH hat entschieden, dass diese Unwirksamkeit gegenüber jedermann wirkt (BGHZ 166, 74), so dass keine Eigentümergrundschild entsteht. Es handelt sich allerdings lediglich um einen Fall der schwebenden Unwirksamkeit, da die Möglichkeit einer Heilung besteht, wenn bei Beendigung des Insolvenzverfahrens oder Freigabe die Voraussetzungen für eine Neubegründung der Sicherung im Wege der Zwangsvollstreckung vorliegen. Das OLG München hatte vor diesem Hintergrund zu entscheiden, ob die Zwangshypothek gleichwohl aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO gelöscht werden kann, sobald sie unwirksam wird. Das OLG Stuttgart hatte diese Frage in seiner Entscheidung vom 30. 8. 2011 (8 W 310/11, bei juris) unter Berufung auf

die vorhandene Buchposition verneint. Das OLG München hat sich nun der vom OLG Köln (ZIP 2010, 1763) und der h. L. (Keller, ZIP 2006, 1174, 1179; Wusch, JurBüro 2006, 396, 399) vertretenen Gegenauffassung angeschlossen, die auch in BGHZ 166, 74 bereits angeklungen war: Wie vor ihm das OLG Köln hat der Senat klargestellt, dass die Grundsätze zum Wiederaufleben der Zwangshypothek nur greifen, wenn diese bei Beendigung des Insolvenzverfahrens oder Freigabe noch im Grundbuch eingetragen ist. Obiter hat der Senat zudem darauf hingewiesen, dass die in der Lit. tlw. angedachte Möglichkeit, in der Veränderungsspalte des Grundbuchs die schwebende Unwirksamkeit zu vermerken, nicht in Betracht komme, da ein solcher Vermerk nur die aus dem Grundbuch im Übrigen erschießbare Rechtslage erläutere (so aber Bestelmeyer, Rpfleger 2006, 388).

In Anbetracht der divergierenden Entscheidung des OLG Stuttgart bleibt für die Praxis abzuwarten, welche Auffassung sich durchsetzen wird. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Der Insolvenzschnldner ist zu 1/2 Miteigentümer eines Grundstücks. An dessen Grundstücksanteil wurde zugunsten des Bet. zu 2), eines Gläubigers, am 5. 11. 2010 eine Zwangshypothek zu 100 000,- € nebst Zinsen gemäß einem Endurteil des LG B. vom 9. 6. 2009 im Wege der Sicherungsvollstreckung eingetragen. Über das Vermögen des Schnldners wurde am 24. 11. 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet; der Bet. zu 1) ist zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Antrag auf Eintragung der Eröffnung im Grundbuch stammt vom 30. 11. 2010; die Eintragung am Grundstücksanteil des Schnldners wurde am 7. 12. 2010 bewirkt.

Der Bet. zu 1) beabsichtigt, den Hälfteanteil durch Veräußerung zu verwerten. Zunächst beantragte er die Löschung der Zwangshypothek im Wege der Grundbuchberichtigung. Auf Zwischenverfügung des GBA vom 29. 7. 2011 änderte er seinen Antrag dahin, einen Vermerk zu der eingetragenen Zwangshypothek anzubringen, wonach diese gemäß § 88 InsO schwebend unwirksam sei und die endgültige Unwirksamkeit eintrete, sobald der Eigentümer nicht mehr als solcher eingetragen sei. Mit Schriftsatz vom 2. 9. 2011 hat er erneut seinen ursprünglichen Löschantrag als Hauptantrag und den Antrag auf Eintragung eines Vermerks zur Zwangssicherungshypothek hilfsweise gestellt.

Das GBA hat dem Bet. zu 2) als Inhaber der Zwangshypothek Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Dieser hat sich gegen eine Löschung verwahrt. Mit Beschluss vom 2. 9. 2011 hat das GBA die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Zwangshypothek von der Rückschlagsperre erfasst werde, diese zwar schwebend unwirksam sei, jedoch die Möglichkeit einer Konvaleszenz des Rechts bestehe, wenn es als Buchposition erhalten bleibe und mit einem gegebenenfalls geänderten Rang wieder auflebe, wenn der Schnldner bei Verfahrensbeendigung oder Freigabe seine Verfügungsbefugnis wieder erlange. Die Löschung aufgrund Unrichtigkeit würde daher eine weitere potentielle Unrichtigkeit nach sich ziehen, weshalb die Löschanbewilligung des Gläubigers erforderlich sei. Dem Hilfsantrag könne deswegen nicht entsprochen werden, weil für das Grundbuchrecht der numerus clausus des Sachenrechts gelte, mithin nur eintragungsfähig sei, was auch dazu vorgesehen sei. Die Wiederholung von gesetzlichen Folgen oder deren künftige

Auswirkungen sei nicht eintragungsfähig. Die Voraussetzungen des § 88 InsO seien im Zusammenhang mit der Grundbuchakte ersichtlich, während sich die Folgen aus dem Gesetz ergäben. Für die Eintragung eines zusätzlichen Vermerks zur Erläuterung der Rechtslage gebe es keine Grundlage. Noch viel weniger treffe dies für den Fall einer Eigentumsübertragung zu, da die Rechtslage bei künftigen Veränderungen im Grundbuch nicht vorab durch einen entsprechenden Vermerk überprüft werden könne.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Bet. zu 1), der davon ausgeht, die eingetretene Rückschlagsperre erfasse die Zwangshypothek und diese sei auf Antrag des Insolvenzverwalters, trotz eines möglichen Wiederauflebens nach Beendigung der Insolvenz, zu löschen.

Das GBA hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen.

Vor dem Senat hatte der Bet. zu 2) erneut Gelegenheit zur Stellungnahme. An seiner Auffassung, die Zwangshypothek müsse eingetragen bleiben, hält er fest.

Aus den Gründen:

II. Die nach § 71 Abs. 1, § 73 GBO statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde des im eigenen Namen kraft Amtes beschwerdeberechtigten Insolvenzverwalters hat in der Sache Erfolg. Dem Löschantrag im Weg der Grundbuchberichtigung (§ 22 Abs. 1 GBO) ist stattzugeben.

1. Mit dem GBA geht der Senat davon aus, dass die Voraussetzungen für das Eingreifen der Rückschlagsperre und damit des § 88 InsO gegeben sind, somit die am 5. 11. 2010 erlangte Sicherung durch Eintragung der Zwangshypothek mit der Eröffnung des Verfahrens am 24. 11. 2010 unwirksam geworden ist. Auf den Antrag, das Insolvenzverfahren zu eröffnen, kommt es hier nicht an. Denn bereits die Eröffnung fand innerhalb eines Monats nach Erlangung der Sicherheit statt (vgl. im Einzelnen Keller, ZIP 2000, 1324, 1331; ZIP 2006, 1174, 1179).

Die von der insolvenzrechtlichen Rückschlagsperre betroffenen Sicherungen eines Gläubigers werden gegenüber jedermann schwebend unwirksam

2. Nach der Entscheidung des BGH vom 19. 1. 2006 (BGHZ 166, 74) sind die von der insolvenzrechtlichen Rückschlagsperre betroffenen Sicherungen eines Gläubigers gegenüber jedermann, wenn auch schwebend, unwirksam. Wird deshalb gemäß § 88 InsO eine Zwangshypothek unwirksam, entsteht keine Eigentümergrundschuld (so noch BayObLG Rpfleger 2000, 448). Jedoch können Gläubigersicherungen, die (schwebend) unwirksam geworden sind, ohne Neueintragung mit entsprechend verändertem Rang wirksam werden, wenn sie als Buchposition erhalten sind und die Voraussetzungen für eine Neubegründung der Sicherung im Wege der Zwangsvollstreckung bestehen. Bei Freigabe des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter kann die durch die Rückschlagsperre unwirksam gewordene Zwangshypothek schon im Zeitpunkt der Freigabe wieder wirksam werden. Dessen ungeachtet geht der BGH ersichtlich davon aus, dass die eingetragene Zwangshypothek, sobald sie unwirksam wird (und aktuell noch ist), auch aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) beseitigt werden kann (Rn. 13 und 22; dazu Volmer, ZfIR 2006, 441), es somit einer

Klage auf Zustimmung zur Löschung gegen den widersprechenden Gläubiger (§ 888 Abs. 2 oder § 894 BGB) nicht bedarf.

Die Grundsätze zum Wiederaufleben der Zwangshypothek greifen nur, wenn diese zum Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens oder der Freigabe des Grundstücks noch im Grundbuch eingetragen ist

Wohl auch die Mehrheit der grundbuchrechtlichen Literatur hält eine Löschung im Wege des Unrichtigkeitsnachweises weiterhin für vollziehbar (Keller, ZIP 2006, 1174, 1179; Volmer, ZfIR 2006, 441; Böttcher, NotBZ 2007, 86, 89; Wusch, JurBüro 2006, 396, 399; wohl auch Hügel/Wilsch, GBO, 2. Aufl. Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren Rn. 10 m. w. N.). Dem hat sich das OLG Köln (ZIP 2010, 1763), wenn auch nur im nichttragenden Teil seiner Entscheidung, angeschlossen und klargestellt, dass die Grundsätze zum Wiederaufleben nur greifen, wenn zum Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens oder der Freigabe des Grundstücks die Zwangshypothek noch im Grundbuch eingetragen ist (a.a.O., S. 1765). Dem schließt sich der Senat an. Denn das vom BGH befürwortete Wiederaufleben der Sicherung, etwa nach Freigabe durch den Insolvenzverwalter, ist kein Grund, der Gläubigergemeinschaft während des laufenden Insolvenzverfahrens im Verhältnis zu einem Einzelgläubiger die Verwertung des Grundstücks massiv zu erschweren. Das Insolvenzverfahren bezweckt gerade, alle Gläubiger gleichmäßig zu bedienen. Dass der BGH mit seiner Entscheidung das Verhältnis zwischen Insolvenzgläubigern einerseits und Einzelzwangsvollstreckungsgläubigern andererseits zugunsten der letzteren verschieben wollte, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Betroffen ist, wie auch das OLG Köln erkennt, nur der Fall, dass die Zwangshypothek bestehen bleibt, eine Verwertung des belasteten Grundstücks zugunsten der Masse also nicht stattgefunden hat. Dann ist es sinnvoll, die formelle Buchposition zu erhalten. Wie aufgezeigt, geht auch der BGH als selbstverständlich davon aus, dass dem Insolvenzverwalter, und zwar bereits auf der Verfahrensebene, die Löschungsmöglichkeit erhalten bleiben soll (s. o.).

Die vorhandene Buchposition ist als solche kein Grund, unter den Voraussetzungen des § 22 GBO nicht zu löschen

Die gegenteilige Ansicht des OLG Stuttgart (Beschluss vom 30. 8. 2011, 8 W 310/11, bei juris) überzeugt nicht. Die vorhandene Buchposition ist als solche kein Grund, unter den Voraussetzungen des § 22 GBO, also auch auf Unrichtigkeitsnachweis, nicht zu löschen. Die Gehörsgegewährung im Verfahren der Berichtigung infolge Unrichtigkeitsnachweises ist auch nicht abhängig von der Werthaltigkeit der (grundbuchrechtlichen) Position (BGH Rpfleger 2005, 135, 136; siehe Hügel/Holzer, § 22 Rn. 21; Demharter, 27. Aufl., § 1 GBO Rn. 49). Diese selbst bildet im streng förmlichen Grundbuchverfahren den Anlass für die Beteiligung des ausgewiesenen Berechtigten. Überdies ist die Anhörung schon deshalb keine bloße Förmerei, weil sie auch der Sachaufklärung dienen kann und nicht völlig auszuschließen ist, dass noch Umstände (etwa die Freigabe; siehe dazu Keller,

ZIP 2006, 1174, 1179) zutage treten, die für die Entscheidung des GBA von Bedeutung sind.

Es besteht keine Möglichkeit, im Grundbuch in der Veränderungsspalte die schwebende Unwirksamkeit zu vermerken

3. Die in der Literatur angedachte Möglichkeit (Bestelmeyer, Rpfleger 2006, 388; Wusch, JurBüro 2006, 396, 399), im Grundbuch in der Veränderungsspalte die schwebende Unwirksamkeit zu vermerken, ist nach Ansicht des Senats verschlossen. Wie das GBA zu Recht ausführt, könnte ein derartiger Vermerk lediglich die – aus dem Grundbuch im Übrigen erschließbare – Rechtslage erläutern. Dazu fehlt neben einer praktischen Notwendigkeit auch die gesetzliche Grundlage.

4. Einer Entscheidung über die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens bedarf es nicht, weil solche Kosten nicht angefallen sind (vgl. § 131 Abs. 1 und 3 KostO). Für die außergerichtlichen Kosten der Bet. kann es angesichts der nicht einfachen Rechtslage bei dem allgemeinen Grundsatz der freiwilligen Gerichtsbarkeit verbleiben, dass jede Seite ihre eigenen Kosten selbst trägt.

Für den ersten Rechtszug ist eine Kostenentscheidung nicht veranlasst.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür (§ 78 Abs. 2 GBO) gegeben sind. Die Rechtsbeschwerde ist zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (siehe OLG Stuttgart vom 30. 8. 2011, 8 W 310/11; OLG Köln 2010, 1763).

5. Liegenschaftsrecht – Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt

(*OLG München*, Beschluss vom 6. 12. 2011 – 34 Wx 403/11, mitgeteilt von *Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BGB §§ 883; 2205

GBO §§ 18; 29; 52

1. Zu den Anforderungen an die im Grundbuchverfahren erforderliche Darlegung, dass die vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Verfügung über Grundbesitz eine entgeltliche ist.

(amtlicher Leitsatz)

2. Eine entgeltliche Verfügung ist anzunehmen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind.

3. Nach einem allgemeinen Erfahrungssatz stellt ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten einen entgeltlichen Vertrag dar, wenn die Gegenleistung tatsächlich an den Testamentsvollstrecker erbracht wird.

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung:

Der Testamentsvollstrecker ist gem. § 2205 S. 3 BGB grundsätzlich zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt. Das GBA, das die Antrags- und Bewilligungsberechtigung des Testamentsvollstreckers und damit auch dessen Verfügungsbefugnis zu überprüfen hat, hat deshalb auch die Entgeltlichkeit der Verfügungen des Testamentsvollstreckers festzustellen (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3441). Die Frage, welche Anforderungen an die Darlegung der Entgeltlichkeit zu stellen sind, beschäftigt immer wieder die Gerichte. So hat das OLG München in einem Beschluss aus dem Jahr 2010 bereits entschieden, dass der Testamentsvollstrecker nicht unentgeltlich verfügt, wenn die Verfügung in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen wurde (RNotZ 2010, 397) und dass der Nachweis nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden müsse.

Diesen Gedanken hat der Senat nun fortgeführt und – in Übereinstimmung mit der h. M. – entschieden, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (vgl. Demharter, § 52 Rn. 23 m. w. N.; Meikel/Hertel, 10. Aufl., § 29 GBO Rn. 439). Ein allgemeiner Erfahrungssatz besage zudem, dass ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag ist, wenn die Gegenleistung tatsächlich an den Testamentsvollstrecker erbracht wird.

Für die Praxis bringt die Entscheidung für alle Fälle der Veräußerung durch einen Testamentsvollstrecker an einen unbeteiligten Dritten eine erhebliche Erleichterung, da das GBA grundsätzlich davon auszugehen hat, dass es sich um eine entgeltliche Leistung handelt. Sie hat darüber hinaus auch Bedeutung für die sehr praxisrelevanten Fälle der Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes durch einen Vorerben. Denn auch dieser ist gem. § 2113 Abs. 2 BGB zu unentgeltlichen Geschäften grundsätzlich nicht berechtigt und kann hiervon auch nicht befreit werden (§ 2136 BGB). Die vom OLG München im nachfolgenden Beschluss bekräftigten Grundsätze zu den Anforderungen an die Darlegung der Entgeltlichkeit dürften hier entsprechend gelten.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Im Grundbuch als Eigentümer von Wohnungseigentum sind eingetragen je zu 1/2 die Bet. zu 1) sowie die Bet. zu 1) und 2) sowie W. R. in Erbengemeinschaft. W. R. ist verstorben und wurde gemäß Erbschein vom 4. 10. 2010 von S. und C. R. beerbt. Testamentsvollstreckung ist angeordnet; Testamentsvollstrecker ist der Bet. zu 3) Mit notariellem Vertrag vom 1. 6. 2011 verkauften die Bet. zu 1), 2) und 3) an den Bet. zu 4) das Wohnungseigentum zum Kaufpreis von 58 000,- €. Die Verkäufer bewilligten zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums die Eintragung einer Vormerkung. Unter dem 8. 6. 2011 hat der Notar die Eintragung der Vormerkung gemäß § 15 GBO beantragt.

Mit Zwischenverfügung vom 21. 7. 2011 hat das GBA Frist zur Beseitigung folgenden Hindernisses gesetzt: Es fehle an einem vormerkungsfähigen Anspruch, da der Veräußerungsvertrag des mitwirkenden Testamentsvollstreckers wegen Unentgeltlichkeit unwirksam sei. Daher sei die Zustimmung der Erben und der Vermächtnisnehmerin des verstorbenen Miteigentümers erforderlich. Es sei auch möglich, den Nachweis der Entgeltlichkeit durch ein Wertgutachten zu führen. Es gebe Anhaltspunkte für eine nicht vollständige Entgeltlichkeit. Der im Jahre 1990/91 für 199 500,- DM erworbene Grundbesitz sei für 58 000,- € veräußert worden. Die Kaufpreishochrechnung ergebe als aktuellen Wert einen Betrag von 113 554,70 €. Somit fehle es an einem gleichwertigen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit an der Entgeltlichkeit.

Bei einer Eigentumswohnanlage werde der Wert grundsätzlich mittels Baupreisindex auf der Grundlage eines früheren Kaufpreises ermittelt. Dabei würde der Altersabnutzung Rechnung getragen und zudem noch ein Sicherheitsabschlag berücksichtigt. Aus der Stellungnahme des Maklers gehe hervor, dass die Ermittlung des Kaufpreises auf einem „relativ geringen“ Mietpreis beruhe. Ein weiterer Anhaltspunkt bestehe darin, dass im Jahre 2009 mehrere Verkäufe von Einheiten in derselben Wohnanlage zu ca. 100 000,- € stattgefunden hätten. Außerdem ergebe sich aus der Nachlassakte, dass es innerhalb der Erbengemeinschaft Wertermittlungsprobleme gebe. Aufgrund dieser Anhaltspunkte sei der Frage der Entgeltlichkeit nachzugehen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. zu 1) und 2), der das GBA nicht abgeholfen hat. Die Beschwerde wird damit begründet, dass der Vergleich mit einem Kaufpreis vor 20 Jahren keinen tauglichen Wertmaßstab für heute bilde. Das Viertel, in dem die Wohnung gelegen sei, sei damals ein „junges, aufstrebendes Viertel“ gewesen. Es habe sich aber zu einem problematischen Viertel entwickelt mit einem hohen Anteil von Familien mit Migrationshintergrund. Türkische und deutsch-russische Jugendgruppen trügen immer wieder ihre Streitigkeiten mit großem Aggressionspotential aus. Bevölkerungsgruppen, die es sich leisten könnten und denen das Viertel bekannt sei, zögen erst gar nicht dahin. Darüber hinaus sei der örtliche Markt für einzelne vermietete Eigentumswohnungen seit Jahren von einem erheblichen Überangebot geprägt. Der Abzug der amerikanischen Streitkräfte habe einen erheblichen Preisverfall ausgelöst. Darüber hinaus seien Anfang der neunziger Jahre Eigentumswohnungen übersteuert veräußert worden. Vermietete Wohnungen würden außerdem grundsätzlich unter Renditegesichtspunkten gekauft. Der wichtigste wertbildende Faktor sei die nachhaltig erzielbare Kaltmiete in Verbindung mit Nutzfläche, Alter und Erhaltungszustand. Um die Verkäufe aus dem Jahre 2009 mit heranzuziehen zu können, müssten konkret die wertbildenden Merkmale der verkauften Wohnungen dargelegt werden.

Zum Verkauf sei es folgendermaßen gekommen: Das Verhältnis zwischen Miteigentümern sei gespannt. Nach einigen Bemühungen sei zum Jahreswechsel 2010/2011 ein Einvernehmen darüber erzielt worden, dass der Sparkassen-Immobilienervice beauftragt werde, einen Käufer zu finden. Der Makler habe berichtet, er habe mehrere Interessenten, die bereit wären, die Wohnung zu Kaufpreisen von 50 000,- € und etwas mehr zu kaufen. Keiner sei bereit gewesen, auch nur 60 000,- € zu zahlen. Ein höherer Kaufpreis als die vereinbarten 58 000,- € sei für diese Wohnung in vermietetem Zustand nicht zu erzielen.

Es sei schließlich nicht ersichtlich, welche Veranlassung der Bet. zu 3) haben sollte, die Erbeninnen durch einen Unterwertverkauf zu schädigen. Dies gelte auch für den Verfahrensbvollmächtigten als Vertreter der zu 7/8 wertmäßig am Verkauf Bet. zu 1) und 2).

Aus den Gründen:

II. Die nach § 71 Abs. 1 i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO, § 10 Abs. 2 S. 1 FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das vom GBA angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung ist ersatzlos aufzuheben.

Das GBA hat bei der Eigentumsumschreibung zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat

1. Über den Grundbesitz haben die Bet. zu 1) und 2) und für die beiden Erbeninnen der Bet. zu 3) als Testamentsvollstrecker verfügt. Der Testamentsvollstrecker ist gemäß § 2205 S. 3 BGB grundsätzlich nicht zu unentgeltlichen Verfügungen befugt. Die unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers ist schwebend unwirksam (Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, § 2205 BGB Rn. 10). Dies betrifft sowohl das schuldrechtliche Geschäft als auch das dingliche Vollzugsgeschäft (vgl. Palandt/Weidlich, 70. Aufl., § 2205 BGB Rn. 30). Das GBA hat jedenfalls bei der Eigentumsumschreibung zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat (vgl. Demharter, 27. Aufl., § 52 GBO Rn. 23).

Eine unentgeltliche Verfügung, die der Eintragung der Vormerkung entgegenstünde bzw. diese von der Zustimmung der Erben abhängig machen würde, liegt nicht nur dann vor, wenn die Verfügung insgesamt unentgeltlich ist. Die nur teilweise unentgeltliche Verfügung steht der insgesamt unentgeltlichen gleich.

Die schwebende Unwirksamkeit eines Anspruchs steht seiner Vormerkungsfähigkeit nicht entgegen

2. Allerdings steht die schwebende Unwirksamkeit eines Anspruchs seiner Vormerkungsfähigkeit nicht entgegen. Schwebend unwirksame Ansprüche werden wie künftige Ansprüche behandelt (vgl. BayObLG DNotZ 1990, 297; KG FGPrax 2011, 79). Zwar liegt auch in der Einräumung einer Eigentumsvormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB bereits eine Verfügung über das Vermögen der Erbengemeinschaft. Insoweit wird aber die Meinung vertreten, dass dann, wenn die Eigentumsumschreibung erst vorgemerkt wird, das GBA die Entgeltlichkeit nicht zu prüfen braucht. Denn die Eintragung der Vormerkung kann nur verweigert werden, wenn für das GBA sicher feststeht, dass der gesicherte Anspruch nie zur wirksamen Entstehung gelangen wird. Weil aber eine (teilweise) unentgeltliche Verfügung auch dann voll wirksam werden kann, wenn die Erben oder Vermächtnisnehmer zustimmen, erweist sich deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit erst bei der Vornahme der endgültigen Eintragung (vgl. OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 11; Hügel/Zeiser, 2. Aufl., § 52 GBO Rn. 77).

Eine entgeltliche Verfügung ist anzunehmen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und keine begründeten Zweifel ersichtlich sind

3. Unabhängig hiervon kann das GBA einen Nachweis der Entgeltlichkeit oder die Zustimmung der Erben aus

folgenden Gründen nicht verlangen. Ein derartiger Nachweis als Eintragungsvoraussetzung wird regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden können. Die Rechtsprechung hat den allgemeinen Satz aufgestellt, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (vgl. Demharter, § 52 Rn. 23 m. w. N.; Meikel/Hertel, 10. Aufl., § 29 GBO Rn. 439). Dabei genügt auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers, die diesen Anforderungen entspricht.

Vor allem kann sich der Nachweis auch auf allgemeine Erfahrungssätze stützen. Ein allgemeiner Erfahrungssatz besagt zum Beispiel, dass ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung ist, wenn die Gegenleistung an den Vorerben bzw. Testamentsvollstrecker erbracht wird (vgl. Meikel/Hertel, § 29 Rn. 440; Hügel/Zeiser, 2. Aufl., § 52 GBO Rn. 78).

4. Nach diesen Grundsätzen deutet hier nichts auf ein unentgeltliches Geschäft hin. Der Grundbesitz wurde an einen unbeteiligten Dritten verkauft. Anhaltspunkte, dass diesem ein verdecktes Geschenk zugewandt werden sollte, sind nicht ersichtlich. Zwar hat nicht der Testamentsvollstrecker, sondern haben die Bet. zu 1) und 2) als Miteigentümer, die ebenfalls auf der Verkäuferseite stehen, die Gründe für die Kaufpreisbildung nachvollziehbar dargelegt. Wenn diese, denen 7/8 des Grundbesitzes gehört, aber den Verkauf zu dem genannten Preis vornehmen, so spricht schon aus diesem Grund nichts dafür, dass der Testamentsvollstrecker für den restlichen 1/8-Anteil eine unentgeltliche Verfügung bezweckte.

Soweit das GBA den Nachlassakten entnimmt, dass es unter den Erben und den Miterben aus dem früheren Erbfall zu Streitigkeiten über den Wert von Grundbesitz – nicht unbedingt des gegenständlichen – gekommen ist, betrifft dies das Verhältnis der Miterben untereinander. Schlüsse, ob ein mit einem Dritten vereinbarter Kaufpreis dem Wert des Grundstücks entspricht, lassen sich hieraus nicht ohne weiteres ziehen.

6. Erbrecht – Zur Umdeutung der Aufhebung eines Erbvertrages

(OLG Hamm, Beschluss vom 2. 12. 2011 – 15 W 603/10, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

BGB §§ 2290; 2352

1. Ein mehrseitiger Erbvertrag kann nicht durch Vertrag des Erblassers mit einem der letztwillig Bedachten aufgehoben werden.

2. Der gebotenen Umdeutung einer solchen Vereinbarung in einen Zuwendungsverzichtungsvertrag mit dem Bedachten steht bei einem mehrseitigen Erbvertrag § 2352 S. 2 BGB nicht entgegen (im Anschluss an BayObLGZ 1965, 188).

Zur Einordnung:

Die Entscheidung, der ein in tatsächlicher Hinsicht nicht einfacher Sachverhalt zugrunde lag, betrifft die Frage, ob eine Aufhebungsvereinbarung zwischen dem Erblasser und nur einem der in einem zuvor geschlossenen mehrseitigen Erbvertrag Bedachten in einen Zuwendungsverzichtsvertrag umgedeutet werden kann. Das OLG Hamm hatte diese Frage in einer früheren Entscheidung offen gelassen (DNotZ 1977, 751).

Nach § 2290 Abs. 1, 4 BGB kann ein Erbvertrag durch notariellen Vertrag und können einzelne vertragsmäßige Verfügungen von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben. Eine einseitige Aufhebung ist nur bei einem Vorbehalt in dem Vertrag möglich, § 2393 BGB (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2289 Rn. 8, § 2290 Rn. 1). Das OLG Hamm hat sich hier der in der Lit. vertretenen Auffassung angeschlossen, wonach die Vorschrift des § 2290 Abs. 1 BGB es nicht zulässt, dass der Aufhebungsvertrag von dem Erblasser und nur einem Teil der Vertragsbeteiligten geschlossen wird, auch wenn nur diesen begünstigende Verfügungen betroffen sind (vgl. MünchKomm/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2290 BGB Rn. 4).

Umstritten ist jedoch, ob der Aufhebungsvertrag in einen Zuwendungsverzichtsvertrag gem. § 2352 S. 2 BGB umgedeutet werden kann. Eine Ansicht verneint dies unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift. Diese spreche von einem Dritten, d. h. einem nicht am Vertrag Beteiligten (Soergel/Damrau, 13. Aufl. 2002, § 2352 BGB Rn. 3; Ermann/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 2352 BGB Rn. 2). Der Senat hat sich der Gegenauffassung (MünchKomm/Wegerhoff, 5. Aufl., § 2352 BGB Rn. 2; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2352 BGB Rn. 4; Staudinger/Schotten, BGB, Bearb. 2004., Rn. 25 ff.) angeschlossen. Die Möglichkeit, dass ein Erbvertrag zwischen mehr als zwei Personen abgeschlossen werden kann, sei vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen worden (BayObLGZ 1965, 188). Würde man nun einem Vertragspartner die Möglichkeit des Erbverzichts nach § 2352 BGB versagen, könnte er nie durch einen nur zwischen ihm und dem Erblasser abzuschließenden Vertrag sein vertragsmäßiges Erbrecht aufgeben, da zur Aufhebung nach § 2290 BGB sämtliche anderen Vertragspartner mitwirken müssten. Nach dem Tode auch nur eines dieser Partner bestünde für den Bedachten keine Möglichkeit mehr, sich mit dem Erblasser über eine Aufgabe des Erbrechts zu einigen. Daher sei die Annahme der Möglichkeit eines Erbverzichts geboten.

Die Entscheidung bringt für die notarielle Praxis erfreuliche Klarheit. Zudem hat das OLG Hamm mit dem Zuwendungsverzichtsvertrag einen Weg aufgezeigt, wie ein Bedachter bei einem mehrseitigen Erbvertrag ohne Mitwirkung anderer Beteiligten nur durch einen zwischen ihm und dem Erblasser abzuschließenden Vertrag sein vertragsmäßiges Erbrecht aufgeben kann.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Der Erblasser schloss am 6. 9. 1957 mit seiner ersten Ehefrau, Frau I2 geborene H., einen „Ehe- und Erbvertrag“ (Urkunde Nr. . . /1957 des Notars C2 in C.), in dem es heißt:

„§ 1.

Für unsere Ehe vereinbaren wir hiermit die allgemeine Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches in der bis zum 31. März 1953 geltenden Fassung.

§ 2.

Indem die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit unseren Kindern ausgeschlossen sein soll, setzen wir uns gegenseitig zu Erben ein dergestalt, dass der Letztlebende Erbe des Verstorbenen sein soll.

§ 3.

Nach dem Tode des Letztlebenden soll unser Vermögen unseren gemeinschaftlichen Kindern zufallen, dergestalt jedoch, dass der Letztlebende befugt ist, die Art und Weise, wie das Vermögen auf unsere Kinder sich verteilen und übergehen soll, unter Lebenden und von Todeswegen zu bestimmen. Insbesondere ist der Letztlebende befugt, durch Testament oder Übertragungsvertrag einem unserer Kinder das Vermögen zuzuwenden und die Abfindungsleistungen für die übrigen Kinder festzusetzen. . . .“

Die Bet. sind die aus der ersten Ehe des Erblassers hervorgegangenen Kinder, die Bet. zu 1) bis 3) waren im Zeitpunkt der Errichtung des Ehe- und Erbvertrages bereits geboren.

Die erste Ehefrau des Erblassers verstarb im Jahr 1963.

Am 3. 9. 1984 schloss der Erblasser mit seinen Kindern und seiner zweiten Ehefrau, Frau I. geborene K., einen notariellen „Erb- und Abfindungsvertrag“ (Urkunde-Nr. . . /84 des Notars T. in B.). In § 1 dieses Vertrages setzte er die Bet. zu 2) zu seiner alleinigen Erbin ein, die Bet. zu 2) nahm in § 8 die Erbeinsetzung zu den im Vertrag genannten Auflagen und Bedingungen an. Die Bet. zu 2) verpflichtete sich

- in § 2, ihrer Stiefmutter, der zweiten Ehefrau des Erblassers, in dem zum Nachlass gehörenden Haus I-Weg in B. ein lebenslangliches Wohnrecht einzuräumen,
- in § 4, bei Eintritt des Erbfalls den Hausrat der Stiefmutter bzw. ihren Geschwistern zu überlassen,
- in § 5, bei Eintritt des Erbfalls das Geld und evtl. Wertpapiere nur unter ihre Geschwister aufzuteilen, so dass diesen mindestens 10 000,- DM zukommen, ggf. sollte sie verpflichtet sein, das Gesamtguthaben aus eigenen Mitteln aufzustocken, damit die Geschwister mindestens 10 000,- DM erhalten.

§ 7 lautet:

„Die Erschienenen zu 4) bis 7) [das sind die Bet. zu 1), 3), 4) und 5)] erklären sich durch die vorgenannten Vermächtnisse und sonstigen Zuwendungen als vom beiderseitigen elterlichen Vermögen für restlos abgefunden und verzichten auf etwaige Mehransprüche.

Der vorgenannte Verzicht wird von den übrigen Erschienenen hiermit angenommen.“

Am 21./28. 1. 1992 schlossen der Erblasser, vertreten aufgrund notariell beurkundeter Vollmachtserklärung vom 15. 1. 1992 durch den Bürovorsteher B2 des Notars T3 in B. und die Bet. zu 1), 3), 4), 5) in getrennten Urkunden eine Vereinbarung, in dem sich der Erblasser jeweils verpflichtete, an die genannten Bet. „zur Abgeltung der Erb- und Pflichtteilsansprüche, insbesondere zur Abgeltung der nach der Urkunde vom 3. 9. 1984 genannten Beträge, einen einmaligen Betrag von 10 000,- DM zu zahlen. Die Bet. zu 1), 3) bis 5) erklärten

jeweils, dass „mit der Zahlung des Betrages von 10 000,- DM sämtliche Ansprüche aus der Urkunde vom 3. 9. 1984 abgegolten sind. Er/Sie verzichtet hiermit ausdrücklich auf die Geltendmachung weitergehender Ansprüche.“ Diese Verzichtserklärungen nahm der Bürovorsteher B2 namens des Erblassers an.

In notarieller Verhandlung vom 6. 2. 1992 übertrug der Erblasser der Bet. zu 2) die Eigentumswohnung Nr. 2 in der Anlage I-Weg in B. In § 9 dieses Vertrages hoben der Erblasser, seine zweite Ehefrau und die Bet. zu 2) den Erbvertrag vom 3. 9. 1984 einvernehmlich auf; gleichzeitig verpflichtete sich der Erblasser, die Bet. zu 2) von der Zahlung der Abfindungsbeträge und Vermächnisse freizustellen.

Am 20. 2. 1992 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er die Bet. zu 5) zu seiner Alleinerbin und deren Sohn B2 zum Ersatzerben einsetzte.

Am 9. 10. 2001 schloss der Erblasser mit den Bet. zu 3) bis 5) einen notariellen Erbvertrag, in dem nur der Erblasser eine letztwillige Verfügung traf. Er widerrief sein Testament vom 20. 2. 1992 und setzte die Bet. zu 3) bis 5) zu je 1/3 Anteil zu seinen Erben ein. § 4 des Vertrages lautet:

„Durch Urkunde vom 6. 2. 1992 – UR.-Nr. . . . /1992 – habe ich, der Erschienene zu 1) [= der Erblasser], meiner Tochter Frau H. geborene I., geboren am . . . , bereits die im Haus „Ost“ der Grundbesitzung B, I-Weg, gelegene Eigentumswohnung übertragen.

In jedem Falle hat sich meine Tochter H. die Übertragung der Eigentumswohnung auf ihre eventuellen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche anrechnen zu lassen.

Seit Jahren habe ich kein Verhältnis mehr zu meiner Tochter H. Ich habe für ihr Verhalten mir gegenüber kein Verständnis.

Sofern es gesetzlich zulässig wäre, würde ich meine Tochter, H. geb. I., hinsichtlich ihrer eventuellen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche ausschließen.“

Am 13. 11. 2009 verstarb der Erblasser. Am 22. 11. 2009 schlugen die Bet. zu 3), die Bet. zu 4) – gleichzeitig für ihren Sohn I5 – sowie die Bet. zu 5) die Erbschaft nach ihrem Vater bzw. Großvater in unterschrittsbeglaubigten Erklärungen aus. Am 10. 2. 2010 schlugen auch der Sohn T4 und der Enkel K. der Bet. zu 3) die Erbschaft aus. Am 10. 3. 2010 schlug schließlich der Sohn B2 der Bet. zu 5) die Erbschaft aus.

Den Antrag der Bet. zu 2) vom 25. 3. 2010 auf Erteilung eines Erbscheins, der sie und den Bet. als Miterben zu je 1/2 Anteil ausweist, wies das AG mit Beschluss vom 11. 5. 2010 mit der Begründung zurück, der Erblasser habe die Bet. zu 2) in dem Erbvertrag vom 9. 10. 2001 enterbt. Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel eingelegt worden.

Am 26. 8. 2010 beantragte der Bet. zu 1) zur Niederschrift des Notars L. in T2 die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben nach seinem Vater ausweist. Dabei gab er u. a. an, die zweite Ehefrau des Erblassers sei vorverstorben. Diesen Antrag wies das AG mit Beschluss vom 15. 10. 2010 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Bet. zu 1), der das AG durch Beschluss vom 30. 11. 2010 nicht abhalf.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach § 58 FamFG statthaft und in der rechten Form und Frist eingelegt, §§ 63, 64 FamFG. Der Bet. zu 1) ist nach § 59 FamFG beschwerdebefugt. Der Beschwerdewert ist erreicht, weil der Wert des Beschwerdegegenstands 600,- € übersteigt, § 61 Abs. 1 FamFG.

Die Beschwerde ist auch begründet, so dass der Senat einen Feststellungsbeschluss nach § 352 Abs. 1 FamFG erlassen hat, weil der Bet. zu 1) gesetzlicher Alleinerbe nach seinem Vater ist.

1. Es ist keine erbvertragliche oder testamentarische Erbfolge eingetreten.

a) Der Erblasser hat mit den Bet. und seiner zweiten Ehefrau am 3. 9. 1984 einen formwirksamen Erbvertrag geschlossen, §§ 2274, 2276 BGB. Aufgrund der Regelung in § 3 des Ehe- und Erbvertrags vom 6. 9. 1957 mit seiner ersten Ehefrau war er befugt, unter Lebenden und von Todes wegen die Art und Weise, wie das Vermögen auf die gemeinschaftlichen Kinder sich verteilen und übergehen soll, zu bestimmen. Er war daher aufgrund dieser vertraglichen Bindung nicht gehindert, den notariellen Erbvertrag vom 3. 9. 1984 zu schließen und die Bet. zu 2) als Alleinerbin einzusetzen, da es ihm ausdrücklich auch gestattet war, durch Testament oder Übertragsvertrag einem der Kinder das Vermögen zuzuwenden und die Abfindungsleistungen für die übrigen Kinder festzusetzen.

Die Vorschrift des § 2290 Abs. 1 BGB lässt es nicht zu, dass ein Aufhebungsvertrag von dem Erblasser und nur einem Teil der Vertragsbeteiligten geschlossen wird

b) Der Erbvertrag ist nicht durch den notariellen Vertrag vom 6. 2. 1992 wirksam aufgehoben worden. Ein Vorbehalt war hier nicht erklärt, gleichwohl ist die Aufhebung des Erbvertrages vom 3. 9. 1984 in der notariellen Verhandlung vom 6. 2. 1992 nicht von allen Vertragsbet., sondern nur von dem Erblasser, dessen zweiter Ehefrau und der Bet. zu 2) erfolgt. Vertragsbet. waren nämlich auch die Bet. zu 1) und 3) bis 5), weil sie selbst formell und materiell an dem Vertrag beteiligt waren. Ihr Vater hatte nämlich auch ihnen in dem notariellen Vertrag etwas durch Verfügung von Todes wegen zugewendet. Die Nichtbeteiligung der Bet. zu 1) und 3) bis 5) an dem Aufhebungsvertrag verstößt gegen § 2290 Abs. 1 BGB, weil diese Vorschrift es nicht zulässt, dass der Aufhebungsvertrag von dem Erblasser und nur einem Teil der Vertragsbet. geschlossen wird (vgl. auch MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl., § 2290 Rn 4).

Der Bedachte ist dann „Dritter“ i. S. d. § 2352 BGB, wenn an dem Erbvertrag mehr als zwei Personen beteiligt sind

c) Jedoch sind die Erklärungen des Erblassers und der Bet. zu 2) in § 9 des Vertrages vom 6. 2. 1992 in einen Zuwendungsverzichtsvertrag nach § 2352 BGB umzudeuten. Zwar kann nach S. 2 dieser Vorschrift ein Zuwendungsverzichtsvertrag bei einem Erbvertrag nur zwischen dem Erblasser und einem Dritten, d. h. einem nicht am Vertrag Bet., abgeschlossen werden. Jedoch ist in der Rechtsprechung und weitgehend in der Literatur anerkannt, dass der Bedachte dann „Dritter“ i. S. d. § 2352 BGB ist, wenn an dem Erbvertrag mehr als zwei Personen beteiligt sind, so dass die Mitwirkung sämtlicher Vertragspartner zu einer Aufhebung der lediglich zugunsten des einzelnen Vertragspartners getroffenen Zuwendung nicht erforderlich ist. Das BayObLG hat hierzu unter Auswertung der Gesetzes-

materialien ausgeführt (BayObLGZ 1965, 188), der Gesetzgeber sei von dem Regelfall ausgegangen, dass ein Erbvertrag nur zwischen zwei Personen geschlossen werde, und sei deshalb der Auffassung gewesen, der Vertragspartner könne und müsse sich, um sein verträgliches Erbrecht aufzugeben, der Vertragsaufhebung nach dem § 2290 BGB bedienen. Die Möglichkeit, dass ein Erbvertrag zwischen mehr als zwei Personen abgeschlossen werden kann, sei vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen worden. In einem solchen Fall sei aber einem bedachten Vertragspartner, wenn ihm der Weg eines Erbverzichts nach § 2352 BGB versagt sei, die Möglichkeit genommen, durch einen nur zwischen ihm und dem Erblasser abzuschließenden Vertrag sein verträgliches Erbrecht aufzugeben, da zur Aufhebung nach § 2290 BGB sämtliche anderen Vertragspartner mitwirken müssten. Nach dem Tode auch nur eines dieser Partner bestünde für den Bedachten überhaupt keine Möglichkeit mehr, sich mit dem Erblasser über eine Aufgabe des Erbrechts zu einigen, obwohl in den Motiven (V. 484) ausdrücklich anerkannt sei, dass gerade im Fall des Ablebens des (eines) Vertragsschließenden auch der Verfügende infolge einer Änderung der Verhältnisse ein dringendes, berechtigtes Interesse daran haben könne, sich durch eine Verständigung mit dem hierzu bereiten Bedachten frei zu machen.

Der Senat folgt dieser Auffassung aus den dargelegten Gründen (er hatte die Frage offengelassen in DNotZ 1977, 751 = Rpfleger 1977, 208; auch der BGH hat sie auf die Vorlage des BayObLG offen gelassen), die in der Literatur weitgehend unterstützt wird (MünchKommBGB/Wegerhoff, 5. Aufl., Rn. 2; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., Rn. 4; Staudinger/Schotten [2004] Rn. 25 ff.; Bamberger/Roth/J. Mayer, 1. Aufl., Rn. 12, jeweils zu § 2352; a.A. Soergel/Damrau, 13. Aufl., Rn. 3; Ermann/Schlüter, 13. Aufl., Rn. 2; unklar Palandt/Weidlich, Rn. 3, jeweils zu § 2352). Da der notarielle Vertrag vom 6. 2. 1992 den Voraussetzungen des § 2347 BGB und dem Formerfordernis des § 2348 BGB entspricht, ist der Zuwendungsverzicht wirksam und hat die Folge, dass die Bet. zu 2) nicht Vertragserbin nach ihrem Vater ist; ihr gesetzliches Erbrecht ist hingegen durch den Zuwendungsverzicht nicht berührt worden.

Beim Zuwendungsverzicht ist auch in Fällen vor Inkrafttreten des § 2352 S. 3 BGB n.F. zu prüfen, ob sich im Wege der Auslegung eine Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Erblassers ergibt

Dieser Zuwendungsverzicht gilt auch für etwaige Abkömmlinge der Bet. zu 2) – entsprechende Feststellungen, ob die Bet. zu 2) Kinder hat, enthält die Akte nicht. Zwar gilt § 2349 BGB erst für Erbfälle seit Inkrafttreten der geänderten Vorschrift des § 2352 S. 3 BGB, d.h. ab dem 1. 1. 2010 (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O. Rn. 5). Es bestand aber auch schon zum alten Recht die gefestigte Rechtsprechung, dass in diesen Fällen zu prüfen ist, ob sich im Wege – ggf. ergänzender – Vertragsauslegung ein (hypothetischer) Wille der Parteien des Erbvertrages dahingehend feststellen lässt, dass mit dem Zuwendungsverzicht des

Erben auch eine etwaige Ersatzerbfolge seiner Abkömmlinge ausgeschlossen sein soll (vgl. Senat FGPrax 2009, 227 = FamRZ 2009, 2122). Ein dem entsprechender Wille ergibt sich vorliegend aus dem Vertrag vom 6. 2. 1992, in dem der Erblasser der Bet. zu 2) eine Eigentumswohnung übertragen hat, und die Bet. zu 2) im Gegenzug mit dem Erblasser in § 9 sämtliche Regelungen aus dem Erbvertrag vom 3. 9. 1984, die sie betreffen, seien es begünstigende oder belastende, aufhoben. Die Bet. zu 2) verzichtete auf das vertragliche Erbrecht und der Erblasser verpflichtete sich, die Bet. zu 2) von der Zahlung der Abfindungsbeträge und Vermächtnisse freizustellen. Damit war klar, dass der Erblasser in Bezug auf die Regelung seiner Erbfolge wieder völlig frei sein sollte, der erklärte Zuwendungsverzicht nach dem Willen der Vertragsschließenden sich also auf den gesamten Stamm erstrecken sollte, so dass eine Ersatzerbenanordnung für diesen Fall nicht gelten sollte.

d) Von der ihm eingeräumten Möglichkeit, wieder frei über seinen Nachlass zu verfügen, hat der Erblasser schon wenige Tage später Gebrauch gemacht, indem er in dem notariellen Testament vom 20. 2. 1992 die Bet. zu 5) als Alleinerbin eingesetzt hat. Dieses Testament hat er aber in dem Erbvertrag vom 9. 10. 2001 widerrufen, in dem er anschließend die Bet. zu 3) bis 5) als Erben zu je 1/3 Anteil bestimmt hat. Die eingesetzten Erben und deren Nachkommen haben jedoch die Erbschaft form- und fristgerecht gemäß §§ 1944 Abs. 1, 1945 Abs. 1 BGB ausgeschlagen.

2. Es ist daher gesetzliche Erbfolge eingetreten. Die Bet. sind als Abkömmlinge des Erblassers gesetzliche Erben nach § 1924 Abs. 1 BGB.

a) Da die Bet. zu 3) bis 5) jedoch die Erbschaft wirksam ausgeschlagen haben, gilt der Anfall ihrer Erbschaft (§ 1942 Abs. 1 BGB) als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB).

Entfällt die Erbeinsetzung, so entfällt damit auch die Enterbung, es sei denn, dass die Verfügung des Erblassers etwas anderes erkennen lässt

b) Auch die Bet. zu 2) ist nicht Erbin geworden. Denn sie ist von ihrem Vater in dem Erbvertrag vom 9. 10. 2001 wirksam enterbt worden. Eine Enterbung kann ausdrücklich geschehen, indem der Erblasser eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge positiv ausschließt, ohne einen Erben einzusetzen (§ 1938 BGB), oder dadurch, dass der Erblasser eine andere oder mehrere andere Personen als Erben einsetzt und damit einen gesetzlichen Erben übergeht. Der Erblasser hat in dem Erbvertrag vom 9. 10. 2001 die Bet. zu 3) bis 5) zu seinen Erben bestimmt und damit korrespondierend die Bet. zu 1) und 2) von der Erbfolge ausgeschlossen. Entfällt – wie hier aufgrund der Ausschlagungserklärungen der Bet. zu 3) bis 5) und ihrer Abkömmlinge (§ 2069 BGB) – die Erbeinsetzung, so entfällt damit im Regelfall auch die Enterbung. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Verfügung des Erblassers etwas anderes erkennen lässt (BayObLG FamRZ 2001, 516 = ZEV 2001, 151; MünchKommBGB/Leipold, § 1938 Rn. 7). Das ist hier in Bezug auf die Bet. zu 2) der Fall, wie eine Auslegung des Erbvertrages ergibt. Denn

der Erblasser hat nicht nur die Bet. zu 3) bis 5) zu seinen Erben eingesetzt, sondern in Bezug auf die Bet. zu 2) in § 4 deutlich zu erkennen gegeben, warum er sie nicht als Erbin berücksichtigt hat und weshalb er sie, wenn es gesetzlich zulässig wäre, hinsichtlich ihrer eventuellen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche ausschließen würde. Er hat sie wegen der Übertragung der Eigentumswohnung nicht als Erbin eingesetzt und wollte ihr keine weiteren erbrechtlichen Ansprüche wegen ihres Verhaltens ihm gegenüber zukommen lassen. Hieraus hat das AG in seinem Beschluss vom 11. 5. 2010 zutreffend den Schluss gezogen, dass der Erblasser mit diesen Worten seine Tochter enterben wollte. Es liegt daher hier ein dem § 1938 BGB vergleichbarer Fall vor, wonach ein Erblasser einen Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen kann, ohne einen Erben einzusetzen.

c) Der Bet. zu 1) ist hingegen nicht von seinem Vater enterbt worden. Denn der Erbvertrag vom 9. 10. 2001 enthält in Bezug auf ihn keine positive Regelung, die eine Enterbung enthält oder als solche auszulegen wäre.

Ein Verzicht eines Abkömmlings des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht ist nach der Auslegungsregel des § 2350 Abs. 2 BGB dadurch bedingt, dass sein gesetzlicher Erbteil tatsächlich den übrigen Erben erster Ordnung zugute kommt

Der Bet. zu 1) ist auch nicht aufgrund seiner im Erbvertrag vom 3. 9. 1984 abgegebenen Verzichtserklärung von der Erbfolge ausgeschlossen. Zwar hatte er wirksam gemäß § 2346 Abs. 1 S. 1 BGB auf sein gesetzliches Erbe verzichtet, so dass er gemäß § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB von der Erbfolge ausgeschlossen war, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr leben würde. Da er aber ein Abkömmling des Erblassers ist, ist sein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht nach der Auslegungsregel des § 2350 Abs. 2 BGB dadurch bedingt, dass sein gesetzlicher Erbteil tatsächlich den übrigen Erben erster Ordnung (§ 1924 BGB) zugute kommt. Diese Bedingung ist hier nicht eingetreten, weil die Bet. zu 2) enterbt ist und die Bet. zu 3) bis 5) ihre Erbschaft ausgeschlagen haben. Anhaltspunkte dafür, dass die Verzichtserklärung des Bet. zu 1) anders als nach dem gesetzlichen Auslegungsregelfall auszulegen ist, bestehen nicht. Vielmehr spricht alles dafür, dass der Bet. zu 1) wie auch die Bet. zu 3) bis 5) am 3. 9. 1984 ausschließlich deshalb auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet haben, um ihre Schwester zu begünstigen, nicht aber andere Personen, die nicht Abkömmlinge des Erblassers sind.

Der Erbscheinsantrag des Bet. zu 1) ist daher begründet.

Eine Entscheidung über die Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nicht veranlasst, ebenso wenig eine Wertfestsetzung.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Korrektur einer vor Inkrafttreten des MoMiG eingereichten Gesellschafterliste

(OLG München, Beschluss vom 30. 1. 2012 – 31 Wx 483/11)

GmbHG §§ 5 Abs. 3 S. 2; 34; 40

Dient die neu eingereichte Gesellschafterliste der Korrektur einer Gesellschafterliste mit vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 1. 11. 2008 liegenden Stichtag, muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile nicht mit dem Stammkapital übereinstimmen.

Zur Einordnung:

Nach ganz h. M. im Schrifttum soll der Geschäftsführer grundsätzlich weder verpflichtet noch berechtigt sein, ohne Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG eine neue Gesellschafterliste einzureichen; dies soll auch für die Korrektur einer vom Geschäftsführer für unrichtig gehaltenen Liste gelten (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 19. Aufl. 2010, § 40 GmbHG Rn. 38 m. w. N.; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 1. Aufl. 2012, § 40 Rn. 110; BeckOK-GmbHG/Heilmann, Stand 1. 11. 2011, § 40 Rn. 209; Michalski/Terlau, 2. Aufl. 2010, § 40 GmbHG Rn. 47; a. A. Preuß, ZGR 2008, 676, 679). Dabei wird jedoch eine Berichtigung auch ohne Mitteilung und Nachweis auf Grundlage einer alten Anmeldung gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. für zulässig gehalten, ebenso eine Berichtigung technischer Defizite oder eine bloße Textberichtigung (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a. a. O., Rn. 40 – 42; BeckOK-GmbHG/Heilmann, a. a. O.; Michalski/Terlau, a. a. O.). Mit der hier abgedruckten Entscheidung hat – soweit ersichtlich – erstmals ein Gericht zu der Möglichkeit der Berichtigung Stellung genommen. Auch das OLG München hält eine Berichtigung technischer Defizite (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a. a. O., Rn. 40) oder mit Billigung der Gesellschafter auch eine inhaltliche Korrektur durch die Geschäftsführer für zulässig. Allerdings hatte die Entscheidung keinen Anlass zur Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit die Geschäftsführer nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet sein können, eine in diesem Sinne unrichtige Liste zu korrigieren, auch nicht mit der in der Literatur diskutierten Frage, inwieweit die Geschäftsführer berechtigt sind, eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste zu korrigieren (zum Meinungsstand MünchKomm-GmbHG/Heidinger, a. a. O., Rn. 104 f. m. w. N.).

Gleichzeitig stellt das OLG München klar, dass eine erkennbar der Korrektur einer „altrechtlichen“ Liste dienende Liste auch dann in das Handelsregister aufzunehmen ist, wenn sie der Rechtslage zu dem bezogenen Stichtag vor dem Inkrafttreten des MoMiG liegenden Stichtag, aber nicht der Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG entspricht. In diesem Fall entsprach die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile nicht dem Stammkapital, was nach allgemeiner Ansicht vor Inkrafttreten des MoMiG zulässig war, jedoch heute nach § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nicht mehr zulässig ist.

Noch immer dürften zahlreiche der Gesellschafterlisten aus der Zeit vor dem MoMiG fehlerhaft oder veraltet sein, was dem Notar insbesondere dann Schwierigkeiten bereiten kann, wenn die alte Liste dadurch als Anknüpfungspunkt für die notarielle Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG untauglich ist. Die notarielle Praxis behilft sich dann entsprechend einer verbreiteten Empfehlung (Link, RNotZ 2009, 193, 205; DNotI-Report 2008, 185, 188; Berninger, GmbHR 2009, 679; Wachter, ZNotP 2008, 378, 392; Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 13 Rn. 370–373) häufig damit, die Geschäftsführer noch vor der Beurkundung bzw. Einreichung der notariellen Gesellschafterliste zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen. Die Entscheidung des OLG München ist für diese Praxis deshalb hilfreich, weil sie die Voraussetzungen für eine solche Korrektur durch die Geschäftsführer aufzeigt und klarstellt, dass, soweit das EGGmbHG keine Überleitungsregelung vorsieht, auch heute noch die Korrektur „alter“ Listen auf der Grundlage der vor dem Inkrafttreten des MoMiG geltenden Rechtslage möglich ist.

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. In den Dokumentenordner des elektronischen Handelsregisters sind bisher zwei Gesellschafterlisten der Bf. (Datum: 30. 3. 2005 und 18. 12. 2006) aufgenommen. Als Gesellschafter der GmbH sind jeweils die beiden Geschäftsführer mit einer Stammeinlage in Höhe von 27 500,- DM bzw. 12 500,- DM aufgeführt, außerdem heißt es:

„Eigene Anteile . . . DM 10 000,-. Die Summe der Stammeinlagen ist mit 50 000,- DM angegeben.“

Mit Schreiben vom 5. 8. 2011 reichten die beiden Geschäftsführer eine Gesellschafterliste ein, die die bereits angeführten Gesellschaftsanteile der Geschäftsführer mit 40 000,- DM ausweist. Als Stammkapital der Gesellschaft ist ein Betrag in Höhe von 50 000,- DM angegeben.

Unterhalb der Liste findet sich folgender Zusatz:

„An der Gesellschaft war ehemals die (...) mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 10 000,- DM beteiligt. Dieser vormalige Geschäftsanteil der (...) im Nennbetrag von 10 000,- DM wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft vom 11. 12. 2001 ohne weitere Maßnahmen eingezogen. Aufgrund dieser erfolgten Einziehung besteht zwischen der Summe der Nennbeträge der vorhandenen Geschäftsanteile (= 40 000,- DM) und dem Stammkapital der Gesellschaft (= 50 000,- DM) eine Differenz“.

Die Einreichung der Liste soll nach Erklärung der Bf. der Berichtigung der Gesellschafterliste vom 18. 12. 2006 dienen. Mit Beschluss vom 20. 9. 2011 lehnte das Registergericht die Einstellung der Gesellschafterliste in den Registerordner ab. Es liege ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG vor, da in der eingereichten Liste die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile nicht mit dem Stammkapital übereinstimme.

Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde ist in der Sache begründet. Das Registergericht hat die Einstellung der Gesell-

schafterliste in das Handelsregister zu Unrecht abgelehnt.

1. Die Geschäftsführer waren auch vor dem Hintergrund von § 40 GmbHG befugt, die Gesellschafterliste vom 18. 12. 2006 unter Zugrundelegung des vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden Rechts zu berichtigen.

Geschäftsführer sind zur Einreichung einer korrigierten Liste befugt, wenn dies der Berichtigung technischer Defizite dient oder die Korrektur mit Billigung der Gesellschafter erfolgt

a) Die Geschäftsführer einer GmbH sind über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG hinaus befugt, für die Berichtigung technischer Defizite zu sorgen sowie eine inhaltliche Korrektur der Gesellschafterliste herbeizuführen, sofern diese – wie hier – mit Billigung der Gesellschafter erfolgt (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 19. Aufl., § 40 GmbHG Rn. 38 und 40). Eine solche inhaltliche Korrektur ist im vorliegenden Fall geboten, da die Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Gesellschaftsanteilen vom Nichtberechtigten auch auf Gesellschaften Anwendung finden kann, die vor Inkrafttreten des MoMiG gegründet wurden (vgl. § 3 Abs. 3 EGGmbHG).

Übereinstimmungsgebot des § 5 Abs. 3 S. 2 gilt mangels Überleitungsvorschrift nicht für Altfälle aus der Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG

b) Die nun eingereichte Gesellschafterliste muss der erst am 1. 11. 2008 in Kraft getretenen Vorschrift des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nicht entsprechen. Das neu geschaffene Gebot der Übereinstimmung der Summe aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital gilt nicht für Sachverhalte vor Inkrafttreten des MoMiG am 1. 11. 2008. Vor diesem Zeitpunkt war über das Gründungsstadium hinaus keine Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Geschäftsanteile vom Gesetz gefordert (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, 18. Aufl., § 5 GmbHG Rn. 9). Mangels einer Übergangsregelung für Altfälle sind Veränderungen im Gesellschafterbestand vor dem 1. 11. 2008 an dem damals geltenden Recht zu messen. Für die Anwendung des § 5 Abs. 3 S. 2 n. F. auf Altfälle wäre eine Überleitungsvorschrift unverzichtbar gewesen (vgl. Ulmer, DB 2010 S. 321, 323).

Erläuterungsvermerk unterhalb der Gesellschafterliste kann zur Verdeutlichung herangezogen werden, auf welchen Veränderungstichtag sich die korrigierte Liste bezieht

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass durch die unterhalb der Gesellschafterliste vermerkte Erläuterung deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass die Liste auf dem Einziehungsbeschluss vom 11. 12. 2001 beruht und daher die Gesellschafter und deren Geschäftsanteile im Zeitpunkt vor Inkrafttreten des MoMiG abbildet. Daraus und aus den übrigen Erklärungen der Bf. ergibt sich mit hinreichender Sicherheit, dass sich die nun eingereichte Liste auf den Stichtag 18. 12. 2006 bezieht, weil sie der Korrektur der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Liste der Gesellschafter dient.

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Nachholung der Offenlegung beim Hin- und Herzahlen

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. 9. 2011 – 8 W 319/11)

AktG § 27

1. Eine Verlängerung der Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG ist nicht zulässig und rechtfertigt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Beschwerdefrist (§ 19 FamFG).
2. Eine mit der Beschwerde anfechtbare Zwischenverfügung in einer Registersache gemäß § 382 Abs. 4 FamFG kann nur zur Beseitigung eines behebbaren Hindernisses erlassen werden. Anderenfalls ist vor der endgültigen Antragszurückweisung lediglich ein rechtlicher Hinweis möglich.
3. In Anlehnung an § 19 Abs. 5 GmbHG regelt § 27 Abs. 4 AktG erstmals das sogenannte Hin- und Herzahlen. Die Privilegierung nach § 27 Abs. 4 S. 1 AktG erfordert entsprechend dem Wortlaut des § 27 Abs. 4 S. 2 AktG die Offenlegung der Vereinbarung gegenüber dem Registergericht bei der Erstanmeldung bzw. der Anmeldung über die Kapitalerhöhung. Die Nachholung einer unterlassenen Offenlegung ist allenfalls möglich, solange die AG bzw. die Kapitalerhöhung noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist.

Zur Einordnung:

Mit dem durch das ARUG eingeführten § 27 Abs. 4 AktG wurde die im Rahmen des MoMiG eingeführte Privilegierung des § 19 Abs. 5 GmbHG für Fälle des Hin- und Herzahlens bei Gründung oder Kapitalerhöhung (siehe dazu ausführlich Rezori, RNotZ 2011, 125) auch für die AG geschaffen. Danach kann unter den dort genannten Voraussetzungen trotz vereinbarter Rückgewähr Erfüllungswirkung hinsichtlich der Einlagepflicht eintreten. In einem obiter dictum hat nunmehr das OLG Stuttgart gleich zu mehreren im Zusammenhang mit den Regelungen diskutierten Fragen Stellung genommen:

Beide Regelungen verlangen eine Offenlegung des Hin- und Herzahlens „in der Anmeldung“ gegenüber dem Registergericht. Ob diese Offenlegung tatbestandliche Voraussetzung für den Eintritt der Erfüllungswirkung ist, ist umstritten, ist jedoch für die GmbH durch die Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2009, 766 – „Qivive“; DNotZ 2009, 941 – „Cash Pool II“) bejaht und damit für die Praxis geklärt worden. Die h. M. (Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 40, 42; Heide, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2011, § 27 Rn. 88; Altmeppen, NZG 2010, 441, 445; a. A. Herrler, BB 2011, 2898 ff. für die Neuregelung des § 27 Abs. 4 AktG mit neuen Argumenten) überträgt dies auch auf die Neuregelung des § 27 Abs. 4 AktG; dem hat sich nun mit der nachfolgend abgedruckten Entscheidung des OLG Stuttgart erstmals auch ein Gericht angeschlossen. Außerdem scheint das OLG Stuttgart der Literaturmeinung nicht abgeneigt zu sein, wonach das Nachholen einer unterbliebenen Of-

fenlegung noch bis zur Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung möglich ist (Spindler/Stilz/Heidinger/Herrler, 2. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 256). Ob eine Heilung nach der Eintragung – insbesondere bei Altfällen – noch möglich ist (so Spindler/Stilz/Heidinger/Herrler, a. a. O., Rn. 256 a; Herrler, GmbHR 2010, Heft 15), lässt das OLG Stuttgart offen, weist jedoch darauf hin, dass auch dies allenfalls in Verbindung mit einer weiteren Handelsregisteranmeldung möglich sei.

Darüber hinaus scheint das OLG Stuttgart (mit der wohl h. M., etwa Rezori, RNotZ 2011, 125, 130; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Aufl. 2010, Rn. 74, 19; Michalski/Ebbing, 2. Aufl. 2010, § 19 GmbHG Rn. 169, 142; Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 40) für die Privilegierung die tatsächliche Leistung der Bareinlage vorauszusetzen, anders als eine Literaturmeinung (Wicke, 2. Aufl. 2011, § 19 GmbHG Rn. 33; Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1070; Spindler/Stilz/Heidinger/Herrler, a. a. O., Rn. 232), die eine bloße Verrechnung für ausreichend hält.

Außerdem hält es das OLG Stuttgart für erforderlich, dass die Vereinbarung der Rückzahlung bereits vor der Leistung der Einlage und vor der Anmeldung getroffen sein muss; auch dies ist umstritten (wie das OLG Stuttgart etwa Spindler/Stilz/Heidinger/Herrler, a. a. O., Rn. 224; K. Schmidt/Lutter/Bayer, 2. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 100; GK-GmbHG/Casper, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 19 Rn. 100; a. A. etwa Wachter, DStR 2010, 1240, 1241; MünchKomm-GmbHG/Märtens, § 19 Rn. 293; Bork/Schäfer/Bartels, § 19 GmbHG Rn. 34; Wicke, 2. Aufl. 2011, § 19 GmbHG Rn. 36; KK-AktG/Arnold, 3. Aufl. 2010, § 27 Rn. 138).

Für die Praxis ist vor allem die Bewältigung von Altfällen, also die Möglichkeit einer Heilung durch Nachholung der Offenlegung von Interesse. Die Entscheidung behandelt diese Frage zwar lediglich in einem obiter dictum am Rande und lässt die Lösung offen, verschließt sich jedoch einer Heilungsmöglichkeit nicht. Insoweit bleibt weitere Rechtsprechung zu erhoffen. Für den Notar bleibt es dabei, dass er dann, wenn er Anhaltspunkte für ein Hin- und Herzahlen hat, sich über die Einzelheiten zu vergewissern und die Beteiligten entsprechend zu belehren hat (BGH DNotZ 2008, 841, 841 f.; Würzburger Notarhandbuch/Reul, Teil 5, Kap. 4, Rn. 78; Weiler, notar 2009, 313, 314).

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. Mit Schreiben vom 28. 6. 2011 hat das AG – Registergericht – S. dem Bet. zu 2) mitgeteilt, dass die mit notariell beglaubigter Urkunde vom 9. 5. 2011 gegenüber dem Registergericht vorgenommene nachträgliche Offenlegung des Hin- und Herzahlens analog § 27 Abs. 4 S. 2 AktG unzulässig sei, da sie nicht mit der Erstanmeldung bzw. der Anmeldung über die Kapitalerhöhung verbunden sei. Es wurde deswegen der Ast. Gelegenheit gegeben, den Antrag binnen einer Frist von vier Wochen zurückzunehmen, anderenfalls dieser kostenpflichtig zurückgewiesen werde. Zugleich wurde darüber belehrt, dass gegen die Verfügung die Beschwerde zulässig sei, die binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung der Verfügung beim Registergericht schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle einzulegen sei.

Gegen das am 4./5. 7. 2011 zugestellte Schreiben hat die Ast. durch den bevollmächtigten Notar am 18. 8. 2011 Beschwerde eingelegt. Zuvor hatte der Bet. zu 2) um Fristverlängerung bis 1. 9. 2011 zur Beantwortung des Schreibens gebeten. Diese wurde ihm telefonisch bewilligt und zugleich darauf hingewiesen, dass auch die Rechtsmittelfrist erst am 1. 9. 2011 ablaufe. Eine schriftliche Bestätigung erfolgte ebenfalls.

Mit Schreiben vom 22. 8. 2011 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. 1. Das Rechtsmittel der Ast. ist statthaft und auch sonst zulässig.

Zur Wiedereinsetzung bei Beschwerdefristversäumnis, wenn das Registergericht nachträglich Fristverlängerung gewährt

a) Zwar wurde die Beschwerdefrist von einem Monat, die mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Bet. beginnt (§ 63 Abs. 1 und 3 S. 1 FamFG), versäumt. Denn auch wenn die Beschwerdefrist nicht als Notfrist bezeichnet ist, scheidet eine Abkürzung oder Verlängerung der Frist durch Verfügung des Gerichts oder durch Vereinbarung der Bet. aus (arg. aus § 16 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 224 Abs. 2 letzter Hs. ZPO; Keidel/Sternal, 16. Aufl. 2009, § 63 FamFG Rn. 9 m. w. N.).

Dies ist nicht anders zu beurteilen im Hinblick auf die zulässige Verlängerung der Frist zur Behebung des durch eine Zwischenverfügung festgestellten Hindernisses, selbst wenn die gesetzliche Beschwerdefrist dadurch kürzer ist als die richterliche Frist zur Hindernisbeseitigung. In diesem Falle müsste die Beschwerde vorsorglich zur Fristwahrung eingelegt werden.

Der Ast. kann aber vorliegend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §§ 17 – 19 FamFG gewährt werden.

Die ihr erteilte Rechtsmittelbelehrung war zwar nicht fehlerhaft (§ 17 Abs. 2 FamFG). Dennoch kann wegen der vom Registergericht gewährten Fristverlängerung – ausdrücklich auch für die Beschwerdeeinlegung – von einem Nichtverschulden i. S. d. § 17 Abs. 1 FamFG ausgegangen werden.

Nachdem die versäumte Rechtshandlung innerhalb der eingeräumten Frist bis 1. 9. 2011 vorgenommen wurde, bedarf es für die Wiedereinsetzung keines Antrags (§ 18 Abs. 3 S. 3 FamFG; Sternal, a.a.O., § 18 FamFG Rn. 7 m. w. N.), weswegen der Ast. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Beschwerdefrist zu gewähren war (§ 19 FamFG).

Zu Abgrenzung von Zwischenverfügungen und rechtlichen Hinweisen

b) § 382 Abs. 4 FamFG gestattet in Abweichung von dem Grundsatz, dass nur Endentscheidungen mit Rechtsbehelfen angreifbar sind (§ 58 Abs. 1 FamFG), ausnahmsweise die Anfechtbarkeit einer bloßen Zwischenentscheidung. Mit ihr soll dem Ast. ermöglicht werden, etwaige Fehler und Mängel der Anmeldung vor einer endgültigen Antragszurückweisung zu beheben. Handelt es sich um kein behebbares Hindernis, sondern

ein endgültiges, so darf keine Zwischenverfügung ergehen, vielmehr wäre ein Eintragungsantrag nach § 382 Abs. 3 FamFG abzulehnen. Von der Zwischenverfügung zu unterscheiden ist ein rechtlicher Hinweis, der dann geboten sein kann, wenn auf ein unbehebbares Hindernis hingewiesen wird. Im Gegensatz zur Zwischenverfügung ist ein solcher Hinweis nicht selbstständig anfechtbar (Keidel/Heinemann, a.a.O., § 382 Rn. 20 ff.; Bumiller/Harders, 10. Aufl. 2011, § 382 FamFG Rn. 15, 16, 18; MünchKomm/Krafka, ZPO/FamFG, Bd. 4, 3. Aufl. 2010, § 382 FamFG Rn. 18 ff.; Bassenge/Roth/Walter, FamFG/RpflG, 12. Aufl. 2009, § 382 FamFG Rn. 38 – 39; je m. w. N.).

Die Rechtspflegerin sieht in ihrem – formlosen – Schreiben eine anfechtbare Zwischenverfügung, obwohl es eher einem rechtlichen Hinweis gleichkommt. Nach dem oben Ausgeführten wäre letzterer die zutreffende Vorgehensweise gewesen, da sie kein der beantragten Aufnahme der Urkunde in den elektronischen Sonderband entgegenstehendes, behebbares Hindernis benennt. Vielmehr stellt sie fest, dass die Aufnahme nicht möglich und daher abzulehnen sei, und räumt folgerichtig ausschließlich die Gelegenheit ein, den mit der Einreichung verbundenen Antrag binnen einer Frist von vier Wochen zurückzunehmen, anderenfalls werde der Antrag kostenpflichtig zurückgewiesen.

Erst in dem Nichtabhilfe-/Vorlage-Schreiben vom 22. 8. 2011 erklärt sie, dass auch eine ihr nicht bekannte Entscheidung, die § 27 Abs. 4 AktG für analog anwendbar halte, hätte vorgelegt werden können.

Abgesehen davon, dass eine solche „Auflage“ unter Fristsetzung in dem Schreiben vom 28. 6. 2011 nicht erteilt wurde, betrifft die nach § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG zugelassene Zwischenverfügung nur Anmeldungen zur Eintragung in die in § 374 Nr. 1 – 4 FamFG genannten Register und dient insoweit allein der Behebung etwaiger Fehler und Mängel der Anmeldung vor einer endgültigen Antragszurückweisung (Heinemann, a.a.O., § 382 FamFG Rn. 20; Walter, a.a.O., § 382 FamFG Rn. 38; Bumiller/Harders, a.a.O., § 382 FamFG Rn. 16; Krafka, a.a.O., § 382 FamFG Rn. 19 – 21; je m. w. N.), nicht aber der Beibringung von Rechtsmaterialien wie einer obergerichtlichen Entscheidung.

Das Registergericht durfte somit im vorliegenden Fall nicht durch eine selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung entscheiden. Vielmehr hätte eine den Aufnahmeantrag ablehnende (End-)Entscheidung ergehen müssen – gegebenenfalls im Anschluss an einen vorherigen Hinweis auf die Rechtsauffassung des Gerichts.

Die Vorlageentscheidung vom 22. 8. 2011 war deshalb aufzuheben und die Sache dem Registergericht zur erneuten Behandlung und Entscheidung zurückzugeben.

2. In der Sache wird auf Folgendes hingewiesen:

Die Rechtsprechung zu § 19 Abs. 5 GmbHG ist auf § 27 Abs. 4 AktG übertragbar

§ 27 Abs. 4 AktG regelt in Anlehnung an § 19 Abs. 5 GmbHG erstmals das sogenannte Hin- und Herzahlen. Dass die Rechtsprechung zu § 19 Abs. 5 GmbHG übertragbar ist auf § 27 Abs. 4 AktG, dürfte keinem Zweifel

unterliegen (vgl. Spindler/Stilz/Heidinger/Herrler, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 247 m. w. N.; BGHZ 184, 158, „EUROBIKE“ zu § 19 Abs. 4 GmbHG und § 27 Abs. 3 AktG).

Voraussetzungen der Befreiung von der Einlageverpflichtung gemäß § 27 Abs. 4 AktG

Die Privilegierung des § 27 Abs. 4 AktG erfordert folgende Voraussetzungen:

Die Bareinlage muss zunächst ordnungsgemäß an die Gesellschaft geleistet worden sein; es muss zwischen den Gründern oder zwischen der AG, vertreten durch den Vorstand, und dem Inferenten eine vorherige Absprache vorliegen, und zwar im Zeitpunkt der Einlageleistung und vor der Anmeldung, sowie darüber, dass der Aktionär die Bareinlage zurückerhält, ohne einen sacheinlagefähigen Vermögenswert einzubringen; ist der Anspruch der AG gegen den Aktionär auf Rückgewähr der Bareinlageleistung wirksam begründet sowie vollwertig und jederzeit fällig, dann ist trotz vereinbarter Rückgewähr Erfüllung eingetreten, sofern die Vereinbarung bei der Anmeldung gegenüber dem Registergericht offen gelegt wurde (Schmidt/Lutter/Bayer, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 98 m. w. N.).

Auch die Offenlegung gegenüber dem Registergericht ist Voraussetzung für den Eintritt der Erfüllungswirkung

Die für die GmbH kontrovers diskutierte Problematik, ob auch die ordnungsgemäße Anmeldung gem. § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG vorliegen muss, damit die Erfüllungswirkung gemäß § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG eintritt, hat der BGH in zwei Entscheidungen (BGHZ 180, 38, „Qivive“; BGHZ 182, 103, „Cash-Pool II“) ausdrücklich bejaht, womit die Streitfrage für die Praxis (vgl. OLG Koblenz GmbHR 2011, 579) und auch für die Parallelvorschrift in § 27 Abs. 4 S. 2 AktG entschieden ist. Für diese Lösung spricht insbesondere der Zweck der Regelung, dem Registergericht überhaupt erst eine Prüfung zu ermöglichen (Bayer, a.a.O., § 27 AktG Rn. 101 und 107; Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 27 AktG Rn. 42 und 44; Henssler/Strohn/Wardenbach, GesellschaftsR, 2011, § 27 AktG Rn. 18; Heidinger/Herrler, a.a.O., § 27 AktG Rn. 246 ff; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz/Ar-

nold, Bd. 1, 3. Aufl. 2011, § 27 AktG Rn. 147; je m. w. N.; BT-Drucks. 16/9737 Seite 56 zu § 19 Abs. 5 GmbHG).

Soweit im Schrifttum für Altfälle auf das Anmeldeerfordernis verzichtet wurde (Arnold, a.a.O., § 27 AktG Rn. 152 m. w. N.), ist dieser Lösung durch die BGH-Entscheidung vom 20. 7. 2009 (BGHZ 182, 103, „Cash-Pool II“) der Boden entzogen worden (Bayer, a.a.O., § 27 AktG Rn. 107 m. w. N.; OLG Koblenz GmbHR 2011, 579, zu § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG, m. w. N.).

Nachholung der Offenlegung allenfalls bis zur Eintragung, spätere Heilung allenfalls mit weiterer Anmeldung möglich

Eine Nachholung der unterlassenen Offenlegung halten Spindler/Stilz/Heidinger/Herrler, a.a.O., § 27 AktG Rn. 256, auch nur für möglich, solange die AG bzw. die Kapitalerhöhung noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist. Ihren weiteren Vorschlag der „Heilung“ durch eine nachträgliche Offenlegung bei einer Einlagenrückzahlung vor Inkrafttreten des ARUG knüpfen sie im Hinblick auf die Übergangsregelung in § 20 Abs. 4 EG AktG an eine weitere Handelsregisteranmeldung (vgl. hierzu Heidinger/Herrler, a.a.O., § 27 AktG Rn. 256 a), verzichten also nicht auf das Erfordernis der Anmeldung.

Es ist deshalb die Rechtsauffassung des Registergerichts nicht zu beanstanden, dass entsprechend dem Wortlaut des § 27 Abs. 4 S. 2 AktG als weitere Voraussetzung für die Privilegierung nach § 27 Abs. 4 S. 1 AktG die Offenlegung bei der Erstanmeldung bzw. der Anmeldung über die Kapitalerhöhung zu erfolgen hat.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 131 Abs. 3 KostO, 81 Abs. 1 FamFG

4. Nachdem die Zwischenverfügung bereits aus formalen Gründen aufgehoben werden musste, die Ausführungen unter Ziffer 2. damit vorliegend nicht entscheidungserheblich sind, kam eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gem. § 70 FamFG nicht in Betracht. Selbst wenn aber die in Ziffer 2. dargelegte Rechtsauffassung des Senats entscheidungserheblich wäre, bestünden Bedenken bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen für die Zulassung gem. § 70 Abs. 2 FamFG.

RNotZ – Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

- 1. Liegenschaftsrecht – Verfügung über das (nahezu) gesamte Vermögen bei Grundschuldbestellung**
(BGH, Urteil vom 7. 10. 2011 – V ZR 78/11)

BGB § 1365

Bei der Feststellung, ob ein Ehegatte mit einer Grundschuldbestellung über sein (nahezu) gesamtes Vermögen verfügt, sind neben dem Nominalbetrag der Grundschuld auch die bei einer künftigen Vollstreckung in die Rangklasse 4 des § 10 I ZVG fallenden Grundschuldzinsen einzubeziehen und regelmäßig mit dem zweieinhalbfachen Jahresbetrag zu berücksichtigen.

(Fundstellen: Beck-Online; juris; Homepage des BGH; NJW 2011, 3783; ZfR 2012, 93 mit Anm. Zimmer)

- 2. Liegenschaftsrecht – Sondereigentum an der eine Doppelstockgarage betreibenden Hebeanlage**
(BGH, Urteil vom 21. 10. 2011 – V ZR 75/11)

WEG §§ 3; 5

Das an einer Doppelstockgarage gebildete Sondereigentum erstreckt sich auf die dazugehörige Hebeanlage, wenn durch diese keine weitere Garageinheit betrieben wird.

(Fundstellen: Beck-Online; juris; Homepage des BGH; NJW-RR 2012, 85)

- 3. Liegenschaftsrecht – Sittenwidrigkeit einer Grundstücksübertragung wegen Drittschädigungsabsicht**
(BGH, Urteil vom 28. 10. 2011 – V ZR 212/10)

BGB §§ 117; 138; 311

- 1. Ein Rechtsgeschäft, welches die Parteien in der Absicht schließen, einen Dritten zu schädigen, erfüllt nicht den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB, wenn es für den Dritten objektiv nicht nachteilig ist.**

(amtlicher Leitsatz)

- 2. Wenn ein Ehegatte unentgeltlich Vermögenswerte an einen Dritten überträgt und beide Vertragsbeteiligte hiermit die Schädigung des anderen Ehegatten beabsichtigen, ist diese Übertragung nur dann sittenwidrig, wenn sie die Rechtsstellung des anderen Ehegatten, z. B. in Bezug auf dessen Zugewinnausgleichs- und Unterhaltsansprüche, tatsächlich verschlechtert.**

- 3. Änderungen eines Grundstückskaufvertrages, die der Auflassung zeitlich nachfolgen, bedürfen nicht der Form des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB.**

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck Online; juris; Homepage des BGH; NJW-RR 2012, 18)

- 4. Liegenschaftsrecht – Auslegung einer notariellen Erklärung zur Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung**
(BGH, Beschluss vom 24. 11. 2011 – VII ZB 12/11)

ZPO § 726

- 1. Zur Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung, in der der Schuldner die persönliche Haftungserklärung ausdrücklich nur gegenüber dem „jeweiligen Gläubiger“ der Grundschuld übernommen hat.**

(amtlicher Leitsatz)

- 2. Wird ein Schuldversprechen in einer Grundschuldbestellungsurkunde derart vom Schuldner erklärt, dass der jeweilige Gläubiger der Grundschuld ihn daraus in Anspruch nehmen kann, ist Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gläubigers hinsichtlich des Schuldversprechens grundsätzlich nur, wer Gläubiger des Anspruchs aus dem Schuldversprechen und auch der Grundschuld ist (Anschluss an BGH vom 12. 12. 2007, VII ZB 108/06, DNotZ 2008, 833).**

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: Beck Online; juris; Homepage des BGH)

- 5. Liegenschaftsrecht – Zur Ermächtigung des teilenden Eigentümers in der Teilungserklärung**
(BGH, Urteil vom 2. 12. 2011 – V ZR 74/11)

WEG § 13

Der teilende Eigentümer kann sich in der Teilungserklärung ermächtigen lassen, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen.

(Fundstellen: Beck Online; juris; Homepage des BGH; DNotI-Report 2012, 21; NJW 2012, 676)

- 6. Liegenschaftsrecht – Kein Negativattest bei Veräußerung sämtlicher Miteigentumsanteile an einer Wohnungseigentumsanlage erforderlich**
(OLG Hamm, Beschluss vom 14. 12. 2011 – 15 W 476/11)

BauGB § 24

Die Freistellung der Veräußerung von Wohnungseigentum vom Erfordernis der Beibringung eines

Negativattest der Gemeinde über das Nichtbestehen bzw. die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts gilt auch dann, wenn sämtliche Miteigentumsanteile einer Wohnungseigentumsanlage veräußert werden.

(Fundstellen: Beck Online; juris)

- 7. Liegenschaftsrecht – Zum Anspruch auf Rückzahlung des Maklerhonorars nach arglistiger Täuschung über Zahlungsfähigkeit des Käufers**
(OLG Stuttgart, Urteil vom 7. 12. 2011 – 3 U 135/11)

BGB §§ 123; 652; 812

1. Es besteht ein Anspruch auf Rückzahlung des Maklerhonorars nach Rücktritt des Verkäufers vom vermittelten Grundstückskaufvertrag, wenn er diesen Vertrag statt den Rücktritt zu erklären auch wegen arglistiger Täuschung der Käufer über ihre Zahlungsfähigkeit hätte anfechten können.
2. Die das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung begründenden Umstände müssen nicht in der Rücktrittserklärung aufgeführt werden.
3. Die Käufer haben die Pflicht zur Aufklärung über ihre Zahlungsunfähigkeit (bei Kaufpreis von 1,9 Millionen Euro), wenn die einzige Chance, den Kaufpreis aufbringen zu können, in einem (wegen Voraussage einer Wahrsagerin erhofften) Lotteriegewinn in Millionenhöhe besteht.

(Fundstellen: Beck Online; juris)

- 8. Liegenschaftsrecht – Vorlage einer beglaubigten Kopie der Unbedenklichkeitsbescheinigung beim Grundbuchamt**
(KG, Beschluss vom 29. 11. 2011 – 1 W 71/11)

GBO §§ 18; 29

GrEStG § 22

Eine Zwischenverfügung, mit der die Eigentumsumschreibung von der Vorlage des Originals einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig gemacht wird, ist jedenfalls dann unberechtigt, wenn eine beglaubigte Ablichtung vorgelegt wird und ein Notar zugleich bestätigt, dass ihm das Original vorliegt.

(Fundstellen: Beck Online; juris; DNotl Online Plus)

- 9. Erbrecht – Zum lebzeitigen Eigeninteresse bei Schenkung zum Nachteil des Vertragserben**
(BGH, Beschluss vom 26. 10. 2011 – IV ZR 72/11)

BGB § 2287

Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an einer Schenkung kann auch dann vorliegen, wenn der Beschenkte ohne rechtliche Bindung Leistungen – etwa zur Betreuung im weiteren Sinne – über-

nimmt, tatsächlich erbringt und auch in der Zukunft vornehmen will.

(Fundstellen: Beck-Online; juris; DNotl-Report 2012, 5; NJW-RR 2012, 207)

- 10. Erbrecht – Zum Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins**

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. 8. 2011 – 3 Wx 21/11)

BGB § 2369

Wenn Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Nachlassgegenständen im Ausland fehlen, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins (§ 2369 Abs. 1 BGB).

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: Beck-Online; juris; NJW-RR 2012, 10)

- 11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Auslegung von Abfindungsklauseln für ausscheidende Gesellschafter**

(BGH, Urteil vom 27. 9. 2011 – II ZR 279/09)

BGB §§ 133; 157

GmbHG § 3

Bei der Auslegung der Bestimmungen über die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ist zu berücksichtigen, dass die am Gesellschaftsvertrag beteiligten Personen im Zweifel eine auf Dauer wirksame und die Gesellschafter gleichbehandelnde Berechnung der Abfindung gewollt haben.

(Fundstellen: Beck-Online; juris; Homepage des BGH; NZG 2011, 1420)

Gesetzgebung

Referentenentwurf für ein Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) vorgelegt

Das Bundesministerium der Justiz hat einen Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater veröffentlicht. Der Referentenentwurf sieht vor, für die genannten Berufsgruppen die Möglichkeit einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung zu schaffen. Diese Haftungsbeschränkung betrifft nicht sonstige Verbindlichkeiten wie Miete und Lohn. Dafür wird ein angemessener, berufsrechtlich geregelter Versicherungsschutz eingeführt.

Der Referentenentwurf ist abrufbar unter www.bmj.de.

Hinweise

Verfassungsmäßigkeit des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG)

Das BMF ist aufgefordert worden, einem Revisionsverfahren vor dem BFH beizutreten. In dem Verfahren geht es um die Frage, ob die Regelung des § 37 Abs. 1 ErbStG in der Fassung des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes vom 22. Dezember 2009 (BGBl. I 2009, 3950), der die Anwendung des § 19 Abs. 1 ErbStG für

Steuerpflichtige Erwerbe nach dem 31. Dezember 2009 für anwendbar erklärt, verfassungsmäßig ist. Der Revisionskläger ist der Ansicht, im Hinblick auf seine Erbschaft aus Januar 2009 sei § 19 Abs. 1 ErbStG in der aktuellen Fassung (mit dem für den Revisionskläger anwendbaren Steuersatz von 15 %, Steuerklasse II) anzuwenden. Die Änderung des § 19 Abs. 1 ErbStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz zugunsten der Personen der Steuerklasse II hätte rückwirkend für das Jahr 2009 erfolgen müssen (vgl. auch BStBl. 2012 II, 29).

Buchbesprechungen

Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1 Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., 2011, Verlag C.H. Beck, München, 2067 S., 148,- €

Erscheint die Neuauflage eines Buches zu einem Thema, das auch bereits in anderen Büchern behandelt worden ist, stellt sich unwillkürlich die Frage, was das Besondere an diesem Werk ist und ob es sich lohnt, dieses Buch zu erwerben. Diese Fragen sind schnell zu beantworten. Zum einen ist das Besondere an diesem Werk, dass es sich um das einzige auf dem Markt befindliche Buch handelt, das die aktuelle Gesetzes- und Rechtslage wiedergibt. Auf dem Gebiet des Handelsregisterrechts hat sich nämlich in den letzten Jahren so viel geändert, dass alle älteren Werke – so gut sie auch einmal gewesen sind – nicht mehr verwendet werden können. Zu denken ist nur an die Änderungen durch das MoMiG, das ARUG und das FamFG, um nur die wichtigsten Gesetze zu erwähnen. Aber auch viele Gerichtsentscheidungen haben dazu geführt, dass die Mehrzahl der Formulierungen zu Handelsregisteranmeldungen überarbeitet werden mussten. Erwähnt sei nur beispielhaft die Auseinandersetzung hinsichtlich der Frage, ob ein neuer/weiterer Geschäftsführer ohne Satzungsänderung bestellt werden kann, wenn die GmbH mit einem Musterprotokoll errichtet worden ist, und ob ihm Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann.

Die weitere Besonderheit an diesem Werk besteht darin, dass es im Gegensatz zu anderen einschlägigen Büchern umfangreiche steuerliche Hinweise bei sehr vielen Mustern enthält. So wird z. B. in dem Abschnitt „Errichtung einer GmbH“ (Muster IV 3 Anm. 29) oder in dem Abschnitt „Auflösung einer GmbH“ (Muster IV 111 Anm. 8) sehr ausführlich zu den steuerlichen Auswirkungen der entsprechenden Maßnahmen berichtet.

Der dritte Pluspunkt dieses Handbuches besteht darin, dass es nicht nur Muster für Handelsregisteranmeldungen enthält, sondern auch für Gesellschaftsverträge, Beherrschungsverträge, Beschlüsse aller Art mit ausführlichen Anmerkungen und Hinweisen. Jeder Praktiker ist dankbar für diese Zusatzausführungen, da er in der Regel nicht nur Handelsregisteranmeldungen fertigen, sondern mindestens im gleichen Umfange die dafür erforderlichen Unterlagen erstellen muss.

Das Konzept des Handbuches wurde nicht geändert. Es werden weiterhin vom Einzelkaufmann bis zu den verschiedenen Gesellschaftsformen Ganzmuster dargestellt. In den nach jedem Muster sich anschließenden Anmerkungen werden wichtige Hinweise gegeben, was bei der Fertigung und was bei der Vollziehung der Urkunden beachtet werden muss, wie z. B. die Frage, wer eine entsprechende Anmeldung zu unterzeichnen hat, ob also die Geschäftsführer nur in vertretungsberechtigter Zahl oder alle die Anmeldungsurkunde zu unterzeichnen haben. Schade ist, dass dem Handbuch keine CD-Rom mit Mustern und Formulierungsbeispielen beigelegt ist, so dass diese nicht herunter geladen werden können. Schade ist auch, dass das Handbuch einige Ungenauigkeiten enthält, die die Verwendbarkeit der Muster mitunter beeinträchtigen. So wird immer noch formuliert, dass beglaubigte Ablichtungen von Urkunden dem Handelsregister überreicht werden. Seit dem Inkrafttreten des EHUG können Unterlagen nur noch als elektronisch beglaubigte oder elektronisch gefertigte Abschriften übermittelt werden. Längst überholt ist auch der Hinweis, dass bei der Anmeldung der Errichtung einer Partnerschaft jeder Partner seinen Namen unter Angabe des Namens der Partnerschaft zu zeichnen hat (vgl. S. 86 Anm. 5). Bedauerlich ist auch, dass zu manchen Gesellschaftsformen zu wenige Muster angeboten werden. So wird für die Partnerschaft nur der Entwurf für die Anmeldung der Errichtung angeboten, nicht aber Muster für spätere Veränderungen oder für die Liquidation der Partnerschaft. Wenn die Autoren glauben, dass die Partnerschaft in der Praxis so oft vorkommt, dass ein Muster für die Errichtung angeboten erscheint, dann ist es auch notwendig, Muster für Veränderungen und Beendigung anzubieten. Leider fehlt auch der Hinweis, dass bei jeder Handelsregisteranmeldung die inländische Geschäftsanschrift angegeben werden muss. Diese Angabe ist nicht nur bei Kapitalgesellschaften (§ 10 Abs. 1 GmbHG und §§ 39 Abs. 3 S. 1, 39 Abs. 1 AktG) erforderlich, sondern auch für den Einzelkaufmann (§§ 29, 31 HGB), für in- und ausländische Zweigniederlassungen (§ 13 Abs. 2 HGB) und für Personenhandelsgesellschaften (§ 106 Abs. 2, § 107 HGB). Eine entsprechende Angabe in einer Handelsregisteranmeldung muss selbst dann gemacht werden, wenn sich die Anschrift nicht geändert hat. In dem Handbuch wird in der Anmerkung 13 zu Muster IV 3 selbst darauf hingewiesen, ohne dass dieser Hinweis in

den Mustern umgesetzt wird. Jede Anmeldung nach dem vorgegebenen Muster dürfte deshalb zu einer Beanstandung der Registergerichte führen.

Bei über 590 kommentierten Formularen sind kleinere Ungenauigkeiten unvermeidlich; sie beeinträchtigen den Gesamteindruck aber nicht. Die vorstehenden kritischen Hinweise bestätigen nur die Binsenweisheit, dass Muster nicht blindlings übernommen werden können, sondern in jedem Einzelfall auf ihre – aktuelle – Richtigkeit hin überprüft werden müssen.

Fazit: Wegen der vielen praxis-relevanten und schnell nachschlagbaren Muster zu nahezu allen Bereichen des Handelsregisterrechtes und deren Aktualität bietet das Handbuch eine hervorragende Hilfestellung bei der täglichen Praxisarbeit. Aber auch wegen des moderaten Preises kann ein Erwerb dieses Handbuches empfohlen werden.

Notar a. D. Dr. Holger Schmidt, Bonn

Eidenmüller (Hrsg.) Alternative Streitbeilegung – Neue Entwicklungen und Strategien zur frühzeitigen Konfliktbewältigung, Verlag C. H. Beck, München, 177 Seiten, 59,00 €.

Zum zehnjährigen Bestehen des Centrums für Verhandlungen und Mediation an der Ludwig-Maximilians-Universität München hat dessen Leiter *Horst Eidenmüller* im Verlag C. H. Beck unter dem Titel „Alternative Streitbeilegung“ einen Tagungsband herausgegeben. Es handelt sich um Vorträge, die anlässlich einer Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Centrums zum Thema „Neue Entwicklungen und Strategien zur frühzeitigen Konfliktbewältigung“ gehalten worden sind.

Wer sich für Fragen der alternativen Streitbeilegung unabhängig von konkreten notariellen Fragestellungen interessiert, dem sei die Lektüre des Bandes empfohlen. Eindrucksvoll wird dargelegt, wie sich alternative Streitbeilegungsmechanismen in Deutschland sowohl im Justizbereich als auch im außergerichtlichen Bereich etabliert haben und damit in der Praxis angekommen sind.

So stellt *Anke Sessler*, Chief Counsel Litigation der Siemens AG, dar, wie die Siemens AG Techniken der außergerichtlichen Streitbeilegung in die Unternehmenspraxis integriert hat. So hat die Rechtsabteilung von Siemens bereits 2007 konzernweit ein dreistufiges Konfliktlösungsmodell verbindlich eingeführt. Auf der ersten Stufe wird versucht, Konflikte durch kooperative Verhandlungen zu lösen. Auf der nächsten Eskalationsstufe wird versucht, Konflikte mit Vertragspartnern durch alternative Streitbeilegungsmechanismen zu beenden, etwa durch Schiedsgutachten oder Mediationen. Die in den Verträgen von Siemens enthaltenden Klauseln legen sich hier jedoch nicht auf ein bestimmtes Verfahren fest, sondern sind offen für einzelfallbezogene und maßgeschneiderte Maßnahmen. Lässt sich der Konflikt auf der zweiten Stufe nicht befrieden, wird er auf der dritten Stufe an ein Schiedsgericht delegiert, dass dann an Stelle der ordentlichen staatlichen Gerichtsbarkeit entscheidet. Bereits im Rahmen der Vertragsgestaltung wird das genannte dreistufige Modell im-

plementiert und der Vertrag zwingt die Vertragsparteien im Konfliktfall, sich über alternative Streitbeilegungsmechanismen Gedanken zu machen, bevor ein (Schieds-) Gericht angerufen wird. Als Schlüssel zum Erfolg beschreibt *Sessler* insbesondere, ob die als neutraler Dritter eingeschaltete Person über die entsprechende Qualifikation und Persönlichkeit verfügt, um die Verhandlungen zum Erfolg zu führen. Siemens sucht daher nach anerkannten, starken Persönlichkeiten, die neben methodischen Verhandlungs- und Vermittlungskenntnissen, insbesondere über wirtschaftlichen Sachverstand verfügen sollen. Nicht so entscheidend sei dabei, ob es sich um um Juristen handelt.

Jürgen Reul, Leiter der Rechtsabteilung Ausland- und Gesellschaftsrecht der BMW AG, beschäftigt sich in einem weiteren Beitrag mit dem Thema Effizienz im Schiedsverfahren. Als problematisch wird dabei insbesondere die zunehmende Amerikanisierung von internationalen Schiedsverfahren beschrieben. Wer sich im Schiedsgerichtverfahren plötzlich mit der im amerikanischen Zivilprozess entwickelten „Pre-Trial Discovery“ oder einem „Battle of Documents“ beschäftigen muss, sehnt sich oft nach der deutschen Juristen vertrauten Relationstechnik, die Einzelfragen sinnvoll abschieben hilft. Über die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens werden daher häufig amerikanische Zivilprozessgrundsätze importiert, ohne dass dies bei Vereinbarung der Schiedsgerichtsklausel voll bewusst ist. *Reul* plädiert daher für eine sorgfältige Gestaltung von Schiedsgerichtsklauseln, die auch das Verfahren weitestgehend vorschreiben sollten. Außerdem empfiehlt er die Vorschaltung einer Gesprächs- bzw. Mediationsphase. Eine Erkenntnis, die übrigens im Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH) bereits vor Jahren umgesetzt worden ist (nähere Informationen zum SGH unter www.dnotv.de).

Der folgende „Mediation Live“ überschriebene Beitrag von Rechtsanwalt *Andreas Hacke* zeigt, wie ein Geschäftstreit im Rahmen eines Mediationsverfahrens befriedet werden kann. Für Leser, die mit dem Thema Mediation nicht vertraut sind, vermittelt der Beitrag ein sehr plastisches Bild vom Ablauf eines Mediationsverfahrens. Der Ablauf des Verfahrens wird hier größtenteils in wörtlicher Rede wiedergegeben und mit erläuternden methodischen Anmerkungen versehen.

Rechtsanwalt *Michael C. Frege*, Insolvenzverwalter und Wirtschaftsmediator, beschreibt unter dem Titel „Mediation in der Unternehmenskrise“ mögliche Anwendungsfelder von Mediationsverfahren und Mediationstechniken rund um die Unternehmensinsolvenz. Dabei unterscheidet er drei Fallgestaltungen, nämlich (a) Mediation vor der Stellung eines Insolvenzantrages, (b) die Mediation im Insolvenzeröffnungsverfahren und schließlich (c) die Mediation im eröffneten Insolvenzverfahren. Er arbeitet heraus, dass aufgrund des hohen Zeit- und Handlungsdrucks in der Unternehmenskrise in der Regel ein echtes Mediationsverfahren nicht realistisch durchführbar ist. Weiter sind die Kompetenzen und Handlungsabläufe durch die Vorschriften der Insolvenzordnung in gewissen Umfang festgelegt. Gleichwohl, so *Frege*, können auch in Krise und Insolvenz mediative Prozesse, insbesondere durch Sanierungs-

berater oder Insolvenzverwalter angestoßen werden, um möglichst einvernehmliche Lösungen zur Erhaltung wirtschaftlicher Werte zu erzielen.

Rechtsanwalt *Andreas Nelle* fragt in seinem Beitrag, der „Multi-Door Courthouse Revisited“ überschrieben ist, nach Alternativen zur auch in Deutschland mittlerweile stark verbreiteten gerichtlichen Mediation. *Nelle* arbeitet heraus, was gerichtliche Mediatoren in der ihnen zur Verfügung stehenden Zeit (meist ca. 1 bis drei Stunden in einer Sitzung) tatsächlich leisten können und in welchen Fällen eine Verweisung an außergerichtliche Mediatoren sinnvoller wäre. Wer den Beitrag aus notarieller Sicht liest, erkennt insbesondere auf den Gebieten des Familien-, Erb- und Gesellschaftsrechts mögliche Ansatzpunkte für eine Verweisung von streitigen Fällen an außergerichtlich tätige Notar-Mediatoren.

Der den Tagungsband abschließende und „Against Settlement“ überschriebene Beitrag des Anwalts *Jörg Risse* argumentiert provokativ gegen alle auf Vergleiche angelegten Formen der alternativen Streitbeilegung und bricht eine Lanze für die klassische gerichtliche Entscheidung. Nur die Entscheidung solle z.B. für die Fortbildung des Rechts und müsse daher jeder an einem Konflikt beteiligten Partei ohne wenn und aber offen stehen. Der Staat sollte daher in seiner Begeisterung für alternative Streitbeilegungsformen das klassische Gerichtsverfahren nicht vernachlässigen. *Risse* argumentiert erfrischend und bewusst einseitig mit dem Ziel eine Diskussion über die Möglichkeiten und Grenzen alternativer Streitbeilegungsformen anzustoßen. Dies gelingt ganz hervorragend und erwidende Aufsätze werden sicher nicht lange auf sich warten lassen.

Eidenmüller schließlich berichtet in seinem Einleitungsreferat über die Geschichte des Münchener Centrums für Verhandlungen und Mediation, das einmal als eine Einrichtung der Universität Münster begonnen hatte. *Eidenmüller* schildert, dass sich das Centrum für Verhandlung und Mediation seit seiner Gründung im Jahr 2000 zu einer „der führenden akademischen Einrichtungen im Bereich der alternativen Streitbeilegung in Deutschland und über Deutschland hinaus“ entwickelt habe. Leider berichtet er nicht darüber, welche anderen akademischen Einrichtungen zum Aufschwung der alternativen Streitbeilegungsformen mit beigetragen haben. Als Leser hätte man sich gewünscht, dass *Eidenmüller* die Geschichte des Münchener Centrums noch stärker in den Kontext der sonstigen Entwicklungen in Deutschland gestellt hätte.

Im Ergebnis ist das Werk allen Lesern zu empfehlen, die sich für alternative Formen der Streitbeilegung interessieren. Notarinnen und Notare können sich bei der Lektüre überlegen, inwieweit sie mit ihrer notariellen Beratungs- und Beurkundungstätigkeit in das beschriebene Spektrum alternativer Streitbeilegungsformen hineinpassen. Insbesondere dort, wo Gerichte aufgrund von Kapazitäten und Kompetenzen an Grenzen stoßen, wäre vor allem Bereich des Gesellschafts-, Erb- und Familienrechts eine Verweisung von mediationsgeeigneten Fällen an entsprechend als Mediatoren ausgebildete Notare denkbar.

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

Hauschild/Kallrath/Wachter (Hrsg.), Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, München 2011, Verlag C.H. Beck, München, 1 750 Seiten, 169,- €

Nach dem im Carl Heymanns Verlag erschienenen Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht stellt das erstmals aufgelegte *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht* die gesellschaftsrechtliche Ergänzung zum Klassiker des Beck'schen Notarhandbuchs dar. Die Herausgeber *Hauschild*, *Kallrath* und *Wachter* haben dabei einen prominenten Autorenkreis für die Mitarbeit gewinnen können, der sich vornehmlich aus rheinischen und bayrischen Notaren zusammensetzt. Dementsprechend ist die Qualität der Themenbearbeitungen auf höchstem Niveau und lässt keine Wünsche offen, was – soviel sei vorab festzuhalten – das Werk zur Anschaffung uneingeschränkt empfehlenswert erscheinen lässt. Die Herausgeber setzen dabei einerseits auf die Sicht des gesellschaftsrechtlich beratenden Notars, der mit wirtschaftsrechtlich arbeitenden Anwaltskanzleien und Unternehmensjuristen zusammenarbeitet. Andererseits verengt das *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht* die Darstellung nicht auf die Schnittstellen zwischen notarieller und anwaltlicher Beratung im Gesellschaftsrecht, sondern behandelt auch Themen, die den Praktiker im gesellschaftsrechtlichen Alltag beschäftigen. Wie sein „älterer Bruder“ – das Beck'sche Notarhandbuch – setzt das *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht* neben den abstrakten Ausführungen auf Checklisten und Muster bzw. Formulierungsvorschläge. Leser des Beck'schen Notarhandbuchs finden sich somit bei seinem gesellschaftsrechtlichen Pendant sofort gut aufgehoben.

Trotz seines stattlichen Umfangs von insgesamt 1 750 Seiten lässt die inhaltlich-strukturelle Konzeption des Buches den Leser schnell auf nachzuschlagende Fragen stoßen: Die *rechtsformspezifischen Kapitel* des Buches geben einen Überblick über die Grundlagen der jeweiligen Gesellschaft, oft von der Gründung über Strukturmaßnahmen bis zur Auflösung bzw. Beendigung. Die Ausführungen zum sehr praxisrelevanten Bereich der GmbH, die von einem ganzen Autorenteam unter Einschluss der beiden Herausgeber *Hauschild* und *Kallrath* gestemmt wurden, sind aus einem Guss und versorgen den Leser mit den Erfahrungen der Bearbeiter aus ihrer notariellen Praxis. Herauszuheben ist in diesem Zusammenhang die Darstellung zur Satzungsgestaltung, die unter der Überschrift „Typische Schwachstellen von Fremdsatzungen“ auch die Problematik der Überprüfung von Fremdentwürfen (etwa beteiligter Berater) behandelt und den Leser mit einer umfangreichen Checkliste versorgt. Auch für den bisweilen auftretenden Fall der Beurkundung einer GmbH-Geschäftsanteilsverpfändung und dem Umfang der Beurkundungspflicht (Stichwort: Verweise auf die Finanzierungsdokumentation oder auf darin definierte Begriffe) liefert *Kallrath* einen praktischen und überzeugenden Lösungsansatz (§ 13 Rn. 659). Die Darstellung der von ausgewiesenen Aktienrechtlern wie *Zimmermann*, *Pfisterer* und *Schaub* verfassten Ausführungen zur Aktiengesellschaft erweist sich als für die Praxis richtig gewichtet und rund. Der Abschnitt zur stillen Gesellschaft fokussiert das Thema auf die Prakti-

kersicht und erspart es dem Leser, auf umfangreichere Darstellungen zurückgreifen zu müssen, die in diesem Rechtsgebiet den Markt unter sich aufgeteilt haben.

Im weiteren Sinne *verfahrensspezifische Kapitel* des Buches betreffen Themen wie Registerrecht und Beurkundungsrecht, wobei letzteres durch Ausführungen zu Auslandsbeurkundungen ergänzt wird. Hier wäre es nach der persönlichen Ansicht des Rezensenten zu begrüßen gewesen, wenn die viel kritisierte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Anerkennung von Auslandsbeurkundung von Geschäftsanteilsabtretungen kritisch hinterfragt worden wäre (vgl. etwa *Hermanns*, RNotZ 2011, 224), um dem Praktiker eine Einschätzung der mit der Auslandsbeurkundung verbundenen Risiken zu ermöglichen. Dass dies unterblieben ist, mag dem Umstand der Bearbeitung dieses Kapitels aus der (ohne Zweifel hochkarätigen) richterlichen Perspektive (Richter am Oberlandesgericht a. D. *Professor Walter Bayer*) geschuldet sein.

Den Großteil des Buches bilden die *problemspezifischen Kapitel*, die praxisrelevante Themenbereiche ausführlich und erschöpfend behandeln. Hier zeigt sich einmal mehr die Stärke des Werkes, die ihm den Erfolg garantieren dürfte. Die diskutierten Problemkreise betreffen die Rechtsformwahl, Konzernrecht, Unterneh-

menskauf, Unternehmensumstrukturierungen, Existenz- und Vertretungsnachweise, Insolvenz- und Steuerrecht. Die in den vorgenannten Kapiteln behandelten Fragen sind erschöpfend und umfangreich bearbeitet. Durch die ebenfalls behandelten Themen Familienrecht und Minderjährigenrecht sowie die im Erbrecht verortete Unternehmensnachfolge stellen die Herausgeber sicher, dass dem Notarhandbuch nicht vorgeworfen werden kann, es stelle lediglich einen Leitfaden zur Beratung von komplexen M&A Transaktionen dar, die nicht in jedermanns Praxis vertreten sein dürften. Die Ausführungen zum Minderjährigenrecht enthalten dabei einen prägnanten Leitfaden durch die Erfordernisse der Bestellung von Ergänzungspflegern und familiengerichtlicher Genehmigungen für verschiedene gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, ergänzt um verfahrensrechtliche Grundzüge, die im Umgang mit dem Familiengericht helfen.

Die Anschaffung des *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht* kann somit uneingeschränkt empfohlen werden, um die eigene Bibliothek gesellschaftsrechtlich zu komplettieren.

*Notarassessor Dr. Alexander Rezori, LL.M.
(San Diego), Düsseldorf*