

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 – Änderung der Teilungserklärung vor Vollzug im Grundbuch; Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung

GmbHG §§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 – Vertretung einer Vor-GmbH vor Geschäftsführerbestellung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1901a Abs. 1, 1904 Abs. 2, 3 u. 4 – Erforderliche Konkretisierung und Auslegung einer Patientenverfügung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2

Änderung der Teilungserklärung vor Vollzug im Grundbuch; Erfordernis einer neuen Abge- schlossenheitsbescheinigung

I. Sachverhalt

Ein Bauträger hat Grundbesitz gem. § 8 WEG in Wohnungseigentum (insgesamt fünf Wohnungen) aufgeteilt und die beantragte Abgeschlossenheitsbescheinigung vom Bauaufsichtsamt erhalten. Noch vor Vollzug im Grundbuch soll die Teilungserklärung dahingehend geändert werden, dass aus drei Einheiten nunmehr zwei Einheiten gemacht werden. Das zuständige Bauaufsichtsamt vertritt die Auffassung, dass eine komplett neue Abgeschlossenheitsbescheinigung für alle Einheiten beantragt werden muss, auch für diejenigen, die unverändert bleiben.

II. Fragen

1. Gibt es Literatur oder Rechtsprechung, wonach das Bauaufsichtsamt Anspruch auf Erteilung einer komplett neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung hat?
2. Wie ist die Rechtslage, wenn zunächst die Teilungserklärung auf Basis der alten Abgeschlossenheit grundbuchlich vollzogen und die Änderungen im Nachgang vorgenommen wird?

III. Zur Rechtslage

1. Zweck der Abgeschlossenheitsbescheinigung i. S. v. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG

Zweck der Abgeschlossenheitsbescheinigung i. S. v. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG ist es, die dauerhafte räumliche Abgrenzbarkeit und Abschließbarkeit der einzelnen Wohnungen gegenüber den anderen und dem gemeinschaftlichen Eigentum zu bestätigen und damit dem Grundbuchamt die Prüfung zu ersparen, ob die Eintragsvoraussetzung des § 3 Abs. 2 S. 1 WEG vorliegt (vgl. GmS-OGB DNotZ 1993, 48; BayObLG MittBay-Not 1994, 224, 225). Damit soll der Entstehung unklarer Verhältnisse aufgrund uneindeutiger räumlicher

Abgrenzung der Sondereigentumsbereiche untereinander vorgebeugt werden (Staudinger/Rapp, BGB, 2018, § 3 WEG Rn. 13).

2. Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht

Vor dem Hintergrund dieses Zwecks entspricht es – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht nicht notwendig ist, soweit Sondereigentumsseinheiten von Veränderungen des Wohnungseigentumsgrundstücks nicht betroffen sind.

Das OLG Hamburg (RNotZ 2004, 399, 400) etwa hält eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Vereinigung von zwei Wohnungs- und Teileigentumseinheiten für **entbehrlich**, solange das den Wohneinheiten zugeordnete Sondereigentum nicht auf Kosten von Gemeinschaftseigentum oder Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer ausgeweitet wird. Erst Recht keine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung müsste danach bzgl. der von der Vereinigung nicht betroffenen Sondereigentumseinheiten vorgelegt werden.

Das OLG München (ZWE 2011, 267) verlangt bei Unterteilung von Wohnungseigentum **nur für die neu gebildeten** Sondereigentumseinheiten eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung. Sogar auf diese könne aber verzichtet werden, wenn „*von vornherein bereits in sich abgeschlossene Räume durch Unterteilung getrennt werden*.“ Auch hiernach ist eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung der von der Unterteilung nicht betroffenen Sondereigentumseinheiten entbehrlich.

Entsprechend verlangt das BayObLG (NJW-RR 1998, 1237, 1238) bei Übertragung eines Teils einer Sondereigentumseinheit nur für die „**betroffenen Wohnungen**“ eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung.

In einer früheren Entscheidung forderte das BayObLG (MittBayNot 1994, 224, 225) zwar für den Fall der Unterteilung vormals vereinigter Wohnungseigentumseinheiten, die zur Wiederherstellung des früheren Zustands führte, die Vorlage einer **neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung**. Dies wurde aber damit begründet, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung dem Nachweis tatsächlicher Zustände dient und die für die Abgeschlossenheit der früheren Wohnungen maßgeblichen Verhältnisse sich inzwischen geändert haben können. Im konkreten Fall lagen zwischen der alten Abgeschlossenheitsbescheinigung und der Unterteilung 21 Jahre. Bei *Rapp* (§ 7 WEG Rn. 22) heißt es:

„Ist die Abgeschlossenheit bereits bescheinigt, so bedarf es keiner neuen Bescheinigung, falls Veränderungen beim Wohnungseigentumsgrundstück eintreten (z. B. eine Realteilung desselben), und anhand öffentlicher Urkunden (z. B. amtlicher Lageplan) nachgewiesen werden kann, dass die Gebäude, für deren Wohnungen die Abgeschlossenheitsbescheinigung gegeben ist, von der Änderung nicht betroffen sind.“

Ähnlich verhält sich *Rapp* (MittBayNot 1996, 344, 345) zu dem Fall der Unterteilung einer bestehenden Wohnungseigentumseinheit. Zum Grundbuchvollzug sei ein „*geänderter Aufteilungsplan samt Abgeschlossenheitsbescheinigung (nur) bezüglich der neu zu bildenden Einheiten erforderlich, da sich neue Sondereigentumsbereiche ergeben*.“ Auch *Röll* (DNotZ 1993, 158, 162) hält für den Fall der Unterteilung eine „*Unbedenklichkeitsbescheinigung der Baubehörde nach § 7 Abs. 4 WEG (...), beschränkt auf die von der Unterteilung betroffenen Räume*“ für ausreichend. So sieht es auch *Streblow* (MittRhNot 1987, 141, 148), nach dem bei einer Unterteilung eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nur erforderlich ist, soweit „*sich aufgrund der Aufteilung die Abgrenzung der Eigentumswohnungen voneinander ändert*.“

Schöner/Stöber (Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2968) führen zu dem Thema allgemein aus, dass eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung dann erforderlich ist, „*soweit sich die Abgeschlossenheit nicht aus dem bisherigen Plan und der zugehörigen Bescheinigung ergibt*.“ Auch *Schneider* (Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 2 Rn. 113) hält die Anpassung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Änderung der Grundstückverhältnisse vor Vollzug der Aufteilung für entbehrlich, soweit sich an den „*bereits bescheinigten maßgeblichen Rechtsverhältnissen (...)* keine Änderungen ergeben.“

3. Anspruch des Grundstückseigentümers auf Erteilung einer Teilabgeschlossenheitsbescheinigung gegenüber der Baubehörde

Von der Frage, ob es dem grundbuchverfahrensrechtlichen Erfordernis des § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG genügt, wenn sich die neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nur auf zwischenzeitlich erfolgte Änderungen der Aufteilung bezieht („**Teilabgeschlossenheitsbescheinigung**“) und nicht erneut die Abgeschlossenheit aller Räumlichkeiten bescheinigt, ist die Frage zu unterscheiden, ob der Bauträger gegenüber der Baubehörde einen **Anspruch auf Erteilung** einer solchen Teilabgeschlossenheitsbescheinigung hat.

Die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung durch die Baubehörde fußt öffentlich-rechtlich auf einer

Verwaltungsvorschrift vom 19.3.1974 (BAnz. Nr. 58 vom 23.3.1974). In deren Nr. 1 heißt es: „*Die Bescheinigung darüber, dass eine Wohnung oder nicht zu Wohnzwecken dienende Räume in sich abgeschlossen im Sinne des § 3 Abs. 2 bzw. des § 32 Abs. 1 des Wohnungseigentums gesetzes sind, wird auf Antrag des Grundstückseigentümers oder Erbbauberechtigten durch die Bauaufsichtsbehörde erteilt.*“

Aus dieser Formulierung könnte sich ein Anspruch auf Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung ergeben. Dieser Anspruch würde u. E. auch die Erteilung einer Teilabgeschlossenheitsbescheinigung erfassen. Der Wortlaut ist insoweit eindeutig: Bescheinigt werden kann, dass „eine Wohnung“ in sich abgeschlossen ist. Die Vorschrift sieht somit auch die Möglichkeit einer Teilabgeschlossenheitsbescheinigung, die sich bloß auf eine Wohneinheit innerhalb einer größeren Wohnungseigentumsanlage bezieht, vor. Die Auffassung der Baubehörde, es könne stets nur die Abgeschlossenheit aller Wohnungen bescheinigt werden, findet im Wortlaut der Verwaltungsvorschrift hingegen keinen Widerhall. Dafür hätte es bspw. heißen müssen, dass auf Antrag die Abgeschlossenheit aller Wohnungen/Räume auf einem Grundstück bescheinigt wird. Das ist aber gerade nicht der Fall.

Zwar stellen **Verwaltungsvorschriften keine Gesetze** im formellen oder materiellen Sinne dar. Sie haben keine unmittelbare Außenwirkung, sondern sind lediglich Handlungsanweisungen für den internen Verwaltungsbereich (BVerwG VIZ 2003, 403, Tz. 13 [juris]). Unmittelbar aus der Verwaltungsvorschrift vom 19.3.1974 selbst ergibt sich deshalb kein Anspruch des Bürgers auf Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung. In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass Verwaltungsvorschriften über ihre interne Bindung hinaus vermittels des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und des Vertrauensschutzgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) eine **anspruchs begründende Außenwirkung** im Verhältnis der Verwaltung zum Bürger haben können. Voraussetzung dafür ist, dass die zu beurteilende Verwaltungsvorschrift eine Willensäußerung der Exekutive darstellt, zukünftig alle ihr entsprechenden Fälle auch hiernach zu behandeln (Gedanke der „**antizipierten Verwaltungspraxis**“, vgl. BVerwGE 52, 193, 199). Dass dieser Gedanke dem Erlass der Verwaltungsvorschrift vom 19.3.1974 zugrunde lag, ihr mithin eine anspruchs begründende Außenwirkung zukommt, wird von der Rechtsprechung unausgesprochen vorausgesetzt, da sie von einem dem Grunde nach bestehenden Rechtsanspruch des Grundstückseigentümers auf Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung ausgeht (vgl. BVerwG 1997, 71, 75; OVG Münster, MittBayNot 1986, 82, 84). Auch die Literatur nimmt einen solchen Rechts-

anspruch an. So heißt es bspw. bei Nolte (Simon/Busse, BayBO, 128. EL Dezember 2017, Art. 46 Rn. 53): „*Der Bürger hat auf Erlass einen Rechtsanspruch, wenn die in der Verwaltungsvorschrift konkretisierten Voraussetzungen des WEG erfüllt sind.*“

Geht man demnach von dem Bestehen eines Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung aus, kann sich dieser Anspruch aufgrund der konkreten Formulierung der hierfür maßgeblichen Verwaltungsvorschrift (s. o.) u. E. auch auf Erteilung einer „Teilabgeschlossenheitsbescheinigung“ richten. Wir weisen jedoch darauf hin, dass wir zu dieser Frage keine Stellungnahmen aus Rechtsprechung und Literatur ausfindig machen konnten.

4. Ergebnis

Aus dem Zweck der Abgeschlossenheitsbescheinigung und den aufgeführten Fundstellen ergibt sich, dass in diesem Fall eine **komplett neue Abgeschlossenheitsbescheinigung**, die auch die unverändert bleibenden Sondereigentumseinheiten miteinbezieht, grundbuchverfahrensrechtlich **entbehrlich** sein dürfte. Denn die Abgeschlossenheit dieser Sondereigentumseinheiten ergibt sich bereits aus dem bisherigen Plan und der zugehörigen Bescheinigung. Änderungen an diesen Sondereigentumseinheiten, die die Frage ihrer Abgeschlossenheit neu aufwerfen würden, sind nicht ersichtlich.

Anders könnte die Rechtslage in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht dann einzuschätzen sein, wenn die Teilungserklärung zunächst auf Grundlage der alten Abgeschlossenheitsbescheinigung grundbuchlich vollzogen und die Änderung dann im Nachgang vorgenommen wird. Denn zumindest bei einem deutlichen zeitlichen Abstand zwischen der ursprünglichen Abgeschlossenheitsbescheinigung und der nachträglichen Änderung könnte die Abgeschlossenheitsbescheinigung entsprechend der bereits erwähnten Entscheidung des BayOBLG (MittBayNot 1994, 224, 225) durch Zeitablauf entwertet werden. Danach kann grundbuchverfahrensrechtlich eine gänzlich neue Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich werden, wenn sich die für die Abgeschlossenheit **maßgeblichen tatsächlichen Umstände zwischenzeitlich geändert** haben können. Freilich betrug der Zeitabstand in der angesprochenen Entscheidung 21 Jahre, sodass fraglich erscheint, inwieweit dieses Urteil auf Fälle übertragen werden kann, in denen zwischen Abgeschlossenheitsbescheinigung und Änderung des Teilungsplans kein derart langer Zeitraum verstrichen ist. Höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu liegt – soweit ersichtlich – allerdings nicht vor, sodass die Rechtslage als insgesamt unsicher bezeichnet werden muss.

Sollte nach alledem eine Teilabgeschlossenheitsbescheinigung aber grundbuchverfahrensrechtlich ausreichend sein, kann der Grundstückseigentümer diese im Verhältnis zur Baubehörde u. E. auch verlangen. Der entsprechende Rechtsanspruch ergibt sich aus Nr. 1 der Verwaltungsvorschrift vom 19.3.1974 i. V. m. Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG. Auch hierzu liegen aber keine Stellungnahmen aus Rechtsprechung oder Literatur vor.

GmbHG §§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1

Vertretung einer Vor-GmbH vor Geschäftsführerbestellung

I. Sachverhalt

In der Gründungsurkunde einer Einpersonen-GmbH wurde ein Rechtsanwalt ermächtigt bzw. bevollmächtigt, im unmittelbaren Anschluss an die Gründung für die neu gegründete Gesellschaft einen Grundstückskaufvertrag zu schließen. Ein Geschäftsführer wurde noch nicht bestellt. Er soll erst später bestellt werden, weil noch offene Punkte in Bezug auf den Geschäftsführervertrag zu regeln sind.

II. Frage

Kann der Bevollmächtigte die GmbH vertreten?

III. Zur Rechtslage

1. Vor-GmbH

Die **Vor-GmbH** ist ein Personenverband eigener Art, sie ist **rechtsfähig** (Heidinger/Blath, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 5 m. w. N.). Dies gilt nach Auffassung der h. L. und der Rechtsprechung auch für die **Einpersonenvorgesellschaft** (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 11 Rn. 167; Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 74; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 16; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 11 Rn. 5, 38 m. w. N. auch zur Gegenauaffassung; für Rechtsfähigkeit implizit OLG Dresden GmbHR 1997, 215; wohl auch BGH NJW-RR 1999, 1554, 1555). Mit ihrer Eintragung wandelt sich die Vor-GmbH mit allen Aktiva und Passiva in die GmbH um (Bayer, § 11 Rn. 5).

2. Vertretung der Vor-GmbH

Fraglich ist, ob die Vor-GmbH beim Abschluss des Vertrags wirksam vertreten wurde. Für die Vor-GmbH soll nicht ein Geschäftsführer handeln, sondern ein im Gesellschaftsvertrag von den **Gesellschaftern** bevoll-

mächtiger Rechtsanwalt. Entscheidend ist also, ob die **Gesellschafter** die Vor-GmbH **vertreten** und in ihrem Namen eine Vollmacht erteilen können.

Nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG können die Gesellschafter eine **GmbH** nur bei der Entgegennahme von Willenserklärungen vertreten, wenn die GmbH führungslos ist. Das bedeutet umgekehrt, dass die **Gesellschafter** i. Ü. **keine Vertretungsmacht für die GmbH** haben und für sie keine Willenserklärungen abgeben können. Dies gilt auch dann, wenn die GmbH **keinen Geschäftsführer** hat (BGH NZG 2011, 26 Tz. 13; LG Bonn NJW-RR 2009, 1342, 1343; Münch-KommGmbHG/Stephan/Tieves/Jaeger/Steinbrück, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 246; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 136). Es besteht daher **keine subsidiäre Vertretungsmacht** der Gesellschafter für den Fall, dass die GmbH führungslos ist.

Zu prüfen ist, ob diese Grundsätze auch für die Vor-GmbH gelten. Grundsätzlich finden die **§§ 35 ff. GmbHG** bereits **auf die Vor-GmbH Anwendung** (Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 16 Rn. 60). Die Vor-GmbH wird durch ihren **Geschäftsführer** vertreten. Dies gilt nach h. M. auch für eine Ein-Personen-Vor-GmbH (Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 170; Gummert, § 16 Rn. 164). Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur kommen, wenn man in der Einpersonenvorgesellschaft nicht einen eigenen Rechtsträger, sondern nur ein Sondervermögen des Einpersonen-Gründers sehen würde (Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 146 ff.). Allerdings ist auch damit nicht gesichert, dass der Träger des Sondervermögens dieses verpflichten könnte oder, ob insoweit nicht bereits § 35 GmbHG gelten würde. Auch ein Erbe kann etwa keine Verfügungen treffen, wenn über das Sondervermögen des Nachlasses Testamentsvollstreckung angeordnet wurde. Von der Rechtsträgerschaft des Vermögens kann also nicht auf die Frage der Vertretungsmacht geschlossen werden.

Umstritten ist, ob die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Vor-GmbH nach § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG unbeschränkt ist oder die **Vertretungsmacht nur im Rahmen der Geschäftsführerbefugnis** besteht (Blath, § 11 Rn. 63 m. w. N.). Nach Auffassung des BGH ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer auf gründungsnotwendige Rechtsgeschäfte beschränkt, sofern die Gesellschafter nicht eine Erweiterung der Vertretungsmacht einstimmig beschließen oder in der Satzung festlegen (BGH NJW 1981, 1373, 1375; BGHZ 80, 129, 139).

Das dürfte aber **nicht** dazu führen, dass die **Gesellschafter die Vor-GmbH subsidiär vertreten** können, sofern die Geschäftsführer nicht vertretungsberechtigt sind oder keine Geschäftsführer bestellt wurden. Wendet man die §§ 35 ff. GmbHG auf die Vor-GmbH entsprechend an, ist es konsequent, die alleinige Vertretungszuständigkeit im Außenverhältnis beim Geschäftsführer zu verorten – und zwar auch dann, wenn die Vor-GmbH noch keinen Geschäftsführer oder nur einen Geschäftsführer mit eingeschränkter Vertretungsmacht hat. Es wäre nicht überzeugend, von einer gespaltenen Vertretungsmacht zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern auszugehen. Die Vor-GmbH ist in ihrer Rechtsstellung der GmbH so weitgehend angenähert, dass es nicht gerechtfertigt wäre, für die Vertretungsmacht im Außenverhältnis von einer abweichenden Kompetenzordnung auszugehen.

Die Literatur weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die **Geschäftsführer** der Vor-GmbH **zur Erteilung einer Prokura oder Vollmacht berufen seien** (MünchKommGmbHG/Merkel, § 11 Rn. 67), ohne dass eine subsidiäre Vertretungsmacht der Gesellschafter auch nur erwähnt wird (Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 11 Rn. 70). Für die Wirksamkeit der Vollmacht sei entscheidend, ob die Geschäftsführer die Vertretungsmacht zur Erteilung einer Vollmacht hätten (Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 74; MünchKommGmbHG/Merkel, § 11 Rn. 67).

Dass die Gesellschafter keine Vertretungsmacht zur Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht haben, ergibt auch ein Blick auf die Zuständigkeitsverteilung für die Erteilung einer Prokura oder einer Generalhandlungsvollmacht in § 46 Nr. 7 GmbHG. Die Vorschrift gilt bereits während des Stadiums der Vor-GmbH (vgl. allg. Hüffer/Schürnbrand, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 46 Rn. 5; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 46 Rn. 1). Die Gesellschafterversammlung beschließt zwar im Innenverhältnis über die Erteilung der Vollmacht. Der Beschluss hat aber keine Außenwirkung (BGH NJW 1974, 1194). Im **Außenverhältnis** wird die Gesellschaft nach ganz h. M. von ihren **Geschäftsführern** vertreten (Ganzer, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 46 Rn. 56; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 46 Rn. 73; Römermann, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 46 Rn. 363; Hüffer/Schürnbrand, § 46 Rn. 94; a. A. van Veenroy, GmbHR 1999, 800, 806).

Die Gesellschafter haben keine Vertretungsmacht, um den Beschluss im Außenverhältnis umzusetzen (MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl. 2016, § 46 Rn. 216). Diese Zuständigkeitsregelung ist zwingend.

Es besteht nach Auffassung der Literatur **nicht einmal** die Möglichkeit, durch eine besondere Regelung **in der Satzung** den Gesellschaftern eine entsprechende Vertretungsmacht einzuräumen. Begründet wird dies von Manchen mit der zwingenden Kompetenzordnung nach § 35 GmbHG (Römermann, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 46 Rn. 387; Ganzer, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 46 Rn. 60; ohne nähere Begründung Hüffer/Schürnbrand, § 46 Rn. 99). Andere stützen sich demgegenüber auf den Wortlaut von §§ 48 Abs. 1, 54 Abs. 1 HGB, wonach die Prokuraerteilung nur durch „den gesetzlichen Vertreter“ möglich ist (MünchKommGmbHG/Liebscher, § 46 Rn. 225; Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 134). Der Hinweis auf die zwingende Regelung des § 35 GmbHG ist überzeugend. Das GmbHG lässt es nicht zu, den Gesellschaftern oder der Gesellschafterversammlung Vertretungsmacht im Außenverhältnis dort einzuräumen, wo eine Vertretungsmacht für den Geschäftsführer vorgegeben ist.

Legt man diesen strengen Maßstab zugrunde, dürfte es den Gesellschaftern der GmbH nicht möglich gewesen sein, für die Vor-GmbH in deren Namen eine Vollmacht an den Rechtsanwalt zu erteilen. Auch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag wäre nicht möglich gewesen. Die Vollmachterteilung hätte im Außenverhältnis zwingend der Geschäftsführer vornehmen müssen. Auch wenn eine andere Rechtsauffassung vertretbar erscheint, besteht zumindest ein **erhebliches Risiko**, dass es an **einer wirksamen Vollmacht** fehlt.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**BGB § 1093; WEG § 1 Abs. 3
Begründung eines Wohnungsrechts an einer Teileigentumseinheit**
Abruf-Nr.: **166866**

**EuGüVO Art. 69
China: Gesetzlicher Güterstand chinesischer Eheleute**
Abruf-Nr.: **168470**

Rechtsprechung

BGB §§ 1901a Abs. 1, 1904 Abs. 2, 3 u. 4
Erforderliche Konkretisierung und Auslegung einer Patientenverfügung

a) Die erforderliche Konkretisierung einer Patientenverfügung kann sich im Einzelfall bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 214, 62 = FamRZ 2017, 748).

b) Urkunden über formbedürftige Willenserklärungen sind nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei aber nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat.

c) Die vom Beschwerdegericht vorgenommene Auslegung einer Patientenverfügung kann vom Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht.

BGH, Beschl. v. 14.11.2018 – XII ZB 107/18

Problem

Die Betroffene liegt nach einem Schlaganfall und anschließendem Herzkreislaufstillstand seit Juni 2008 im Wachkoma. Seither wird sie über eine Magensonde (PEG) künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt. Bereits im Jahre 1998 hatte die Betroffene eine schriftliche „Patientenverfügung“ unterzeichnet, in der u. a. festgelegt war, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollen, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist, dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Die Betroffene hatte auch in der Zeit vor ihrem Schlaganfall gegenüber verschiedenen Familienangehörigen und Bekannten angesichts zweier Wachkomapatienten aus ihrem persönlichem Umfeld geäußert, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, nicht so am Leben erhalten werden, lieber sterbe sie.

Das Betreuungsgericht bestellte den Sohn und den Ehemann der Betroffenen zu jeweils alleinvertretungsberechtigen Betreuern. Der Sohn verlangte unter Berufung auf die Patientenverfügung die Einstellung der künstlichen Ernährung, der Ehemann der Patientin lehnte dies ab. Die gerichtliche Auseinandersetzung über den Abbruch der künstlichen Ernährung ging hoch bis zum BGH (Beschl. v. 8.2.2017 – XII ZB 604/15, DNotI-Report 2017, 54 f. = ZEV 2017, 335 ff. m. Anm. G. Müller). Der BGH stellte in diesem Beschluss klar, dass sich die erforderliche Konkretisierung der Patientenverfügung im Einzelfall auch bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben können (restriktiver noch BGH, Beschl. v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16, ZEV 2016, 649 f.).

Der BGH verwies an das Landgericht zurück, das nach seinen weiteren Ermittlungen zum Patientenwillen zum Ergebnis gelangte, dass keine Entscheidung des Betreuers und damit auch keine gerichtliche Genehmigung des Behandlungsabbruchs erforderlich sei. Die Patientin habe in der hinreichend konkret gefassten Patientenverfügung vorab ihre Entscheidung für die nun eingetretene Situation bereits selbst getroffen. Hiergegen legte der Ehemann der Patientin erneut Rechtsbeschwerde ein.

Entscheidung

Der BGH weist die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurück. Nach jahrelangem Rechtsstreit konnte sich damit der auf Behandlungsabbruch gerichtete Wille der Patientin (und ihres Sohnes) gegen den Ehemann durchsetzen.

Für die Konkretisierung von Patientenverfügungen stellt der BGH in der neuen Entscheidung keine neuen Grundsätze auf, sondern schließt sich inhaltlich an seine grundsätzlichen Ausführungen aus der Entscheidung vom 8.2.2017 (a. a. O.) an. Der BGH nimmt jedoch erstmals ausführlich zur **Auslegung von Patientenverfügungen** Stellung. Der BGH stellt fest, dass es sich bei einer Patientenverfügung um eine formbedürftige Willenserklärung handelt, die nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen ist, sodass auch die Grundsätze der sogenannten **Andeutungstheorie** gelten. Für den auch durch Umstände außerhalb der Patientenverfügung (beispielsweise aufgrund mündlicher Äußerungen) feststellbaren Patientenwillen muss sich also zumindest ein gewisser Anhalt in der schriftlichen Patientenverfügung finden lassen.

Der BGH konstatiert außerdem, dass auch die Auslegung von Patientenverfügungen **primär Sache der Tat-**

sacheninstanzen ist. Wie bei Verfügungen von Todes wegen findet daher nur eine beschränkte Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht statt, z. B. im Hinblick auf die vollständige Berücksichtigung des auslegungsrelevanten Sachverhalts oder die Einhaltung anerkannter Auslegungsgrundsätze. Im vorliegenden Fall waren keine derartigen Fehler ersichtlich.

Literaturhinweise

B. Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl., Luchterhand Verlag, Köln 2018, 1577 Seiten, 139.– €

Nur etwa zwei Jahre nach dem „Neustart“ ist der *Reichert* in wiederum überarbeiteter Auflage – der inzwischen 14. – erschienen. *Martin Schimke* und *Jörg Dauernheim* hatten nach dem Tod von *Bernhard Reichert* die Herausgeberschaft für das Standardwerk übernommen. Die rasche Folgeauflage lässt vermuten, dass das Werk weiterhin in kurzen Abständen aktualisiert wird. Das wäre begrüßenswert, denn auch das Vereinsrecht ist ein Rechtsgebiet in Bewegung. Nicht zuletzt die vielbeachtete „Kita“-Rechtsprechung des BGH macht dies deutlich (s. etwa BGH, Beschl. v. 16.5.2017, DNotZ 2017, 628; vgl. dazu Wagner, Kap. 2 Rn. 101). Gerade die Auswirkung dieser Rechtsprechung auf die herkömmliche Lehre von den wirtschaftlichen Vereinstypen (zurückgehend auf K. Schmidt) hätte allerdings ausführlicher erörtert werden können.

Im Übrigen ist zu den inhaltlichen Vorzügen des *Reichert* schon genug gesagt worden. Man kann nur wiederholen, dass es sich um das umfangreichste Handbuch seiner Art handelt und den Praktiker – darunter den Notar – bei der Bearbeitung vereinsrechtlicher Fragen und Probleme selten im Stich lassen wird. Bisher war es eine Fundgrube auch für ältere Rechtsprechung (die sich in der Praxis durchaus als hilfreich erweisen kann). Ob es daher eine Verbesserung darstellt, wenn in der neuen Auflage laut Vorwort auf „*Zitate des Reichsgerichts ... weitestgehend verzichtet*“ wurde, mag der Nutzer selbst entscheiden.

In formaler Hinsicht ist positiv zu bemerken, dass man sich um eine übersichtlichere Gliederung bemüht hat (die gemischt alphanumerisch-dezimale Gliederung ist weggefallen, allerdings sind die Randnummern nicht mehr fortlaufend). Auch die Hervorhebung wichtiger Begriffe durch Fettdruck – nunmehr durchgängig zu finden – erleichtert die Orientierung im Text.

Dr. Simon Blath

H. Weingärtner/S. Löffler, Vermeidbare Fehler im Notariat, 10. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2019, 424 Seiten, 89.– €

Die Neuauflage der „Vermeidbaren Fehler im Notariat“ hält am bewährten Konzept fest: Sie ist als kompaktes Kompendium zu den notariellen Amtspflichten geschrieben und bezieht sich auf Beanstandungen bei Geschäftsprüfungen. Die Darstellung orientiert sich sehr praxisnah an verschiedenen Problemkreisen. Es lohnt sich, das Buch durchzublättern und sich bei einigen Punkten einen Überblick über aktuelle Punkte zu verschaffen, so etwa zu Fragen der Identifizierung nach dem GwG (Rn. 246 ff.). Die einschlägigen Rundschreiben der BNotK sind sinnvollerweise im Anhang abgedruckt.

Das Buch wurde um einen längeren Abschnitt zum elektronischen Rechtsverkehr und zum Datenschutz ergänzt. Verfasser ist *Sebastian Löffler*, der als Mitglied der Geschäftsführung der Bundesnotarkammer, mit den Themen bestens vertraut ist. Erfreulich ist, dass die Darstellung auch zu aktuellen Fragen der DSGVO Bezug nimmt, zu denen man bislang wenig findet. So soll die DSGVO eine unverschlüsselte E-Mail-Kommunikation mit den Beteiligten grundsätzlich nicht ausschließen (Rn. 522).

Das Kompendium der „Vermeidbaren Fehler“ kann auch in seiner Neuauflage überzeugen und die Notare auf mögliche Fallstricke hinweisen. Das Buch ist gut lesbar und erleichtert den Zugriff auf das mitunter etwas sperrige Berufsrecht auf angenehme Art und Weise.

Notar a. D. Dr. Johannes Weber

P. Becker, Regelungen für das Spannungsverhältnis von Testamentsvollstreckung und General- bzw. Vorsorgevollmacht, ZEV 2018, 692

W. Böhringer, Genossenschaften im Grundstücksverkehr, BWNotZ 2019, 108

W. Böhringer, Löschung von gegenstandslosen Rechtspositionen im Grundbuch, Rpflieger 2019, 1

H. Grziwotz, Immobilienübertragungen mit dementen Eigentümern, ZfIR 2019, 1

J. Holzer, Das Verfahren zur Klarstellung der Rangverhältnisse im Grundbuch, ZNotP 2018, 395

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

N. Joachim, Das Recht der Erbenhaftung, notar 2019, 3

C. Keim, Der „Schlusserbe“ im Einzeltestament, ZEV 2018, 681

H. Klärner, Die Anzeigepflichten des ErbStG im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZEV 2019, 13

E. Wälzholz, Aktuelle Entwicklungen in der Grund'erwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis, Mitt-BayNot 2019, 1

J. Weber, Von Vertretungsketten und Geburtsvollmachten. Die Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr, MittBayNot 2019, 11

L. Wolff, Hineinverschmelzung von LLPs vor dem Brexit, GmbHR 2019, 52

M. Zimmer, Pflichten des Notars beim notariellen Nachlassverzeichnis, NJW-aktuell 2019, 186

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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. Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

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.

Veranstaltungen

Weitere Termine für **April 2019** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fach-institut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats (Tondorf), 1.-5.4.2019 Stuttgart

Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis (Spiegelberger), 3.4.2019 Heusenstamm

Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2018/2019 (Herrler/Hertel/Kesseler), 5.4.2019 Berlin; 6.4.2019 Weimar

Urkundenvorbereitung von A bis Z (Tondorf), 8.4.2019 Kassel

Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht (Schmidt/Tondorf), 9.4.2019 Stuttgart

Bezugspreis:

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinstermin 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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit