

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

14. Jahrgang
Oktober 2006
ISSN 1434-3460

20/2006

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

LPartG §§ 7, 16; BGB §§ 138, 242, 1570 ff., 1585c – Totalunterhaltsverzicht bei eingetragenen Lebenspartnern

BGB §§ 1168, 1191; ZVG §§ 53, 180, 182; ZPO § 727 – Verzicht auf Grundschuld; Teilungsversteigerung; Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den Ersteher

InsO §§ 80, 89, 49; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800, 50, 51, 52 – Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Ergänzung zu Gutachten DNotI-Report 11/2006, S. 85)

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 154 Abs. 1 S. 1; ZPO § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – Bezugnahme auf nicht beurkundete Vereinbarung in beurkundungsbedürftigem Vertrag

BGB §§ 631, 634, 635 a.F., 305c Abs. 1, 307, 633 n.F., 771, 773 Abs. 1 Nr. 1; WEG § 21; AGBG §§ 3, 9 Abs. 1; MaBV §§ 2 Abs. 2, 7 Abs. 2 – Wandelung oder großer Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum, obwohl Wohnungseigentümergeinschaft vom Bauträger bereits Vorschuss zur Mängelbeseitigung verlangt hat; Unwirksamkeit von Klauseln in MaBV-Bürgschaft über rechtskräftige Feststellung des Anspruches gegen den Bauträger oder über Verzicht aus der Freistellungsverpflichtung

AktG §§ 113, 114; BGB § 134 – Beratungsvertrag zwischen AG und von Aufsichtsrat beherrschtem Unternehmen „in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen“ ist auch bei Zustimmung des Aufsichtsrates unwirksam

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

LPartG §§ 7, 16; BGB §§ 138, 242, 1570 ff., 1585c

Totalunterhaltsverzicht bei eingetragenen Lebenspartnern

I. Sachverhalt

Ein homosexuelles Paar möchte sich verpartnern. Die beiden Herren sind 40 bzw. 35 Jahre alt. Sie verdienen als Angestellte 2.400.– bzw. 2.500.– € netto/monatlich und sind beide in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert. Einer der beiden hat darüber hinaus eine Berufsunfähigkeitsversicherung. Keiner ist krank oder rechnet aus einem anderen Grunde mit einer bevorstehenden Berufsunfähigkeit.

Die Herren möchten sich verpartnern und den nachpartnerschaftlichen Unterhalt total ausschließen, insbesondere auch für den Fall von Alter oder Krankheit.

II. Frage

Bestehen Bedenken gegen einen Totalunterhaltsverzicht bei etwa gleich verdienenden Lebenspartnern, von denen keiner Kinder hat? Lässt sich das Problem ggf. durch den Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung entschärfen?

III. Zur Rechtslage

1. Nachpartnerschaftlicher Unterhalt nach dem LPartÜbG (§ 16 LPartG)

Mit dem Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004 (BGBl. I, 3396 ff.), das am 1.1.2005 in Kraft trat, wurde die rechtliche Gleichstellung eingetragener Lebenspartner mit Ehegatten weiter ausgebaut. Angesichts seines Ziels, die Rechtsstellung eingetragener Lebenspartner weiterhin zu verbessern und derjenigen von Ehegatten anzugleichen, enthält das LPartÜbG einige weitreichende Änderungen (vgl. **Hinweis DNotI-Report 2004, 204**; ausführlich dazu Grziwotz, DNotZ 2005, 13 ff.).

Die grundlegendste Änderung ist wohl die Ermöglichung der **Stiefkindadoption** in § 9 Abs. 7 LPartG, da diese erstmals den eingetragenen Lebenspartnern die Möglichkeit

verschafft, rechtlich eine gemeinsame Elternschaft zu begründen. In der Literatur wurde diese Neuerung daher auch als „geradezu bahnbrechend“ bezeichnet (Kornmacher, FamRB 2005, 22, 25).

Aber auch im **Unterhaltsrecht** führte das LPartÜbG zu einer erheblichen Änderung und Angleichung an das Eherecht. Während hinsichtlich des **nachpartnerschaftlichen Unterhalts** nach § 16 LPartG a. F. die Eigenverantwortung der Lebenspartner viel stärker als bei Ehegatten ausgestaltet war, da eine nachwirkende Verantwortung für die Lebenspartner nur in Ausnahmefällen bestand (vgl. Kornmacher, FamRB 2005, 22, 24), sieht § 16 Abs. 1 LPartG n. F. nachpartnerschaftlichen Unterhalt **entsprechend den ehelichen Bestimmungen der §§ 1570-1581, 1583-1586b BGB** vor. Damit kommen für Lebenspartner ab dem 1.1.2005 sämtliche ehelichen Unterhaltsgründe der §§ 1570-1576 BGB zur Anwendung, so dass der Lebenspartner wie der Ehegatte Unterhalt verlangen kann, wenn er wegen Betreuung eines (rechtlich gemeinsamen) Kindes, wegen Alters, wegen Krankheit oder Gebrechens, wegen Erwerbslosigkeit oder wegen Aus- oder Fortbildung seinen Lebensunterhalt nicht selbst sicherstellen kann (Kornmacher, FamRB 2005, 22, 24).

Aufgrund der Angleichung an das Ehegattenunterhaltsrecht wird in der Literatur auch davon ausgegangen, dass bei wirtschaftlich gleichstehenden Lebenspartnern **Unterhaltsverträge deutlich an Bedeutung gewinnen** werden, und zwar auch in Gestalt eines **wechselseitigen Unterhaltsverzichts** (Kornmacher, FamRB 2005, 22, 25).

2. Wirksamkeitsgrenzen für Unterhaltsvereinbarungen

Eine andere Frage allerdings ist, inwieweit derartigen Unterhaltsverzicht **Wirksamkeitsschranken** entgegenstehen. Diesbezüglich bleibt zunächst festzustellen, dass § 16 Abs. 1 LPartG auch auf § 1585c BGB verweist, folglich auch eingetragenen Lebenspartnern grundsätzlich das Recht einräumt, für die Zeit nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft Vereinbarungen über den nachpartnerschaftlichen Unterhalt, insbesondere Unterhaltsverzicht, zu treffen.

Was die Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen anbelangt, so war nach der Rechtslage bis zum 31.12.2004 umstritten, ob die gleichen Wirksamkeitsschranken wie bei Ehegatten gelten und ob insbesondere die neuere Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen ohne weiteres Anwendung finde (zweifeln beispielsweise Palandt/Brudermüller, BGB, 65. Aufl. 2006, § 16 LPartG Rn. 15; Büttner, FamRZ 2001, 1105, 1111; Grziwotz, DNotZ 2001, 280, 286).

Nach der **Neuregelung des Unterhaltsrechts durch das LPartÜbG** vertritt die h. M. in der Literatur, dass die neue Rechtsprechung des BGH – angesichts des Umstands, dass auch die Entstehung **gemeinschaftlicher rechtlicher Elternschaft** nicht ausgeschlossen ist – Anwendung finden kann (vgl. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 3 Rn. 489; Grziwotz, DNotZ 2005, 13, 23; Krause, NotBZ 2005, 85, 87). Ist aber eine gemeinsame Elternschaft nicht absehbar oder geplant (wie wohl im vorliegenden Fall), ist u. E. derzeit unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen bei beiderseitiger Erwerbstätigkeit und jeweiliger eigener wirtschaftlicher Absicherung der Partner Unwirksamkeit nach § 138 BGB angenommen werden kann. Abgesehen von den Fällen, in denen die Unterhaltsvereinbarung wegen zwangsläufiger Belastung des **Sozialhilfeträgers** unwirksam wäre (vgl. BGHZ 86,

82 = FamRZ 1983, 137 = MittBayNot 1983, 129 = Mit-RhNotK 1983, 71 = NJW 1983, 1831; Müller, in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 3 Rn. 489), was bei fehlender Einkommens- und Vermögenslosigkeit der Partner wie im vorliegenden Fall ohnehin ausscheidet, wird in der Literatur vertreten, dass ein Unterhaltsverzichtsvertrag sittenwidrig sein könne, wenn ein Lebenspartner die **Unerfahrenheit** oder die besonders schwierige Lage seines Partners dazu ausgenutzt habe, seine Zustimmung zu einer **grob nachteiligen Vereinbarung** zu erreichen, oder wenn der Vertrag einen Lebenspartner im Hinblick auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und den geplanten oder bereits verwirklichten Lebenszuschnitt der Lebenspartner unangemessen benachteilige (Krause, NotBZ 2005, 85, 87). Zum Teil wird in der neueren Literatur auch einfach darauf hingewiesen, dass die Unterschiede zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft ggf. zu anderen Bewertungen bei der Anwendung der §§ 138, 242 BGB führen könnten, was sich derzeit allerdings nicht überblicken ließe und deshalb einer zukünftigen Beobachtung vorbehalten bleiben müsse (so Weber, ZFE 2005, 187, 190).

3. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet kann daher aus unserer Sicht davon ausgegangen werden, dass – vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Einzelfallumstände – (umfassende) wechselseitige Unterhaltsverzicht zwischen beiderseits voll erwerbstätigen Lebenspartnern (dazu noch mit annähernd gleichem Einkommen) wirksam sind, sofern **bei keinem der Partner zu befürchten steht, dass er „partnerschaftsbedingte Nachteile“ erfahren wird** (etwa dadurch, dass er seine Erwerbstätigkeit reduziert oder aufgibt, um den gemeinsamen Haushalt zu führen oder ein Kind des anderen zu betreuen, usw.).

Nicht ganz sicher ist allerdings derzeit, ob dies auch ohne weiteres für den **Alters- und Krankheitsunterhalt** sowie den **Versorgungsausgleich** gilt, die der BGH bei Ehegatten noch zum Kernbereich der Scheidungsfolgen gezählt hat. Eventuell sollte bei der Beurkundung daher insoweit auf die Unsicherheit der Rechtslage hingewiesen werden.

Abschließend bleibt noch anzumerken, dass der BGH bei Ehegatten bei der Prüfung der Unwirksamkeit der geschlossenen Vereinbarung eine Gesamtwürdigung vornimmt, bei der u. a. das Einkommen, Vermögen, die Ausbildung, usw. der Ehegatten Berücksichtigung finden. Daher dürfte u. E. im Rahmen der Gesamtwürdigung auch der Umstand, dass die Partner gegen bestimmte Risiken anderweitig Vorsorge getroffen haben (beispielsweise durch Abschluss privater Versicherungsverträge), eine Rolle spielen können. Eine ausdrückliche Stellungnahme in Rechtsprechung oder Literatur hierzu liegt allerdings nach unserer Kenntnis bislang nicht vor.

BGB §§ 1168, 1191; ZVG §§ 53, 180, 182; ZPO § 727

Verzicht auf Grundschuld; Teilungsversteigerung; Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den Ersteher

I. Sachverhalt

Auf dem Grundbesitz einer Erbengemeinschaft lastete eine Grundschuld für eine Bank. Diese hat auf die Grundschuld verzichtet. Der Verzicht ist im Grundbuch eingetragen.

Ein Miterbe hat die Teilungsversteigerung betrieben. Dabei blieb die Grundschuld im geringsten Gebot stehen. Der Zuschlag ist an einen Miterben erfolgt, der Verteilungstermin hat noch nicht stattgefunden.

Ein Miterbe, der nicht ersteigert hat, beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf die Erbengemeinschaft als Gläubiger und gegen den Ersteher als Schuldner.

II. Fragen

1. Ist die Umschreibung in dinglicher Hinsicht – schon aufgrund des Zuschlagsbeschlusses – möglich?
2. Ist auch eine Umschreibung in persönlicher Hinsicht möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Verzicht des Grundschuldgläubigers führt zu Grundschulderwerb des Eigentümers

Verzichtet der Grundschuldgläubiger auf die Grundschuld, so geht diese (mit laufenden und künftigen Zinsen) mit der Eintragung des Verzichts im Grundbuch **auf den Eigentümer über** (§§ 1192 Abs. 1, 1168 Abs. 1, 2 BGB). Der Verzicht ist eine der Möglichkeiten zur Rückgewähr einer Grundschuld. Berechtigter der Eigentümergrundschuld ist somit die Erbengemeinschaft, unabhängig davon, ob der Verzicht vor dem Erbfall (dann im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, § 1922 BGB) oder danach erfolgte.

Unerheblich ist, ob die für das Wirksamwerden des Verzichts erforderliche Eintragung (§ 1168 Abs. 2 S. 1 BGB) erst nach Anordnung der Teilungsversteigerung erfolgte. Zwar hat der Anordnungsbeschluss Beschlagnahmewirkung. Der Verzicht verstößt jedoch nicht gegen das mit der Beschlagnahme verbundene Veräußerungsverbot, da der Verzicht keine Verfügung über das Grundstück darstellt (Schiffhauer, in: Dasser/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl. 1991, § 180 Rn. 40).

Steht das Eigentum an einem Grundstück mehreren Personen, z. B. Miterben in Erbengemeinschaft, zu, so kann jeder Miterbe die Versteigerung des Grundstücks zur Aufhebung der Gemeinschaft betreiben (§§ 2042 i. V. m. § 753 BGB, §§ 180 ff. ZVG). Alle den Anteil des Antragstellers belastenden oder mitbelastenden Rechte und alle Rechte, die einem solchen Recht im Rang vorgehen oder gleichstehen, sind dabei im geringsten Gebot zu berücksichtigen (§ 182 Abs. 1 ZVG). Die nach § 182 Abs. 1 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmenden Rechte sind vom Ersteher – als Teil der Gegenleistung für den Erwerb des Grundstückes – zwingend mit dinglicher Wirkung zu übernehmen.

2. Eigentümergrundschuld wird mit Eigentumswechsel zu Fremdgrundschuld

a) Inhaberstellung der Grundschuld

Der Ersteher hat vorliegend aufgrund des Zuschlags das Grundstück zu Alleineigentum erworben (§ 90 ZVG). Dadurch hat sich an der Inhaberschaft der Eigentümergrundschuld nichts geändert. Die Eigentümergrundschuld wurde dadurch aber zur **Fremdgrundschuld des früheren Eigentümers**, hier also der Erbengemeinschaft (vgl. BGH DNotZ 1986, 476, 478 = NJW-RR 1986, 233 = Rpfleger 1986, 58; RGZ 94, 5, 9; Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1196 Rn. 1). Für dieses Fremdrecht gilt § 1197 BGB nicht, so dass es vom Ersteher, der ab Zuschlag alle Lasten zu tragen hat (§ 56 ZVG), nach Maßgabe der Grundbucheintragung **zu verzinsen** ist (Stöber, ZVG, 18. Aufl. 2006, § 114 Rn. 6.13).

Die Eigentümergrundschuld steht also weiterhin den Miterben, und zwar zur gesamten Hand im Rahmen der Erbengemeinschaft, zu. Die Beschränkung des § 1197 BGB ist entfallen, da keine vollständige Identität zwischen Inhaber der Grundschuld und Grundstückseigentümer mehr besteht. Die Tatsache, dass die Grundschuld nicht (mehr) der Absicherung eines Darlehens dient, hindert schon nach dem Recht der Grundschuld nicht, da die Grundschuld gerade ein forderungsunabhängiges Grundpfandrecht ist. Es bestehen auch keine schuldrechtlichen Rückgewähransprüche des Erstehers gegen die Erbengemeinschaft. Die übernommene Grundschuld ersetzt nämlich wirtschaftlich einen sonst höheren Erlös aus der Zwangsversteigerung. Das Gesetz geht davon aus, dass der Ersteher eines Grundstücks die zu übernehmenden Belastungen mit Grundpfandrechten in seine Kalkulation einbezieht und insoweit nur Gebote abgibt, die um den Hauptsachebetrag und die künftigen Zinsen gemindert sind.

Im Übrigen gelten für die so entstandene Fremdgrundschuld u. E. die allgemein für Fremdgrundschulden geltenden Grundsätze. Mit Umwandlung in eine Fremdgrundschuld ist damit das Grundstück zugunsten der Erbengemeinschaft in der Weise belastet, dass an diese eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Bei der Grundschuld handelt es sich jedoch lediglich um ein Verwertungsrecht, das dem Gläubiger die Berechtigung gibt, dem Grundstück den ihm gebührenden Geldbetrag abzugewinnen und zwar in den Formen der Zwangsvollstreckung. Einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme kann der Gläubiger einer Grundschuld als Inhaber eines dinglichen Verwertungsrechts an einem Grundstück dagegen aus der Grundschuld nicht herleiten. Ein derartiger persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch ergibt sich vielmehr nur aus dem der Grundschuld üblicherweise zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäft. Der Erbengemeinschaft als Inhaberin der Fremdgrundschuld steht somit lediglich ein dingliches Verwertungsrecht zu, das ihr die Berechtigung gibt, im Wege der Zwangsvollstreckung dem Grundstück den ihr gebührenden Geldbetrag abzugewinnen.

b) Umschreibung der Vollstreckungsklausel

Die Vollstreckungsklausel kann somit in dinglicher Hinsicht – eine wirksame dingliche Vollstreckungsunterwerfung unterstellt – auf den Erwerber schon aufgrund des Zuschlagsbeschlusses umgeschrieben werden. Mit dem Zuschlag erwirbt der Ersteher gem. § 90 Abs. 1 ZVG aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Eigentumsübertragungsaktes originäres Eigentum, also nicht als Rechtsnachfolger des Schuldners und unabhängig davon, ob der Zuschlagsbeschluss mit dem Gesetz in Einklang steht, ob der Ersteher später das Meistgebot zahlt und ob er in das Grundbuch eingetragen wird (Stöber, § 90 Rn. 2). Dass die Vollstreckungsklausel zu einer vollstreckbaren Urkunde, in der sich der Eigentümer wegen eines Grundpfandrechts der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, auch gegen den Nachfolger im Grundstückseigentum erteilt werden kann, beruht dabei nicht auf § 800 ZPO, sondern auf §§ 795, 725, 325 ZPO. Danach kann die Vollstreckungsklausel gegen den neuen Eigentümer als den Erwerber der streitbefangenen Sache erteilt werden (MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl. 2000, § 800 Rn. 1; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 800 Rn. 8; **Gutachten, DNotI-Report 1995, 68**). Als Neuerwerb der Sache und damit als Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 ZPO gilt auch der Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung (Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 727 Rn. 2).

3. Persönliches Schuldversprechen

a) Voraussetzung für gesetzliche Schuldübernahme bei Zwangsversteigerung (§ 53 ZVG)

Persönlicher Schuldner der dem Grundpfandrecht zugrunde liegenden Forderung wird der Ersteher nur, wenn die Voraussetzungen des § 53 ZVG gegeben sind. Dabei handelt es sich um einen Fall gesetzlich geregelter Schuldübernahme (Stöber, § 53 ZVG Rn. 1). Diese Vorschrift findet grundsätzlich auch in der Auseinandersetzungsversteigerung Anwendung (Hintzen, Handbuch der Immobilienvollstreckung, 3. Aufl. 1999, Teil D Rn. 40). Sofern im vorliegenden Sachverhalt überhaupt noch eine persönliche Forderung bestehen sollte, würde die gesetzlich angeordnete Schuldübernahme gem. § 53 Abs. 2 ZVG voraussetzen, dass der Schuldner, also die Erbengemeinschaft, eine solche **Forderung unter Angabe des Betrages und Grundes angemeldet** und ggf. glaubhaft gemacht hätte. Dies ist vorliegend nicht erfolgt.

b) Keine Abtretung der Rechte aus dem Schuldversprechen bei bloßem Grundschuldbestellung

Auch aus dem offenbar erklärten Schuldanerkenntnis des ursprünglichen Schuldners dürfte sich keine Berechtigung der Erbengemeinschaft ergeben. Das im Rahmen der Grundschuldbestellung regelmäßig abgegebene abstrakte Schuldversprechen findet seinen Rechtsgrund nicht in dem Grundschuldanspruch, sondern steht als zusätzliche Sicherheit der Kreditforderung selbstständig neben der Grundschuld (vgl. BGH NJW 1972, 971; BGH NJW 1991, 286, 287). Dies zeigt sich etwa daran, dass, wenn die Grundschuld aufgrund der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks erloschen ist, der Gläubiger aus dem Erlös aber nur Teilbefriedigung erlangt hat, wegen des offen gebliebenen Grundschuldbestandes die weitere Vollstreckung aus dem persönlichen Schuldversprechen zulässig ist (BGH NJW-RR 1987, 59 = WM 1986, 1032, 1033; NJW 1991, 286, 287). Im Hinblick auf die vom BGH betonte Selbstständigkeit des abstrakten Schuldversprechens neben der Grundschuld ist es grundsätzlich auch möglich, die Grundschuld ohne die Ansprüche aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis abzutreten. Der Anspruch aus dem Schuldversprechen ist nicht Teil der Grundschuld und steht nicht automatisch dem jeweiligen Grundschuldgläubiger zu. Er muss vielmehr eigens abgetreten werden, wenn er bei der Abtretung der Grundschuld mitübergehen soll; er geht nicht kraft Gesetzes (§ 401 Abs. 1 BGB) auf den Zessionar über, da dieser Anspruch gerade kein Nebenrecht der Grundschuld ist (Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Aufl. 2004, Rn. 293, 480; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 3. Aufl. 1999, Rn. 172, 516; Reithmann, DNotZ 1982, 76 f.; ders., WM 1985, 443).

Da es sich bei dem Anspruch aus der abstrakten Schuldverpflichtung um ein **selbstständiges Sicherungsrecht** handelt, handelt es sich um kein Nebenrecht der Grundschuld (BGHZ 104, 26 = DNotZ 1988, 778 = NJW 1988, 1665 = ZIP 1988, 633: zur Rückgewähr vorrangiger Grundschulden, die auch jeweils eigene Sicherungsrechte darstellen). Ein Übergang des Schuldversprechens erfolgt deshalb nicht nach § 401 BGB.

Eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel in persönlicher Hinsicht ist mithin nicht möglich.

InsO §§ 80, 89, 49; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800, 50, 51, 52

Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Ergänzung zu Gutachten DNotI-Report 11/2006, S. 85)

Im **Gutachten, DNotI-Report 11/2006, S. 85 ff.** haben wir die Ansicht vertreten, dass der Gemeinschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung in einer notariellen Urkunde abgeben kann. Eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters sei dafür nicht erforderlich.

Diese Ausführungen bedürfen einer Ergänzung. Im Einzelnen ist dabei zu differenzieren zwischen

- der Wirksamkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung durch den Gemeinschuldner;
- der Wirksamkeit einer solchen vom Gemeinschuldner abgegebenen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung gegenüber dem Insolvenzverwalter bzw. ob aufgrund einer solchen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung in die Insolvenzmasse vollstreckt werden kann;
- und der Notwendigkeit eines Titels gegen den Insolvenzverwalter.

1. Wirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung durch den Gemeinschuldner ist **wirksam**. Insoweit kann auf die Ausführungen im Gutachten DNotI-Report 2006, 85 verwiesen werden.

2. Wirkungen der Vollstreckungsunterwerfung

Differenziert zu beurteilen ist dagegen die Frage, ob eine solche vom Gemeinschuldner abgegebene Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung auch dem Insolvenzverwalter bzw. sonstigen Gläubigern gegenüber wirkt und ob wegen einer solchen Unterwerfungserklärung in die Insolvenzmasse vollstreckt werden kann. In dem Gutachten, DNotI-Report 2006, 85, sind wir im Grundsatz von einer solchen Wirkung auch gegenüber dem Insolvenzverwalter ausgegangen, wobei allerdings eine Vollstreckung in die Insolvenzmasse an § 89 InsO scheitert. Unsere Ausführungen sind in diesem Punkt **zu korrigieren**.

a) Unwirksamkeit gegenüber dem Insolvenzverwalter und Insolvenzmasse

Gegenüber dem Insolvenzverwalter ist eine solche Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung unwirksam. Daher kann aus einem solchen Titel auch nicht in die Masse vollstreckt werden. Dies folgt zum einen daraus, dass allein der **Insolvenzverwalter prozessführungsbefugt** ist (§ 80 InsO). Prozesshandlungen eines nicht Prozessführungsbefugten sind deshalb ihm gegenüber unwirksam (Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Auflage 2005, vor § 50 Rn. 19).

Zum andern ergibt sich dies aus dem Rechtsgedanken der **§§ 86, 87 InsO**. Ebenso wie Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nach § 87 InsO nur im Insolvenzverfahren geltend machen können, können bereits **anhängige Prozesse** wegen Absonderungsrechten, Aussonderungsrechten oder wegen einer Masseverbindlichkeit **nur gegen den Insolvenzverwalter** fortgeführt werden. Einfache Insolvenz-

forderungen können nach Insolvenzeröffnung nur noch im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden. Auch neue Klagen wegen Aussonderungs- oder Absonderungsrechten sind von daher ausschließlich gegen den Insolvenzverwalter zu richten (Frankfurter Kommentar zur InsO/Joneleit/Imberger, 4. Auflage 2006, § 47 Rn. 69; Heidelberger Kommentar zur InsO/Eickmann, 4. Auflage 2006, § 86 Rn. 16; Kübler/Prütting/Lüke, InsO, Stand 2001, § 87 Rn. 11 f.; MünchKomm-InsO/Breuer, 2001, § 87 Rn. 10). Wegen eines „Gleichlaufs“ eines im Prozesswege erstrittenen Titels und einer vollstreckbaren Urkunde hat daher eine Vollstreckungsunterwerfung des Gemeinschuldners gegenüber dem Insolvenzverwalter keine Wirkung. In die Insolvenzmasse kann damit wegen eines solchen Titels von vornherein nicht vollstreckt werden und nicht erst aufgrund des Vollstreckungsverbots des § 89 InsO. Dies gilt auch für Gläubiger von Absonderungs-, Aussonderungsrechten oder Masseforderungen, für die das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO keine Anwendung findet.

b) Nur Wirksamkeit gegenüber Neugläubigern

Neugläubiger, deren Forderungen also erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Handlung des Gemeinschuldners (nicht des Insolvenzverwalters) begründet wurden, fallen nicht unter die Regelungen der §§ 86, 87, 89, 294 Abs. 1 InsO. Die Neugläubiger können vielmehr nach – wenngleich umstrittener Ansicht – ihre Forderung unmittelbar gegen den Gemeinschuldner selbst, nicht aber gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend machen (Pape, ZInsO 2002, 917 ff.; Frankfurter Kommentar zur InsO/App, 4. Auflage 2006, § 87 Rn. 6a; a. A. LG Lüneburg, ZInsO 2002, 941: Klage gegen den Insolvenzverwalter erforderlich).

Fest steht freilich in jedem Fall, dass die Insolvenzmasse Neugläubigern gegenüber nicht haftet, weil Neugläubiger keine Insolvenzgläubiger i. S. d. § 38 InsO sind (Pape, ZInsO 2002, 917, 918). Wenn aber Neugläubiger ihre Ansprüche unmittelbar gegenüber dem Gemeinschuldner geltend machen können, kann sich der Gemeinschuldner ihnen gegenüber ohne weiteres auch der sofortigen Zwangsvollstreckung in notarieller Urkunde unterwerfen. Die Insolvenzmasse ist durch eine solche Unterwerfungserklärung nicht tangiert.

3. Vollstreckungsklausel nur gegen Insolvenzverwalter

a) Forderungen vor Insolvenzeröffnung

Soweit eine Zwangsvollstreckung in die Insolvenzmasse in Betracht kommt, muss die Vollstreckungsklausel immer gegen den Insolvenzverwalter lauten (Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, 103 ff.). Hierzu führte der BGH in seinem Beschluss vom 14.4.2005 (DNotZ 2005, 840, 841 = NotBZ 2005, 257 = WM 2005, 1324) aus, „dass allein der Insolvenzverwalter wegen der auf ihn übergegangenen Verwaltungs- und Verfügungsrechte (§ 80 Abs. 1 InsO) Adressat von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sein kann.“

b) Neuforderungen nach Insolvenzeröffnung

Im Falle einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung gegenüber Neugläubigern muss freilich die **Vollstreckungsklausel allein den Gemeinschuldner** als Schuldner ausweisen. Eine Vollstreckungsklausel bzw. Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den Insolvenzverwalter kommt nicht in Betracht, da die Insolvenzmasse Neugläubigern gegenüber nicht haftet.

Gutachten im Fax-Abruf

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

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

BGB § 1091

Löschungsmöglichkeiten einer eingetragenen Grundschuld bei nicht mehr auffindbarem Grundschuldbrief
Fax-Abruf-Nr.: **11452**

BGB § 1586

Entfallen einer Unterhaltsregelung bei Wiederverheiratung des geschiedenen Ehegatten; Abgrenzung modifizierende/novierende Unterhaltsvereinbarung
Fax-Abruf-Nr.: **12134**

BGB §§ 1944 Abs. 2 S. 3, 210 Abs. 1, 1643 Abs. 2 S. 1, 1829 Abs. 3, 1831

Erbschaftsausschlagung für ein minderjähriges Kind; Hemmung der Ausschlagungsfrist während des Genehmigungsverfahrens; Volljährigkeit des Kindes vor Erteilung der Genehmigung; Fristablauf für das volljährig gewordene Kind
Fax-Abruf-Nr.: **12135**

AktG §§ 278, 285; BGB § 723 Abs. 3

Dispositive Satzungsregeln bei der KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien)
Fax-Abruf-Nr.: **13188**

UmwG §§ 5 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3, 126 Abs. 3

Zuleitung des Ausgliederungsvertrages an Betriebsrat; Elektronische Information gegen schriftliches Empfangsbekanntnis
Fax-Abruf-Nr.: **13189**

Rechtsprechung

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 154 Abs. 1 S. 1; ZPO § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1

Bezugnahme auf nicht beurkundete Vereinbarung in beurkundungsbedürftigem Vertrag

1. Ob mündlich Besprochenes, auf das in einer notariellen Urkunde Bezug genommen wird, beurkundungsbedürftig war, lässt sich grundsätzlich nur beurteilen, wenn sein Inhalt bekannt ist.

2. a) Ein bislang unberücksichtigter Nichtigkeitsgrund hier: Formunwirksamkeit – stellt auch dann einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt dar, wenn die Wirksamkeit des Vertrages zuvor unter einem anderen Aspekt – hier: Sittenwidrigkeit – in Zweifel gezogen worden ist.

b) Zu den neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die zuzulassen sind, wenn das Berufungsgericht seine

Entscheidung auf einen von dem Gericht des ersten Rechtszuges übersehenen oder erkennbar für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkt stützt, gehört auch die Geltendmachung neuer Gegenrechte. Ob es der Partei möglich gewesen wäre, das Gegenrecht bereits in erster Instanz vorzubringen, ist unerheblich.

BGH, Urt. v. 30.6.2006 – V ZR 148/05
Kz.: L I 1 – § 311b Abs. 1 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10648

Problem

Ein Eigentümer verkaufte ein Wochenendhausgrundstück an eine Maklerin unter der aufschiebenden Bedingung, dass er über zwei andere Grundstücke wirksame Kaufverträge abgeschlossen hat. Zugleich verpflichtete sich der Verkäufer, mit Hilfe der Maklerin „seine beiden oben genannten Hausgrundstücke zu den bekannten Bedingungen zu verkaufen...“. Später machte der Verkäufer die Unwirksamkeit des Verkaufs an die Maklerin geltend (zunächst wegen Sittenwidrigkeit).

Entscheidung

Das Oberlandesgericht hatte den Grundstückskaufvertrag als formunwirksam angesehen. Mit der Formulierung, der Verkäufer verpflichtete sich, seine Grundstücke „zu den bekannten Bedingungen“ zu verkaufen, hätten die Parteien auf mündlich Besprochenes Bezug genommen und damit einen Teil des Vereinbarten aus der notariellen Urkunde herausverlagert.

Der BGH verwies hingegen an das OLG zurück. Denn das OLG hatte nicht festgestellt, ob die Parteien sich überhaupt auf bestimmte Bedingungen für die Verkaufsverpflichtung geeinigt hatten und ob damit die „bekannten Bedingungen“ tatsächlich Regelungsinhalt des Vertrages waren – oder ob die Beteiligten nur einen Verkauf zu noch nicht näher festgelegten „üblichen“ Bedingungen als Bedingung des Wochenendhausverkaufes festlegen wollten. Im Übrigen wies der BGH darauf hin, dass die sich ergebende Lücke bei Nichtbeurkundung vereinbarter Bedingungen vorliegend nicht notwendig dazu führen müsse, dass der Vertrag nach § 154 Abs. 1 S. 1 BGB als nicht abgeschlossen gelte. Denn ein abweichender Parteiwille sei i. d. R. anzunehmen, wenn die Beteiligten im beiderseitigen Einvernehmen mit der Durchführung des unvollständigen Vertrages begonnen haben.

BGB §§ 631, 634, 635 a.F., 305c Abs. 1, 307, 633 n.F., 771, 773 Abs. 1 Nr. 1; WEG § 21; AGBG §§ 3, 9 Abs. 1; MaBV §§ 2 Abs. 2, 7 Abs. 2

Wandelung oder großer Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum, obwohl Wohnungseigentümergeinschaft vom Bauträger bereits Vorschuss zur Mängelbeseitigung verlangt hat; Unwirksamkeit von Klauseln in MaBV-Bürgschaft über rechtskräftige Feststellung des Anspruches gegen den Bauträger oder über Verzicht aus der Freistellungsverpflichtung

1. a) Ein Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, vom Veräußerer Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zu fordern, lässt jedenfalls bis zur Zahlung des Vorschusses grundsätzlich die Befugnis des einzel-

nen Erwerbers unberührt, vom Veräußerer die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zu dem Zweck zu verlangen, die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch oder die Wandelung zu schaffen.

b) Ein Vergleich aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft, mit dem Mängel des Wohnungseigentums abgegolten werden, lässt die bereits entstandenen Ansprüche der Erwerber unberührt, vom Veräußerer großen Schadensersatz oder Wandelung zu verlangen.

2. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung des Veräußerers von Wohnungseigentum, nach der die Wandelung ausgeschlossen ist und der große Schadensersatz nur im Falle grober Fahrlässigkeit und des Vorsatzes geltend gemacht werden kann, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

3. a) Eine Klausel in einer Bürgschaft gemäß § 7 i. V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreistrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Erwerber und Veräußerer nachgewiesen werden, ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil.

b) Eine Klausel in einer Bürgschaft nach § 7 i. V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass der Erwerber vorher auf seinen Anspruch gegenüber der Bank aus der Pfandfreigabeverpflichtung verzichtet, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

BGH, Urt. v. 27.6.2006 – VII ZR 276/05
Kz.: L I 1 – § 633 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10649

Problem

Ein Bauträgerobjekt mit insgesamt 128 Wohnungen wies erhebliche Mängel des Gemeinschaftseigentums auf. Deshalb klagte der von der Eigentümergeinschaft ermächtigte Verwaltungsbeirat gegen den Bauträger auf Zahlung eines Vorschusses für die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten. Danach setzten zwei Wohnungseigentümer dem Bauträger eine Frist zur Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum und drohten an, bei fruchtlosem Ablauf der Frist großen Schadensersatz geltend zu machen und die Verträge rückabwickeln zu wollen. Nach Ablauf der gesetzten Frist nahmen die beiden Wohnungseigentümer die Bank aus der Bürgschaft nach § 7 MaBV in Anspruch.

Kurz danach wurde über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet. Etwa 1 ½ Jahre später schloss die Wohnungseigentümergeinschaft mit dem Insolvenzverwalter einen außergerichtlichen Vergleich und nahm ihre Klage auf Vorschusszahlung gegen eine (geringere) Zahlung des Insolvenzverwalters zurück. Die aus der Bürgschaft in Anspruch genommene Bank meinte, dass damit auch ihre Bürgschaftsverpflichtung erledigt sei.

Entscheidung

Der BGH stellte zunächst fest, dass die einzelnen Erwerber auch bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum sowohl den Erfüllungsanspruch als auch den Anspruch auf Wandelung und aus großem Schadensersatz selbständig und unabhän-

gig von den übrigen Wohnungseigentümern betreiben konnten (anders als das Verlangen eines Kostenvorschusses zur Ersatzvornahme sowie Minderung bzw. kleinen Schadensersatz, über die die Eigentümergemeinschaft nur insgesamt entscheiden kann – BGHZ 74, 258, 264 = DNotZ 1980, 603 = NJW 1979, 2207; BGHZ 110, 258 = DNotZ 1991, 131 = NJW 1990, 1663; BGHZ 141, 63, 66 = DNotl-Report 1999, 80 = NJW 1999, 1705; BGH BauR 2004, 1148 = DNotZ 2004, 786 = NJW-RR 2004, 949 = ZfR 2004, 538; BGH BauR 2006, 979 = NZBau 2006, 371).

Im vorliegenden Fall waren Erfüllungsverlangen, Ablehnungsandrohung und die nachfolgende Geltendmachung des großen Schadensersatzes durch einzelne Erwerber nicht durch die **Klage der Eigentümergemeinschaft** auf Vorschuss für die Mängelbeseitigungskosten ausgeschlossen. Der BGH zeigte erhebliche Bedenken, ob die Eigentümergemeinschaft entsprechende Verlangen einzelner Eigentümer ausschließen könnte; er ließ dies aber offen, denn jedenfalls hatte die WEG-Gemeinschaft dies im vorliegenden Fall nicht getan.

Auch der später mit dem Insolvenzverwalter abgeschlossene **Vergleich** beeinträchtigte die zu diesem Zeitpunkt bereits entstandenen Ansprüche nicht. Hierzu wäre die Wohnungseigentümergeinschaft auch nicht befugt gewesen.

Nach dem Bauträgervertrag war das Recht, **Schadensersatz** zu verlangen, „auf den Fall beschränkt, dass der Verkäufer Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat“. Diese Einschränkung sah der BGH als unangemessene Benachteiligung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (= § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F.) an.

Der BGH verwarf auch die beiden von der in Anspruch genommenen Bank aus ihrer Bürgschaft geltend gemachten Einwendungen. Zum einen hieß es in der Bürgschaftserklärung: „Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft ist, dass uns die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreisrückgewähranspruches entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch übereinstimmende Erklärung von Käufer und Verkäufer nachgewiesen werden...“. Dies sah der BGH als überraschende Klausel an (§ 3 AGBG = § 305c Abs. 1 BGB n. F.). Denn ausweislich der Bürgschaftsurkunde sollte es sich um eine Bürgschaft nach § 7 MaBV handeln. § 2 Abs. 2 S. 3 MaBV verlangt hierfür aber den **Verzicht auf die Einrede der Vorausklage** (§§ 771, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Die Bürgschaftsurkunde verlangte als weitere Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft, „dass der Käufer vorher auf seinen Anspruch gegenüber unserer Bank aus der erweiterten Pfandfreigabeverpflichtung vom ... verzichtet hat“. Diese Klausel verwarf der BGH als nach § 9 Abs. 1 AGBG (= § 307 Abs. 1 BGB) unwirksam, da sie eine Vorleistungspflicht des Erwerbers hinsichtlich der **Pfandfreigabeerklärung** erzeuge. Der Erwerber müsse auf die Pfandfreigabeerklärung verzichten, ohne sicher sein zu können, dass sein Begehren auf Rückabwicklung des Vertrages Erfolg habe.

AktG §§ 113, 114; BGB § 134

Beratungsvertrag zwischen AG und von Aufsichtsrat beherrschtem Unternehmen „in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen“ ist auch bei Zustimmung des Aufsichtsrates unwirksam

a) Ein Beratungsvertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Unternehmen, dessen alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ein Mitglied ihres Aufsichtsrates ist, fällt in den Anwendungsbereich der §§ 113, 114 AktG.

b) Ein Vertrag, nach dem das Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft oder ein von ihm beherrschtes Unternehmen die Gesellschaft „in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen beraten“ soll, verstößt mangels Abgrenzung gegenüber der Organtätigkeit des Aufsichtsrates gegen § 113 AktG und ist daher einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan gem. § 114 Abs. 1 AktG nicht zugänglich (Fortführung von BGHZ 114, 127; 126, 340, 344 ff.).

c) Der aktienrechtliche Anspruch der Gesellschaft auf Rückgewähr der Beratungsvergütung gem. § 114 Abs. 2 S. 1 AktG greift auch im Fall eines gegen § 113 AktG verstoßenden Beratungsvertrages ein und besteht gegenüber dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied auch dann, wenn der Vertrag mit einem von ihm beherrschten Unternehmen abgeschlossen worden ist.

BGH, Urt. v. 3.7.2006 – II ZR 151/04

Kz.: L V 3 – § 113 AktG

Fax-Abwurf-Nr.: 10650

Problem

Eine Aktiengesellschaft schloss mit einer SteuerberatungsgmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Aufsichtsratsvorsitzende der AG war, einen Beratungsvertrag zur Beratung „in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen“. Der Vertrag wurde jedenfalls pauschal vom Aufsichtsrat genehmigt. Nunmehr klagte die AG auf Rückzahlung der für zehn Jahre gezahlten Beratungshonorare von insgesamt € 1,2 Mio. sowohl gegen die GmbH als auch gegen den (ehemaligen) Aufsichtsratsvorsitzenden. Nach Insolvenzeröffnung über das Vermögen der GmbH erließ das OLG Köln ein Teilurteil gegen den ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden auf Rückzahlung des geltend gemachten Betrages.

Entscheidung

Der BGH hielt den Rückzahlungsanspruch der AG gegen den ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden ebenfalls für begründet. Nach § 114 Abs. 1 AktG bedarf ein Dienst- oder Werkvertrag, durch den sich ein Aufsichtsratsmitglied außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichtet, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Aufsichtsrates. Gewährt die Gesellschaft dem Aufsichtsratsmitglied aufgrund eines solchen Vertrages eine Vergütung ohne Zustimmung des Aufsichtsrates, so hat das Aufsichtsratsmitglied nach § 114 Abs. 2 AktG die Vergütung zurückzugewähren, sofern nicht der Aufsichtsrat den Vertrag genehmigt. Regelungszweck des § 114 AktG sei, die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung nach § 113 AktG über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder abzusichern und eine Umgehung durch Beratungsverträge oder Ähnliches

zu vermeiden (BGHZ 126, 340, 346 f. = NJW 1994, 24, 84 = ZIP 1994, 1216). Der BGH entschied nun, dass § 114 AktG analog für Verträge der AG mit einer Gesellschaft gilt, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ein Aufsichtsratsmitglied ist. Auch in diesen Fällen sei (jedenfalls auch) das Aufsichtsratsmitglied rückzahlungspflichtig nach § 114 Abs. 2 AktG.

Im vorliegenden Fall war der Vertrag aber wegen Verstoßes gegen § 113 AktG schon nicht genehmigungsfähig und daher unabhängig von einer möglichen Zustimmung des Aufsichtsrates unwirksam. Beratungsverträge einer AG mit Aufsichtsratsmitgliedern über Tätigkeiten, welche bereits von der zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates gehörenden Beratungspflicht umfasst werden, sind sie nach §§ 113 AktG, 134 BGB nichtig (BGHZ 114, 127 = NJW 1991, 1830 = ZIP 1991, 653; BGZ 126, 340 = NJW 1994, 2484). Dies galt hier für die ohne nähere Abgrenzung vereinbarte Beratung „in betriebswirtschaftlichen Fragen“. Der Rückzahlungsanspruch nach § 114 Abs. 2 AktG gelte (erst recht) für einen nach § 113 AktG nichtigen Beratungsvertrag. Der Rückgewähranspruch unterlag nach altem Schuldrecht einer 30-jährigen Verjährungsfrist.

Literaturhinweise

H. Grziwotz (Hrsg.), MaBV, Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung, RWS-Verlag, Köln 2006, 324 Seiten, 49,80 €

Unter der Herausgeberschaft des Notarkollegen Dr. Dr. Grziwotz ist ein neuer Kommentar zur Makler- und Bauträ-

gerverordnung erschienen. Ziel des Kommentars ist es, den Praktikern im Bereich des Bauträgerrechts eine rechtliche Kommentierung und technische Erläuterung unter Einbeziehung der gesamten Bauträgertätigkeit für die tägliche Praxis an die Hand zu geben. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt in der Kommentierung der Vorschriften der MaBV sowie den Vorschriften der Hausbauverordnung. Im Mittelpunkt steht dabei die Umsetzung der Vorschriften in die Praxis. Daher finden sich in dieser Kommentierung vielfältige Muster, Formulierungsvorschläge, Beispielfälle und Übersichten. Dargestellt werden ebenso Gestaltungsvarianten und ihre unterschiedlichen Risiken. Für den technisch nicht so bewanderten Juristen erfreulich sind dabei die technischen Erläuterungen zu den namentlich in § 3 MaBV verwandten Begriffen.

Hervorzuheben ist an dieser Kommentierung die Verbindung von Vertragsgestaltung, Recht und Technik. Insoweit unterscheidet sich dieser Band von den bislang veröffentlichten Kommentierungen zur MaBV. Aus notarieller Sicht besonders erwähnenswert ist, dass die Autoren allesamt im notariellen Bereich tätig sind. Der Bezug zur Praxis ist dabei immer gewährleistet. Für den Praktiker im Bauträgerrecht bietet dieser Kommentar daher eine wertvolle Ergänzung zu der schon bislang vorhandenen Literatur.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

Veranstaltungen

Im **Dezember 2006** finden keine Veranstaltungen des DAI – Fachinstitut für Notare statt.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg