

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang
Mai 2004
ISSN 1434-3460

9/2004

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2257, 2258, 2271, 2292 – Aufhebung eines Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament; Widerruf des Aufhebungstestaments; Wiederaufleben des Erbvertrags

AktG §§ 112, 78; BGB § 181 – Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat gegenüber einer vom Vorstand abhängigen Gesellschaft, Insichgeschäft, Mehrfachvertretung

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

EG-Klauselrichtlinie (RL 93/13/EWG) Art. 3 Abs. 1; BGB §§ 307, 310 Abs. 3 (= §§ 9, 24a AGBG), 641; MaBV §§ 3, 7 – Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte über Vorliegen einer missbräuchlichen Klausel im Verbrauchervertrag

BGB §§ 1408, 138, 242, 1585c – Inhalts- und Ausübungskontrolle bei einer Scheidungsfolgenvereinbarung

BGB § 1374 Abs. 1 und 2; VermG § 2 Abs. 1 – Auch Restitutionsansprüche unterfallen dem Zugewinnausgleich

BGB §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1, 1626b Abs. 1 und 2, 1626e, 1599 Abs. 2 – Sorgeerklärung durch den leiblichen Vater bei Geburt des Kindes während des Scheidungsverfahrens

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2, 19 – (Erweiterte oder) betreuende Belehrungspflicht des (nur) die Annahme beurkundenden Zentralnotars auch gegenüber dem Anbietenden

BNotO §§ 19, 14; BeurkG § 17 – Belehrungspflicht bei ungesicherter Vorleistung

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2257, 2258, 2271, 2292

Aufhebung eines Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament; Widerruf des Aufhebungstestaments; Wiederaufleben des Erbvertrags

I. Sachverhalt

Die Eheleute A. haben vor ca. 40 Jahren einen notariellen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in dem sie für ihre Ehe den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten und sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Die Gütertrennungvereinbarung wurde ca. 20 Jahre später wiederholt, wobei eine Bezugnahme auf den seinerzeitigen Ehe- und Erbvertrag nicht erfolgte.

Wiederum einige Jahre später errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Weitere letztwillige Verfügungen wurden in dem gemeinschaftlichen Testament nicht getroffen; auch insoweit ist auf den ursprünglichen Ehe- und Erbvertrag keine Bezugnahme erfolgt.

Die Ehefrau möchte nunmehr einen Teil ihres Vermögens auf die gemeinschaftlichen Kinder übertragen. Eine Zustimmung des Ehemannes, von dem sie mittlerweile getrennt lebt, ist nicht zu erwarten. Die Ehefrau möchte sich daher vorab nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB von dem gemeinschaftlichen Testament lösen.

II. Frage

Führt der Widerruf des nachträglichen gemeinschaftlichen Testaments dazu, dass die Ehefrau im Hinblick auf §§ 2287, 2289 BGB ihre volle Verfügungs- bzw. Testierfreiheit zurückerhält oder leben mit Wirksamwerden des Widerrufs die erbvertraglichen Bestimmungen wieder auf?

III. Zur Rechtslage

1. Zur Beseitigung vertragsmäßiger Verfügungen beim Erbvertrag

Die Bindung an vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag (§ 2278 BGB) kann durch den Erblasser einseitig nur bei Vorliegen eines **Rücktritts- oder Anfechtungsgrundes** aufgehoben werden (vgl. §§ 2293 bis 2295 BGB bzw. § 2281 i. V. m. §§ 2078, 2079 BGB). Im Übrigen ist die Aufhebung des Erbvertrages oder einzelner vertragsmäßiger Verfügungen nur in beiderseitigem Einverständnis der Vertragsschließenden möglich, und zwar entweder durch **Aufhebungsvertrag** nach § 2290 BGB, durch einseitige

Aufhebung einer vertragsmäßigen Vermächtnis- oder Auf lagenanordnung per Testament mit Zustimmung des anderen Vertragsteils nach § 2291 BGB und schließlich durch ein gemeinschaftliches Testament bei zwischen Ehegatten oder Lebenspartnern i. S. des LPartG geschlossenen Erbverträgen nach § 2292 BGB.

§ 2292 BGB schafft gegenüber § 2290 BGB eine **Formerleichterung**, da zur Aufhebung oder Änderung eines Erbvertrags bei Ehegatten und seit dem 1.8.2001 bei gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnern (vgl. den Wortlaut des § 2292 BGB sowie § 10 Abs. 4 LPartG) ein **gemeinschaftliches Testament genügt**, das auch privatschriftlich errichtet werden kann. Die Aufhebung des Erbvertrages würde sonst eine notarielle Beurkundung erfordern, § 2290 Abs. 4, §§ 2276, 2291 Abs. 2 BGB (J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl. 2003, § 2292 BGB Rn. 1).

Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist § 2292 BGB nach herrschender Meinung auch dann anzuwenden, wenn die Vertragsteile bei Abschluss des Erbvertrages noch nicht miteinander verheiratet, nicht einmal miteinander verlobt waren (BayObLGZ 1995, 383, 386 = MittBayNot 1996, 422 = NJW-RR 1996, 457; Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, § 2292 Rn. 1; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2292 BGB Rn. 3).

2. Mögliche Varianten eines gemeinschaftlichen Aufhebungstestaments

Das Aufhebungstestament nach § 2292 BGB kann den **ganzen Erbvertrag aufheben oder auch nur einzelne in ihm getroffene Verfügungen** (BayObLG FamRZ 1986, 392, 393; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2292 Rn. 4). Das gemeinschaftliche Testament kann den Erbvertrag entweder ausdrücklich oder auch stillschweigend dadurch aufheben, dass es widersprechende Verfügungen trifft, sofern nur der Wille der Ehegatten oder Lebenspartner, die vertragsmäßigen Verfügungen durch testamentarische zu ersetzen, ausreichend deutlich wird. Denn nach allg. Meinung sind die §§ **2254, 2258 BGB analog** anzuwenden (BGH FamRZ 1987, 272 = NJW 1987, 901, 902; BayObLG FamRZ 1986, 392, 393; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2292 Rn. 4; MünchKomm-Musielak, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2292 Rn. 5).

3. Beseitigung des gemeinschaftlichen Aufhebungstestaments

Durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Aufhebungstestaments nach § 2292 BGB wird der aufgehobene Erbvertrag oder die aufgehobene vertragsmäßige Verfügung außer Kraft gesetzt (Staudinger/Kanzleiter, § 2292 BGB Rn. 10; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2292 BGB Rn. 15).

a) (Analoge) Anwendung von § 2257 BGB

Fraglich ist, ob bei einem einseitigen Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments der zuvor nach § 2292 BGB aufgehobene Erbvertrag entsprechend § 2257 BGB wieder auflebt. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass das gemeinschaftliche Testament i. S. v. § 2292 BGB eine letztwillige Verfügung ist, so wie alle anderen gemeinschaftlichen Testamente i. S. v. § 2265 ff. BGB auch, so lässt sich argumentieren, dass trotz der Verweisung auf § 2290 Abs. 3 BGB auf Regeln des Vertragsrechts für die Errichtung im Umkehrschluss jedenfalls für die Aufhebung des Testaments allein die §§ 2253 ff. BGB Anwendung finden, ergänzt

durch die Sonderregeln für gemeinschaftliche Testamente (insbesondere eben für den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen, § 2271 BGB – MünchKomm-Musielak, § 2292 Rn. 6; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Bearb. 1990, § 39 Rn. 4). Wird das aufhebende Testament daher vom Erblasser wirksam widerrufen, dann würde nach dieser Meinung durch eine entsprechende Anwendung der §§ 2257, 2258 Abs. 2 i. V. m. § 2279 Abs. 1 BGB der aufgehobene Erbvertrag oder die einzelne vertragsmäßige Verfügung wieder in Kraft treten (MünchKomm-Musielak, § 2292 BGB Rn. 6). Nach *Kipp/Coing* (a. a. O.) soll der Widerruf „den Erbvertrag im Sinne eines Testaments“ wiederherstellen, wobei aber offen bleibt, ob damit ein gemeinschaftliches Testament oder ein einseitiges Testament des Erblassers gemeint ist.

Für die vorstehende Sichtweise sprechen insbesondere die Existenz des § 2279 Abs. 1 BGB sowie die Tatsache, dass dann, wenn ein Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) aufgehoben wird, dies nach ganz h. M. ebenfalls durch entsprechende Anwendung des § 2257 BGB im Zweifel zum Wiederaufleben des aufgehobenen Erbvertrages führe (Palandt/Edenhofer, § 2290 Rn. 4; Soergel/Wolf, § 2290 Rn. 10; Staudinger/Kanzleiter, § 2290 Rn. 19; MünchKomm-Musielak, § 2290 Rn. 9) und § 2292 BGB demgegenüber nur eine Formerleichterung bedeute (s. oben 1.).

b) Herrschende Meinung

Die **herrschende Meinung** wählt jedoch einen anderen Ausgangspunkt: Danach soll es sich bei dem gemeinschaftlichen Aufhebungstestament „dem Wesen nach“ grundsätzlich um eine vertragliche Verfügung handeln; das gemeinschaftliche Aufhebungstestament trete an die Stelle eines Aufhebungsvertrages nach § 2290 BGB. Aus dieser Formsubstitution ergebe sich zugleich und unmittelbar, dass das Aufhebungstestament dem Kern nach vertraglicher Natur sei (Staudinger/Kanzleiter, § 2292 BGB Rn. 10; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2292 BGB Rn. 2, 16).

Dogmatisch klarer ist nach unserer Auffassung jedoch die Argumentation von *Kipp/Coing*: Denn wenn ein Erbvertrag durch gemeinschaftliches Testament oder durch Testament mit Zustimmung des anderen Teils aufgehoben ist und das aufhebende Testament widerrufen wird, so würde der Erbvertrag als solcher deshalb nicht wieder in Kraft treten können, weil der Widerruf einseitig erfolgt und der notwendige Konsens der Parteien zu dem aufgehobenen Vertrag dadurch nicht einfach wiederhergestellt werden kann. Die Rechtsfolge, die *Kipp/Coing* gleichwohl i. S. der dargetanen abweichenden Auffassung hieraus ableiten wollen, ist u. E. jedoch nicht überzeugend, da die von ihnen postulierte „Wiederherstellung des Erbvertrags im Sinne eines Testaments“ im Dunkeln bleibt und zu erheblichen Folgefragen bezüglich der dann notwendig einzuhaltenden erbrechtlichen Form führen würde.

Unabhängig von der Art der Begründung steht die ganz überwiegende Meinung aber gleichwohl auf dem Standpunkt, dass aufgrund der von ihr postulierten „Formsubstitution“ ein einseitiger Widerruf des gemeinschaftlichen Aufhebungstestaments durch den Erblasser nach §§ 2271 Abs. 1, 2253 BGB einen **vorher mit diesem Testament aufgehobenen Erbvertrag nicht wieder in Kraft setzen** könne (Palandt/Edenhofer, § 2292 BGB Rn. 3; Soergel/Wolf, § 2292 BGB Rn. 6; Staudinger/Kanzleiter, § 2292 BGB Rn. 10; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2292 BGB Rn. 17). Vielmehr könne diese Wirkung nur

durch eine im Kern **gleichwertige Rechtshandlung**, also durch einen Erbvertrag, einen Vertrag nach § 2290 BGB, ein Testament des Erblassers mit öffentlich beurkundeter Zustimmung des Vertragsgegners (entsprechend § 2291 BGB) oder durch ein neues gemeinschaftliches Testament der Ehegatten (entsprechend § 2292 BGB) herbeigeführt werden; § 2279 Abs. 1 BGB trete dabei hinter die Sonderregelungen in §§ 2290 ff. zurück.

c) Zwischenergebnis

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass unter Zugrundelegung der ganz h. M. eine **einseitige Lösung der Ehefrau von dem letzten gemeinschaftlichen Testament nicht dazu führen würde, dass der ursprüngliche Erbvertrag wieder auflebt**.

Der einseitige Widerruf des Aufhebungstestaments nach § 2254 BGB bedeutet jedoch, dass der Erblasser die frühere Regelung des Erbvertrags wiederherstellen will und kann deshalb in eine einseitige letztwillige Verfügung dieses Inhalts, jedoch **ohne erbvertragliche Bindung**, nach § 140 BGB umgedeutet werden (Soergel/Wolf, § 2292 Rn. 6; im Ergebnis ähnlich Kipp/Coing, § 39 Rn. 4).

4. Besonderheit: Bestehenbleiben des Erbvertrags bei bloß „wiederholender Verfügung“

Im vorliegenden Fall ist jedoch die Besonderheit zu beachten, dass das dem Ehe- und Erbvertrag nachfolgende gemeinschaftliche Testament keine Bezugnahme auf die bereits vorliegende letztwillige Verfügung, insbesondere keinen eigenständigen "Kassationsteil" bezüglich des Erbvertrags enthält. Es ist daher im vorliegenden Fall schon fraglich, ob das gemeinschaftliche Testament selbst überhaupt als Aufhebungstestament i. S. v. § 2292 BGB zu werten ist oder nicht eine bloße "wiederholende Verfügung" darstellt, die an sich zwar gültig ist, den Erbvertrag in seinem Bestand jedoch nicht berührt hat.

Eine stillschweigende Aufhebung nach § 2292 BGB i. V. m. § 2258 BGB analog setzt jedenfalls voraus, dass in dem Aufhebungstestament **widersprechende Verfügungen** getroffen worden sind. Inhaltlich abweichende Verfügungen wurden hier nicht getroffen. Der Aufhebungswille kann sich daher nur aus der Wahl gerade der Form des gemeinschaftlichen Testaments anstelle des bisherigen Erbvertrages ergeben. Im Einzelfall ist es durchaus möglich, dass die Ehegatten bewusst anstelle der bisherigen strengeren Bindung durch Erbvertrag die weniger strenge Bindung des gemeinschaftlichen Testaments wünschen. Dafür kann etwa sprechen, wenn das gemeinschaftliche Testament ausdrückliche **Regelungen zum Widerruf** oder doch eine Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit enthält, in deren Bewusstsein die Ehegatten das Testament errichteten.

Vorliegend aber gibt es keine anderen Anhaltspunkte als das Vorliegen eines inhaltsgleichen gemeinschaftlichen Testaments. Wir neigen eher zu der Annahme, dass dies zur Annahme eines Aufhebungswillens noch nicht genügt. Denn genauso gut ist es möglich, dass die Ehegatten bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments den Erbvertrag einfach vergessen hatten. Andernfalls könnte sich ein Ehegatte bereits dadurch aus der erbvertraglichen Bindung lösen, dass er den anderen Ehegatten später ein gleichlautendes gemeinschaftliches Testament gleichsam "zur Bestätigung" mitunterschreiben lässt mit der Folge, dass dann die erleichterte Lösungsmöglichkeit des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB im Raume stünde, obgleich dies der andere Teil u.U. gar nicht bedacht hat, geschweige denn wollte.

Damit wäre der ursprüngliche Erbvertrag gar nicht aufgehoben (sondern inhaltlich bekräftigt). Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments durch die Ehefrau lässt diesen ebenfalls unberührt. Dabei kommt es gar nicht auf den Meinungsstreit an, ob der Erbvertrag "wieder auflebt" (s.o. Ziffer 3), da er gar nicht erst aufgehoben wurde.

5. Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein einseitiger **Widerruf des Aufhebungstestaments** gem. § 2292 BGB durch den Erblasser nach den §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2253 BGB einen durch das Aufhebungstestament beseitigten **Erbvertrag nach h.M. nicht wieder in Kraft** setzen kann.

Voraussetzung ist aber, dass das gemeinschaftliche Testament den Erbvertrag tatsächlich aufgehoben hat – sei es ausdrücklich (entsprechend § 2254 BGB) oder stillschweigend durch widersprechende Verfügungen mit **Aufhebungswillen** (entsprechend § 2258 BGB). Ist Letzteres nicht der Fall, so existiert der ursprüngliche Erbvertrag neben dem gemeinschaftlichen Testament unverbunden weiter fort, insbesondere bleiben auch die Bindungswirkungen des Erbvertrages bestehen. Ob bereits der bloßen inhaltlichen Wiederholung der Verfügungen eines Erbvertrages durch ein gemeinschaftliches Testament die konkludente Aufhebung entnommen werden kann ist zweifelhaft. Wir neigen dazu, dies zu verneinen, sofern nicht noch andere Anhaltspunkte für einen Aufhebungswillen sprechen.

Da die Frage aber noch nicht gerichtlich entschieden wurde, kann die Ehefrau den Widerruf erklären und ein abweichendes Testament errichten – allerdings mit dem Risiko, dass dann nach ihrem Tod zwischen den Erben über die Wirksamkeit der bindungswidrigen Verfügung gestritten wird.

AktG §§ 112, 78; BGB § 181

Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat gegenüber einer vom Vorstand abhängigen Gesellschaft, Insichgeschäft, Mehrfachvertretung

I. Sachverhalt

Bei einem Grundstücksübertragungsvertrag zwischen der M.-GmbH als Veräußerin an die M.-AG als Erwerberin handelte N für beide Gesellschafter, da er sowohl Vorstand (und Alleinaktionär) der M.-AG wie Geschäftsführer der M.-GmbH war. N ist bei keiner der beiden Gesellschaften von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Das Grundbuchamt bemängelt nunmehr, es liege nicht nur ein Verstoß gegen § 181 BGB, sondern auch ein Verstoß gegen § 112 AktG vor. Folge sei die Nichtigkeit der abgegebenen Erklärungen.

II. Frage

Liegt ein Verstoß gegen §§ 181 BGB, 112 AktG vor?

III. Zur Rechtslage

1. Zwingende Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand

Nach § 112 AktG wird eine AG gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat gerichtlich und außegerichtlich vertreten. § 112 AktG konstatiert somit das **Verbot von „Insichgeschäften“** für Vorstandsmitglieder.

Nicht verboten wird durch diese Bestimmung die sog. „Mehrfachvertretung“, bei der ein Vorstandsmitglied die Gesellschaft und zugleich einen Dritten vertritt (Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 78 Rn. 6; KölnKomm-AktG/Mertens, 2. Aufl. 1996, § 112 Rn. 14 und § 78 Rn. 69; Gessler/Hefermehl, AktG, 1973, § 78 Rn. 88). Im Fall der **Mehrfachvertretung** greift allerdings **§ 181 BGB** ein. Eine Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung nach § 181 BGB ist nicht durch § 112 AktG verboten (KölnKomm-AktG/Mertens, § 78 Rn. 69 f.).

§ 112 AktG enthält insoweit zwingendes Recht. Die darin angeordnete gesetzliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats gegenüber Vorstandsmitgliedern gilt daher unabhängig davon, ob das in Rede stehende Vorstandsmitglied, mit dem die Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließen will bzw. dem es in einem Rechtsstreit gegenübersteht, innerhalb der AG einzelvertretungsbefugt ist oder nicht. Soweit ersichtlich, wird im Anwendungsbereich des § 112 AktG nirgends diskutiert, diese Vorschrift dann nicht anzuwenden, wenn neben dem in Rede stehenden Vorstandsmitglied noch ein weiteres, einzelvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied vorhanden ist, das für die Gesellschaft gegenüber dem anderen Vorstandsmitglied handeln könnte. Vielmehr wird hier ganz allgemein die Auffassung vertreten, dass die ausschließliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrates nach § 112 AktG für **alle Rechtsgeschäfte mit Vorstandsmitgliedern** sowie für Rechtsstreitigkeiten jeder Art bestehe. Ob im Einzelfall Interessen der AG gefährdet erscheinen, ist insoweit unerheblich (Hüffer, § 112 Rn. 3; Semler, in: FS Rowedder, 1994, 441 ff.; Gessler/Hefermehl, § 112 Rn. 9 f.).

2. Anwendungsbereich von § 112 AktG

a) Keine Anwendung bei Mehrfachvertretung

§ 112 AktG gilt seinem sachlichen Anwendungsbereich nach für sämtliche Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten „Vorstandsmitgliedern gegenüber“. Rechtsgeschäfte bzw. Rechtshandlungen, die nicht in dem Verhältnis zwischen Gesellschaft einerseits und Vorstandsmitglied andererseits Rechtswirkungen entfalten sollen, sondern gegenüber einem Dritten wirken, fallen daher – wie insbesondere die „Mehrfachvertretung“ – grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.

b) Wirtschaftliche Identität zwischen Vorstand und dritter Gesellschaft

Nach einer zunächst in der **Literatur** vertretenen Auffassung liegt die Vertretungskompetenz in direkter bzw. analoger Anwendung des § 112 AktG gleichwohl beim Aufsichtsrat, wenn zwischen dem Dritten und dem Vorstand **wirtschaftliche Identität** besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Dritten um die **Ein-Mann-Gesellschaft** eines Vorstandsmitglieds handelt (Werner, ZGR 1989, 369, 372 ff.; KölnKomm-AktG/Mertens, § 112 Rn. 14; a. A. jedoch Gessler/Hefermehl, § 78 Rn. 88, § 89 Rn. 39; GroßKomm-AktG/Mayer-Landrut, 3. Aufl. 1973, § 73 Rn. 22).

In der Rechtsprechung hat sich mit diesem Problem – soweit ersichtlich – erstmals das **OLG Saarbrücken** in seinem Urteil vom 30.11.2000 (AG 2001, 483 = NZG 2001, 714) auseinandergesetzt. Jedenfalls für den Fall, dass das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, ohne dass zugleich wirtschaftliche Identität besteht, findet nach Auffassung des OLG Saarbrücken die Vorschrift des § 112 AktG keine Anwendung. In der Literatur wurde diese Entscheidung des OLG Saarbrücken zustimmend kommentiert (Anwaltskommen-

tar Aktienrecht-Breuer/Fraune, 2003, § 112 Rn. 2 a. E.; Fischer, ZNotP 2002, 297, 299 f.; Hüffer, § 112 AktG Rn. 2 a. E.).

Zwischenzeitlich sind drei weitere **landgerichtliche Entscheidungen** zu diesem Problem ergangen. In den gleich gelagerten Fällen ging es jeweils darum, dass der Vorstandsvorsitzende einer AG im Eigentum dieser AG befindliche Grundstücke an eine andere AG veräußert, deren Alleinaktionär er war. Das LG Koblenz (ZNotP 2002, 322) sowie das LG Köln (Urt. v. 13.11.2001, Az. 85 U 186/01; zitiert nach Fischer, ZNotP 2002, 297, 299) gingen ohne weiteres von der analogen Anwendbarkeit des § 112 AktG aus. Dabei argumentierten beide Gerichte im Wesentlichen mit dem Schutzzweck des § 112 AktG, der bereits eine abstrakte Gefährdung der Gesellschaftsinteressen der AG vermeiden sollte. Im Rahmen einer typisierenden Betrachtungsweise müsse § 112 AktG deshalb auch entsprechend Anwendung finden, wenn zwischen Vorstandsmitglied und juristischer Person eine „wirtschaftliche Identität“ bestehe. Im Ausgangspunkt die gleiche Auffassung wird schließlich auch vom LG Verden (Urt. v. 18.10.2001 – Az. 5 U 367/01; zitiert nach Fischer, a. a. O.) vertreten. Anders als in den Fällen des LG Koblenz und des LG Köln lag jedoch eine Genehmigungserklärung des Aufsichtsrats der AG vor, so dass das LG Verden die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 112 AktG auf Fälle der wirtschaftlichen Identität des Vorstandsmitgliedes einer AG mit deren Vertragspartner unbeantwortet lassen konnte.

In der soweit ersichtlich einzigen Stellungnahme zu diesen Urteilen hat sich *Fischer* (ZNotP 2002, 297, 300 ff.) kritisch mit dieser Auffassung auseinandergesetzt. Seiner Ansicht nach finde die Auslegung des § 112 AktG, die Vorschrift greife auch in den Fällen wirtschaftlicher Identität ein, keinen Anhaltspunkt im Wortlaut der Vorschrift (ähnlich wohl auch Hüffer, § 112 AktG Rn. 2 a. E.). Auch eine „typisierende Betrachtungsweise“ sei nicht angezeigt, weil § 112 AktG keine umfassende Interessenbetrachtung in dem Sinne fordere, dass zu prüfen wäre, ob ein Vorstandsmitglied evtl. persönliche Interessen verfolge. Andernfalls würde der Rahmen des § 112 AktG gesprengt. I. Ü. sei die analoge Anwendung des § 112 AktG auf Fälle wirtschaftlicher Identität mit dem Ausnahmecharakter dieser Vorschrift nicht vereinbar. Ebenso gehe mit dieser erweiterten Auslegung eine erhebliche Rechtsunsicherheit einher, weil unklar sei, wann eine solche wirtschaftliche Identität angenommen werden könne, etwa erst bei einer 100%-igen Beteiligung oder etwa schon bei einer 75%-igen (so Bormann, OLG-Report 12/2003, K21, K24) oder gar 51%-igen Beteiligung des Vorstandes an der anderen Gesellschaft (Fischer, ZNotP 2002, 297, 301 f.).

Auch wenn man mit dem Sinn und Zweck des § 112 AktG argumentiert, die Vorschrift wolle bereits eine abstrakte Gefährdung der Gesellschaftsinteressen vermeiden, ist u. E. jedoch nicht zu verkennen, dass § 112 AktG ähnlich wie § 181 BGB auch den Charakter einer „**formalen Ordnungsvorschrift**“ hat. Daher ließe sich argumentieren, dass es – ähnlich wie im Fall des § 181 BGB – nicht allein auf einen möglichen Interessenkonflikt ankomme, sondern auch und vor allem darauf, dass die vom Anwendungsbereich des § 112 AktG erfasste Person, also der Vorstand, Partei des Rechtsgeschäfts sei (vgl. dazu Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 181 Rn. 7). Im Ergebnis halten wir deshalb die Auffassung von *Fischer* jedenfalls auch im Hinblick auf die Parallelvorschrift des § 181 BGB durchaus

für überzeugend. Gleichwohl ist jedoch zu konstatieren, dass die Rechtsprechung bei § 112 AktG allein auf einen möglichen Interessenwiderstreit abstellt und deshalb jedenfalls in Fällen wirtschaftlicher Identität zu einer Anwendung dieser Vorschrift gelangt. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung in der Rechtsprechung ist im vorliegenden Sachverhalt die Auffassung des Grundbuchamtes sicherlich zutreffend. Auch hier liegt ein Fall der wirtschaftlichen Identität vor, weil der Vorstand der als Erwerberin handelnden Aktiengesellschaft zugleich Geschäftsführer der veräußernden GmbH ist. Folgt man demgegenüber der Auffassung von *Fischer* (ZNotP 2002, 297, 300 ff.), so würde eine Anwendung des § 112 AktG ausscheiden.

c) Befreiung von § 181 BGB erforderlich

Aber auch dann, wenn man sich dieser Ansicht von *Fischer* anschließt, bleibt jedoch festzuhalten, dass zwar nicht ein Fall des § 112 AktG, wohl aber ein Fall der Mehrfachvertretung im Sinne des § 181 BGB gegeben ist. Vorliegend handelt der Vorstand der Aktiengesellschaft sowohl als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft als auch in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter der GmbH. Eine derartige Mehrfachvertretung ist zwar nicht von § 112 AktG verboten. Gleichwohl gelten hier die allgemeinen Einschränkungen des § 181 BGB. Von den Beschränkungen des § 181 BGB können aber beide Gesellschaften den N **nachträglich befreien**.

3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 112 AktG

Geht man abweichend von der hier vertretenen Auffassung jedoch davon aus, dass § 112 AktG bei wirtschaftlicher Identität Anwendung findet, so stellt sich die weitere Frage, welche Rechtsfolgen ein solcher Verstoß gegen § 112 AktG zeitigt. Die Frage, ob ein Verstoß gegen § 112 AktG zur Nichtigkeit oder lediglich zur schwebenden Unwirksamkeit führt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

a) Rechtsprechung

Der **BGH** ließ die Fragen in seiner Entscheidung vom 7.7.1993 ausdrücklich offen (AG 1994, 35 = NJW-RR 1993, 1250 = WM 1993, 1630 = ZIP 1993, 1380).

Von einer Nichtigkeit gehen bei einem Verstoß gegen § 112 AktG das OLG Hamburg (ZIP 1986, 1249 = NJW-RR 1986, 1483 = DB 1986, 1381 = WM 1986, 972) und das OLG Stuttgart (AG 1993, 85 = BB 1992, 1669) aus.

Demgegenüber nimmt das OLG Karlsruhe (AG 1996, 224 = WM 1996, 161) lediglich eine **schwebende Unwirksamkeit** an. Nach seiner Auffassung bestehe kein Grund, die §§ 177 ff. BGB nicht auch im Falle eines Verstoßes gegen § 112 AktG anzuwenden (ebenso Sethe, EWiR § 112 AktG 1/96, 581; Werner, ZGR 1989, 369, 389 ff.). In der jüngeren Rechtsprechung haben sich dieser Auffassung auch das OLG Celle (AG 2003, 433 = BB 2002, 1483) sowie das Landgericht Dresden zur Parallelvorschrift des § 39 GenG angeschlossen (Beschl. v. 14.6.2001, Az. 2 T 454/01, unveröffentl.).

b) Literatur

Die Neuauflage der Kommentierung von *Hüffer* (§ 112 AktG Rn. 7) schließt sich dieser Auffassung an und hält ein gegen § 112 AktG verstoßendes Rechtsgeschäft nur für **schwebend unwirksam** und deshalb für **durch den Aufsichtsrat genehmigungsfähig**. Auch die übrige neuere Literatur hat sich dieser Auffassung – soweit ersichtlich – einhellig angeschlossen (Anwaltskommentar Aktienrecht-Breuer/Fraune, § 112

Rn. 8; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, Rn. 413; Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl. 2002, Rn. 228; a. A. hingegen noch DNotI-Gutachten Nr. 21, in: Holland/Reul, DNotI-Gutachten zum Aktienrecht, 1997 ff., S. 94).

Nach erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage möchten auch wir uns nunmehr im Gegensatz zu unserem vorher bezeichneten Gutachten Nr. 21 dieser Auffassung anschließen. Die Interessen der Aktiengesellschaft sind auch bei schwebender Unwirksamkeit ausreichend gesichert. Die AG hat es alsdann in der Hand, sich vor dem in Rede stehenden Geschäft einfach dadurch zu schützen, dass sie die Genehmigung versagt. Nicht notwendig ist es u. E. deshalb, einen Verstoß gegen § 112 AktG mit der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB zu versehen.

4. Ergebnis

Die wohl h. M. in Rechtsprechung und Literatur nimmt einen Verstoß gegen § 112 AktG bereits bei wirtschaftlicher Identität an. Ein solcher Verstoß könnte aber nach neuerer Ansicht in der Literatur durch eine Genehmigung des Aufsichtsrats geheilt werden (a. A. insofern allerdings z. T. die Rechtsprechung).

Ohnehin erforderlich ist hier eine nachträgliche Befreiung von § 181 BGB durch beide Gesellschaften. Wird die Befreiung durch den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft erteilt, liegt darin wohl konkludent auch die Genehmigung nach § 112 AktG.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

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

BeurkG § 9 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 1191; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800

Bezeichnung des Notars in Urkunde; Wirksamkeit einer Grundschuldbestellung bei fehlender Bezeichnung des Notars

Fax-Abruf-Nr.: **11347**

InsO § 88; ZPO § 868

Wirkung der Rückschlagsperre bei einer Zwangssicherungshypothek und Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld

Fax-Abruf-Nr.: **11348**

BSHG § 90; BGB §§ 1896, 1901, 2100, 2197 ff., 2216

„Behindertentestament“; ertragsloser Nachlass; Verpflichtung des Betreuers zur Erbschaftsausschlagung

Fax-Abruf-Nr.: **1297**

AktG § 119

Anwendungsbereich der „Holzmüller-Entscheidung“

Fax-Abruf-Nr.: **13137**

Einladung zur siebten Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

Der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. lädt alle Mitglieder zur siebten ordentlichen Mitgliederversammlung gem. § 7 Abs. 1 der Satzung herzlich ein.

**Freitag, 25. Juni 2004, 17.00 Uhr,
im Gartenpavillon des Juliusspitals,
Klinikstraße 1, 97070 Würzburg**

Tagesordnung:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorstandes
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Vorstandes
7. Nachwahl eines Vorstandsmitglieds
8. Satzungsänderung (siehe unten)
9. Verschiedenes

Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

Paul Wagner
(stellv. Vorsitzender)

Die **Mitgliederversammlung** findet statt im Anschluss an das

**Vierte Wissenschaftliche Symposium
des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg**
zum Thema

„Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht“
(siehe nebenstehendes Programm)

Vorschläge zur Satzungsänderung

Der Mitgliederversammlung am 25. Juni 2004 werden vom Gesamtvorstand folgende Satzungsänderungen vorgeschlagen:

- 1) **§ 2 Zweck Abs. 2 Satz 2** wird um die Worte „wissenschaftliche Einrichtungen an Hochschulen und“ ergänzt und lautet dann wie folgt:
„Er unterstützt wissenschaftliche Einrichtungen an Hochschulen und wissenschaftliche Vorhaben, insbesondere notarrechtliche Veröffentlichungen, z. B. durch Stipendien und andere finanzielle Zuwendungen.“
- 2) **In § 4 Mitgliedschaft** wird ein neuer Abs. 5 mit folgendem Wortlaut eingefügt:
„5. Der Verein kann aus Mitgliedern des Vereins bestehende Förderkreise für von ihm geförderte Einrichtungen unterhalten. Die Förderkreise geben sich eine Satzung. Jedes Mitglied kann erklären, ob es einem Förderkreis angehören will.“
Der bisherige Abs. 5 wird Abs. 6; der bisherige Abs. 6 wird Abs. 7.
- 3) Der bisherige Text des **§ 5 Geschäftsjahr und Beiträge** wird Absatz 1.
Ein neuer Abs. 2 wird mit folgendem Wortlaut hinzugefügt:
„2. Der Gesamtvorstand beschließt, welcher Teil der Mitgliedsbeiträge der Mitglieder des Förderkreises vorab ohne Anrechnung auf die vom Verein zugesagten Mittel für Zwecke der von ihnen geförderten Einrichtung zu verwenden ist.“

Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht

am Freitag, 25. Juni 2004
im Gartenpavillon des Juliusspitals in Würzburg

- 9.30 Uhr: **Begrüßung** und Einleitung durch **Prof. Dr. Günter Christian Schwarz**
(Universität Würzburg)
- 9.45 Uhr: **„Entwicklungen im GmbH-Recht“**
Prof. Dr. Hans-Joachim Priester (Hamburg), Notar
anschließend Diskussion
- 10.45 Uhr: **„Die Centros-, Überseering- und Inspire Art-Entscheidungen und die notarielle Praxis“**
Prof. Dr. Wulf Henrich Döser (Frankfurt), Rechtsanwalt und Notar
anschließend Diskussion
- 11.30 Uhr: *Kaffeepause*
- 12.00 Uhr: **„Folgen aus der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft für die notarielle Praxis“**
Dr. Eckhard Wälzholz (Füssen), Notar
anschließend Diskussion
- 13.00 Uhr: *Mittagessen (im Tagungspreis inbegriffen)*
- 14.00 Uhr: **„Das Schicksal des Sonderbetriebsvermögens beim Tod eines Mitunternehmers“**
Prof. Dr. Klaus Tiedtke (Universität Würzburg)
anschließend Diskussion
- 15.00 Uhr: *Kaffeepause*
- 15.15 Uhr: **„Die Europäische Aktiengesellschaft – Einführung und Überblick“**
Prof. Dr. Günter Christian Schwarz (Universität Würzburg)
- 15.45 Uhr: **„Praktische Fragen zur Europäischen Aktiengesellschaft“**
Dr. Heribert Heckschen (Dresden), Notar
anschließend Diskussion zu beiden Beiträgen
- 17.00 Uhr: *voraussichtliches Ende*

Tagungsleitung: **Prof. Dr. Klaus Tiedtke**
Vorsitzender des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg

Prof. Dr. Günter Christian Schwarz
Vorstand des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg

Organisatorische Hinweise:

- Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- Sämtliche Teilnehmer erhalten nach Abhaltung des Symposiums einen Tagungsband per Postversand.

Teilnahmegebühr (inclusive Verköstigung und Tagungsband):

- **110 €** für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- **160 €** für Nichtmitglieder
- **50 €** für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- **frei** für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind

Der Kostenbeitrag wird vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2004“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, überwiesen.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760,
Fax: 0931/35576225, email: notrv@dnoti.de

**„Deutsch-Österreichischer Rechtsvergleich in der notariellen Praxis“
11. und 12. Juni 2004 in Berlin**

Die gemeinsam mit der „Österreichischen Notariatsakademie“ angebotene Veranstaltung ist der Behandlung notarrechtlicher Probleme im Deutsch-Österreichischen Rechtsverkehr gewidmet. Ziel der Veranstaltung ist es, den praxisrelevanten Rechtsvergleich zwischen den unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen zu fördern. Trotz der engen Verknüpfung beider Länder zeichnet sich im Verhältnis zu Österreich eine immer noch verblüffende Lücke an Informationen ab, die es zu schließen gilt.

Im Mittelpunkt der zum zweiten Mal angebotenen Veranstaltung stehen diesmal Fragen des deutschen und österreichischen Grundstücksrechts sowie den damit zusammenhängenden Einzelfragen im notariellen Tagesgeschäft. Am Beispiel der Vertragsgestaltung bei einer vorweggenommenen Erbfolge, einem Kaufvertrag über ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück, einem bebauten Grundstück und dem Erwerb einer Eigentumswohnung sollen die unterschiedlichen Rechtssysteme praxisnah einem unmittelbaren Rechtsvergleich unterzogen werden. Die Darstellung und Erläuterung erfolgt anhand einer detaillierten Arbeitsunterlage, die aktuelle Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt und als Hilfsmittel bei der täglichen Arbeit geeignet ist. Es besteht ausreichend Gelegenheit zur Aussprache.

Referenten: Notar Dr. Claus **Spruzina**, Salzburg,
Notar Dr. Mike **Lunzner**, Wien,
Notar Peter **Wandel**, Esslingen.

Tagungszeiten: 11. Juni 2004 9.00 – 10.30 und 10.45 – 12.15 Uhr
13.45 – 15.15 und 15.30 – 17.00 Uhr
12. Juni 2004 9.00 – 10.30 und 10.45 – 12.15 Uhr (12.30 Uhr Test)

Rahmen- und Begleitprogramm u. a. mit Führung im Deutschen Bundestag, Führung durch das Pergamon-Museum, Stadtrundfahrt etc. Für weitere Auskünfte wenden Sie sich bitte an Frau Costanzino (Fachinstitut für Notare), Tel. (0234) 97064-18.

Tagungsgebühr (incl. Arbeitsunterlagen, Mittagsimbiss und Pausengetränke): **295,- €**
(245,- € für Notarassessoren und Rechtsanwälte bis zu 2 Jahren nach ihrer Zulassung - Kopie der Zulassung bitte beifügen)
Der Kostenbeitrag ist vor Beginn der Tagung auf das Konto des DAI bei der Dresdner Bank AG, Filiale Bochum, Konto-Nr.: 8 029 507 00, BLZ 430 800 83, mit dem Hinweis „**Tagungs-Nr. 8346**“ und Name des Teilnehmers zu überweisen.

Anmeldungen bitte per Telefax oder e-mail direkt an das
Deutsche Anwaltsinstitut e. V. – Fachinstitut für Notare –, Universitätsstraße 140, 44799 Bochum
Tel. (0234) 97064 – 0, Fax (0234) 703507, e-mail: notare@anwaltsinstitut.de

Name, Vorname, Titel

Einrichtung

Straße, Nr.

PLZ, Ort

Telefon/Fax

e-mail

Datum, Unterschrift

EG-Klauselrichtlinie (RL 93/13/EWG) Art. 3 Abs. 1; BGB §§ 307, 310 Abs. 3 (= §§ 9, 24a AGBG), 641; MaBV §§ 3, 7

Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte über Vorliegen einer missbräuchlichen Klausel im Verbrauchervertrag

Es ist Sache des nationalen Gerichts festzustellen, ob eine Vertragsklausel wie die, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, die Kriterien erfüllt, um als missbräuchlich im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen qualifiziert zu werden.

EuGH, Urt. v. 1.4.2004 – Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten)
Kz.: L I 1 – § 307 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10399

Problem

Mit Beschluss vom 2.5.2002 (DNotI-Report 2002, 102 = DNotZ 2002, 652) hatte der VII. Zivilsenat des BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Bauträgers den Erwerber im Sinn der §§ 27a, 9 AGBG unangemessen benachteiligten, wenn der Erwerbspreis unabhängig vom Baufortschritt fällig wird und der Bauträger eine Bürgschaft nach § 7 MaBV stellt. Der BGH hatte diese Frage für das deutsche Recht verneint, aber im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen die EG-Klauselrichtlinie (Art. 3 Abs. 1) die Frage dem EuGH vorgelegt.

Der Generalanwalt des EuGH hatte bereits in seinem Schlussantrag vom 25.9.2003 (DNotI-Report 2003, 156) vertreten, dass die Beurteilung, ob eine Klausel im konkreten Fall missbräuchlich sei, von den nationalen Gerichten selbst vorzunehmen sei.

Entscheidung

Der EuGH empfiehlt nun (wie meistens) im Sinne des Schlussantrags des EuGH-Generalanwaltes. Damit liegt die Sache wieder dem BGH vor, wobei das inhaltliche Ergebnis der BGH-Entscheidung bereits aus dem Vorlagebeschluss des VII. Zivilsenats abzulesen ist.

BGB §§ 1408, 138, 242, 1585c
Inhalts- und Ausübungskontrolle bei einer Scheidungsfolgenvereinbarung

Zur Wirksamkeit einer Scheidungsfolgenvereinbarung, in der die Ehefrau auf Ehegattenunterhalt und Versorgungsausgleich verzichtet und für den (evtl.) Zugewinn einen Ausgleichsbetrag erhalten hat.

OLG Celle, Urt. v. 25.2.2004 – 15 UF 178/03
Kz.: L I 1 – § 1408 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10400

Problem

Aus der im Jahre 1989 geschlossenen Ehe der Parteien ging die 1989 geborene Tochter N hervor, die bei der Klägerin lebt. Die Ehe der Parteien wurde im November 2000 ge-

schieden. Im September 1999 hatten die Parteien, die beide berufstätig waren und über in etwa gleich hohe Erwerbseinkünfte verfügten, eine notarielle Scheidungsvereinbarung getroffen, in der sie zur Vermögensauseinandersetzung den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten und sich zum Ausgleich von Zugewinnausgleichsansprüchen dahingehend auseinandersetzten, dass der Ehemann der Ehefrau einen Betrag von 20.000 DM zu zahlen hatte. Im Übrigen verzichteten sie wechselseitig auf ggf. darüber hinaus bestehende Ansprüche. Weiterhin schlossen die Parteien den Versorgungsausgleich und den nachehelichen Ehegattenunterhalt aus.

Die Ehefrau machte nunmehr geltend, die notarielle Scheidungsvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 und 2 BGB nichtig und begehrte Auskunft über das Endvermögen des Beklagten.

Entscheidung

Das OLG Celle wies die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil der Vorinstanz zurück. Hierbei geht das Gericht zunächst ohne weitere Begründung davon aus, dass die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen (vgl. **DNotI-Report 2004, 46, 54**) auch auf **Scheidungsfolgenvereinbarungen** anzuwenden seien (für die Vorgaben des BVerfG ebenso bereits OLG Naumburg FF 2002, 69 f. m. Anm. Bergschneider).

Nach diesen Grundsätzen sei die Scheidungsvereinbarung der Parteien aber weder gem. § 138 BGB nichtig, noch sei der Ehemann gem. § 242 BGB daran gehindert, sich auf den vereinbarten Ausschluss des Zugewinnausgleichs zu berufen. Die Parteien hätten während der Ehe über etwa gleich hohe Einkünfte verfügt und seien im Scheidungsverfahren auch davon ausgegangen, dass sie Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung in etwa gleicher Höhe erworben hätten. Außerdem sei die Klägerin entsprechend der gemeinsamen Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse auch nach der Geburt der gemeinsamen Tochter im Jahr 1989 weiterhin ganztätig berufstätig gewesen, so dass dem Unterhaltsverzicht auch Kindesbelange nicht entgegenstünden. Damit seien Regelungen aus dem **Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts** durch die notarielle Vereinbarung der Parteien **nicht zum Nachteil der Klägerin betroffen**.

BGB § 1374 Abs. 1 und 2; VermG § 2 Abs. 1
Auch Restitutionsansprüche unterfallen dem Zugewinnausgleich

a) **Zur Berücksichtigung von Restitutionsansprüchen im Zugewinnausgleich.**

b) **Zur Behandlung von vereinigungsbedingten Wertsteigerungen im Zugewinnausgleich.**

BGH, Urt. v. 28.1.2004 – XII ZR 221/01
Kz.: L I 1 – § 1374 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10401

Problem

Die 1953 geschlossene Ehe der Parteien wurde 1993 geschieden. Zum Endvermögen des Ehemannes zählen ein Sparguthaben und ein in Sachsen-Anhalt gelegener Grundbesitz mit einem Wert von 960.000 DM. Dieser Grundbe-

sitz befand sich zunächst im Eigentum einer ungeteilten Erbengemeinschaft. Ein Miteigentümer, der Vater des beklagten Ehemannes, starb im Jahr 1950 und wurde u. a. vom Beklagten beerbt. Im Jahr 1952 verließ der Beklagte die DDR und siedelte in die Bundesrepublik Deutschland über. In der Folgezeit wurde der Beklagte wegen seiner Ausreise enteignet und im Grundbuch das Volk als weiterer Eigentümer des Grundbesitzes eingetragen. Später verstarben noch weitere Miteigentümer des Grundbesitzes und wurden von dem Beklagten allein beerbt. Im Jahr 1997 erging ein Restitutionsbescheid zugunsten des Ehemannes.

Der Streit der Eheleute betrifft nun die Frage, ob das Grundvermögen des Beklagten auch seinem Anfangsvermögen zuzurechnen sei und wie sich vereinigungsbedingte Wertsteigerungen im Rahmen des Zugewinnausgleichs auswirken würden (zu dieser Frage vgl. auch Gutachten DNotI-Report 1998, 85).

Entscheidung

Der BGH entschied, dass bei Beginn des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft (1.7.1958) **keine Anwartschaft** des Beklagten auf Rückübertragung des enteigneten Vermögens bestand, die seinem Anfangsvermögen zuzurechnen wäre. Zu diesem Zeitpunkt sei ein realer Vermögenswert in der Gestalt eines Restitutionsanspruches nicht vorhanden gewesen, der Rückerwerb des enteigneten Vermögens daher völlig ungewiss, so dass ein wirtschaftlich verwertbares Anwartschaftsrecht aufgrund der politischen Verhältnisse nicht vorgelegen habe. Eine realisierbare Vermögensposition habe der Beklagte insoweit erst erlangt, als das **Vermögensgesetz am 29.9.1990** in Kraft getreten sei. Diese Vermögensposition könne auch nicht gem. § 1374 Abs. 2 BGB in seinem Anfangsvermögen berücksichtigt werden. Schließlich könne der Restitutionsanspruch auch nicht als Surrogat für das originäre Anfangsvermögen des Beklagten angesehen und deshalb gem. § 1374 Abs. 1 BGB dem Anfangsvermögen hinzugerechnet werden. Hingegen sei der während der Ehe für die Enteignung gewährte **Lastenausgleich** im Anfangsvermögen des Beklagten zu berücksichtigen.

Soweit die Erbteile des Beklagten nicht enteignet worden seien, seien diese Erbteile dem Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB zuzurechnen. Für die Wertberechnung sei auf den Zeitpunkt des Erwerbs unter Berücksichtigung des eingetretenen Kaufkraftschwundes gem. § 1376 Abs. 1 BGB abzustellen. Die **vereinigungsbedingten Wertsteigerungen** seien hingegen nicht dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen und unterlägen damit dem Zugewinnausgleich.

BGB §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1, 1626b Abs. 1 und 2, 1626e, 1599 Abs. 2

Sorgeerklärung durch den leiblichen Vater bei Geburt des Kindes während des Scheidungsverfahrens

a) **Eine noch bestehende Ehe der Kindesmutter steht der Abgabe einer Sorgeerklärung durch den leiblichen Vater nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht entgegen, wenn das Kind bei Anhängigkeit des Scheidungsantrags noch nicht geboren war und der leibliche Vater nach § 1599 Abs. 2 BGB auch die Vaterschaft anerkannt hat.**

b) **Die Sorgeerklärung ist dann – wie die Anerkennung der Vaterschaft – zunächst schwebend unwirksam und wird mit der Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils wirksam.**

BGH, Beschl. v. 11.2.2004 – XII ZB 158/02

Kz.: L I 1 – § 1626a BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10402**

Problem

Die Ehe von M und F wurde im Jahr 2001 rechtskräftig geschieden. Nach Zustellung des Scheidungsantrags im November 1998 wurde die Tochter J geboren. Noch im Dezember 1998 erkannte D die Vaterschaft für J an. Frau F stimmte der Anerkennung zu, ebenso auch der Ehemann M. Im September 1999 gaben F und D eine gemeinsame Sorgeerklärung für J ab.

F und D lebten von 1998 bis 2000 zusammen und trennten sich dann. Sodann begehrt sie wechselseitig das alleinige Sorgerecht für J.

Entscheidung

D konnte trotz der bei Geburt der J noch bestehenden Ehe zwischen M und F gem. § 1599 Abs. 2 BGB seine **Vaterschaft anerkennen**. Diese Anerkennung wurde mit Rechtskraft der Ehescheidung im Jahr 2001 wirksam.

Problematisch war allerdings, ob die im September 1999 abgegebene gemeinsame **Sorgeerklärung** ebenfalls wirksam war. Ob eine Sorgeerklärung schon vor der rechtskräftigen Ehescheidung der Mutter, also in einem Zeitpunkt, in dem auch die leibliche Vaterschaft noch nicht endgültig feststeht, wirksam abgegeben werden kann, wird in der Literatur uneinheitlich beantwortet (verneinend MünchKomm/Huber, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1626a Rn. 14, § 1626b Rn. 15; bejahend Staudinger/Coester, BGB, 13. Bearb. 2002, § 1626b Rn. 4, 11; Palandt/Diederichsen, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1626b Rn. 1). Der **BGH** folgt nun den bejahenden Literaturstimmen: Eine bis zum rechtskräftigen Abschluss des vor der Geburt des Kindes anhängig gewordenen Scheidungsverfahrens abgegebene Sorgeerklärung sei schwebend unwirksam, aber nicht nichtig, und werde später mit Rechtskraft der Scheidung wirksam.

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2, 19 (Erweiterte oder) betreuende Belehrungspflicht des (nur) die Annahme beurkundenden Zentralnotars auch gegenüber dem Anbietenden

Bei der sukzessiv erfolgenden Beurkundung von Vertragsangebot und -annahme kann dem sogenannten Zentralnotar, der nur die Vertragsannahme beurkundet, gegenüber dem Anbietenden eine betreuende Belehrungspflicht bezüglich zwischenzeitlich eingetragener Belastungen obliegen.

BGH, Urf. v. 4.3.2004 – III ZR 72/03

Kz.: L III 2 – § 17 Abs. 1 BeurkG

Fax-Abruf-Nr.: **10403**

Problem

Ein Zentralnotar hatte Angebote zum Kauf von Eigentumswohnungen entworfen. Kapitalanleger ließen die Angebote bei verschiedenen Ortsnotaren beurkunden. Vor der Annah-

me des Angebots durch den Bauträger bestellte dieser eine Dienstbarkeit mit einer Nutzungsbeschränkung (Studentenwohnungen). Der Zentralnotar reichte die Dienstbarkeitsbestellungsurkunde beim Grundbuchamt zum Vollzug ein.

Nach Vollzug des Kaufvertrages ging der Kapitalanleger zunächst gegen den Bauträger aus Gewährleistungsrecht vor. Nachdem der Bauträger in Insolvenz ging, nahm der Kapitalanleger den Notar in Haftung. Er warf dem Notar vor, ihn nicht über die Eintragung der Dienstbarkeit informiert zu haben.

Entscheidung

Der BGH bejahte einen Amtshaftungsanspruch. Zwar obliege dem Notar eine Amtspflicht zur Rechtsbelehrung nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG grundsätzlich nur gegenüber den formell (im Sinn des § 6 Abs. 2 BeurkG) an der Beurkundung Beteiligten. Ausnahmsweise können jedoch auch gegenüber anderen Personen, die nicht formell (unmittelbar), wohl aber mittelbar beteiligt sind, Belehrungspflichten nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO bestehen. **Mittelbar Beteiligter** ist insbesondere, wer im eigenen Interesse bei der Beurkundung anwesend ist oder aus dem beurkundeten Rechtsgeschäft verpflichtet werden oder Recht erwerben soll und wer sich **aus Anlass der Beurkundung an den Notar gewandt** und ihm eigene Belange anvertraut hat; ebenso nach BGH DNotI-Report 2003, 40 (= DNotZ 2003, 26 = NJW 2003, 1940), wer von den unmittelbar Beteiligten zu der Beurkundung hinzugezogen wird, um ihn "faktisch einzubinden".

Zu den im Sinn der zweiten Fallgruppe Geschützten rechnete der BGH hier auch den Kapitalanleger. Denn lediglich der Zentralnotar konnte das Geschehen umfassend überblicken und steuern. Auf ihn musste sich insbesondere auch der Ortsnotar hinsichtlich Grundbucheinsicht und Vollzug verlassen.

BNotO §§ 19, 14; BeurkG § 17 Belehrungspflicht bei ungesicherter Vorleistung

Enthält der beurkundete Vertrag eine ungesicherte Vorleistung, so hat der Notar nicht nur über die Folgen zu belehren, die im Falle einer Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, sondern auch Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (im Anschluss an BGH, Urteil vom 15. April 1999 – IX ZR 93/98 – NJW 1999, 2188, st. Rspr.). Der Notar darf sich hierbei jedoch damit begnügen, die sich nach dem Inhalt des Geschäfts und dem erkennbaren Willen der Beteiligten unter Berücksichtigung auch ihrer Leistungsfähigkeit anbietenden, **realistisch in Betracht kommenden Sicherungsmöglichkeiten zu nennen** (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 15. Januar 1998 – IX ZR 4/97 – WM 1998, 783).

BGH, Urt. v. 12.2.2004 – III ZR 77/03
Kz.: L III 1 – § 19 BNotO
Fax-Abruf-Nr.: 10404

Problem

Bei ungesicherten Vorleistungen trifft den Notar nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine **doppelte Belehrungspflicht**. Zum ersten muss der Notar einen Beteiligten **war-**

nen, der eine ungesicherte Vorleistungspflicht eingeht, ohne dies zu merken. Zum anderen muss der Notar Wege aufzeigen, wie das Vorleistungsrisiko **vermieden** werden kann (BGH DNotZ 1995, 407, 408 m. Anm. Haug = NJW 1995, 330, 331; NJW 1996, 3009, 3010; DNotZ 1998, 637, 638 m. Anm. Reithmann = NotBZ 1998, 67 m. Anm. Schlee = WM 1998, 783, 784; DNotZ 2001, 473, 475 m. Anm. Brieske = NJW 1999, 2188, 2189 = WM 1999, 1336, 1338; Ganter, WM 2000, 641, 644 f.; Ganter, NotBZ 2000, 277; Zugehör, in: Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 420 ff.; Ganter, in: Zugehör/Ganter/Hertel, Rn. 1021 ff.).

Im zugrunde liegenden Sachverhalt wurde die Teilfläche eines Gewerbegrundstücks an die Mieterin der Teilfläche verkauft. Nach der vertraglichen Vereinbarung war der Kaufpreis bereits vor der Sicherstellung der Lastenfreistellung von vorrangigen Grundpfandrechten (über insgesamt 13,5 Mio. DM) fällig. Ausweislich eines in der Urkunde enthaltenen Belehrungsvermerks wies der Notar die Käuferin ausdrücklich auf die damit verbundenen Gefahren hin – insbesondere im Fall einer Zwangsversteigerung. Der Notar wies auf die Möglichkeit hin, den Kaufpreis erst nach Stellung einer Bankbürgschaft fällig zu stellen oder die Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto abzusichern; auch dies lehnten die Kaufvertragsparteien aber ab.

Nach Kaufpreiszahlung wurde die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben. Die Käuferin machte einen Amtshaftungsanspruch gegen den Notar geltend. Ihrer Ansicht nach hätte der Notar auch auf die Möglichkeit hinweisen müssen, der gleichzeitig mit dem Kaufvertrag für sie bestellten Dienstbarkeit zum Betrieb ihres Gewerbebetriebes ersten Rang vor den bereits eingetragenen Grundschulden einzuräumen.

Entscheidung

Der BGH verneinte eine diesbezügliche Hinweispflicht des Notars. Denn diese Lösung wäre im wirtschaftlichen Ergebnis der von der Verkäuferin nicht akzeptierten Variante einer Fälligkeit des Kaufpreises erst nach Sicherung der Lastenfreistellung fast gleichgekommen. Auch andere **realistische in Betracht kommende Sicherungsmöglichkeiten** seien **nicht ersichtlich**. Daher fehle es an einer Amtspflichtverletzung.

Literaturhinweise

Staudinger, BGB, Buch 5, Erbrecht, §§ 2064 – 2196 (Testament 1), Neubearb. 2003, Verlag Arthur L. Sellier & Co. KG – Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin, 798 Seiten, 288,- € (Abo 218,- €)

Sieben Jahre nach der 13. Bearbeitung liegt nunmehr die Neubearbeitung zu den §§ 2064 – 2196 BGB vor. Sie stammt zu den Vorschriften der Vor- und Nacherbfolge von *Avenarius* und im Übrigen von *Gerhard Otte*. Während in der Voraufgabe die Kommentierung der Allgemeinen Vorschriften über das Testament (§§ 2064 – 2087 BGB) aus redaktionellen Gründen Bestandteil des Bandes war, der auch die Vorschriften der §§ 1967 – 2063 BGB enthielt, sind nunmehr in der Neubearbeitung die Allgemeinen Vorschriften über das Testament mit denen über Erbeinsetzung, Einsetzung eines Nacherben, Vermächtnis und Auflage in einem Band vereinigt.

In den Vorbemerkungen zu den §§ 2064 – 2086 BGB behandelt *Otte* die Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung wegen eines Gesetzes- oder Sittenverstoßes. Dort ist etwa die neue Rechtsprechung zu § 14 HeimG bei Einschaltung von Gesellschaften zuverlässig eingearbeitet (Rn. 144 ff.). Für die Gestaltung letztwilliger Verfügungen von besonderem Interesse sind die Ausführungen von *Otte* zu etwaigen Diskriminierungsverboten (Rn. 147 f., 154 ff.). Im Übrigen gilt nach wie vor: Wer eine **wissenschaftlich vertiefte und gründliche Darstellung** im Rahmen einer Kommentierung sucht, **kommt am „Staudinger“ nicht vorbei**.

Notarassessor Dr. Malte Ivo

Staudinger, BGB, Buch 5, Erbrecht, §§ 2197 – 2264 (Testament 2), Neubearb. 2003, Verlag Arthur L. Sellier & Co. KG Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin, 633 Seiten, 178,- €

Seit dem Erscheinen der Voraufgabe (13. Bearb.) im Jahr 1996 sind nunmehr sieben Jahre vergangen. Nach wie vor stammt die Kommentierung des Testamentsvollstreckungsrechts von *Reimann*, während die Vorschriften über die Errichtung und Aufhebung eines Testaments (§§ 2229 – 2264 BGB) von *Baumann* bearbeitet wurden.

Die in diesem Staudinger-Band kommentierten Vorschriften des BGB betreffen einen **Kernbereich notarieller Tätigkeit** bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen. Die Bearbeitung dieses Bandes durch zwei Notare gewährleistet in besonderer Weise, dass auch die praktischen Anwendungsprobleme erörtert werden. So wird etwa die in der Praxis bedeutsame Testamentsvollstreckung im unternehmerischen

Bereich ausführlich dargestellt (§ 2205 Rn. 89 – 147). Auch Ausführungen zum Grundbuchamtlichen Verfahren bei möglicherweise unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers (§ 2205 S. 3 BGB) fehlen nicht (§ 2205 Rn. 51 – 57). Eine für Notare wesentliche Gesetzesänderung im Recht der Testamenterrichtung betrifft den Wegfall des Mündlichkeitserfordernisses bei der Errichtung öffentlicher Testamente im Jahre 2002. Diese Änderung einschließlich ihrer beurkundungsrechtlichen Folgen ist in die Kommentierung (§ 2232 Rn. 16 ff.) zuverlässig eingearbeitet. Insgesamt kann speziell der besprochene Staudinger-Band (auch) **der notariellen Praxis uneingeschränkt empfohlen** werden.

Notarassessor Dr. Malte Ivo

S. Dietz, Zulässigkeit einer Blockabstimmung der Hauptversammlung der AG, BB 2004, 452

R. Eichler, Der eingetragene Verein – Praxisprobleme des Registergerichts, Rpfleger 2004, 196

H. Eidenmüller/G. M. Rehm, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159

A. Hueber, Ausübung gemeindlicher Vorkaufsrechte nach BauGB und Kaufvertragsvollzug, NotBZ 2003, 445, 2004, 91

C. Münch, Inhaltskontrolle von Eheverträgen, ZNotP 2004, 122

R. Oppermann, Erhalt der Reallast trotz Zwangsversteigerung, RNotZ 2004, 84

S. Pluskat, Die Zulässigkeit des Mehrfachsitzes und die Lösung der damit verbundenen Probleme, WM 2004, 601

B. Schilling, Gefahren beim Widerruf des Treuhandvertrages des abzulösenden Gläubigers bei der "Bayerischen Methode", ZNotP 2004, 138

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg