

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17. Jahrgang
Juli 2009
ISSN 1434-3460

14/2009

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 12 – Zustimmungserklärung durch Wohnungseigentümerversammlung und Nachweis über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Erwerbers

BGB § 632a – Fälligkeit des Bareinhalts nach § 632a Abs. 3 BGB

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

GmbHG §§ 4a, 6 Abs. 2 – Geschäftsführer aus Nicht-EU-Ausland auch ohne Einreisemöglichkeit zulässig

BGB §§ 1408, 138, 242 – Sittenwidriger Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Ehevertrag

Aktuelles

BGB §§ 1901a, b, c, d, 1904; FamFG §§ 287, 298 – Gesetzliche Regelung der Patientenverfügung durch das 3. BtÄndG

GBO § 47; BGB §§ 899a, 705 ff., 891, 892 ff. – Gutgläubensschutz bei Grundbucheintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 12

Zustimmungserklärung durch Wohnungseigentümerversammlung und Nachweis über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Erwerbers

I. Sachverhalt

Die Teilungserklärung einer Wohnungseigentümergeinschaft sieht vor, dass zur Veräußerung die Zustimmung der Eigentümerversammlung durch Mehrheitsbeschluss erforderlich ist. Eine Wohnungseigentumseinheit wurde an ein junges Ehepaar mit Kindern veräußert.

II. Frage

In welcher Weise und in welchem Umfang können die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft von dem Erwerber Nachweise über seine wirtschaftlichen Verhältnisse im Rahmen der Zustimmung nach § 12 WEG verlangen?

III. Zur Rechtslage

Die Fragestellung, ob und anhand welcher Nachweise der Zustimmungsbereifene im Rahmen des § 12 WEG Auskünfte vom Erwerber über seine finanziellen Verhältnisse verlangen kann, ist bislang – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand einer Gerichtsentscheidung gewesen. Wir bitten daher, die nachfolgenden Ausführungen unter diesen Einschränkungen zu sehen.

1. Verweigerung aus wichtigem Grund

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Gem. § 12 Abs. 2 S. 1 WEG darf die Zustimmung nur aus wichtigem Grund versagt werden.

Nach der Rspr. liegt ein **wichtiger Grund** nur vor, wenn die Übertragung des Wohnungseigentums gemeinschaftswidrige Gefahren für die übrigen Wohnungseigentümer birgt, die in der Person des Erwerbers begründet sind (BayObLG v. 22.10.1992, NJW-RR 1993, 280 f. = WuM 1992, 702 f.; BayObLG v. 14.3.1990, NJW-RR 1990, 657 ff. = WuM 1990, 231 f.; OLG Hamm v. 29.9.1992, NJW-RR 1993, 279, 280 = OLGZ 1993, 295, 297; vgl. im Überblick m. w. N.: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2900). Dabei muss es sich um Umstände von Gewicht handeln, bei denen es nicht nur um Unzuträglichkeiten, persönliche Spannungen oder bloße Antipathie geht (OLG Zweibrücken v. 8.11.2005, OLGR Zweibrücken 2006, 90 = DNotZ 2006, 295, 296 = ZWE 2006, 46, 47).

Anerkannt ist in diesem Zusammenhang etwa der Fall, dass durch Tatsachen begründete Zweifel daran bestehen, dass der Erwerber die ihm gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegenden **finanziellen Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllen** werde (OLG Köln v. 15.3.1996, NJW-RR 1996, 1296, 1297 = WE 1996, 434, 436). Allerdings müssen bezüglich der persönlichen oder finanziellen Unzuverlässigkeit gewichtige Gründe

tatsächlich nachgewiesen werden können; werden lediglich Erwägungen, die rein spekulativen Charakter haben, ange stellt, kann dies einen so schwerwiegenden Eingriff wie die Versagung der Veräußerung von Wohnungseigentumsan teilen nicht rechtfertigen (OLG Zweibrücken v. 18.2.1994, NJW-RR 1994, 1103 = Rpfleger 1994, 459 f.). Liegt kein wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung vor, hat der Veräußerer einen Anspruch auf deren Erteilung (OLG Hamm v. 29.9.1992, NJW-RR 1993, 279, 280).

2. Auskunftspflicht des Veräußerers

Die Rspr. geht vielfach davon aus, dass der Veräußerer dem im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 12 WEG zur **Zustimmung Berechtigten gegenüber zur Auskunft verpflichtet** ist (BayObLG v. 5.7.1982, DWE 1983, 26; KG Berlin v. 11.10.1989, WuM 1989, 652 f. = ZMR 1990, 68 f.; OLG Hamburg v. 1.8.2002, OLGR Hamburg 2004, 192, 194 f. = ZMR 2003, 865; vgl. auch: Weitnauer, WEG, 9. Aufl. 2005, § 12 Rn. 10). Dabei lassen sich der Rspr. hinsichtlich Art und Ausmaßes der Auskunftspflicht allerdings nur wenige Anhaltspunkte entnehmen:

a) So beschränkte sich das **BayObLG in seinem Beschluss v. 5.7.1982** etwa auf die Aussage, dass dem Veräußerer zuzumuten sei, „entweder selbst die Verhältnisse des Erwerbers – wenn er sie kennt – dem Verwalter mitzuteilen oder auf den Erwerber einzuwirken, dem Verwalter die für die Prüfung der Zustimmungsfrage erforderlichen Auskünfte zu erteilen (BayObLG v. 5.7.1982, DWE 1983, 26). Obwohl dem Veräußerer die Erfüllung dieser Pflicht ohne besonderen Aufwand möglich sein wird (weil er im Zuge der Verkaufsverhandlungen den Erwerber und dessen wirtschaftliche Verhältnisse kennen lernt), zieht *H. Müller* aus der Rechtsprechung die Schlussfolgerung, dass der Zustimmungspflichtige die Zustimmung „nicht vom Zugang einer solchen Auskunft oder von der Informationserteilung abhängig machen“ dürfe (Müller, WE 1998, 458, 459).

b) Bestehen an der finanziellen Zuverlässigkeit des Erwerbers konkrete Zweifel, ist es nach **Ansicht des OLG Hamburg Sache des Veräußerers**, dem nach § 12 WEG Zustimmungspflichtigen „umfassende Auskünfte über die Person und den Vermögensstatus des Erwerbers zu geben bzw. diesen zu einer entsprechenden Selbstauskunft zu veranlassen“ (OLG Hamburg v. 1.8.2002, OLG Hamburg 2004, 192, 195 = ZMR 2003, 865, 866). In diesem Fall könne der Zustimmungspflichtige ohne eine Pflichtverletzung zu begehen oder in Verzug zu geraten, vom Veräußerer eine Auskunft über die Liquidität des Erwerbers verlangen, insbesondere den Erwerber zu einer entsprechenden Selbstauskunft veranlassen.

c) Zu der Frage, ob und inwieweit **der Erwerber zur Selbstauskunft verpflichtet ist**, hat die Rspr. dagegen bisher – soweit ersichtlich – nicht Stellung bezogen. Vielmehr vertrat etwa das BayObLG in seinem Beschluss vom 5.7.1982 die Auffassung, dass eine eventuelle Pflicht des Erwerbers zur Selbstauskunft nicht erörtert zu werden brauche, weil jedenfalls den Veräußerer „die aus dem Verwaltervertrag entspringende Nebenpflicht [traf], alles ihm Zumutbare zu tun, um der Verwalterin die Erfüllung der Prüfungspflicht zu erleichtern“ (BayObLG v. 5.7.1982, DWE 1983, 26).

3. Verpflichtung des Erwerbers zur Selbstauskunft

In der Literatur wird die Frage, ob und inwieweit der Erwerber zur Selbstauskunft verpflichtet ist, unterschiedlich beurteilt.

a) Verpflichtung zur Selbstauskunft als unzulässige Bedingung

Kühn vertritt die Ansicht, dass eine Verpflichtung des Erwerbers **zur Selbstauskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse** jeglicher Rechtsgrundlage entbehrt und nicht legitimiert werden kann. Denn grundsätzlich trage der Zustimmungspflichtige die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen dafür gegeben sind, dass ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung vorliegt. Auch den Richter treffe diesbezüglich im Streitfall keine Aufklärungspflicht gem. § 12 FGG. Mache nunmehr der Zustimmungspflichtige seine Zustimmung davon abhängig, dass er eine Selbstauskunft des Erwerbers über seine Vermögensverhältnisse fordert, kehre er die Beweislast unzulässig um. Darüber hinaus setze er die Zustimmung unter die unzulässige Bedingung der Selbstauskunft, was dem Anspruch des Veräußerers auf Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG entgegenstehe (Kühn, BIGBW 1980, 226, 229).

Teilweise wird in der Literatur auch vertreten, dass der Zustimmungsbefugene auf **die ihm zugänglichen Informationen** verwiesen werden könne, einem sich daraus ergebenden Verdacht aber nachgehen müsse (Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl. 2008, § 12 Rn. 31).

b) Auskunftspflichten des Veräußerers gegenüber dem Zustimmungsbefugenen

Vielfach wird in der Literatur dagegen differenziert.

Während dem Zustimmungsbefugenen Ansprüche gegenüber dem Veräußerer zugesprochen werden, wird ein Informationsanspruch des Zustimmungsbefugenen **unmittelbar gegenüber dem Erwerber abgelehnt** (Drasdo, NJW-Spezial 2006, 1; F. Schmidt, DWE 1998, 5, 8; Spielbauer/Then, WEG, 2008, § 12 Rn. 9; siehe auch Kümmel, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 8. Aufl. 2007, § 12 Rn. 54 m. w. N.). Die Selbstauskunft des Erwerbers beziehe sich nur auf allgemeine Daten, erstrecke sich jedoch nicht auf die Vermögensverhältnisse des Erwerbers (Kümmel, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 8. Aufl. 2007, § 12 Rn. 54).

Andere Stimmen in der Literatur vertreten dagegen die Ansicht, dass die Auskunftspflicht des Veräußerers gegenüber dem Zustimmungsbefugenen auch vor wirtschaftlichen Informationen über den Erwerber nicht Halt mache.

aa) In diesem Sinne geht *Drasdo* davon aus, dass der Zustimmungspflichtige die Zustimmung versagen müsse, wenn Auskünfte durch den Veräußerer verweigert werden oder der Erwerber dem Veräußerer nicht die notwendigen **Informationen zur Weiterleitung an den Zustimmungspflichtigen** liefert: „Der Veräußerer muss sämtliche Informationen beschaffen, die eine Entscheidung des Zustimmungspflichtigen ermöglichen; der Erwerber ist von derartigen Informationspflichten frei. Liegen dem Veräußerer die begehrten Informationen nicht vor, muss er sich diese vom Erwerber beschaffen; als Rechtsgrundlage dient der Kaufvertrag. Denn der Erwerber darf dessen Vollzug durch eine Verweigerung der notwendigen Auskünfte nicht gefährden.“ (Drasdo, NJW-Spezial 2006, 1)

Zwar habe der Zustimmungsbefugene grundsätzlich die Möglichkeit, **Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse** des Erwerbers bei der SCHUFA oder bei Auskunftsteilen einzuholen. So biete das Schuldnerverzeichnis die Möglichkeit, sich über die finanzielle Lage des Erwer-

bers zu informieren. Insgesamt dürften die Anforderungen an den Zustimmungsbereufenen aber nicht überspannt werden (Drasdo, NJW-Spezial 2006, 1).

Versage der Zustimmungsbereufenen die Zustimmung infolge unzureichender Information, müsse der Veräußerer sich gegen diese Versagung gerichtlich zur Wehr setzen. In diesem Fall **treffe den Veräußerer die Darlegungs- und Beweislast** bezüglich der persönlichen und finanziellen Zuverlässigkeit des Erwerbers sowie des Vortrags, dass ausreichende Informationen zur Beurteilung insoweit erteilt worden sind (Drasdo, NJW-Spezial 2006, 1).

bb) Einen ähnlichen Ansatz vertritt *F. Schmidt*, setzt dabei aber beim Käufer und den Ansprüchen an, die diesem zustehen (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5 ff.).

Der Käufer könne vom Verkäufer verlangen, dass dieser alles tut, um die Zustimmung zu erreichen. Dazu gehöre auch, **dass der Verkäufer dem Zustimmungsbereufenen** (in *F. Schmidts* Beispiel dem Verwalter) die notwendigen Auskünfte gebe (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 8). Dies habe zur Konsequenz, dass der Verkäufer dem Verwalter im Grunde Informationen liefern müsse, die er an sich nicht kennt (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 8).

Vor dem Hintergrund, dass der Käufer aus der Anspruchssituation gemäß § 433 BGB vom Verkäufer auch die Beibringung der Zustimmung nach § 12 WEG verlangen könne, müsse er aus dieser Pflicht heraus **dem Verkäufer die notwendigen Auskünfte liefern**, damit dieser die Zustimmung erreichen könne (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 8). Bei dieser Verpflichtung des Käufers handele es sich nicht um eine vertragliche Nebenpflicht im Sinne des § 242 BGB, sondern um eine vertragliche Hauptpflicht.

c) Auskunftspflichten des Käufers gegenüber dem Zustimmungsbereufenen

Dass zwischen dem Käufer und dem Zustimmungsbereufenen **grundsätzlich keine vertraglichen Beziehungen** entstehen, ist in der Literatur weitgehend anerkannt. Obwohl der Zustimmungsbereufenen gegenüber dem Erwerber auch grundsätzlich keinen Selbstauskunftsanspruch bezüglich seiner wirtschaftlichen Verhältnisse hat, ist *Kreuzer* gleichwohl der Ansicht, dass der Erwerber faktisch zur Selbstauskunft bewegt werden könne, weil bei Verweigerung der Auskunftserteilung ein Versagungsgrund hinsichtlich der Zustimmung entstehe. Inhaltlich sei die Selbstauskunft des Erwerbers aber auf „organisatorisch zwingende Personen- und Sachangaben“ sowie auf die Unbedenklichkeit der Tatbestände zu beschränken, die nach § 18 WEG zur Entziehung von Wohnungseigentum führen können (Staudinger/Kreuzer, BGB, Neubearb. 2005, § 12 WEG Rn. 52).

Auch wenn grds. nur der Veräußerer zur Auskunft verpflichtet ist, bleibt es den Vertragsparteien unbenommen, dem Zustimmungsbereufenen **auf vertraglicher Grundlage Auskunftsansprüche** gegenüber dem Erwerber einzuräumen. Wie *F. Schmidt* in diesem Zusammenhang ausführt, kann der Zustimmungsbereufenen (Verwalter) ausnahmsweise berechtigt sein, den Käufer um Auskünfte anzugehen (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 8). Er begründet dies wie folgt: „Beauftragt der Verkäufer beim Verwalter die Zustimmung mit Angabe des Käufers, meist mit einer vom Notar übersandten Vertragsabschrift, so ist darin in der Regel die stillschweigende Ermächtigung zu sehen, beim Käufer Auskunft zu verlangen. Noch deutlicher wird es, wenn der Vertrag dazu eine ausdrückliche Vollmacht enthält. Eine

Auskunftsverweigerung des Käufers an den Verwalter ist dann gleichzeitig die Verweigerung gegenüber dem Verkäufer.“ (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 8).

Ähnlich beurteilt *F. Schmidt* die Konstellation, dass der Notar im Kaufvertrag **beauftragt wird, die Verwalterzustimmung einzuholen**. Stehe dies, wie üblich, allgemein im Vertrag (u. U. sogar kombiniert mit der Kostentragungspflicht des Käufers für die Verwalterzustimmung) und sei die betreffende Passage nicht mit der Formulierung kombiniert, dass nur der Verkäufer dem Notar den Auftrag erteilt, sei dies auch als Mitauftrag des Käufers (trotz formeller Unzuständigkeit nach § 12 WEG) zu verstehen und als Bereitschaft, auch gegenüber dem Zustimmungsbereufenen das Notwendige zu tun (einschließlich der Erteilung von Auskünften), um die Zustimmung zu erreichen (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 8).

Der **Inhalt der zu erteilenden Auskunft** ist nach Ansicht von *F. Schmidt* regelmäßig von der Zwecksetzung der Zustimmung bestimmt, wonach verhindert werden solle, dass eine persönlich unzuverlässige Person Miteigentümer wird. Demgemäß scheint er ein Auskunftsverlangen grundsätzlich nur dann für berechtigt zu halten, wenn konkrete Hinweise auf die finanzielle Unzuverlässigkeit des Käufers hindeuten (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 9 f.).

Was den Umfang der Auskunft anbelangt, führt *F. Schmidt* u. a. Folgendes aus: „Die Auskunftspflicht erstreckt sich in der Regel auf Grunddaten. Wichtig ist, ob geregelte Einkünfte oder ein entsprechendes Vermögen vorhanden sind, mit denen die Verpflichtungen abgedeckt sind. Eine Berufsangabe wird man in die Auskunftspflicht einzubeziehen haben. Konkrete Summen von Einkünften und Vermögen sind in der Regel nicht erforderlich. Weitere und intensivere Nachforschungen kommen nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall Anlass besteht. Denkbare Fälle sind: Minderjähriger erwirbt; Frage nach Größe der Familie bzw. Zahl der Personen die einziehen; [...]“ (*F. Schmidt*, DWE 1998, 5, 12)

4. Stellungnahme

Im Ergebnis dürfte es u. E. für die Anspruchssituation auf die Auslegung des individuellen Kaufvertrages und den jeweiligen Einzelfall ankommen. Vor diesem Hintergrund können u. E. die Ausführungen von *F. Schmidt* am meisten überzeugen. Anhand eines differenzierten Ansatzes macht er deutlich, dass der Zustimmungsbereufenen grds. nur Auskunftsansprüche gegenüber dem Verkäufer hat, der seinerseits Informationsansprüche gegenüber dem Käufer geltend machen müsste. Seine Ausführungen lassen darüber hinaus erkennen, dass es letztlich auf die Umstände des Einzelfalls und auf die Auslegung des jeweiligen Kaufvertrages ankommt, um zu ermitteln, ob und in welchem Umfang der Zustimmungsbereufenen – bei entsprechendem Anlass – u. U. auch eigene Auskunftsansprüche gegenüber dem Käufer geltend machen könne (vgl. auch einen Beschluss des LG Mannheim, wonach die nur „abstrakte Gefahr“ eines pflichtwidrigen Verhaltens durch den Erwerber eine Versagung der Zustimmung nicht rechtfertigen kann: LG Mannheim v. 9.2.1977, BB 1977, 319).

Im Grundfall, dass sich der Zustimmungsbereufenen hinsichtlich der Auskunftserteilung nur an den Verkäufer wenden kann, wäre wohl der Verkäufer hinsichtlich des „Nichtvorliegens eines wichtigen Grundes“ darlegungspflichtig (MünchKomm/Commichau, BGB, 5. Aufl. 2009, § 12 Rn. 31). Demgemäß müsste der Verkäufer, wenn er die Zustimmung einfordert, zumindest soviel vorbringen,

dass kein wichtiger Grund zur Versagung besteht bzw. ein solcher ausgeschaltet ist (F. Schmidt, DWE 1998, 5, 8). Hinsichtlich der konkreten Darlegungslast dürfte dagegen ähnlich zu differenzieren sein wie beim Beweis einer negativen Tatsache nach prozessualen Grundsätzen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, Vor § 284 Rn. 24). Danach kann sich der Darlegungspflichtige im Rahmen des Zumutbaren grds. darauf beschränken, das substantiierte Bestreiten der anderen Seite durch Darlegung positiver Umstände und Tatsachen zu entkräften (vgl. BGH v. 27.9.2002, BGH-Report 2003, 246 ff. = NJW 2003, 1039 f.). Überträgt man dies auf den Fall des § 12 WEG, würde es grds. ausreichen, dass der Verkäufer der ihm obliegenden Darlegungslast schlichtweg dadurch nachkommt, dass er die vom Zustimmungsberufenen konkret (und mit ausreichendem Anlass) aufgestellten Behauptungen widerlegt (vgl. BGH v. 20.10.2000, NJW 2001, 64 f. = ZNotP 2001, 27 ff. = MittBayNot 2001, 67 f.).

BGB § 632a **Fälligkeit des Bareinhalts nach § 632a** **Abs. 3 BGB**

I. Sachverhalt

Ein Bauträger, der sich dafür entschieden hat, seinen Käufern grundsätzlich Sicherheit durch Einbehalt gem. § 632a Abs. 3 S. 3 BGB zu gewähren, hat darum gebeten, den Mustervertrag für Bauträgerverträge dahingehend abzuändern, dass die erste Kaufpreisrate (Beginn der Erdarbeiten) von 30 % auf 25 % gemindert und die letzte Kaufpreisrate (nach vollständiger Fertigstellung) von 3,5 % auf 8,5 % erhöht wird.

II. Fragen

1. Ist es im Lichte des neuen § 632a BGB zulässig, die erste Kaufpreisrate auf 25 % zu reduzieren sowie gleichzeitig die letzte von 3,5 % auf 8,5 % zu erhöhen und für die Fälligkeit dieser letzten Rate die Voraussetzung „nach vollständiger Fertigstellung ohne wesentliche Mängel“ zu vereinbaren, also das Wort „rechtzeitig“ wegzulassen?

2. Wenn die Frage zu 1. verneint wird, wie kann dann ohne Widerspruch zu § 632a BGB hinreichend deutlich gemacht werden, dass die letzten 5 % auch bei nicht rechtzeitiger Fertigstellung ohne wesentliche Mängel gezahlt werden müssen, jedenfalls dann, wenn dem Käufer aus der Verspätung kein Schaden entstanden oder der entstandene Schaden erstattet worden ist?

Gegen den Zusatz „ohne wesentliche Mängel“ hätte der Bauträger für die gesamte letzte Rate von 8,5 % keine Bedenken. Anders sei es mit dem Zusatz „rechtzeitig“. Verständlicherweise fürchtet er seitens eines spitzfindigen oder böartigen Käufers das Missverständnis, dass die letzte Rate eben nur bei rechtzeitiger Herstellung fällig wird, nicht hingegen bei verspäteter Fertigstellung.

III. Zur Rechtslage

1. Sicherheit durch Einbehalt

Nach **§ 632a Abs. 3 Satz 1 BGB** n.F. ist dem Besteller, soweit dieser ein Verbraucher ist und der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat, bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung eines Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe

von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten (ausf. auch DNotI-Report, 2009, 1 ff.). Dabei können nach § 632a Abs. 4 BGB Sicherheiten auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält (**§ 632a Abs. 3 S. 3 BGB**).

Bei dem Einbehalt handelt es sich um eine **Form der Sicherheit zugunsten des Erwerbers**, die nach dem Gesetz einer Sicherheit i. e. S. (§§ 232 ff. i. V. m. § 632a Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 BGB) gleichsteht. Das Gesetz normiert einen sog. **Bareinbehalt**. Die Regierungsbegründung führt hierzu aus (BT-Drucks. 16/511, S. 15): „Nach Satz 3 kann die Sicherheitsleistung in Anlehnung an die Regelung in § 17 Nr. 6 VOB/B auch in der Weise erbracht werden, dass auf Verlangen des Unternehmers ein Einbehalt erfolgen kann. Da dieser Einbehalt von den Parteien direkt geregelt werden kann, wird der mit der Einschaltung der Bank verbundene Organisations- und Kostenaufwand vermieden. Der Besteller kann im Falle einer solchen Vereinbarung die Abschlagszahlungen so lange zurückhalten, bis die geschuldete Sicherheit von 5 % erbracht ist.“

Der Einbehalt ist nur eine **vereinfachte Ausgestaltung der Absicherung**, bei der der Verbraucher den Betrag stellvertretend für den Unternehmer einbehält (Leitzen, ZNotP 2009, 3, 11). Im Grundsatz hat **der Verbraucher** nach dem Gesetz **nicht per se ein Leistungsverweigerungsrecht** (in Höhe von 5 % der Vergütung), sondern zunächst nur einen **Anspruch auf Sicherheitsleistung** (§ 632a Abs. 3 S. 1 BGB), und gerade **kein unbedingtes Recht auf Einbehalt eines Teils der Vergütung**. Der Verbraucher soll bei Vorliegen der vertraglichen Voraussetzungen zur Zahlung des gesamten geschuldeten Betrags verpflichtet sein, jedoch nur Zug um Zug gegen Leistung einer Erfüllungssicherheit. Bezweckt ist hiermit insbesondere der **Schutz des Erwerbers vor den Folgen einer Insolvenz des Bauträgers** (BT-Drucks. 16/511, S. 15), aber nicht seine – sei es auch nur zeitweise – Zahlungsvershonung. Die **Möglichkeit des Einhalts** steht nach § 632a Abs. 3 S. 3 BGB **zur Disposition des Unternehmers**, nicht zur Disposition des Verbrauchers.

Bei geschuldeter Erbringung einer Sicherheit i. e. S. (§ 632a Abs. 3 S. 1, Abs. 4 BGB) ist der Verbraucher zur Zurückbehaltung von Zahlungen berechtigt, solange ihm keine Sicherheit geleistet worden ist (Leitzen, ZNotP 2009, 3, 8). Bei **Geltendmachung des Einhalts** (§ 632a Abs. 3 S. 3 BGB) wird die **Fälligkeit des Vergütungsanspruchs** in dieser Höhe **hinausgeschoben** (Leitzen, ZNotP 2009, 3, 12 m.w.N.). Soll der Einbehalt bei Zahlung der ersten Rate erfolgen, bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, diese um 5 Prozentpunkte zu reduzieren (allg. M., etwa Everts, Mitt-BayNot 2009, 190, 195; Bastay, DNotZ 2008, 891, 900).

2. Gesetzliche Fälligkeit des Bareinhalts

Das Gesetz enthält keine Regelung dazu, wann bei Vereinbarung eines Einhalts anstelle Leistung einer Sicherheit i. e. S. der Einbehalt zur Zahlung fällig wird. Nach der Gesetzesbegründung ist die Sicherheit „bei der Abnahme“ zurückzugewähren, es sei denn, bei Abnahme vorbehaltene Mängel seien noch nicht beseitigt (BT-Drucks. 16/511, S. 15). Aus dem dort erwähnten VOB-Recht lassen sich für

den Bauträgervertrag keine unmittelbaren Parallelen ziehen, da gemäß § 17 Nr. 6 VOB/B der Einbehalt auf ein Sperrkonto eingezahlt wird und dort verbleibt, bis auch der Besteller sich mit der Freigabe einverstanden erklärt hat. Jedoch regelt § 17 Nr. 8 VOB/B allgemein die Fälligkeit der Rückgabepflichtung hinsichtlich einer Erfüllungssicherheit: Danach hat der Auftraggeber die nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung „zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche, zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind.“ (§ 17 Nr. 8 Abs. 1 S. 1 VOB/B). Ist ein Rückgabezeitpunkt weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart, bestimmt § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B, dass die Sicherheit zwei Jahre nach Abnahme zurückzugewähren ist, wiederum vorbehaltlich noch nicht erfüllter Ansprüche, die durch die Sicherheit abgedeckt sind.

Da es sich bei dem Einbehalt nach § 632a Abs. 3 S. 3 BGB um eine Art der Sicherheit handelt und die Sicherheit zweckgebunden ist, ist u.E. eine Vereinbarung über die „Rückgabe“ der Sicherheit – hier also: Zahlung des Einhalts – nicht zwingend erforderlich, da bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der **Rückgabanspruch auch ohne ausdrückliche Vereinbarung** ohne weiteres entsteht (genauso wie der Anspruch auf Sicherheitsleistung als gesetzlicher Anspruch auch ohne ausdrückliche Vereinbarung besteht). Nach der in der Literatur einhellig vertretenen Ansicht (Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl. 2009, § 632a Rn. 19; Everts, MittBayNot 2009, 190, 194; Hügel, NotBZ 2008, 437, 440; Basty, DNotZ 2008, 891, 894; Leitzen, ZNotP 2009, 3, 10) ist die Sicherheit zurückzugewähren, wenn der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, d.h. mit Erlöschen der gesicherten Verpflichtung. Dem ist unseres Erachtens zuzustimmen. Denn dass eine Sicherheit auch ohne ausdrückliche Vereinbarung dann zurückzugewähren ist, **wenn der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, folgt** nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bereits **ohne weiteres stillschweigend aus der Sicherungsabrede** (s. zur Erfüllungsbürgschaft im Bauvertrag BGH v. 24.9.1998, BGHZ 139, 325, 328 = NJW 1999, 55, 56; s.a. BGH v. 4.7.2002, BGHZ 151, 229 = NJW 2002, 3098; grundlegend BGH v. 13.1.1994, BGHZ 124, 371 = NJW 1994, 861 = DNotZ 1994, 467) und beansprucht unseres Erachtens auch hier Geltung, wenn ein Einbehalt vereinbart ist und damit automatisch auch eine Sicherungsabrede vorliegt. Die gesicherte Verpflichtung ist, wie dem Wortlaut des Abs. 3 S. 1 zu entnehmen ist, diejenige zur fristgemäßen und im Wesentlichen mangelfreien Werkleistung. Ist das Werk zwar abnahmereif, d.h. frei von wesentlichen Mängeln, aber in zu vertretender Weise verspätet hergestellt, ist ein Sicherungsfall (nur noch) dergestalt denkbar, dass der Besteller einen Anspruch auf Ersatz eines ihm entstandenen Verzögerungsschadens hat (vgl. DNotI-Report 2009, 1, 4). Liegt zwar eine schuldhaftige Verzögerung, aber **kein hierdurch verursachter Verspätungsschaden** vor, kann der Sicherungsfall nicht mehr eintreten, so dass der Unternehmer **aufgrund der Sicherungsabrede** die Rückgabe der Sicherheit verlangen kann, was im Fall der Sicherheitsleistung durch Einbehalt bedeutet, dass der Einbehalt zur Zahlung fällig wird. Da das Recht zum Einbehalt konstruktiv ein (teilweises) Zurückbehaltungsrecht an der Werklohnforderung begründet, wird mit Wegfall des Rechts zum Einbehalt der Werklohnanspruch auch in Höhe des Einhalts durchsetzbar.

In Anbetracht der Tatsache, dass § 632a Abs. 3 S. 1 BGB einen **gesetzlichen Anspruch auf Sicherheitsleistung** zur

Absicherung bestimmter Ansprüche und damit auch einen **gesetzlichen Anspruch auf das Behaltendürften der Sicherheit während der gesetzlichen Dauer** statuiert, lässt sich der Anspruch auf Rückgabe der Sicherheit unseres Erachtens nicht nur aus der ergänzenden Auslegung der Sicherungsabrede herleiten, sondern – sozusagen als Rechtsfolge des Wegfalls des Anspruchs auf Behalten der Sicherheit – auch aus dem Gesetz, nämlich aus § 632a Abs. 3 S. 1 BGB, jedenfalls aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Sicherungsrechts. Aus diesen Gründen bestehen aus unserer Sicht **keine grundlegenden Bedenken** dagegen, bei der Fälligkeit des Einhalts in Höhe von 5 % – ggfs. nur hilfsweise – auf die gesetzlichen Vorschriften (oder auch: „das Gesetz“) zu verweisen. Dabei mag „gesetzliche Vorschriften“ aus Sicht derjenigen etwas unglücklich formuliert sein, die die Rückgabepflicht nach Erledigung des Sicherungszwecks primär der – durch die Hingabe einer gesetzlich geschuldeten Sicherheit ohne weiteres zustandekommenden – Sicherungsabrede entnehmen wollen und nicht dem § 632a Abs. 3 S. 1 BGB. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Ansprüchen aus Vertrag, aus ergänzender Vertragsauslegung und aus dem Gesetz (§ 632a Abs. 3 BGB, allgemeine Rechtsgrundsätze) ist in diesem Punkt aber unseres Erachtens weder möglich noch erforderlich, da jedenfalls bei verständiger, ggfs. ergänzender Auslegung des Vertrags (§§ 133, 157, 242 BGB) diesem **ohne weiteres** eine entsprechende Rückgabepflicht – bei Vereinbarung eines Einhalts: Zahlungspflicht – entnommen werden kann, es sei denn, der Vertrag sähe ausdrücklich ein anderes Rückgabedatum vor.

Alternativ zur Verweisung auf „das Gesetz“ oder „die gesetzlichen Vorschriften“ könnte man wohl beispielsweise auch vereinbaren, dass der Einbehalt fällig wird, sobald der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Ferner zulässig wäre wohl auch etwa eine Formulierung in Anlehnung an § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B (Fälligkeit des Einhalts mit vollständiger Fertigstellung ohne wesentliche Mängel, „es sei denn, dass Ansprüche des Käufers, die von der zurückzugewährenden Sicherheit umfasst sind, noch nicht erfüllt sind“ o. Ä.). Vorzugswürdig ist im Übrigen – wegen der (ggfs.) unterschiedlichen Fälligkeiten und auch wegen § 309 Ziff. 2 BGB (hierzu sogleich) – eine Formulierung, die zwischen der Fälligkeit des Einhalts und der Fälligkeit der übrigen 3,5 % differenziert.

3. Abweichende Vereinbarungen zur Fälligkeit des Bareinhalts

Gemäß § 309 Ziff. 2 lit. b) BGB ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Verbraucherverträgen eine Bestimmung unwirksam, durch die ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird und insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird. Die Vorschrift ist nach wohl einhelliger Auffassung im Hinblick auf die Sicherheit nach § 632a Abs. 3, 4 BGB im Grundsatz **anwendbar** (Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 43; Hügel, NotBZ 2008, 437, 441), und zwar **bei sämtlichen Arten der Sicherheitsleistung**: Bei Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit i. e. S. (§ 632a Abs. 3 S. 1, Abs. 4 BGB) ist der Verbraucher zur Zurückbehaltung von Zahlungen berechtigt, solange ihm keine Sicherheit geleistet worden ist, bei Geltendmachung des Einhalts berechtigt ebendieser zur Zurückbehaltung eines Teils der Vergütung, was nach h.M. einen Aufschub der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs in dieser Höhe bedeutet (s.o.).

Ist einmal eine Sicherheit i.w.S. – also auch etwa durch Einbehalt – geleistet worden, kann der Besteller diese solange behalten, bis der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann (s.o.). Mit der Sicherheit erhält der Verbraucher ein Druckmittel in die Hand: Er behält das Recht, **die Leistung der vollständigen Vergütung an den Unternehmer in Gestalt des Einhalts von der vollständigen Erfüllung seiner Ansprüche im Hinblick auf die vollständige und rechtzeitige Bauleistung abhängig zu machen.**

Sinn und Zweck des § 309 Ziff. 2 lit. b) BGB ist es, dem Vertragspartner des Verwenders das in Zurückbehaltungsrechten liegende **Druckmittel** zu bewahren (s. Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 309 Nr. 2 Rn. 1; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, 2006, § 309 Nr. 2 Rn. 1). Es sollen solche Gestaltungen untersagt werden, wonach der Vertragspartner **zur Leistung verpflichtet ist, obwohl ihm nach dem Gesetz ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.** Hintergrund der gesetzlichen Regelung sind der **Grundsatz der vertraglichen Äquivalenz** und der Umstand, dass bestehende Leistungsverweigerungsrechte einem sich aus der Natur der Sache ergebenden Gerechtigkeitsgebot entsprechen (Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 2 BGB Rn. 1). Typischerweise handelt es sich bei den durch § 309 Ziff. 2 BGB geschützten Leistungsverweigerungsrechten um solche, die sich aus einem vertragswidrigen Verhalten des Verwenders ergeben (s. nur Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 2 Rn. 9).

Das Gesetz verbietet sowohl den „Ausschluss“ als auch die „Einschränkung“ des Leistungsverweigerungsrechts. Es handelt sich um ein **Verbot ohne Wertungsmöglichkeit**, das keinen Raum für Einzelfallabwägungen zulässt (Staudinger/Coester-Waltjen, § 309 Nr. 2 Rn. 6). Unter „Ausschluss“ ist dabei das gänzliche Entfallen zu verstehen, unter „Einschränkung“ eine Vereinbarung, wenn es danach zu Fällen kommen kann, in denen das Zurückbehaltungsrecht ohne die Vereinbarung bestünde, bei Wirksamkeit der Klausel aber entweder nicht besteht oder weniger weitgehende Rechtsfolgen hat als nach dispositivem Recht (Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 309 Nr. 2 Rn. 37-39). Mehr als die gesetzlichen Schranken eines Zurückbehaltungsrechts darf eine Klausel danach nicht normieren (Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 309 Nr. 2 Rn. 38-39).

Muss der Verbraucher eine Sicherheit – hier: Einbehalt – früher an den Unternehmer zurückgeben, als er dies nach dem Gesetz müsste, liegt in einer solchen Gestaltung eine **„Einschränkung“ eines Zurückbehaltungsrechts nach § 309 Nr. 2 BGB**, im Übrigen aber auch ein Verstoß gegen § 307 BGB: Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, was nach Absatz 2 im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, unvereinbar ist (Nr. 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2). Der Schutz des Verbrauchers u.a. vor den Schäden, die durch eine verzögerte Bauwerkserrichtung entstehen, ist im Lichte der verbraucherschützenden Ausrichtung des § 632a Abs. 3 BGB als ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung anzusehen, von dem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht abgewichen werden darf.

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.

**HGB § 161; BGB § 2205
Testamentsvollstreckung an Kommanditbeteiligung;
Anmeldung zum Handelsregister**
Fax-Abruf-Nr.: **92894**

**EGBGB Art. 24
Türkei: Vorsorgevollmacht; Betreuungsverfügung; Patientenverfügung**
Fax-Abruf-Nr.: **91267**

**BGB §§ 1410, 1414
Zur Formbedürftigkeit der Änderung eines Ehevertrages**
Fax-Abruf-Nr.: **92420**

**BGB § 1913
Bedingte Nacherbeinsetzung; Bestellung eines Pflegers für die unbekannt und bekannten Nacherben; Zustimmung durch den Pfleger zu Verfügungen; Genehmigungsbedürftigkeit**
Fax-Abruf-Nr.: **91948**

Rechtsprechung

**GmbHG §§ 4a, 6 Abs. 2
Geschäftsführer aus Nicht-EU-Ausland auch ohne Einreisemöglichkeit zulässig**

Nach Neufassung des § 4a GmbHG, der es erlaubt, dass **eine deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz an jeden beliebigen Ort im Ausland verlegt, mithin ihre Geschäfte auch vollständig im oder aus dem Ausland tätigt, ist – auch mit Blick auf die denkbare Möglichkeit einer Anordnung des persönlichen Erscheinens des Geschäftsführers der GmbH durch ein inländisches Gericht oder eine inländische Behörde – nicht anzunehmen, dass ein Geschäftsführer mit Staatsangehörigkeit und Wohnsitz eines Nicht-EU-Staates seine gesetzlichen Aufgaben bei fehlender Einreisemöglichkeit typischerweise nicht erfüllen könnte.**

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.4.2009 – I-3 Wx 85/09
Fax-Abruf-Nr.: **10880**

Problem

Die bislang zunehmend vertretene Meinung verlangte für die wirksame Bestellung zum Geschäftsführer, dass eine Einreisemöglichkeit nach Deutschland für mindestens drei Monate im Jahr besteht (vgl. dazu Großkomm. Ulmer, GmbHG, 2005, § 6 Rn. 13 f.). In hier vorliegenden Fall wollte ein iranischer Staatsangehöriger, dem der Aufenthalt

im Bundesgebiet nur mit einem Visum gestattet war, zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf neigt in seinem Beschluss zunächst dazu, dass die in § 6 Abs. 2 GmbHG genannten Bestimmungsvoraussetzungen und Bestimmungshindernisse abschließenden Charakter haben. Darüber hinaus könne nicht angenommen werden, dass ein Geschäftsführer mit Staatsangehörigkeit und Wohnsitz eines Nicht-EU-Staates seine gesetzlichen Aufgaben bei fehlender Einreisemöglichkeit typischerweise nicht erfüllen könnte. Der gegenteiligen Auffassung sei durch die Neufassung des § 4a GmbHG der Boden entzogen. Danach könne eine deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz an jeden beliebigen Ort im Ausland verlegen, mithin ihre Geschäfte auch vollständig im Ausland oder aus dem Ausland tätigen. Da die abweichenden obergerichtlichen Entscheidungen (zuletzt OLG Celle ZIP 2007, 1157) noch zum alten GmbH-Recht ergangen sind, sah das OLG Düsseldorf keine Notwendigkeit für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof.

BGB §§ 1408, 138, 242 Sittenwidriger Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Ehevertrag

Ein im Ehevertrag kompensationslos vereinbarter Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn die Ehefrau bei Abschluss des Vertrags schwanger ist und die Ehegatten bewusst in Kauf nehmen, dass sie wegen Kindesbetreuung alsbald aus dem Berufsleben ausscheiden und bis auf weiteres keine eigenen Versorgungsansprüche (abgesehen von Kindererziehungszeiten) erwerben wird (im Anschluss an Senatsurteil vom 9. Juli 2008 – XII ZR 6/07 – FamRZ 2008, 2011).

BGH, Beschl. v. 18.3.2009 – XII ZB 94/06
Fax-Abruf-Nr.: 10881

Problem

Die Parteien schlossen im August 1992 die Ehe, aus der ein im Oktober 1992 geborener Sohn hervorgegangen ist. Einen Tag vor der Eheschließung hatten die Parteien einen Ehevertrag geschlossen, in dem sie u. a. Gütertrennung vereinbarten und den Versorgungsausgleich ausgeschlossen hatten. Auf Unterhalt für den Scheidungsfall wurde wechselseitig verzichtet, der Betreuungsunterhalt modifiziert. Der Mann war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Assistenzarzt, die Ehefrau hatte nach Abschluss der Referendarzeit als Gymnasiallehrerin eine Lehramtsstelle erhalten. Nach Geburt des Kindes befand sich die Ehefrau bis 1995 im Erziehungsurlaub und bezog anschließend Arbeitslosengeld. Im Jahr 2004 wurde die Ehe geschieden und – wegen Unwirksamkeit des Ehevertrages – der Versorgungsausgleich durchgeführt.

Entscheidung

Aus Sicht des BGH ging das OLG wie schon das Amtsgericht davon aus, dass der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Zu diesem Ergebnis gelangt der BGH aufgrund einer Gesamtwürdigung im Rahmen der nach höchstrichterlicher Rechtsprechung vorzunehmenden Kontrolle (vgl. dazu grundlegend BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601). Der BGH stellt zunächst ein subjektives Ungleichgewicht zu Lasten der Ehefrau fest, dass sich aus ihrer schwachen wirtschaftlichen

Situation sowie ihrer Schwangerschaft und den vom Ehemann geäußerten Zweifeln an der Vaterschaft ergeben habe. Außerdem liege objektiv eine einseitige Lastenverteilung für den Scheidungsfall vor, die durch den geplanten Zugschnitt der Ehe nicht gerechtfertigt und durch keinerlei Vorteile für die Ehefrau ausgeglichen werde. Der mit der Geburt des Kindes und dessen Betreuung einhergehende Verzicht der Ehefrau auf den Ausbau der eigenen Versorgungsbiografie stellt sich aus Sicht des BGH für diese als ein bei Vertragsschluss vorhersehbarer ehebedingter Nachteil dar, der mit dem Vertrag absichtsvoll auf die Ehefrau verlagert und durch keinerlei Vorteil für die Ehefrau kompensiert wurde, was die Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertige.

Aktuelles

BGB §§ 1901a, b, c, d, 1904; FamFG §§ 287, 298 Gesetzliche Regelung der Patientenverfügung durch das 3. BtÄndG

Der Bundestag hat am 18.6.2009 den Gesetzentwurf der Abgeordneten *Stünker* u. a. zu einem **dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts** (3. BtÄndG) (BT-Drs. 16/8442) auf Basis der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses vom 8.6.2009 (BT-Drs. 16/13314; beides abrufbar im Internet unter www.dnoti.de unter Gesetzesänderungen/Familienrecht) beschlossen. Damit werden die **Voraussetzungen und die Bindungswirkung von Patientenverfügungen** nun in den §§ 1901a ff. BGB n. F. gesetzlich geregelt. Das Gesetz tritt zum **1.9.2009** in Kraft.

Ziel des 3. BtÄndG ist es, durch eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung für alle Beteiligten mehr **Rechtssicherheit** zu schaffen. Mit dem Gesetz wird in erster Linie die geltende Rechtslage, die bislang v. a. durch die höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, DNotZ 2003, 850) im Hinblick auf Fortwirken, Bindungswirkung und Genehmigungsbefähigung des Behandlungsabbruchs geprägt war, gesetzlich verankert. Auf die (sehr umstrittene) Reichweitenbegrenzung (Beschränkung der Beachtlichkeit der Patientenverfügung auf die Fälle des irreversiblen tödlichen Verlaufs der Erkrankung), wie sie in der o. a. BGH-Entscheidung angedeutet und im ersten Gesetzentwurf zur Regelung der Patientenverfügung von *Bosbach* u. a. vorgesehen war, wurde verzichtet (vgl. § 1901a Abs. 3 BGB n. F.). Außer der Schriftform wurden keine weiteren formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen normiert.

Der **Bevollmächtigte** steht im Rahmen der gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung dem Betreuer gleich, was die Beachtung und Durchsetzung des Patientenwillens und die Notwendigkeit der Einholung der Genehmigung des Betreuungsgerichts anbelangt (vgl. § 1901a Abs. 5, § 1901b Abs. 3, § 1904 Abs. 5 S. 1 BGB). Für die notarielle Praxis ist wichtig, dass die **Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung** in ärztliche Maßnahmen dann, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, nur dann von einer Vollmacht (insbesondere einer Vorsorgevollmacht) gedeckt ist, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen **ausdrücklich umfasst** und sie zudem **schriftlich erteilt** ist (§ 1904 Abs. 5 S. 2

BGB). Das Konkretisierungserfordernis, das schon bislang nach § 1904 Abs. 2 BGB für Vollmachten zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen galt (vgl. dazu G. Müller, DNotZ 1999, 107, 110 ff.) wurde folglich auf die Fälle des Verzichts auf lebenserhaltende oder -verlängernde ärztliche Maßnahmen ausgedehnt.

Dr. Gabriele Müller

GBO § 47; BGB §§ 899a, 705 ff., 891, 892 ff. Gutgläubensschutz bei Grundbucheintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Durch die Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = DNotI-Report 2001, 41) und zur Grundbucheintragung unter dem Namen der GbR (BGH DNotZ 2009, 114 = DNotI-Report 2009, 12) war der Nachweis der Vertretungsbefugnis der GbR im Grundbuchverfahren und der Gutgläubensschutz an die Eintragung der Gesellschafter problematisch geworden.

Der Gesetzgeber will nun regeln, dass bei der Eintragung eines Rechts für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen sind. Die für den Berechtigten geltenden Vorschriften gelten entsprechend für die GbR-Gesellschafter (§ 47 Abs. 2 GBO). Die Eintragung der Gesellschafter begründet die Vermutung, dass die eingetragenen Personen und niemand sonst Gesellschafter der GbR sind; auch der Gutgläubensschutz nach §§ 892 ff. BGB gilt entsprechend (§ 899a BGB). Dies gilt auch für bereits bestehende Eintragungen (Art. 229 § 20 EGBGB).

Diese Vorschriften sind im „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren“ enthalten, das der Bundestag am 18.6.2009 beschlossen hat. Die Zustimmung des Bundesrates ist nicht erforderlich. Das Gesetz wird insoweit am Tag nach seiner Verkündung in Kraft treten. (Gesetzestext vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13437 vom 17.6.2009 – im Internet auf der Homepage des DNotI: www.dnoti.de – unter Gesetzesänderungen/Immobilienrecht)

Veranstaltungen

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

Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis (Heckschen/Reul/Wienberg), 11.9.2009 München, 12.9.2009 Düsseldorf

Strukturen des Unterhalts- und Zugewinnausgleichsrechts in der notariellen Praxis – nebst praktischer Umsetzung in eine Berechnung mit dem Microsoft-Programm Excel (Herrmann/Reetz), 12.9.2009 Köln

GmbH-Vertragspraktikum (Wachter), 12.9.2009 Kiel

Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (G. Müller/Reul/Wicke/N. Zimmermann), 18.9.2009 Hamburg

7. Jahresarbeitstagung des Notariats (Basty/Bormann/Goette/Gottwald/Heidinger/Herrmann/Keim/Krauß/Krüger/Kurzweilly/J. Mayer/Reimann/Reul/U. Schäfer/Schlick/Stresemann/Viskorf), 24.-26.9.2009 Würzburg

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg