

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Heidelberg

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**3/2004**

Mai/Juni  
Seiten 49–72

## Inhalt

### Abhandlungen

*Dieckmann*

Die Patientenverfügung nach der  
Entscheidung des Bundesgerichtshofs  
vom 17.03.2003 (XII ZB 2/03) . . . . . 49

*Maurer*

Vorrechte in der vertragsrechtlichen Praxis . . . 57

**Rechtsprechung** . . . . . 67

**Buchbesprechungen** . . . . . 71

## Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

**Samstag, den 2. Oktober 2004, 9.30 Uhr**

in die Schwabenlandhalle Fellbach (Uhlandsaal).

**Die Tagesordnung sieht folgendes vor:**

**1. Bericht des Vorstands**

**2. Ansprachen der Gäste**

**3. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**

**4. Aussprache**

**5. Verschiedenes**

**Bitte beachten Sie den Veranstaltungsort der Mitgliederversammlung!**

Der Vorstand:

Strobel, Kuhn, Schulz, Oelgray, Haußmann

## Die Patientenverfügung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. 03. 2003 (XII ZB 2/03)

– Überlegungen für die notarielle Praxis\* –

Von Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford), Richter als Notarvertreter, Freiburg i. Br.

### I. Einleitung

Der Fortschritt der modernen Medizin wird überwiegend als ein Segen begrüßt. Er führt dazu, dass Krankheiten, die in der Vergangenheit kaum zu besiegen waren, erfolgreich behandelt werden können. Damit erbringt er einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der Lebensverhältnisse und zur Steigerung der Lebensqualität. Dies ist aber nur die eine Seite der Medaille. Die andere ist, dass die Medizin mit ihrem Fortschritt das Weiterexistieren in extremen Krankheitssituationen ermöglicht, in denen sehr fraglich ist, ob dies noch als Segen aufgefaßt werden kann. In vielen Fällen werden Schwerkranke, z.B. komatöse Patienten am Leben erhalten, auch wenn keine Aussicht darauf besteht, dass sie ihr Bewußtsein je wiedererlangen werden. Viele Menschen haben den Wunsch, im extremen Krankheitsfall diesen Auswirkungen der Apparatedizin nicht ausgeliefert zu werden. Sie haben vielleicht erfahren, welches Leid dies im Bekannten- oder Familienkreis verursacht hat, und wollen Gleiches nicht am eigenem Leib erleben (müssen).

Ein – immer weiter verbreitetes – Mittel, sich gegen eine Fortbehandlung im Grenzbereich zwischen Leben, Sterben und Tod zu verwahren, ist die sog. „Patientenverfügung“ (auch: Patiententestament). Ein weiteres Mittel ist die

Bevollmächtigung eines Vertrauten – oft eines Angehörigen – für den Pflegefall durch eine „Vorsorgevollmacht“, die eine solche Patientenverfügung mitumfaßt. Dem Bevollmächtigten wird aufgegeben, dafür zu sorgen, dass bei nicht behebbarer Bewußtlosigkeit oder schwerster Dauerschädigung des Gehirns Intensivmedizin nicht verwandt werden soll, um das Leben und das Leiden zu verlängern. Wie sehr die Frage der Nachteile der Intensivmedizin die Menschen beschäftigt, zeigt sich etwa daran, dass die beiden großen Kirchen ihre Ratschläge zur Behandlung dieses Problems in einer Handreichung zu einer christlichen Patientenverfügung niedergelegt haben<sup>1</sup>. Auch die Politik hat sich der Frage angenommen und macht modellhafte Patientenverfügungen zugänglich<sup>2</sup>. In der notariellen Praxis wird man oftmals mit der Bitte konfrontiert, eine Patientenverfügung oder eine Vorsorgevollmacht zu entwerfen und zu beurkunden. In der anwaltlichen Praxis gilt ähnliches.

Mit dem Wunsch nach Lebensbeendigung trotz medizinisch möglicher Verlängerung betritt der Betroffene unweigerlich juristisches Grenzland. Dessen Grenzsteine sind das

\* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des Verfassers bei der Fortbildungsveranstaltung des Badischen Notarvereins im Oktober 2003 in Müllheim in Baden.

<sup>1</sup> Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland/Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz (Hg), Christliche Patientenverfügung mit Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung. Handreichung und Formular, 2. Auflage, 2003.

<sup>2</sup> Vgl. die Nachweise bei Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, 2000, A 105 Fn 523.

Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen – niemand muss sich gegen seinen Willen einer ärztlichen Heilmaßnahme unterwerfen. Aber auch das strafbewehrte Verbot einer Tötung auf Verlangen sowie die Unwägbarkeiten seiner Abgrenzung von der (noch) zulässigen Sterbehilfe markiert Grenzen. Ein Arzt ist verpflichtet, einen ihm anvertrauten Patienten zu behandeln, darf dies jedoch nur, soweit dieser sich nicht wirksam gegen eine Behandlung verwahrt hat. Alles andere ist (jedenfalls grundsätzlich) strafbewehrte Körperverletzung. Ein Betreuer und ein Bevollmächtigter, der die Vollmacht „übernommen“ hat, ist verantwortlich für das gesundheitliche Wohl des Betroffenen.

Die ideengeschichtlich im europäischen Kulturkreis existierende überwiegende Ablehnung des Freitodes („Selbstmord“), die – nicht nur, aber auch – christlicher Ethik entspringt, tut ihr übriges, dieses Grenzgebiet zum Problemgebiet zu machen.

Die Medizin gibt vor, was man machen kann. Was man machen darf, bestimmt die Rechtsordnung. Was der einzelne will, ist eine höchstpersönliche – und schwierige – Entscheidung. Solange er sich äußern kann, kann der Betroffene sein Selbstbestimmungsrecht gegenüber Arzt, Angehörigen und Umwelt ausüben. Wie aber sein Wille durchgesetzt wird, wenn der Betroffene unfähig ist, sich zu artikulieren, ist ein juristisches Problem. Es umfaßt die Fragen, wer für ihn und statt seiner zu einer Entscheidung befugt ist, ob und wieviel staatliche Einmischung und Kontrolle erforderlich ist. In eben diesem Problemgebiet ist die hier zu besprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>3</sup> angesiedelt.

Bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen auch und gerade im Fall seiner Unfähigkeit, selbst zu handeln, ist der Notar als Rechtsberater und -gestalter gefragt und berufen; dann nämlich, wenn von ihm eine Patientenverfügung und (ggf.) eine Vorsorgevollmacht erbeten wird. In welcher Weise der Beschluß hierbei Vorgaben macht und Leitlinien setzt, soll hier erörtert werden (unten IV.). Diese Erörterung wird vorbereitet durch eine Zusammenfassung der Entscheidung (II.), durch ihre Einordnung in die bisherige Diskussion (III. 1.) sowie durch eine – kurze – Benennung von Kritikpunkten (III. 2.). Am Ende des Beitrags findet sich ein Formulierungsvorschlag.

## II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

### 1. Der konkrete Fall

#### A. Zum Sachverhalt

Der Betroffene erlitt Ende November 2000 infolge eines Myocardinfarktes einen hypoxischen Gehirnschaden im Sinn eines apallischen Syndroms. Er wird über eine PEG-Sonde ernährt; eine Kontaktaufnahme ist nicht möglich. Der Sohn des Betroffenen wurde im Januar des Folgejahres (u.a.) für den Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ zum Betreuer bestellt.

Der Betroffene hatte im November 1998 eine schriftliche Verfügung getroffen, in der er für den Fall, dass er einer Entscheidung nicht mehr fähig sei, wie folgt verfügte:

„Im Fall meiner irreversiblen Bewußtlosigkeit, schwerster Dauerschäden meines Gehirns oder des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit, wenn die Behandlung nur noch dazu führen würde, den Vorgang des Sterbens zu verlängern, will ich:

- keine Intensivbehandlung,
- Einstellung der Ernährung,
- nur angst- oder schmerzlindernde Maßnahmen, wenn nötig,
- keine künstliche Beatmung,
- keine Bluttransfusionen,
- keine Organtransplantation,
- keinen Anschluß an eine Herz-Lungen-Maschine.“

Als Vertrauenspersonen benennt er Frau, Tochter und Sohn.

Am 08.04.2002 hat der Sohn als Betreuer beim Amtsgericht die Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde beantragt. Eine Besserung des Zustands sei nicht zu erwarten. Die Einstellung entspräche dem früher geäußerten Willen des Betroffenen. Frau und Tochter des Betroffenen erklärten sich einverstanden mit dem Antrag des Beteiligten.

Amtsgericht und Landgericht lehnten den Antrag ab, da er keine Rechtsgrundlage habe. Auch das angerufene Schleswig-Holsteinische OLG will dem folgen. Es ist der Auffassung, die Einwilligung des Betreuers sei nicht genehmigungsbedürftig<sup>4</sup>. Damit weicht es in seiner Einschätzung von der der Oberlandesgerichte Frankfurt am Main und Karlsruhe ab<sup>5</sup>. Diese nahmen in ähnlich gelagerten Fällen an, analog § 1904 BGB sei die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Das OLG legt den Fall dem Bundesgerichtshof vor (§ 28 II FGG).

### B. Die Entscheidung des BGH

Der Bundesgerichtshof nimmt die Divergenzvorlage als zulässig an und entscheidet selbst über die weitere Beschwerde (§ 28 III FGG). Er erkennt, dass das Rechtsmittel des Betreuers begründet ist. Die Verweigerung der Genehmigung in eine angebotene Behandlung durch den Betreuer bedürfe zu ihrer Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Die Leitsätze lauten:

[a] Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor – etwa in Form einer sog. Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folgt aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes

<sup>3</sup> BGH, Beschluß vom 17.03.2003 (XII ZB 2/03); BGHZ 153, 205 = BGH MittBayNot 2003, 387 = BGH RNotZ 2003, 255 = BGH ZNotP 2003, 308 = BGH NotBZ 2003, 271 = BGH NJW 2003, 1588 = BGH FamRZ 2003, 748 = BGH JZ 2003, 732.

<sup>4</sup> OLG Schleswig, FamRZ 2003, 554, 556.

<sup>5</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1998, 1137, OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488.

Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht mehr in der Lage ist. Nur wenn ein solcher erklärter Wille des Patienten nicht festgestellt werden kann, beurteilt sich die Zulässigkeit solcher Maßnahmen nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, der dann individuell – also aus dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen – zu ermitteln ist.

[b)] Ist für einen Patienten ein Betreuer bestellt, so hat dieser dem Patientenwillen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung kann der Betreuer jedoch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern. Für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird – sei es, dass sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist. Die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabwiesbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts.

[c)] Zu den Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung.

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung befaßt sich das Gericht sodann mit einer Reihe von Einwänden.

aa) Entscheidung des Betreuers als Unterlassen nicht überprüfbar?

Der Einwand, die Entscheidung des Betreuers sei der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts nicht zugänglich, weil sie rechtlich ein Unterlassen darstelle, wird wie folgt abgelehnt<sup>6</sup>. Die Beibehaltung der Magensonde und die künstliche Ernährung seien fortdauernde Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit und bedürften als solche der Einwilligung des Patienten. Eine frühere Willensbekundung, in der die Einwilligung in eine Maßnahme der in Frage stehenden Art erklärt oder in der sie verweigert wurde, wirke fort, wenn der Patient sie nicht widerrufen habe. Wenn der Betroffene mittlerweile einwilligungsunfähig sei, habe der Betreuer die Aufgabe, seinen Willen gegenüber Arzt und Pflegepersonal durchzusetzen. Daher erfordert die Beibehaltung von Sonde und künstlicher Ernährung die Einwilligung des Betreuers. Die richtige Umsetzung des Willens des Betroffenen durch den Betreuer ist tauglicher Gegenstand einer Überprüfung durch das Vormundschaftsgericht.

bb) Höchstpersönlichkeit als Ausschlußgrund

Die „Höchstpersönlichkeit“ einer Entscheidung dieser Art (über den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen) sei kein Hindernisgrund für die Entscheidungskompetenz des Betreuers und auch nicht für die Überprüfung seiner Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht<sup>7</sup>. Die Alternative wäre die Willensbestimmung durch Arzt oder An-

gehörige. Diese aber könne sich aus dem Selbstbestimmungsrecht nicht mehr legitimieren, kollidiere ggf. mit Eigeninteressen und sei im Rechtssystem einer vormundschaftlichen Kontrolle nicht zugänglich. Es wird von einer umfassenden Zuständigkeit des Betreuers für die medizinischen Belange des Betroffenen ausgegangen, nachdem dieser für den Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ bestellt wurde.

cc) Fehlende Justiziabilität des Einstellungsverlangens

Die rechtliche Überprüfbarkeit des Verlangens des Betreuers, die Ernährung einzustellen, scheidet nicht deswegen aus, weil keine Kriterien für sie existierten. Vielmehr sei die Frage, unter welchen medizinischen Voraussetzungen es erlaubt sei, lebensverlängernde Maßnahmen zu unterlassen oder nicht fortzuführen, mittlerweile entschieden<sup>8</sup>. Die objektive Zulässigkeit der Sterbehilfe bestimme sich nach den – in einer Entscheidung des 1. Strafsenates des BGH niedergelegten – Gründen. Dabei gebe es zwei Alternativen: Sterbehilfe (ieS) und Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme<sup>9</sup>. Beide setzten voraus, dass das Grundleiden des Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) sei und einen tödlichen Verlauf angenommen habe.

„Sterbehilfe“ erfordere zusätzlich, dass der Tod in kurzer Zeit eintrete, also unmittelbar bevorstehe. Der „Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme“ sei zulässig, wenn ein entsprechender Patientenwille als Ausdruck seiner allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit vorliege. Eine solche Willensäußerung könne in einer sog. „Patientenverfügung“ enthalten sei. Sie binde den Betreuer als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts und der Selbstverantwortung. Die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz) verlange, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung respektiert werde, wenn er die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung inzwischen verloren habe.

Der Wille dürfe grundsätzlich nicht durch Rückgriff auf einen mutmaßlichen Willen korrigiert werden. Das gelte nur dann nicht, wenn ein erkennbarer Widerrufswille geäußert sei, oder die Sachlage sich so erheblich geändert habe, dass die frühere Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasse. Das vormundschaftliche Verfahren biete die Prüfung, ob der Wille des Betroffenen zum Behandlungsabbruch wirklich vorliege. Sie gebe die Möglichkeit, dies für alle Beteiligten verbindlich festzustellen.

<sup>6</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 389, III. 2. a).

<sup>7</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 390, III. 2. b).

<sup>8</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 390 ff, III. 2. c)

<sup>9</sup> BGHSt 40, 260, aufgenommen in BGH MittBayNot 2003, 387, 390, III. 2. c).

## dd) Analogiefähigkeit von § 1904 BGB?

Der BGH verneint in Übereinstimmung mit dem vorlegenden OLG<sup>10,11</sup> die Aufgabenzuweisung an das Vormundschaftsgericht durch eine analoge Anwendung von § 1904 BGB<sup>12</sup>. § 1904 BGB sieht vor, dass die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Heileingriff der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Die Gleichheit der Problemlagen fehlt nun nach Ansicht des BGH. Schutz des heilungsfähigen Patienten vor riskanten medizinischen Mitteln sei etwas „völlig anderes“<sup>13</sup> als die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen. Daher scheide eine entsprechende Anwendung aus. § 1904 BGB will Leben erhalten, der Behandlungsabbruch dagegen beenden.

## ee) Rechtsgrundlage der vormundschaftsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit: richterliche Rechtsfortbildung – Grundlage und Inhalt

Die Grundlage für die Entscheidung in der Sache, die die Erforderlichkeit einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht anerkennt, sieht der BGH in der Pflicht und Übung der Fortbildung des Rechts durch die obersten Gerichtshöfe des Bundes<sup>14</sup>.

Hier ergebe sich diese aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabwiesbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten des Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden. Im einzelnen legt das Gericht dar, dass der Vorrang des Gesetzes ebensowenig ein Hindernisgrund sei wie der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 Grundgesetz.

Zu Inhalt und Grenze der – im Wege der Rechtsfortbildung gefundenen – Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts führt der BGH aus: Ihre natürliche Grenze finde diese dort, wo der Regelungsbereich des Betreuungsrechts ende. Die Frage, ob eine Behandlung medizinisch geboten sei oder nicht, sei nicht Gegenstand des Verfahrens. Das ärztliche Behandlungsangebot sei daher in doppelter Hinsicht von Bedeutung. Wenn eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung als nicht indiziert nicht angeboten werde, sei für eine Einwilligung des Betreuers kein Raum. Werde eine Behandlung ärztlich nicht angeboten, fehle es also an einer Konfliktlage zwischen Arzt und Betreuer, sei eine Anrufung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich. Nur soweit ein Behandlungsangebot bestehe, sei eine Einwilligung des Betreuers als Vertreters

des einwilligungsunfähigen Betroffenen notwendig. Die Verweigerung der Einwilligung durch den Betreuer werde nur wirksam, wenn das Vormundschaftsgericht ihr zustimme. Lehne das Gericht die Zustimmung ab, so gelte die Einwilligung in die Behandlung als erteilt. Eine Behandlung sei also – wenn medizinisch indiziert – zunächst auch ohne Einwilligung des Betreuers fortzusetzen. Das Vormundschaftsgericht prüfe das Verhalten des Betreuers auf seine Rechtmäßigkeit. Es müsse die Verweigerung genehmigen, wenn der Krankheitsverlauf irreversibel tödlich sei und die ärztlich angebotene Behandlung dem Willen des Betroffenen widerspreche.

Das Zustimmungserfordernis schütze die Grundrechte des Betroffenen auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde. Es ziele auch auf Schutz und Fürsorge für den Betreuer. Wenn das Betreuungsrecht dem Betreuer die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen aber verlange, bürde es ihm eine Last auf, die er zumutbarer Weise nicht alleine tragen könne. Das Recht verlange vom einzelnen nichts Unzumutbares. Daher sei es zwingend geboten, den Betreuer durch das Prüfverfahren zu entlasten. Das Prüfverfahren vermittele der Betreuerentscheidung eine Legitimität, die geeignet sei, ihn zu entlasten. Seine Entscheidung werde anderen gegenüber besser vermittelbar. Außerdem schütze es vor einer abweichenden strafrechtlichen Beurteilung.

## 2. Nicht behandelte Fälle

Der Beschluß befaßt sich nicht mit der Zulässigkeit der Verweigerung einer lebensverlängernden oder -erhaltenden Behandlung durch den Betreuer, wenn weder ein erklärter Wille des Betroffenen vorliegt noch sein mutmaßlicher Wille feststellbar ist. Das Gericht geht auf die Frage, ob und inwieweit die für den Betreuer gefundenen Ergebnisse auch für einen durch eine Vorsorgevollmacht eingesetzten Bevollmächtigten Geltung haben sollen, nicht ein.

## III. Vorheriger Diskussionsstand und Kritikpunkte

### 1. Der Diskussionsstand („alte Rechtslage“)

Die Entscheidung des BGH wurde möglich durch die Divergenzvorlage des Schleswig-Holsteinischen OLG. Zuvor war die Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit einer Betreuerentscheidung für einen Behandlungsabbruch unterschiedlich beantwortet worden. Gleiches galt für die Frage der Genehmigungsmöglichkeit. Nachdem und weil der Gesetzgeber bei Einführung des Betreuungsrechts und bei dessen späterer Änderung eine Regelung hierzu nicht getroffen hat<sup>15</sup>, bestand Uneinigkeit in Rechtsprechung und Literatur.

Manche Gerichte sahen in der Entscheidung für einen Behandlungsabbruch eine höchstpersönliche Angelegenheit, die einem Betreuer gar nicht übertragen werden könne. Das LG München etwa war der Auffassung, dies sei durch die Menschenwürde geboten<sup>16</sup>. Über lebensbeendende Maßnahmen hätte nicht der Betreuer, sondern vielmehr

<sup>10</sup> OLG Schleswig, FamRZ 2003, 554, 555 f.

<sup>11</sup> Überraschend erscheint, dass der erkennende Senat bei der Erörterung der Analogiefähigkeit von § 1904 BGB (BGH MittBayNot 2003, 387, 392, III. 2. d)) weder das (insoweit) entgegengesetzte Erkenntnis des 1. Strafsenates (BGHSt 40, 257) noch die Entscheidungen der OLG Frankfurt am Main und Karlsruhe (FamRZ 1998, 1137; FamRZ 2002, 488) anführt, sondern allein die des LG München FamRZ 1999, 742 (bei der eine schriftliche Äußerung des Patienten nicht vorlag). Auch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Argumenten der OLG zugunsten einer Analogie fehlt.

<sup>12</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 392, III. 2. d).

<sup>13</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 392, III. 2. d).

<sup>14</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 392 ff, III. 2. e).

<sup>15</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 392 f, III. 2. e) aa); Erman-A. Roth, 10. Auflage 2000, § 1904 Rn 23 mwN.

<sup>16</sup> LG München I, NJW 1999, 1788, 1789. Zur Erörterung des Kriteriums der Höchstpersönlichkeit siehe ausführlich U. Walter, Die Vorsorgevollmacht, Diss. Regensburg, 1997, S. 208 ff.

Ärzte und Angehörige<sup>17</sup> in eigener Verantwortung zu entscheiden. Strafrechtlich sei die Problematik geklärt: Wenn die Maßnahme dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspräche, hätten die Handelnden strafrechtlich „in der Regel nichts zu befürchten“<sup>18</sup>. Für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sei kein Raum. Ähnlich sah dies ein Teil der Literatur<sup>19</sup>. Sterbehilfe sollte danach ohne Einschaltung des Vormundschaftsgerichts möglich sein.

Die (wohl) überwiegende Auffassung<sup>20</sup> folgte der vom 1. Strafsenat des BGH<sup>21</sup> angelegten und von den Oberlandesgerichten Frankfurt<sup>22</sup> und Karlsruhe<sup>23</sup> ausgeprägten Argumentation, die eine entsprechende Anwendung von § 1904 BGB vorsah. Dies bedeutet zum einen, dass der Betreuer grundsätzlich einem Behandlungsabbruch zustimmen kann, wenn der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen dies fordert. Zum anderen wird aber zur Wirksamkeit die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gefordert. Die Abbruchsentscheidung steht unter der Genehmigungsbedürftigkeit. Das Vormundschaftsgericht läßt aber damit auch Betreuer und Arzt nicht allein. Denn es ist zur Entscheidung berufen. Für die Analogie spricht de lege lata einiges. Der Grund der Anordnung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bei den im Gesetz angeführten Maßnahmen liegt nicht in deren Zielsetzung – Diagnose und vor allem Heilbehandlung –, sondern vielmehr in ihrer Gefährlichkeit. Das Vormundschaftsgericht soll prüfen, nicht weil die betreffende Handlung auf Untersuchung und Heilung ausgerichtet ist, sondern weil sie potentiell außerordentlich gesundheitsgefährdend ist. Vor diesem Hintergrund § 1904 BGB<sup>24</sup> erst recht auf eine so gefährliche Maßnahme, die auf Lebensbeendigung abzielt, anzuwenden, liegt nahe.

## 2. Kritikpunkte

Die Entscheidung ist auf Zustimmung ebenso wie auf Kritik gestossen.

Die auf eine „Gesamtschau“ des Betreuungsrechts abstellende Begründung des BGH<sup>25</sup> wird kritisiert. Der Grundsatz der Erforderlichkeit, der das Betreuungsrecht durchzieht und in § 1896 Abs. 2 BGB seinen Niederschlag gefunden hat, spräche eher dagegen, eine vormundschaftsgerichtliche Prüfung durchzuführen, wenn der Betroffene in einer Patientenverfügung Anweisungen getroffen habe<sup>26</sup>. Dass die Genehmigungsbedürftigkeit der Grundintention des Betreuungsrechts (auch und gerade im Unterschied zu und in Abkehr vom alten Vormundschaftsrecht), das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten zu stärken, entgegenläuft, ist offensichtlich. Rechtsicherheit und Betreuerschutz werden der Durchsetzung des autonomen Willens des Betroffenen vorgezogen. Man wird auch wohl eher nicht annehmen können, Schutz des Betreuers vor Strafverfolgung und Beistand in einer Entscheidungsnot sei ein Grundanliegen des Betreuungsrechts, das sich aus seiner Gesamtschau ergebe.

Nicht recht ersichtlich ist auch, warum der BGH die Sterbehilfe letztlich dem gleichen Genehmigungsvorbehalt wie bei den Fällen von § 1904 BGB unterwirft, obgleich er zuvor ausführlich begründet, Schutz des heilungsfähigen Patienten vor riskanten medizinischen Mitteln sei etwas „völlig anderes“<sup>27</sup> als die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen. Warum sollten so ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden?

Es wird auch als unbefriedigend empfunden, dass der Betroffene (er)dulden muss, dass eine vom Arzt angebotene Behandlung erst einmal aufgenommen wird, obgleich er sich gegen sie verwahrt hat und obgleich sein Betreuer ihr widerspricht<sup>28</sup>. Dies stelle sachlich eine – nicht zu rechtfertigende – Körperverletzung dar<sup>29</sup>. Für den – vom BGH mit in den Mittelpunkt seiner Begründung gestellten – Schutz des Betreuers vor strafrechtlicher Verfolgung sowie vor der Last, alleine entscheiden zu müssen, wäre eine Pflicht zur Einholung einer Genehmigung kaum erforderlich gewesen<sup>30</sup>. Dieser Aspekt hätte ebenso gut durch die Möglichkeit, eine Genehmigung zu beantragen, sichergestellt werden können.

Die Entscheidung wird aber auch begrüßt und verteidigt. Perau führt an, am Ende eines menschlichen Lebens könne und dürfe es keinen rechtsfreien Raum geben<sup>31</sup>. Auch wenn dies im Grundsatz richtig ist, darf nicht übersehen werden, dass es für die Vermeidung eines „rechtsfreien Raumes“ in keiner Weise erforderlich ist, ein gerichtliches Genehmigungserfordernis aufzustellen. Auch wird angeführt, der Beschluss Sorge für Rechtssicherheit<sup>32</sup>. Richtig ist dies insoweit, als durch ihn der verbindliche Charakter einer Willensäußerung in Form einer Patientenverfügung festgestellt wird. Zweifel daran, ob eine solche den Arzt und

<sup>17</sup> Auf welche Rechtsgrundlage die Entscheidungsbefugnis der Angehörigen (welcher?) zurückzuführen sei, erörtert das LG München nicht. Dem deutschen Recht ist eine gesetzliche Vertretungsmacht von Angehörigen eines Volljährigen (noch) fremd. Vgl. hierzu nur Mehler, MittBayNot 2001, 16, 19 mit Fn 30 (auf S. 20). Zu Überlegungen de lege ferenda siehe Jochen Dieckmann/Jurgeleit, BtPrax 2002, 135 ff, 197 ff; kritisch hierzu Gödicke, FamRZ 2003, 1894.

<sup>18</sup> LG München I, NJW 1999, 1788, 1789.

<sup>19</sup> MK-D. Schwab, 4. Auflage, 2002, § 1904 Rn 38; D. Schwab, FS Henrich, 2000, 511, 522 ff; Staudinger-Bienwald, 13. Auflage, 1999, § 1904 Rn 45; Soergel-W. Zimmermann, 13. Auflage, 2001, § 1904 Rn 42; Bienwald, FamRZ 2002, 575, 577; Karliczek, FamRZ 2002, 578 f; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 975; Kutzer, MedR 2003, 77, 78; Kutzer, ZRP 2003, 209, 212 (anders noch Kutzer, NStZ 1994, 111, 114). Siehe i.ü. die Nachweise bei OLG Frankfurt, FamRZ 2002, 575 und MK-D. Schwab, 4. Auflage, 2002, § 1904 Rn 37 Fn 116.

<sup>20</sup> Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, A 98; Mehler, MittBayNot 2001, 16, 19; Baumann / Hartmann, DNotZ 2000, 594, 601 ff; Saliger, Jus 1999, 16, 18 f; Lipp, BtPrax 2002, 47, 51 ff (anders nunmehr Lipp, FamRZ 2003, 756, s.a. Lipp FamRZ 2004, 317, 322 ff). Siehe i.ü. die Nachweise bei OLG Frankfurt, FamRZ 2002, 575 und MK-D. Schwab, 4. Auflage, 2002, § 1904 Rn 37 Fn 116.

<sup>21</sup> BGHSt 40, 260 ff.

<sup>22</sup> OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 1137 mit abl. Anmerkung Bienwald 1138 und abl. Anm. Wagenitz/Engers FamRZ 1998, 1257; OLG Frankfurt, FamRZ 2002, 575 ff mit abl. Anmerkung Bienwald 577.

<sup>23</sup> OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488.

<sup>24</sup> Mit Blick auf die mittlerweile eingeführte amtliche Überschrift von § 1904 BGB („Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen“) könnte man geneigt sein, die Norm direkt anzuwenden. Dass der Gesetzgeber, der bei Änderung des Betreuungsrechts „sehenden Auges“ von einer Regelung des Sterbehilfeproblems Abstand nahm, mit der Einfügung dieser Überschrift etwas derartiges (mit-)bezweckte, ist aber auszuschließen.

<sup>25</sup> Kritisch Paehler, BtPrax 2003, 141, 142: „keine Begründung“. Gegen eine Genehmigungspflicht ohne gesetzliche Grundlage Palandt-Diederichsen, 63. Auflage 2004, Rn 10 vor § 1896.

<sup>26</sup> Alberts, BtPrax 2003, 139 f.

<sup>27</sup> BGH MittBayNot 2003, 387, 392, III. 2. d).

<sup>28</sup> Alberts, BtPrax 2003, 139, 140; nach Holzhauser ist die beste Patientenverfügung „nichts wert“, wenn sie dies nicht verhindere (FamRZ 2003, 991, 992).

<sup>29</sup> Alberts, BtPrax 2003, 139, 140; ähnlich wohl Holzhauser, FamRZ 2003, 991, 992.

<sup>30</sup> Holzhauser, FamRZ 2003, 991, 992.

<sup>31</sup> Perau, RNotZ 2003, 263, 264.

<sup>32</sup> G. Langenfeld, ZEV 2003, 449, 451; Hahne, FamRZ 2003, 1619 f; Renner NotBZ 2003, 245.

Pflegekräfte bindet, sind nun beseitigt. Viele Punkte jedoch in diesem heiklen Bereich sind durch die Entscheidung gerade nicht klargestellt worden<sup>33</sup>. Man kann daher nicht wirklich von Rechtssicherheit sprechen. So wird etwa die Formfrage einer Patientenverfügung nicht erörtert. Nach § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB ist eine Vollmacht für die in Abs. 1 Satz 1 genannten Maßnahmen nur wirksam, wenn sie schriftlich erteilt ist und die Maßnahmen ausdrücklich umfaßt. Es liegt nahe, dies erst recht bei einer Verfügung zu fordern, die sogar einen Behandlungsabbruch deckt und ihn verbindlich anordnet<sup>34</sup>. Äußerungen im Nachgang zu der Entscheidung zeigen indes, dass noch keine Klarheit herrscht. So hebt etwa Hahne hervor, auch eine nur mündliche Willensäußerung sei verbindlich<sup>35</sup>.

Die legislativpolitische Berechtigung eines Genehmigungserfordernisses im Grenzbereich zwischen Leben und Tod ist nicht unbestritten. Sie wird vielmehr mit guten Gründen kritisiert<sup>36</sup>. Der Beschluß mag Anlass sein, dies erneut zu überdenken. Die Grundlage der Bindungswirkung einer Patientenverfügung ist das – auch verfassungsrechtlich verbürgte – Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen<sup>37</sup>. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, ob es wirklich wünschenswert ist, dass sich am Sterbebett eines Menschen, der Vorsorge für seinen schweren Krankheitsfall getroffen hat, Vormundschaftsrichter, behandelnder Arzt, gutachtern der Arzt und Betreuer versammeln müssen, um die Zulässigkeit der Behandlungsabbruchs zu prüfen. Schutz des Betreuers jedenfalls kann die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in diesem höchstpersönlichem Bereich kaum rechtfertigen.

#### IV. Praxisfragen für die notarielle Tätigkeit

Im folgenden werden die Auswirkungen des vorgestellten Beschlusses für die Tätigkeit im Notariat erörtert. Berücksichtigt werden sollen verschiedene Einzelfragen. Dabei sind jeweils sowohl Aspekte der Belehrungspflicht (§ 17 BeurkG) als auch der Urkundsgestaltung zu beachten.

##### 1. Die rechtliche Bindungswirkung der Patientenverfügung

Die Entscheidung erkennt an, dass eine Patientenverfügung strenge Rechtswirkungen entfaltet. Das bedeutet im einzelnen:

Die Verfügung bestimmt, inwieweit ein ärztlicher Heileingriff und ein Behandlungsabbruch straf- und deliktsrechtlich zulässig oder unzulässig sind. Wenn sie in bestimmten Fällen solche medizinischen Maßnahmen untersagt, so legt sie einerseits fest, dass diese rechtswidrig sind. Denn sie schließt den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung aus. Andererseits gibt sie den Rechtfertigungsgrund für einen Behandlungsabbruch. Damit ist die Patientenverfügung insoweit „janusköpfig“. Dies gilt gleichermaßen gegenüber Arzt, Betreuer und Bevollmächtigtem.

Auch weiterhin kann eine Patientenverfügung die Kriterien, nach denen ein Behandlungsabbruch in Form der Sterbehilfe iW.S. zulässig ist, nicht erleichtern. Eine Verfügung, die vom Vorliegen der Voraussetzungen befreit, ist rechtlich nicht zulässig. Für den, der sich auf sie verläßt, stellt sie keinen Rechtfertigungsgrund dar. Sie bindet aber auch weder Arzt noch Betreuer oder Bevollmächtigten. Eine solche Willenserklärung ist durch eine solche Patientenverfügung wegen Gesetzesverstosses (§ 134 BGB) nichtig. Sie deckt dann auch nicht mehr eine noch zulässige Vorgehensweise bei der Sterbehilfe ab<sup>38</sup>. Außerdem bewirkt sie nach der Zweifelsregel von § 139 BGB, dass auch weitere in ihr abgegebene Erklärungen (wie etwa eine Vorsorgevollmacht) in der Regel unwirksam sind. Daher ist bei der Formulierung einer Patientenverfügung darauf zu achten, dass die Kriterien der Sterbehilfe nicht mißachtet werden.

##### 2. Die Dauer der Bindungswirkung der Patientenverfügung

Die Wirkung einer Patientenverfügung wird nicht dadurch aufgehoben, dass der Verfügende einwilligungsunfähig wird<sup>39</sup>. Gerade für diesen Fall ist sie ja gedacht. Der BGH hebt die Fortwirkung bis zu einem Widerruf ausdrücklich hervor<sup>40</sup> und sorgt hierdurch für Rechtssicherheit. Ist also eine zeitliche Einschränkung nicht aufgenommen (wie sie etwa denkbar ist, wenn ein junger Mensch anlässlich einer Operation eine solche Anordnung trifft), gilt die Bestimmung fort, bis sie widerrufen wird.

Dennoch wird (auch weiterhin) teilweise gefordert, die Unterschrift solle regelmäßig erneuert werden<sup>41</sup>. Dies ist kaum wirklich anzuraten. Eine Patientenverfügung, die einen besonderen Raum für Vermerke über eine „Bestätigung“ vorsieht, – wie die der Handreichung<sup>42</sup> –, leistet eher Wirksamkeitszweifeln Vorschub. Wenn der ältere Verfügende – wie dies kein seltener Fall sein wird – mit der Zeit die Bestätigung vergißt, so wird der Anschein erweckt, die Fortgeltung sei nicht mehr erwünscht. Praktisch nicht gut durchführbar ist schließlich eine Bestätigung, wenn die Verfügung aus der Hand gegeben ist. Dies liegt etwa vor, wenn sie bestimmungsgemäß beim Hausarzt hinterlegt wird oder Teil einer Vorsorgevollmacht ist, die dem Bevollmächtigten ausgehändigt ist.

Sinnvoll scheint es aber, im Text deutlich zu machen, dass die Patientenverfügung bis zu ihrem Widerruf fortgelten soll<sup>43</sup>. Der Verfügende ist darauf hinzuweisen, dass die Akzeptanz des Widerrufs voraussetzt, dass er dafür sorgt, dass alle Personen, denen eine Ausfertigung zugegangen ist, vom Widerruf in Kenntnis gesetzt werden.

<sup>33</sup> Kritisch Spickhoff, JZ 2003, 739, 740.

<sup>34</sup> Siehe Schaffer, BtPrax 2003, 143, 147.

<sup>35</sup> Hahne, FamRZ 2003, 1619, 1620; ähnlich wohl Lipp FamRZ 2004, 317, 320.

<sup>36</sup> Zu § 1904 BGB generell D. Schwab, FS Henrich, 2000, 511, 518 ff, 522 ff, 531: „rechtspolitische Irrwege“.

<sup>37</sup> MK-D. Schwab, 4. Auflage, 2002, § 1904 Rn 22; D. Schwab, FS Henrich, 2000, 511, 518; Hufen, NJW 2001, 849, 851; Hahne, FamRZ 2003, 1619, 1620; Perau, MittRhNotK 1996, 285; Baumann / Hartmann, DNotZ 2000, 594, 595, 601.

<sup>38</sup> Sie kann nur noch bei Feststellung eines mutmaßlichen Willens herangezogen werden.

<sup>39</sup> Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, A 116.

<sup>40</sup> BGH, MittBayNot 2003, 387, 389.

<sup>41</sup> Stackmann, NJW 2003, 1568; Lipp, BtPrax 2002, 47, 52 mwN in Fn 52; Hahne, FamRZ 2003, 1619, 1620; Vossler, BtPrax 2002, 240, 242.

<sup>42</sup> Christliche Patientenverfügung, unter IV. am Ende.

<sup>43</sup> E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 354; Milzer, NJW 2003, 1836, 1839; Langenfeld, ZEV 2003, 449, 452.

### 3. Geltung des Genehmigungserfordernisses (auch) für Bevollmächtigen

Von besonderer Bedeutung für die notarielle Tätigkeit ist die Frage, ob das vom BGH für die Betreuung vorgesehene Erfordernis einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht auch für die Verweigerung einer Behandlungszustimmung durch einen Bevollmächtigten gilt. Denn nach § 18 BeurkG ist über gerichtliche Genehmigungen zu belehren.

Das Gericht hat hierzu – leider – nichts ausgeführt. Wäre es der Rechtsprechung der OLG Frankfurt und Karlsruhe gefolgt, und hätte die Analogie zu § 1904 BGB für richtig gehalten, käme man zwanglos dazu, das Genehmigungserfordernis auch für diesen Fall zu bejahen. Denn § 1904 Abs. 2 Satz 1 BGB erstreckt die Genehmigungsbedürftigkeit von Einwilligungen des Betreuers in ärztliche Maßnahmen auch auf die Einwilligung eines Bevollmächtigten. Es läge nahe, die Analogie darauf zu erstrecken.

Nachdem die entsprechende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften vom BGH ausdrücklich verneint und statt dessen eine Rechtsfortbildung gewählt wurde, hätte es nahegelegen, auch zu diesem Fall etwas auszuführen, selbst wenn die Frage nicht entscheidungserheblich war. Übernimmt ein Gericht die Aufgaben des Gesetzgebers, so ist es unbefriedigend, wenn es die naheliegenden gleichgelagerten Fälle völlig außer Acht läßt.

Gegen die Erstreckung mag man anführen, dass die Gesamtschau des Betreuungsrechts eben für die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung nichts hergibt. Außerdem verfolgt der Vollmachtgeber oftmals das Ziel, eine Betreuungslage gerade zu vermeiden. Die Furcht oder Scheu davor, im Alter in die Mangel der staatlich-hoheitlichen Fürsorge zu geraten, ist für Vollmachtgeber oft Anlass zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht. Andererseits ist zu bedenken, dass der Bevollmächtigte bei so weitreichenden Maßnahmen vielleicht gerade besonderer Kontrolle bedarf. Denn er ist anders als der Betreuer nicht vorab vom Gericht durch Auswahl und Bestellung geprüft worden<sup>44</sup>. Für die Erstreckung der Genehmigungspflicht wird angeführt, dass nur durch sie die Einheitlichkeit eines „Genehmigungsregimes“ erhalten wird<sup>45</sup>. Auch der Ansatz, die Genehmigungspflicht sei zum Schutz des Betreuers erforderlich, ist auf Bevollmächtigte übertragbar<sup>46</sup> – wenn man ihn denn für richtig hält. Im Ergebnis wird man gut daran tun, von der Genehmigungspflicht auch beim Bevollmächtigten auszugehen<sup>47</sup>, und dies als Belehrung in die Urkunde mitaufzunehmen.

### 4. Aufnahme der Entscheidung für einen Behandlungsabbruch in Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht

Wünscht der Verfügende einen verlässlichen Behandlungsabbruch, so ist anzuraten, dies möglichst klar und ohne Anlass für Zweifel in den Text der Erklärung aufzunehmen<sup>48</sup>. Zwar gilt – folgt man dem BGH – § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht entsprechend. Die Vorschrift statuiert zur Wirksamkeit der Vollmacht das Erfordernis der Schriftlichkeit und der ausdrücklichen Benennung einer riskanten medizinischen

Behandlungsmaßnahme. Dennoch ist es ratsam, eine ausdrückliche Formulierung aufzunehmen. Denn bei der Ermittlung des Willens des Betroffenen wird man zunächst auf eine schriftliche Erklärung Bezug nehmen. Fehlt die Anerkennung des Behandlungsabbruchs, wird schließlich möglicherweise der Adressat folgern, der Abbruch sei eben nicht gewollt. Damit setzt man den Betroffenen der Gefahr aus, dass entgegen seinem Willen eine Behandlung fortgesetzt wird. Diese Gefahr sollte man vermeiden.

### 5. Verbindung oder Trennung von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht

Oftmals werden Patientenverfügungen nicht gesondert erstellt. Sie werden vielmehr gemeinsam mit einer Vorsorgevollmacht erteilt, die auch andere Gegenstände abdeckt – wie die Besorgung von Vermögensangelegenheiten. Empfohlen wird aber auch, neben der Vorsorgevollmacht eine separate Urkunde mit ausdrücklicher Vollmacht zur Durchsetzung der Patientenverfügung („Durchsetzungsvollmacht“) zu erstellen<sup>49</sup>. Beide dieser Verbindungen sind für den Betroffenen von Vorteil. Tritt der Zustand ein, für den die Patientenverfügung gedacht ist, braucht nicht erst ein Betreuer vom Gericht bestellt zu werden<sup>50</sup>.

Diese Zusammenfassung von Patientenverfügung und Vollmacht (gleich ob reine Durchsetzungsvollmacht oder allgemeine Vorsorgevollmacht) bedeutet aber auch ein gewisses Risiko. Man wird wohl idR davon ausgehen können, die Umsetzung der Patientenverfügung entspreche auch dann dem Willen und Interesse des Verfügenden, wenn die Vollmacht nicht mehr besteht. Die Durchsetzung dieses Willens wird durch eine Verbindung potentiell gefährdet. Denn wird die Vollmacht etwa widerrufen, so bedeutet dies zwangsläufig auch das Ende der Geltung der Patientenverfügung<sup>51</sup>. Sie stehen und fallen miteinander.

Einen Königsweg scheint es nicht zu geben. Diese Gefahr kann aber durch zwei Vorgehensweisen gemindert werden. So kann man zusätzlich eine isolierte Patientenverfügung erstellen, die unabhängig von der Vollmacht gelten soll. Diese kann man etwa dem behandelnden Arzt übergeben. Eine Alternative wäre es, zwar die beschriebene Verbindung mit einer Vollmacht vorzusehen, gleichzeitig aber anzuordnen, dass die Patientenverfügung als solche vom Fortbestand der Vollmacht unabhängig sein soll<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> So zugunsten der Analogie zu § 1904 BGB Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, A 98.

<sup>45</sup> Perau, RNotZ 2003, 263, 266.

<sup>46</sup> E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 353.

<sup>47</sup> So auch E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 353; Perau, RNotZ 2003, 263, 266; Milzer, NJW 2003, 1836, 1837; Langenfeld, ZEV 2003, 449, 451; s. Sybille M. Meier, FGPrax 2003, 167, 169.

<sup>48</sup> Perau, RNotZ 2003, 263, 265.

<sup>49</sup> Perau, RNotZ 2003, 263, 265.

<sup>50</sup> E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 354.

<sup>51</sup> Möglicherweise mag man zwar in einem solchen Fall bei der Bestimmung des mutmaßlichen Willens auf eine – nicht mehr geltende – Vollmacht zurückgreifen können. Dies könnte etwa gelten, wenn klar ist, dass der Widerruf der Vollmacht allein aus Gründen in der Person des Bevollmächtigten erfolgte. Aber sicher ist dies nicht.

<sup>52</sup> Vgl. das Muster unten VI. 2.

## 6. Genehmigungsbefähigung der Erstellung der Patientenverfügung

Nicht ausdrücklich angesprochen hat der BGH die Frage, ob die Patientenverfügung als solche vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden muss, wenn sie einen Behandlungsabbruch vorsieht. Aus den Gesamtumständen der Entscheidung ist dies aber mit Sicherheit zu verneinen<sup>53</sup>. Denn das Gericht geht unproblematisch von der Wirksamkeit und Relevanz der eingang zitierten privatschriftlichen Verfügung aus. Auch der in den Vordergrund gestellte Schutz des Betreuers (wohl auch des Bevollmächtigten) vor der „schweren Entscheidung“ fordert eine antizipierte Genehmigung nicht. Denn ob die Situation je eintritt, ist ungewiß. Auch scheint kaum ein Fall vorstellbar, in dem das Gericht einer abstrakten Patientenverfügung die Genehmigung verweigern würde (es sei denn, die Geschäftsfähigkeit sei nicht gegeben). Denn dass sie im Grundsatz Behandlungsabbruch und ähnliche Maßnahmen beinhalten kann, ist nicht (mehr) zweifelhaft.

## V. Zusammenfassung

Der grundlegende Beschluss des Bundesgerichtshofs zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Behandlungsabbruchs durch den Betreuer bei Vorliegen einer „Patientenverfügung“ sorgt in dem entschiedenen Rahmen für ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Das vormundschaftsgerichtliche Zustimmungserfordernis sorgt für eine Kontrolle des Betreuerhandelns. Es sichert damit die Willensangemessenheit der Entscheidung ab. Dieser wird darüber hinaus eine gewisse „Legitimität“ verliehen. Der Betreuer kann die Last der Entscheidung teilweise auf die Richterbank verlagern.

Die Wirksamkeit einer Patientenverfügung wird einerseits gestärkt, da dem in ihr niedergelegten Willen strikt zu folgen ist. Andererseits wird die Umsetzung des Willens verzögert, da ein gerichtliches Verfahren mit ärztlichen Gutachten erforderlich ist.

Dennoch bleibt nicht verborgen, dass eine Reihe von Fragen offen bleibt – und zwar mehr als bei einer richterlichen Rechtsfortbildung wünschenswert. Sieht man von methodischen Kritikpunkten ab, bleibt vor allem zu bemängeln, dass eine Stellungnahme über die Geltung der neugefundenen Grundsätze gegenüber Bevollmächtigten unterblieben ist.

Der – vom OLG Frankfurt bereits früher prognostizierte<sup>54</sup> – Bedeutungszuwachs der Patientenverfügung wird weiter steigen. Für die notarielle Praxis ist für Beratung und Belehrung der Mandanten davon auszugehen, dass die neuen Grundsätze auch für Bevollmächtigte gelten. Die Aufnahme exakter und eindeutiger Formulierungen für den Patientenwillen zugunsten eines Behandlungsabbruchs in kritischen Fällen ist angezeigt.

Ob die Probleme, die im Grenzbereich zwischen Leben, Sterben und Tod, durch medizinische Entwicklung sowie juristische und ethische Grenzen verursacht werden, durch die Entscheidung wirklich besser gelöst werden, darf offen bleiben.

## VI. Anhang: Formulierungsvorschläge<sup>55</sup>

### 1. Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung

#### § 4

#### I. Gesundheitsfürsorge

Der Bevollmächtigte ist auch berechtigt, mich in allen persönlichen Angelegenheiten und Entscheidungen zu vertreten, auch soweit sie meine Gesundheit einschließlich ärztlicher Behandlungen jeder Art, meinen Aufenthalt und meine Unterbringung im weitesten Sinne betreffen.

Die Vollmacht berechtigt insbesondere,

- auch dann eine Einwilligung in eine Untersuchung meines Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff zu erteilen, wenn die begründete Gefahr besteht, dass ich aufgrund der Maßnahme sterben sollte oder einen länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleide;

- freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Sinne von § 1906 BGB für mich anzuordnen bzw. zu genehmigen.

#### II. Patientenverfügung

An mir sollen keine lebensverlängernden Maßnahmen vorgenommen werden, wenn medizinisch festgestellt ist,

- dass ich mich im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Maßnahme das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf erfolgreiche Behandlung verlängern würde,

oder

- dass es zu einem nicht behebbaren Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt, der zum Tode führt.

In diesen Fällen sollen bereits begonnene Maßnahmen abgebrochen werden.

Ärztliche Begleitung und Behandlung sowie sorgsame Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist.

#### III. Genehmigungserfordernisse

Mir ist bekannt, dass der Bevollmächtigte für die genannten Maßnahmen (wohl) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muss.

#### § 5

Diese Vollmacht und diese Patientenverfügung sollen bis zu ihrem Widerruf durch mich fortgelten.

<sup>53</sup> Hiergegen auch Schaffer, BtPrax 2003, 143, 146.

<sup>54</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1998, 1137, 1138.

<sup>55</sup> Die Vorschläge gehen zurück auf bei dem Notariat 1 in Freiburg herkömmlich verwendete Texte. Andere Vorschläge finden sich etwa bei Peter, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Auflage, 2001, § 101 Rn 55 M, 64 M, 65 M; Milzer, NJW 2003, 1836, 1839 f; Perau, MittRhNotK 1996, 291, 299 f; Notthoff, ZNotP 2003, 282, 289 f; A. Langenfeld/G. Langenfeld, ZEV 1996, 339 ff.

## 2. Patientenverfügung mit Durchsetzungsvollmacht

### § 1

An mir sollen keine lebensverlängernden Maßnahmen vorgenommen werden, wenn medizinisch festgestellt ist,

- dass ich mich im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Maßnahme das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf erfolgreiche Behandlung verlängern würde,

oder

- dass es zu einem nicht behebbaren Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt, der zum Tode führt.

In diesen Fällen sollen bereits begonnene Maßnahmen abgebrochen werden.

Ärztliche Begleitung und Behandlung sowie sorgsame Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist.

Mir ist bekannt, dass der Bevollmächtigte oder Betreuer für die genannten Maßnahmen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muss.

### § 2

Frau NN wird mit der Durchführung und Durchsetzung dieser Patientenverfügung beauftragt und bevollmächtigt, alle Maßnahme zu treffen, die hierzu erforderlich sind.

### § 3

#### I.

Diese Patientenverfügung und diese Vollmacht sollen bis zu ihrem Widerruf durch mich fortgelten.

#### II.

Diese Patientenverfügung soll auch dann fortgelten, wenn ich Frau NN diese Vollmacht entzogen habe oder sie aus anderen Gründen an ihrer Durchsetzung verhindert ist.

Sie soll in diesem Fall von jedermann, der zu meinem Betreuer bestellt wird oder von mir bevollmächtigt wird, in gleicher Weise beachtet und durchgesetzt werden.

## Vorrechte in der vertragsrechtlichen Praxis

Von Notarvertreter Frank Maurer, Mundelsheim

### I. Einleitung

Begriff:

Die Vertragsbeteiligten wünschen oftmals im Zeitraum zwischen Vertragsverhandlungen und endgültigem Vertragsschluss die Einräumung von Rechten, um eine gewisse Bindung einer oder beider Vertragsparteien an die im vorvertraglichen Stadium vereinbarten Regelungen herbeizuführen und den eventuellen späteren Abschluss des endgültigen Rechtsgeschäftes sicher zu stellen<sup>1</sup>. Solche Rechte, die nachfolgend mit dem Oberbegriff Vorrechte bezeichnet werden, stellen Vorstufen des endgültigen Vertrages dar<sup>2</sup>. Die nachgenannten Vorrechte sind von dem Vorrecht des Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach Fristablauf gemäß §§ 2 Nr. 6, 31 ErbbauVO abzugrenzen<sup>3</sup>.

Die Einräumung eines Vorrechtes ist sowohl als Zusatzbestimmung im konkret anstehenden Rechtsgeschäft als auch als eigenständiges Institut denkbar, wie die nachfolgenden Beispiele belegen sollen. Gelegentlich ist in diesem Zusammenhang auch die Gewährung von Vorzugsbedingungen (z. B. Erwerb zum Preis von 80 % des Verkehrswertes) von den Vertragsparteien gewünscht.

Beispiele<sup>4</sup>

Als Beispiele der Vertragspraxis sind folgenden Konstellationen anzutreffen:

- der Bauträger möchte vor Abschluss des Grundstückskaufvertrages prüfen, ob die von ihm zu errichtenden Immobilien gebaut und veräußert werden können;
- den Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einer Offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft soll gegenseitig ein Vorrecht bei der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils eingeräumt werden;
- im Rahmen der Übertragung von Familienvermögen auf die nachfolgende Generation im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sollen den Empfängern gegenseitig Vorrechte bei einer Veräußerung des übertragenen Vermögens eingeräumt werden, um das Familienvermögen innerhalb der Familie belassen zu können. Solche Vorrechte können auch im Wege der letztwilligen Verfügung beispielsweise durch entsprechende Vermächtnisanordnungen eingeräumt werden;

<sup>1</sup> Weber, JuS 1990, 249

<sup>2</sup> Palandt, 63. Auflage, Einführung vor § 145, Rdnr 18 ff; MüKo, 3. Auflage, Vorbemerkung vor § 145, Rdnr. 33 ff

<sup>3</sup> Palandt § 2 ErbbauVO, Rdnr 7 sowie § 31 ErbbauVO. Von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Kapitel, Rdnr 142ff: „Das Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts ist vergleichbar mit dem Vorkaufsrecht bei Abschluss eines Kaufvertrages. Es hat demgemäß ähnliche Voraussetzungen (Vertragsschluss und Ausübungserklärung) wie das Vorkaufsrecht und eine ähnliche Rangwirkung und Ausgestaltung (§ 31 Abs. 2 - 4 ErbbauVO)“

<sup>4</sup> weiteres Beispiel siehe Münchner Vertragshandbuch 4. Auflage Band 4, 1. Halbband, I. 15

- im Mietvertrag über eine Gewerbefläche zwischen Vermieter und Mieter wird ein Vorrecht für den Mieter an der ebenfalls im Eigentum des Vermieters stehenden angrenzenden und anderweitig vermieteten Gewerbefläche vereinbart, da der Mieter beabsichtigt, sein Ladengeschäft eventuell später zu vergrößern;

- im Erbbaurechtsvertrag wird dem Erbbauberechtigten regelmäßig bei Veräußerung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks ein Vorrecht zum Erwerb des Grundstücks vertraglich eingeräumt. Weiter ist gemäß § 2 Ziff. 7 ErbbaurechtsVO umgekehrt die Vorrechtseinräumung für den Grundstückseigentümer im Fall der Veräußerung des Erbbaurechts durch den Erbbauberechtigten vorgesehen.

## II. Erscheinungsformen der Vorrechte<sup>5</sup>

Als Vorrechte werden in der vertragsgestaltenden Praxis regelmäßig folgende Instrumentarien verwendet:

1. Vorhand
2. Vertragsangebot gemäß §§ 145 ff BGB
3. Vorvertrag
4. Optionsvertrag (Option im engeren Sinne)
5. Ankaufsrecht
6. schuldrechtliches und dingliches Vorkaufsrecht, §§ 463 bis 473 bzw. §§ 1094 bis 1104 BGB
7. Wiederkaufsrecht, §§ 456 bis 462 BGB.

Das Vertragsangebot, das schuldrechtliche und dingliche Vorkaufsrecht sowie das Wiederkaufsrecht sind gesetzlich kodifiziert. Die vier übrigen Instrumente sind aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit vertraglich vereinbar<sup>6</sup>.

Nachfolgend sollen die genannten Erscheinungsformen der Vorrechte im Rahmen von Grundstücksgeschäften untersucht werden, um für den konkreten Sachverhalt entsprechend dem Willen der Vertragsbeteiligten den passenden Vorrechtstyp auszuwählen. Grunderwerbsteuerliche Gründe spielen für die Auswahl des passenden Vorrechtstypen keine Rolle, da Grunderwerbsteuer regelmäßig bei der Bestellung und Einräumung der Vorrechte nicht anfällt<sup>7</sup>.

## 1. Vorhand

Die Vorhand (besser: der Vorhandvertrag) ist regelmäßig ein einseitig verpflichtender schuldrechtlicher Vertrag, durch den der Vorhandverpflichtete (regelmäßig der Eigentümer der Sache bzw. Inhaber des Rechtes) verpflichtet wird, den Gegenstand vor Verkauf an einen Dritten zunächst dem Vorhandberechtigten zum Kauf anzubieten<sup>8</sup>. Dieses Recht wird in der Praxis oft auch als Anbieterspflicht oder Andienungsrecht bezeichnet. Das Recht aus dem Vorhandvertrag kann unterschiedlich stark ausgestaltet sein. Man kann nach der inhaltlichen Ausgestaltung zwischen folgenden Arten des Vorhandvertrages unterscheiden:

### a) Verhandlungsvorhand

Bei der Ausgestaltung als Verhandlungsvorhand hat der Vorhandverpflichtete den Vorhandberechtigten über die Veräußerungsabsicht zu informieren und mit ihm über die Veräußerung zu verhandeln<sup>9</sup>. Eine schuldhaft Verletzung der Informations- und Verhandlungspflichtung läßt einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB entstehen. Eine Verpflichtung für den Vorhandverpflichteten, einen Veräußerungsvertrag mit dem Vorhandberechtigten abzuschließen, besteht aber gerade nicht<sup>10</sup>. Da diese schwächste Form der Vorhand eine Verpflichtung zur Übertragung oder Erwerb von Grundstückseigentum weder unmittelbar noch mittelbar begründet, ist die Verhandlungsvorhand nicht gemäß § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig sondern formfrei begründbar<sup>11</sup>. Ein durch Vormerkung sicherbarer Anspruch gemäß § 883 Abs. 1 BGB entsteht nicht, da durch diesen Vorhandvertrag weder ein bedingter noch ein künftiger Anspruch auf Übertragung von Grundstückseigentum geschaffen wird.

### b) Angebotsvorhand

Bei der Ausgestaltung der Vorhand als Angebotsvorhand hat der Vorhandverpflichtete dem Vorhandberechtigten nach Eintritt der vertraglich vereinbarten Bedingungen den Gegenstand zum Kauf anzubieten. Der Vorhandverpflichtete hat also dem Vorhandberechtigten ein Veräußerungsangebot zu unterbreiten, der Vorhandberechtigte hat einen einklagbaren Anspruch hierauf. Die Angebotsvorhand kann deshalb als einseitig bindender und durch die Veräußerungsabsicht aufschiebend bedingter Vorvertrag angesehen werden<sup>12</sup>, wobei die aufschiebende Bedingung eine Wollensbedingung ist (der Wille des Verpflichteten, nunmehr veräußern zu wollen<sup>13</sup>). Aufgrund der vertraglich begründeten aufschiebend bedingten Übertragungsverpflichtung bedarf der Angebotsvorhandvertrag gemäß § 311 b Abs. 1 BGB insgesamt der notariellen Beurkundung<sup>14</sup>. Soweit vertraglich ver-

<sup>5</sup> weitere Typen der Vorrechte sind folgende, in der notariellen Praxis aber eher eine untergeordnete Rolle spielenden Erscheinungsformen:

- Letter of Intent: ist eine im Vorfeld von Großprojekten in der Regel rechtlich nicht verbindliche Fixierung der Verhandlungsposition des Absenders, vergl. Palandt aaO (Fußn. 2), MüKo aaO (Fußn. 2), Weber aaO (Fußn. 1)  
- Rahmenvertrag: Darunter ist eine Vereinbarung zu verstehen, in der (meist bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen) Bedingungen für künftige Geschäfte festgelegt werden. Er ist mangels Bestimmtheit der abzuschließenden Einzelverträge in der Regel kein Vorvertrag, vergl. Palandt aaO (Fußn.2), MüKo aaO (Fußn.2), Weber aaO (Fußn. 1)

<sup>6</sup> beispielsweise für den Vorvertrag vergl. Palandt aaO (Fußn. 2) Rdnr 19

<sup>7</sup> Münchner Vertragshandbuch aaO (Fußn. 4) Anmerkung 6 vergleiche Borruttau/Egly/Sigloch Grunderwerbsteuerrecht 14. Auflage für das Angebot Rdnr 306, für das Vorkaufsrecht Rdnr 353 und für das Wiederkaufsrecht Rdnr 358

<sup>8</sup> Staudinger Vorbem. zu §§ 145ff, Rdnr 78

<sup>9</sup> Wolf DNotZ 1995, 192

<sup>10</sup> Wolf aaO (Fußn. 9), Staudinger aaO (Fußn. 8)

<sup>11</sup> Palandt aaO (Fußn. 2), Weber aaO (Fußn. 1), Staudinger aaO (Fußn.8)

<sup>12</sup> Wolf aaO (Fußn. 9), Staudinger aaO (Fußn.8), Palandt aaO (Fußn. 2) Die Verpflichtung, Angebote Dritter dem Vorhandberechtigten mitzuteilen, kann nach Wolf im Rahmen der formlosen Verhandlungsvorhand erfolgen. Nach Staudinger löst diese Verpflichtung eine Verpflichtung des Vorhandberechtigten aus, wenn er an der Sache oder dem Recht interessiert ist, ein mindestens gleichwertiges Angebot abzugeben, zu dessen Annahme der Vorhandverpflichtete dann auch verpflichtet ist. Aus diesem Grund bedarf diese Vereinbarung der notariellen Beurkundung gemäß § 311 b Abs. 1 BGB und kann somit begrifflich der Angebotsvorhand zugeordnet werden.

<sup>13</sup> Staudinger aaO (Fußn. 8)

<sup>14</sup> Palandt § 311 b Rdnr 11

einbart ist, dass die Anbotungsverpflichtung allein durch Eintritt der Wollensbedingung entsteht, kann dieser bedingte Anspruch auf Übertragung des Grundstückeigentums ebenfalls nicht durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden<sup>15</sup>.

Bei der vertraglichen Fixierung eines Vorhandvertrages sollten folgende Punkte geregelt werden:

- Art des Vorhandvertrages
- Inhalt und Umfang der Vorhandverpflichtung
- Bedingungen, nach deren Eintritt die Vorhandverpflichtungen entstehen
- zeitliche Befristung der Vorhandverpflichtung
- Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs des Vorhandberechtigten aus dem Vorhandvertrag
- soweit bei der Angebotsvorhand die aufschiebend bedingte Übereignungsverpflichtung nicht nur von einer reinen Wollensbedingung des Vorhandverpflichteten abhängig ist: Gestaltung als durch Vormerkung sicherbarer Anspruch nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB nebst Eintragungsbewilligung und Antragstellung
- bei der Verhandlungsvorhand: gegebenenfalls Vereinbarung einer zulässigen Vertragsstrafe, da der Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse des Vorhandberechtigten beschränkt ist.

Formulierungsbeispiel für eine Angebotsvorhand:

„Zwischen A (Vorhandverpflichteter) und B (Vorhandberechtigter) wird folgender Angebotsvorhandvertrag geschlossen:

A verpflichtet sich, vor Abschluss eines Grundstückskaufvertrages mit einem Dritten über sein Grundstück der Gemarkung... (es folgt Grundstücksbeschreibung gemäß § 28 GBO) B unverzüglich von dem beabsichtigten Verkauf zu informieren, ihm den Stand der Verkaufsverhandlungen, Verkaufsangebote von seiner Seite und Kaufangebote Dritter unverzüglich mitzuteilen und in Verkaufsverhandlungen mit B einzutreten. Weiter verpflichtet sich A in diesem Fall, das Grundstück zu den gleichen Verkaufsbedingungen, die seitens eines Dritten vorliegen, unverzüglich B vorrangig zum Kauf anzubieten. Die vorgenannten Verpflichtungen des A erlöschen, wenn B nicht innerhalb von 2 Monaten nach Bekanntgabe der aktuellsten Informationen und Mitteilungen über die Verkaufsverhandlungen ein vorgenanntes Verkaufsangebot des A annimmt. B ist zur Annahme eines Verkaufsangebots von A nicht verpflichtet.

Die vorgenannten Verpflichtungen von A sind auf die Dauer von 5 Jahren ab heute befristet. Die Rechte des B aus diesem Vorhandvertrag sind weder übertragbar noch vererblich.“

Im Gegensatz zum Verkaufsangebot, Wiederkaufsrecht und Ankaufsrecht, bei denen die Verkaufsbestimmungen für das endgültige Rechtsgeschäft regelmäßig inhaltlich detailliert bereits bei Begründung des Vorrechtsvertrages festgelegt werden, ergeben sich beim Vorhandvertrag die detaillierten Regelungen des endgültigen Rechtsgeschäfts erst mit dessen konkreten und in Erfüllung der Vorhandverpflichtungen erfolgenden Abschluss. Beide Seiten sind somit nicht an einen (oft vor Jahren getroffenen) bestimmten Inhalt gebunden sondern in den Vertragsverhandlungen beispielsweise hinsichtlich Kaufpreishöhe, Vertragsvollzug, Gewährleistung und Nebenbestimmungen frei für Verhandlungen. Es kann somit der Zustand des Vertragsgegenstandes, baurechtliche Nutzungsmöglichkeiten und eventuelle Ertragsaussichten bei Gewerbeimmobilien im Zeitpunkt der konkreten Vertragsverhandlungen über einem Kaufvertrag zwischen Vorhandverpflichtetem und Vorhandberechtigtem in Erfüllung der Vorhandverpflichtungen berücksichtigt werden und entsprechenden Niederschlag finden.

## 2. Vertragsangebot gemäß § 145 ff BGB

Die Abgabe eines bindenden Angebots nach § 145 BGB ist eine gebräuchliche Gestaltung zur Schaffung eines Vorrechts für den Angebotsempfänger. Regelmäßig wird das Angebot vom Veräußerer gegenüber dem eventuellen Erwerber abgegeben (Veräußerungsangebot). Denkbar ist auch die Abgabe eines Kaufangebots vom Erwerber gegenüber dem Veräußerer (Erwerbsangebot). Die Abgabe eines bindenden Angebots wird auch als Festofferte bezeichnet<sup>16</sup>. Bei der Einräumung eines Vorrechts wird in der Praxis regelmäßig die Abgabe eines Veräußerungsangebots erfolgen.

Das Angebot ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die gemäß § 130 BGB mit dem Zugang an den Angebotsempfänger wirksam wird<sup>17</sup>. Gegenstand und Inhalt des Vertrages müssen im Angebot so bestimmt oder bestimmbar sein, dass die Annahme durch ein einfaches „Ja“ erfolgen kann. Auch die Person des Angebotsempfängers muss bestimmt oder bestimmbar sein<sup>18</sup>. Eine Annahme des Angebots unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Angebot. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, den Vertragsinhalt möglichst mit dem Angebotsempfänger abzustimmen, um einen Vertragsschluss durch eine einfache Annahme zu gewährleisten. Sowohl das Angebot als auch die Annahme sind unabhängig davon, welcher Vertragsteil anbietet und welcher annimmt, gemäß § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig.

<sup>15</sup> Schöner/Stöber Grundbuchrecht 12. Auflage Rdnr 1489 mit weiteren Nachweisen: „Bedingte Ansprüche sind vormerkungsfähig, auch wenn der Eintritt der Bedingung vom Verhalten des Verpflichteten oder Berechtigten abhängig ist (Potestativbedingungen). Voraussetzung ist nur, dass bereits eine Bindung für den Fall künftigen Verhaltens gewollt ist; daher scheiden reine Wollensbedingungen, bei denen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als solches von der Billigung des Verpflichteten abhängt, als Grundlage für vormerkbare Ansprüche mangels rechtsgeschäftlicher Bindung aus“.

<sup>16</sup> Münchner Vertragshandbuch I. 15 Ziff. 2

<sup>17</sup> Palandt § 145 Rdnr. 1

<sup>18</sup> Auf die rechtlichen Besonderheiten eines Vertragsangebots an einen noch zu benennenden Dritten soll hier nicht eingegangen werden, da dies bei der Begutachtung des Angebots unter dem Blickwinkel des Instruments einer Vorrechtseinräumung eine eher untergeordnete Rolle spielen dürfte. Für die rechtlichen Besonderheiten eines Vertragsangebots an einen noch zu benennenden Dritten vergleiche Haegeler/Schöner/Stöber Rdnr. 904 ff mit weiteren Nachweisen

Gemäß § 145 BGB ist der Anbietende an sein Angebot gebunden, sofern er nicht die Bindung ausgeschlossen hat. Bindung bedeutet hier, dass der Anbietende das Angebot grundsätzlich nicht widerrufen und sich somit nicht einseitig vom abgegebenen Angebot lösen kann. Die Bindung beginnt mit dem Zugang des Angebots und endet mit dem Erlöschen des Angebots gemäß § 146 BGB durch Ablehnung des Angebots oder nicht rechtzeitige Annahme<sup>19</sup>. Aufgrund der Möglichkeit, die Bindung an das Angebot vollständig auszuschließen ergibt sich auch die Möglichkeit, die Bindung an das Angebot zu befristen.

Von der Bindung des Anbietenden an sein Angebot ist die Setzung einer Annahmefrist gemäß § 148 BGB zu unterscheiden. Ist eine Annahmefrist gesetzt, so kann eine Annahme nach Ablauf der Annahmefrist nur noch nach Vorliegen der Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift § 149 BGB erfolgen und zum Vertragsschluss führen. Soweit die Voraussetzungen des § 149 BGB nicht gegeben sind, verbleibt es bei dem Grundsatz des § 150 Abs. 1 BGB, wonach die verspätete Annahme als neuer Antrag des ursprünglich Annehmenden gilt und ein Vertragsschluss somit nur nach Annahme durch den ursprünglich Anbietenden erfolgt<sup>20</sup>. Aus den vorgenannten Gründen bietet es sich an, im Angebot eine Bindungsfrist zu setzen, wonach der Anbietende bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an das Angebot unwiderruflich gebunden ist. Nach Fristablauf erlischt die Bindung, nicht aber das Angebot als solches. Somit kann das Angebot auch nach Ablauf der Bindungsfrist angenommen werden, soweit es nicht vom Anbietenden zeitlich vorher widerrufen wurde. Der Widerruf ist eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 130 BGB, die der Anbietende gegenüber dem Annehmenden (in seiner Funktion als Angebotsempfänger) abgibt und diesem zugehen muss.

Das dem Angebotsempfänger aus dem Angebot erwachsende Recht ist ein Gestaltungsrecht. Dieses Recht kann unter Umständen übertragbar gemäß § 413, 398 BGB, pfändbar gemäß § 851 Abs. 1 ZPO und vererblich gemäß § 1922 BGB sein. Maßgebend ist der durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 im Einzelfall zu ermittelnde Inhalt des Angebots<sup>21</sup>. Aus diesem Grund ist es ratsam, die Frage der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Angebots zu regeln. Der künftige Anspruch des Angebotsempfängers auf Übertragung von Eigentum an Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten ist gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB im Grundbuch durch Vormerkung sicherbar, soweit es sich um ein bindendes formgültiges Veräußerungsangebot handelt<sup>22</sup>. Kriterium für die Absicherung künftiger Ansprüche durch Eigentumsvormerkung ist eine vom künftigen Schuldner des sicherbaren Anspruchs nicht mehr einseitig zu beseitigende Bindung<sup>23</sup>. Für den Angebotsempfänger kann damit bereits ab Zugang des Angebots (und somit Eintritt der Bindungswirkung) und nicht erst ab Annahme des Angebots eine Eigentumsvormerkung zu seinen Gunsten im Grundbuch eingetragen werden.

Beim Angebot des Erwerbers ist die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den anbietenden Erwerber mangels eines einseitig vom Veräußerer nicht zerstörbaren Rechtsboden des künftigen Anspruch nicht möglich.

Bei der notariellen Gestaltung eines Veräußerungsangebots empfehlen mehrere Autoren von Formularhandbüchern die Aufgliederung der Urkunde in zwei Teile<sup>24</sup>:

Der erste Teil der Urkunde enthält

- das Angebot als solches
- Setzung einer Bindungsfrist und gegebenenfalls einer Annahmefrist
- Regelungen über den Widerruf und die Annahmeerklärung<sup>25</sup>
- Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Rechte aus dem Angebot bzw. deren Ausschluss
- Bewilligung einer Auflassungsvormerkung
- Bedingungen für die Annahme<sup>26</sup>, insbesondere eigenständige Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers in der Annahmeerklärung<sup>27</sup>
- Vollzugsvollmacht für die Notariatsangestellten<sup>28</sup>

Der zweite Teil der Urkunde enthält die kaufvertraglichen Bestimmungen als solche<sup>29</sup>, soweit diese nicht in einer Anlage enthalten sind. Gemäß § 9 Abs. 1 Ziff. 2 BeurkG muss in der Angebotsurkunde auf die Anlage verwiesen, dieser beigefügt und gemäß § 13 BeurkG mitverlesen werden.

Eine Unterart der Vorrechtseinräumung in Form eines bindenden Vertragsangebots ist die Gestaltung des Angebots als Angebotsvertrag<sup>30</sup>. Hierbei ist der Angebotsempfänger bei der Beurkundung des Angebots anwesend und als Beteiligter gemäß § 9 Abs. 1 Ziff. 1 BeurkG im Urkundeneingang aufzuführen. Er bestätigt den Zugang des Angebots ohne jedoch seine Annahmeerklärung abzugeben. Vielmehr erklärt der Angebotsempfänger beispielsweise:

<sup>24</sup> Brambring in Beck'schem Notarhandbuch Kapitel A I Rdnr. 389, Götte im Rechtsformularbuch Wurm/Wagner/Zartmann Kap. 19 VII u.a.

<sup>25</sup> § 152 BGB

<sup>26</sup> Beck'sches Notarhandbuch aaO (Fußn. 24), dass die Annahme des Angebots nur wirksam ist, wenn Sie zur Niederschrift dem das Angebot beurkundenden Notar erklärt wird

<sup>27</sup> Beck'sches Notarhandbuch aaO (Fußn. 24) Rdnr. 385: „Es ist zweifelhaft, ob die Unterwerfung des Käufers unter die sofortige Zwangsvollstreckung als rein prozessuale Erklärung mit Annahme einen Vollstreckungstitel zustande kommen läßt (BayObLG MittBayNot 1992,190). Solange diese Streitfrage nicht geklärt ist, wird der Notar die Zwangsvollstreckungsunterwerfung zur Bedingung für die Annahme machen. Zur Vermeidung vollstreckungsrechtlicher Schwierigkeiten ist in der Annahmeerklärung der Kaufpreiszahlungsverpflichtung nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu wiederholen“.

<sup>28</sup> zum Streitstand: Grigas BWNotZ 2003 Seite 104 mit weiteren Nachweisen

<sup>29</sup> Beck'sches Notarhandbuch: In den kaufvertraglichen Bestimmungen entfällt:

- die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung durch den Veräußerer
- die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Erwerbers vgl. Beck'sches Notarhandbuch (Fußn. 27), Rdnr. 385

<sup>30</sup> Münchner Vertragshandbuch aaO Ziff.3; Beck'sches Notarhandbuch aaO (Fußn.27) Rdnr. 389

<sup>19</sup> Palandt aaO (Fußn. 17) Rdnr. 3

<sup>20</sup> Palandt § 149 Rdnr. 1; § 150 Rdnr. 1

<sup>21</sup> Palandt § 145 Rdnr. 5

<sup>22</sup> Palandt § 883 Rdnr. 16

<sup>23</sup> Palandt § 883 Rdnr. 15, BayObLG DNotZ 93,374

- Zahlung eines Bindungsentgelts
- Tragung von Grundbuch- und Notarkosten
- Vollzugsvollmacht für die Notariatsangestellten<sup>31</sup>
- Stellung des Eintragungsantrages für die Eintragung der Auflassungsvormerkung gemäß § 13 GBO<sup>32</sup>.

### 3. Vorvertrag

Der Vorvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag, in dem sich die Parteien darüber einigen, einen anderen schuldrechtlichen Vertrag, den sog. Hauptvertrag, abzuschließen. Der Vorvertrag begründet somit einen vertraglichen Kontrahierungszwang<sup>33</sup>, durch den die Verpflichtung zum späteren Abschluss des Hauptvertrages begründet wird. Seine Zulässigkeit ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>34</sup>. Wie auch die übrigen Vorrechtstypen bezweckt der Vorvertrag regelmäßig eine Bindung der Parteien, wenn dem Abschluss des Hauptvertrages noch ein oder mehrere tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen<sup>35</sup>. An den notwendigen Inhalt eines Vorvertrages können nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an den Hauptvertrag.

Ein wirksamer Vorvertrag setzt aber neben dem Bindungswillen der Parteien voraus, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages zumindest bestimmbar ist<sup>36</sup>. Der Vorvertrag kann je nach Vereinbarung nur für eine oder aber für beide Parteien verbindlich sein und verpflichtet entsprechend dieser Regelung einen oder beide Vertragspartner zum Abschluss des Hauptvertrages<sup>37</sup>, also zur Abgabe eines Angebots und/oder je nach Bindung zur Annahme des Angebots des anderen<sup>38</sup>. Der Vorvertrag über die Veräußerung oder Erwerb von Eigentum an Grundvermögen oder grundstücksgleichen Rechten bedarf der notariellen Beurkundung gemäß § 311 b Abs. 1 BGB<sup>39</sup>. Da der Hauptvertrag ebenfalls der notariellen Beurkundung gemäß § 311 b BGB bedarf, spricht dies aus kostenrechtlicher Sicht gegen den Vorvertrag. Soweit der Veräußerer aus dem Vorvertrag zum Abschluss des Hauptvertrages verpflichtet wird, kann auch hier wie beim Veräußerungsangebot eine Auflassungsvormerkung für den Erwerber im Grundbuch eingetragen werden. Kriterium für diesen künftigen Anspruch auf Grundstücksübergang ist auch hier die vom Veräußerer als künftiger Schuldner des Übergangsanspruchs einseitig nicht mehr zu beseitigende Bindung<sup>40</sup>.

Götte formuliert im Rechtsformularbuch Wurm/Wagner/Zartmann<sup>41</sup> einen Vorvertrag über eine Wohnungseigentumseinheit, dessen Inhalt wie folgt skizziert wird:

- Zunächst wird festgehalten, dass die Parteien beabsichtigen, einen Kaufvertrag (besser: Bauträgervertrag) über noch nicht errichtetes und noch nicht im Grundbuch angelegtes Wohnungs- und Teileigentum mit dem Inhalt abzuschließen, wie er sich aus der beigelegten Anlage (entspricht dem Hauptvertrag Bauträgervertrag) ergibt. Es folgt die Verweisung auf die Anlage gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG und auf die Teilungserklärung und Bauerrichtungserklärung (Mutterurkunde) gemäß § 13 a BeurkG.

- Darauf folgt die beiderseitige Verpflichtung zu dem Abschluss des als Anlage beigelegten Hauptvertrages, sobald die Baugenehmigung erteilt ist und die endgültige Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung beim Grundbuchamt eingereicht oder vollzogen ist (der Vertragsgegenstand des Hauptvertrages also rechtlich existent ist).

- Weiter folgen Regelungen, dass die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages entfällt, und zwar:

- einseitig für den Käufer, wenn die Baugenehmigung nicht bis zum (Endtermin) erteilt und/oder die Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht bis zum (Endtermin) beim Grundbuchamt vollzugsreif eingereicht wurde,
- einseitig für den Verkäufer, wenn die Baugenehmigung nicht bis zum (Endtermin) und/oder die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht bis zum (Endtermin) erteilt wurde<sup>42</sup>,
- für beide Vertragsbeteiligten, wenn nicht bis spätestens (Endtermin) Kaufverträge (besser: Bauträgerverträge) oder Vorverträge über Wohnungs- und Teileigentum an dem Anwesen abgeschlossen worden sind, deren Miteigentumsanteile zusammen mindestens 60 % des gesamte Eigentums ausmachen, wobei die Kaufobjekte dieser Urkunde mitzuzählen sind<sup>43</sup>.

- Weiter folgt die Vollmacht beider Vertragsbeteiligter für die Notariatsangestellten zum Abschluss des Hauptvertrages mit dem vereinbarten Inhalt und die Kostentragungsregelung.

Die Bewilligung einer Eigentumsvormerkung nebst Antragsstellung (im Stadium des Abschlusses des Vorvertrages nur auf dem noch nicht in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Baugrundstück) ist von Götte nicht vorgesehen und bei diesem Sachverhalt eher nicht sachdienlich, da die Eintragung der Eigentumsvormerkung im Hauptvertrag vorgesehen und regelmäßig Kaufpreisfälligkeit voraussetzung ist und Vormerkungen zulasten des noch nicht aufgeteilten Baugrundstücks die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum deutlich verkomplizieren.

<sup>31</sup> Grigas, BWNNotZ (Fußnote 28)

<sup>32</sup> dieser ist bei einem Vertragsangebot vom Vormerkungsberechtigten eigenständig als Antrag gemäß § 13 GBO beim zuständigen Grundbuchamt zu stellen.

<sup>33</sup> Staudinger Vorbem. vor §145, Rdnr 51

<sup>34</sup> Palandt Einf. vor § 145, Rdnr 19

<sup>35</sup> Palandt aaO (Fußn. 34)

<sup>36</sup> Palandt aaO (Fußn. 34) mit weiteren Nachweisen

<sup>37</sup> MüKo Vorbem. vor § 145, Rdnr 40

<sup>38</sup> Palandt aaO (Fußn. 34) Rdnr 21

<sup>39</sup> Palandt § 311 b Rdnr 11

<sup>40</sup> Palandt § 883 Rdnr. 15

<sup>41</sup> 13. Auflage Kap. 40 VI, Muster 40p

<sup>42</sup> Die Vorlage einer bis auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung vollzugsreifen Teilungserklärung liegt im Einflussbereich des Verkäufers. Der Verkäufer soll sich nicht willkürlich vom Vorvertrag lösen können sondern nur, soweit objektive Hindernisse dem Vertragsvollzug entgegenstehen.

<sup>43</sup> Der Verkauf der übrigen Objekte des Anwesens ist z.B. wegen der Gefahr der Nichtfertigstellung, Leerstand, Insolvenzgefahr u.a. nicht nur im Interesse des Verkäufers sondern auch im Interesse des Käufers. Für diesen Fall ist auch ein Rücktrittsrecht im Hauptvertrag Kaufvertrag (besser: Bauträgervertrag) vorzusehen.

#### 4. Option

Der Begriff der Option beziehungsweise des Optionsvertrags ist in der Literatur strittig. Teilweise werden Optionsverträge untergliedert in Verträge, die auf die Einräumung eines Ankaufsrechts, eines Wiederkaufsrechts gemäß § 456 ff BGB oder eines Vorkaufsrechts gemäß §§ 463 ff BGB gehen und von den Rechtsinstituten des bindenden Angebots gemäß §§ 145 ff BGB, des Vorvertrages und der Vorhand abgegrenzt<sup>44</sup>. Teilweise werden Angebot, Angebotsvertrag, Ankaufsrecht, Vorvertrag und Vorhand unter dem Oberbegriff Optionsformen zusammengefasst<sup>45</sup>.

Bork<sup>46</sup> definiert die Option als Möglichkeit für den Berechtigten, durch einseitige Willenserklärung einen Vertrag zustande zu bringen oder zu verlängern; er grenzt die Option vom Vorvertrag ab, der nur einen Anspruch auf Vertragsabschluss begründet, aber keine Möglichkeit gewährt, den Vertrag durch einseitige Erklärung herbeizuführen. Als gesetzliches Beispiel für ein Optionsrecht nennt Bork den Wiederkauf gemäß § 456 Abs. 1 Satz 1 BGB, während es sich beim Vorkaufsrecht trotz der Formulierung des § 464 Abs. 2 BGB nicht um eine Option handelt, da das Vertragsverhältnis nicht allein durch die Willenserklärung des Vorkaufsberechtigten begründet wird, sondern außerdem voraussetzt, dass der Verkäufer sich zum Verkauf entschließt<sup>47</sup>. Schließlich wird noch angeführt, dass die Option auf einen Kaufvertrag auch Ankaufsrecht genannt wird<sup>48</sup>.

Diese Darstellung des Meinungsstandes zum Begriff Option zeigt, dass dieser regelmäßig als Oberbegriff, nach verschiedenen Kriterien untergliedert, für einige in diesem Beitrag aufgezählten Vorrechtstypen verwendet wird. Diese unterschiedliche Verwendung des Optionsbegriff mag auf den ersten Blick verwirrend und unbefriedigend sein; für die notarielle Praxis dürfte dies jedoch ohne größeren Belang sein, da der beurkundende Notar allein nach dem Willen der Vertragsbeteiligten aus dem hier mit dem Oberbegriff Vorrechte beschriebenen Vorrechtsinstrumentarium das geeignete Vorrecht auszuwählen, als solches zu bezeichnen und vertraglich auszugestalten hat.

Der Optionsbegriff wird aber in der Literatur nicht nur als Oberbegriff verwendet. Vielmehr wird unter Option auch der Optionsvertrag verstanden. Dieser soll hier unter dem Begriff „Option im engeren Sinne“ als Instrument der Vorrechtseinräumung wie folgt näher erläutert werden:

Unter einem Optionsvertrag (Option im engeren Sinne) wird ein aufschiebend bedingter Hauptvertrag verstanden<sup>49</sup>. Die Bedingung gemäß § 158 BGB für den Eintritt der Rechtsfolgen des Hauptvertrages ist die Ausübung des Optionsrechts durch den Optionsberechtigten. Optionsberechtigter kann je nach Fallgestaltung eine oder beide Vertragsparteien sein. Bei dieser Bedingung handelt es sich nicht um eine Potestativbedingung sondern um eine Wollensbedingung, weil die Bedingung nur in einer auf die Wirkungen des Rechtsgeschäfts bezogenen Willenserklärung, nicht in einem sonstigen willensabhängigen Verhalten einer Partei steht. Die Wirksamkeit einer solchen Wollens-

bedingung wird hier für zulässig erachtet<sup>50</sup>. Zusätzlich kann als Bedingung für die Ausübung des Optionsrechts als solches wie bei den vorgenannten Vorrechtstypen das Vorliegen weiterer Voraussetzungen beispielsweise Vorhandensein eines Bebauungsplans mit einer bestimmten Mindestgeschoßflächenzahl vereinbart werden.

Der Optionsvertrag unterscheidet sich vom Vorvertrag, dass er keinen schuldrechtlichen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages, sondern ein Gestaltungsrecht begründet<sup>51</sup>.

Der Optionsvertrag bedarf gemäß § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung, da aufschiebend bedingt für den Veräußerer eine Veräußerungsverpflichtung und für den Erwerber eine Erwerbsverpflichtung begründet wird<sup>52</sup>. Das Beurkundungserfordernis erstreckt sich jedoch nicht nur auf die Veräußerungs- und Erwerbsverpflichtung, sondern auf den Vertrag im Ganzen. Es sind somit alle Vereinbarungen gemäß § 311 b BGB beurkundungspflichtig, aus denen sich nach dem Willen der Partei das gesamte Vertragspaket zusammensetzt. Soll beispielsweise als Vertragsbestandteil eines Pachtvertrages dem Pächter ein aufschiebend bedingtes Erwerbsrecht für das gepachtete Grundstück eingeräumt werden, so bedarf nicht nur der aufschiebend bedingte Erwerbsvertrag sondern auch der (an sich formlose) Pachtvertrag der notariellen Beurkundung.

Die Ausübung des Optionsrechtes (Optionserklärung) erfolgt durch einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Optionsberechtigte gegenüber dem Optionsverpflichteten abgibt und diesem gemäß § 130 BGB zugehen muss. Die Optionserklärung bedarf nicht der notariellen Beurkundung<sup>53</sup> und ist somit formfrei, auch mündlich, möglich. Regelmäßig wird in der notariellen Urkunde jedoch rechtsgeschäftlich eine Form für die Optionserklärung gemäß § 127 BGB vereinbart (z.B. Schriftform per Einschreiben mit Rückschein). Da sowohl die Übertragbarkeit als auch die Vererblichkeit des Optionsrechts vom Vertragswillen der Parteien abhängt, ist auch dieser Punkt ausdrücklich in der notariellen Urkunde zu klären. Soweit eine ausdrückliche Regelung hierüber fehlt, kann regelmäßig der Parteiwille der Nichtübertragbarkeit des Optionsrechts unterstellt und somit ein Abtretungsausschluss gemäß §§ 413, 399 BGB als vereinbart angesehen werden, da sich der Optionsverpflichtete mit der Optionseinräumung an eine ganz bestimmte Person gebunden hat, dessen bestimmte Eigenschaften (Kreditwürdigkeit, Geschäftsgebaren u.a.) ausschlaggebend für die Bestimmung des Optionsrechts waren<sup>54</sup>. Gemäß § 857 ZPO ist das Optionsrecht somit regelmäßig unpfändbar.

Weil für die Universalsukzession des § 1922 BGB § 399 BGB nicht gilt, ist das Optionsrecht vererblich, es sei denn, dass der Optionsvertrag eine höchstpersönlich zu erbringende Leistung des Erblassers vorsah<sup>55</sup>.

Da die Veräußerungsverpflichtung aus dem Optionsvertrag im Sinne von § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht ein künftiger Anspruch sondern ein aufschiebend bedingter Anspruch ist, kann hier für den bedingten Erwerber eine Eigentumsvor-

<sup>44</sup> vergl. Weber aaO (Fußn. 1)

<sup>45</sup> Langenfeld, Münchner Vertragshandbuch Band 4, 1. Halbband Ziff. 15 I

<sup>46</sup> Staudinger, Vorbem zu §§ 145 ff, Rdnr 69

<sup>47</sup> Staudinger aaO (Fußn. 46)

<sup>48</sup> Staudinger aaO (Fußn. 46)

<sup>49</sup> Palandt Einf. v § 145 Rdnr 23

<sup>50</sup> Staudinger aaO (Fußn. 46) Rdnr 71 mit weiteren Nachweisen vergl. auch Münchner Vertragshandbuch aaO (Fußn. 16) mit dem Bemerkten, dass die Wirksamkeit des aufschiebend bedingten (Kauf-)Vertrages nur noch vom Eintritt der Bedingung durch Ausübungserklärung abhängt, deren Abgabe regelmäßig im Belieben des Käufers steht.

<sup>51</sup> Palandt Einf. v § 145, Rdnr. 23

<sup>52</sup> Palandt § 311 b Rdnr. 11

<sup>53</sup> Palandt Einf. v § 145 Rdnr 23, Schöner/Stöber Rdnr 1452

<sup>54</sup> Staudinger aaO (Fußn. 46) Rdnr 75

<sup>55</sup> Staudinger aaO (Fußn. 46) Rdnr 76

merkung im Grundbuch eingetragen werden, unabhängig davon, ob Optionsberechtigter der bedingte Erwerber oder der bedingte Veräußerer ist<sup>56</sup>. In Abgrenzung dazu ist, wie vorne bereits dargelegt, bei einem Erwerbsangebot die Eintragung einer Eigentumsvormerkung für den anbietenden Erwerber gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB mangels eines vom Veräußerer nicht einseitig zerstörbaren Rechtsbodens des künftigen Anspruchs nicht möglich.

Wie bereits beim Vertragsangebot und beim Vorvertrag dargestellt, bietet sich für die Vertragsgestaltung eines Optionsvertrags folgende Gliederung an:

Der erste Teil der Urkunde enthält

- die Einräumung des Optionsrechts im Form eines aufschiebend bedingten Vertrages
- die Bedingungen, nach deren Eintritt der Vertrag wirksam wird, beispielsweise:
  - Vorliegen eines rechtskräftigen Bebauungsplanes, der für das Vertragsobjekt eine bestimmte Geschosflächenzahl vorsieht,
  - der Optionsberechtigte sein Optionsrecht gegenüber dem Optionsverpflichteten in Schriftform per Einschreiben mit Rückschein ausübt,
- Befristung des Optionsrechts (Ausübung bis zu einem bestimmten Endtermin)
- Bewilligung einer Eigentumsvormerkung nebst Antragstellung
- Regelungen über die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Optionsrechts<sup>57</sup>.

Im zweiten Teil der Urkunde wird gemäß § 9 Abs. 1 Ziff. 2 BeurkG auf die Anlage, die die Bestimmungen des Veräußerungsvertrages enthält, verwiesen.

Als weiteres Formulierungsmuster für einen aufschiebend bedingten Erwerbsvertrag sei auf Langenfeld in Münchner Vertragshandbuch<sup>58</sup> verwiesen, der die Urkunde nicht in Teil 1 (Optionsbestimmungen) und Teil 2 (Verweisung gemäß § 9 Abs. 1 Ziff. 2 BeurkG mit zu beurkundender Anlage) aufteilt, sondern die aufschiebende Bindung<sup>59</sup> als solche und die Optionsbestimmungen als einen zusätzlichen Paragraphen im Kaufvertrag integriert.

## 5. Ankaufsrecht

Wie beim Begriff der Option wird auch der Begriff Ankaufsrecht von der Literatur nicht als Vertragstyp als solcher im Katalog der Vorrechte sondern als Oberbegriff für einzelne Vorrechtstypen verwandt. Insbesondere nach Schöner/Stöber<sup>60</sup> kann ein Ankaufsrecht in verschiedenen Rechtsformen verwirklicht werden, nämlich durch:

- ein einseitiges Vertragsangebot des Grundstückseigentümers,
- einen Vorvertrag auf Abschluss eines Kaufvertrages, oder
- einen durch spätere Ausübungserklärung aufschiebend bedingten Kaufvertrag.

Wie bei der Option bereits ausgeführt, ist die Verwendung des Ankaufsrechts als Oberbegriff für einzelne Vorrechtstypen nicht glücklich. Unter einem Ankaufsrecht ist vielmehr ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag zu verstehen, der dem Käufer als Optionsberechtigten durch Ausübung des Optionsrechts die Möglichkeit bietet, den Kaufvertrag ex nunc wirksam werden zu lassen.

Nach dieser Definition (Ankaufsrecht im engeren Sinne) ist das Ankaufsrecht immer ein Optionsvertrag. Die Abgrenzung des Ankaufsrechts vom Optionsvertrag ist durch seinen Namen bereits vorgegeben:

a) während beim Ankaufsrecht der aufschiebend bedingte Vertrag immer ein Kaufvertrag ist, kann dies beim Optionsvertrag auch ein aufschiebend bedingter Tauschvertrag, Schenkungsvertrag, Übergabevertrag, Mietvertrag, Pachtvertrag oder anderer Vertrag sein;

b) während beim Ankaufsrecht die Erwerbsoption immer für den Käufer besteht, kann beim Optionsvertrag auch der Veräußerer (Vermieter/Verpächter/...) Optionsberechtigter sein.

Man kann somit das Ankaufsrecht auch als Unterfall des Optionsvertrages einordnen. Hinsichtlich der näheren Ausführungen zum Ankaufsrecht kann somit voll inhaltlich auf die Ausführungen zum Optionsvertrag verwiesen werden.

## 6. Vorkaufsrechte

Auch durch Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts kann dem Vorkaufsberechtigten ein Vorrecht eingeräumt werden. Das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht<sup>61</sup> gliedert sich in das schuldrechtliche Vorkaufsrecht (§§ 463 bis 473 BGB) und das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094 bis 1104 BGB).

Das Vorkaufsrecht gibt dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis, einen Gegenstand durch Kauf zu erwerben, wenn der Vorkaufsverpflichtete diesen Gegenstand an einen Dritten verkauft. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt dann der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (als Verkäufer) und dem Vorkaufsberechtigten (als Käufer) mit dem gleichen Inhalt zustande wie der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (als Verkäufer) und dem Dritten (als Käufer)<sup>62</sup>.

Hierin zeigt sich bereits in Abgrenzung zu den vorgenannten Vorrechtstypen, dass dem Vorkaufsrecht wie dem Ankaufsrecht auch ein deutlich geringeres Anwendungsgebiet zur Verfügung steht, indem es zwingend vorgibt:

- dass der Vorkaufsberechtigte Erwerber des Vorkaufsgegenstandes ist,
- dass der Vorkaufsberechtigte diesen Gegenstand nur im Rahmen eines Kaufvertrages erwerben kann und
- dass der Vorkaufsberechtigte einen Kaufvertrag mit einem Dritten bereits abgeschlossen haben muss.

<sup>56</sup> Palandt § 883 Rdnr 18

<sup>57</sup> vgl. Vertragsmuster Ankaufsrecht Schöner/Stöber Rdnr 1444

<sup>58</sup> Münchner Vertragshandbuch aaO (Fußn. 16) I 15

<sup>59</sup> hier wurde als einzige Bedingung die Ausübung des Optionsrechts durch den Erwerber vereinbart, welche in seinem freien Belieben steht

<sup>60</sup> Schöner/Stöber Rdnr. 1445

<sup>61</sup> in Abgrenzung zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten gemäß § 577 BGB, § 2034 BGB, §§ 24, 25 BauGB u.a.

<sup>62</sup> Palandt Vorb v § 463 Rdnr 1

Nachfolgend soll das Vorkaufsrecht nicht in seiner gesamten Tiefe und Einzelproblematik dargestellt werden, da dies den Umfang dieses Beitrages bei weitem sprengen würde. Es sei somit auf die umfangreiche Literatur verwiesen<sup>63</sup>. Das Vorkaufsrecht soll aber mit den vorgenannten Vorrechtstypen im Rahmen der bisher aufgeführten Merkmale wie folgt verglichen werden:

a) schuldrechtliches Vorkaufsrecht, §§ 463 bis 473

Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht war bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in den §§ 504 bis 514 BGB normiert. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das schuldrechtliche Vorkaufsrecht mit Wirkung zum 1.1.2002 neu nummeriert, inhaltlich aber unverändert gelassen. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht kann für alle Gegenstände, somit für unbewegliche und bewegliche Sachen und auch für Rechte (z.B. GmbH-Geschäftsanteil) sowie Sachgesamtheiten (z.B. Einzelunternehmen) bestellt werden. Es wird begründet durch vertragliche schuldrechtliche Vereinbarung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (regelmäßig Eigentümer der Sache/Inhaber des Rechts) und dem Vorkaufsberechtigten. Der Vertrag über die Bestellung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts bedarf der notariellen Beurkundung, wenn Belastungsgegenstand ein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht oder ein GmbH-Geschäftsanteil ist<sup>64</sup>.

Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts (Vorkaufsfall) gemäß § 463 BGB ist das Bestehen eines wirksamen formgültigen Kaufvertrages zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten. Bei Veräußerung des Vorkaufsgegenstandes im Wege der Schenkung, Tausch, Einbringung in eine Gesellschaft sowie bei Übertragung des Belastungsgegenstandes im Wege der Miterbenauseinandersetzung liegt kein Vorkaufsfall vor; das Vorkaufsrecht kann somit nicht ausgeübt werden<sup>65</sup>. Bei einem Teilverkauf des Belastungsgegenstandes besteht das Vorkaufsrecht auch an dem verkauften Teil. Wird das Vorkaufsrecht an dem verkauften Teil nicht ausgeübt, besteht es für den restlichen Belastungsgegenstand weiter<sup>66</sup>.

Gemäß § 469 Abs. 1 BGB hat der Vorkaufsverpflichtete dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen.

Besteht nun ein Vorkaufsfall gemäß § 463 BGB, so kann der Vorkaufsberechtigte, ohne dass er hierzu verpflichtet ist, durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung sein Vorkaufsrecht gemäß § 464 BGB ausüben. Die Ausübungserklärung bedarf gemäß § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form sondern ist formfrei möglich<sup>67</sup>. Das Vorkaufsrecht kann nur innerhalb einer bestimmten Frist, nämlich gemäß § 469 Abs. 2 BGB nur bis zum Ablauf von 2 Monaten, bei anderen Gegenständen (z.B. GmbH-Geschäftsanteil) nur bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfang der richtigen und vollständigen Mitteilung gemäß § 469 Abs. 1 BGB ausgeübt werden. Weiter ist Voraussetzung für den Fristbeginn, dass ab dem Zeitpunkt der Mitteilung bereits ein rechtswirksamer Kaufvertrag einschließlich eventuell erforderlicher behörd-

licher Genehmigungen vorliegt<sup>68</sup>. Die Frist kann vertraglich verkürzt oder verlängert werden. Insbesondere beim Vorkaufsrecht über einen Geschäftsanteil ist eine Verlängerung der gesetzlichen Wochenfrist für die Ausübung des Vorkaufsrechts dringend anzuraten.

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht ein Kaufvertrag über den Belastungsgegenstand zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten und zwar genau mit demselben Inhalt, wie dieser im Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Drittkäufer vereinbart ist. Der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Drittkäufer ist durch die Ausübung des Vorkaufsrechts grundsätzlich nicht berührt<sup>69</sup>. Der Verkäufer ist also sowohl dem Vorkaufsberechtigten als auch dem Dritten gegenüber zur rechts- und sachmangelfreien Eigentumsverschaffung und Übergabe gemäß § 433 Abs. 1 BGB<sup>70</sup> verpflichtet. Erfüllt der Verkäufer den Kaufvertrag mit dem Dritten durch Eigentumsverschaffung und Übergabe entsprechend den Übereignungsvorschriften, so ist der Verkäufer gegenüber dem Vorkaufsberechtigten gemäß § 280 BGB schadensersatzpflichtig. Umgekehrt ist der Verkäufer bei Übereignung und Übergabe an den Vorkaufsberechtigten dem Drittkäufer gegenüber grundsätzlich zum Schadensersatz nach der vorgenannten Normen verpflichtet.

Für die Gestaltung sowohl des Drittkaufvertrages als auch des Vorkaufsrechtsvertrages ist somit zu beachten:

aa) der Verkäufer hat den Verkauf an den Dritten davon abhängig zu machen, dass das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird. Dies kann durch Vorbehalt eines Rücktrittsrechts für den Fall der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgen. Weiter ist möglich, dass der Kaufvertrag gemäß § 158 BGB unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts bzw. unter der auflösenden Bedingung der Ausübung des Vorkaufsrechts geschlossen wird.

Gemäß § 465 BGB entfalten diese den Verkäufer vor Schadensersatz wegen Nichterfüllung bewahrenden Regelungen nur Rechtswirkung im Drittkaufvertrag, beeinträchtigen aber das Vorkaufsrecht nicht<sup>71</sup>.

bb) um die Durchsetzbarkeit des Erfüllungsanspruchs auf Übereignung des Vorkaufsberechtigten zu sichern, kann bereits ab Abschluss des Vorkaufsrechtsvertrages (und nicht erst ab Ausübung des Vorkaufsrechts zur Sicherung des somit bestehenden Übereignungsanspruchs) zur Sicherung des künftigen Übereignungsanspruchs eine Eigentumsvermerkung im Grundbuch eingetragen werden<sup>72</sup>. Im Unterschied zum dinglichen Vorkaufsrecht gemäß §§ 1094, 1098 BGB besteht der Vormerkungsschutz für den Vormerkungsberechtigten nicht nur für Belastungen, die nach Ausübung des Vorkaufsrechts eingetragen wurden, sondern bereits für Belastungen, die zeitlich nach Eintragung der Vormerkung aber vor Ausübung des Vorkaufsrechts eingetragen sind. Der Schutz der Vormerkung geht damit weiter als der Schutz des dinglichen Vorkaufsrechts.

<sup>63</sup> vgl. nur Münchner Vertragshandbuch Band 4 2. Halbband Abschnitt VI . 59, Beck'sches Notarhandbuch Abschnitt A VIII; Haegele/Schöner/Stöber Rndr. 1394 ff mit weiteren Nachweisen

<sup>64</sup> Palandt § 463 Rdnr 2

<sup>65</sup> Palandt aaO (Fußn. 64) Rdnr 5 und 7

<sup>66</sup> Palandt aaO (Fußn. 64) Ziff. 4

<sup>67</sup> Palandt § 464 Rdnr. 2

<sup>68</sup> Palandt § 469 Rdnr 4

<sup>69</sup> Palandt Vorb. v. § 463

<sup>70</sup> beim Vorkaufsrecht zulasten eines Rechtes oder sonstigen Gegenstandes bestehen die Verpflichtungen des Verkäufers gegenüber Vorkaufsberechtigtem und Dritten gemäß §§ 453, 433 Abs. 1 BGB.

<sup>71</sup> Palandt § 465 Rdnr 1

<sup>72</sup> Palandt § 883 Rdnr 16

Die Berechtigung des Vorkaufsberechtigten aus dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht ist gemäß § 473 BGB im Zweifel weder vererblich noch übertragbar. Da § 473 BGB jedoch abdingbar ist, kann die Gläubigerposition des Vormerkungsberechtigten vertraglich sowohl vererblich als auch übertragbar gestaltet werden. Die Position des Vorkaufsverpflichteten in Form einer natürlichen Person geht bei dessen Tod gemäß § 1922 als Nachlassverbindlichkeit kraft Gesetzes auf seine(n) Erben über.

#### b) dingliches Vorkaufsrecht gemäß §§ 1094 bis 1104 BGB

Das dingliche Vorkaufsrecht entsteht als abstraktes dingliches Recht gemäß § 873 BGB mit Einigung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts und Eintragung im Grundbuch zulasten des Grundstücks des Vorkaufsverpflichteten.

Als schuldrechtliches Grundgeschäft, ohne das das dingliche Vorkaufsrecht gemäß § 812 BGB kondizierbar wäre, ist beispielsweise eine entsprechende Bestellungsverpflichtung im Rahmen eines Übertragungsvertrages, ein kaufähnlicher Vertrag, eine Schenkung oder auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht<sup>73</sup> als solches denkbar<sup>74</sup>. Dieses schuldrechtliche Grundgeschäft bedarf gemäß § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Jedoch wird der Formmangel bei Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt<sup>75</sup>. Aus dem Entstehungserfordernis der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrecht im Grundbuch ergibt sich, dass das dingliche Vorkaufsrecht nur zulasten von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, nicht aber zulasten beweglicher Sachen, Rechte oder sonstiger Gegenstände vereinbart werden kann. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht kann nur zugunsten einer natürlichen oder juristischen Person<sup>76</sup>, nicht aber zugunsten eines jeweiligen Eigentümers einer bestimmten Sache oder zugunsten eines jeweiligen Inhabers eines bestimmten Rechts begründet werden. Im Unterschied hierzu kann das dingliche Vorkaufsrecht gemäß § 1094 BGB in Form eines subjektivpersönlichen Rechtes oder eines subjektivdinglichen Rechtes begründet werden, wofür im letzten Fall auf Antrag ein Herrschervermerk gemäß § 9 GBO im Grundbuch eintragbar ist.

Ergänzend zu den Sondervorschriften der §§ 1094 bis 1104 BGB gelten die Vorschriften des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts gemäß §§ 463 bis 473 BGB<sup>77</sup>. Für den Verkaufsfall und die Ausübung des Vorkaufsrechts gelten somit § 463 BGB und § 464 BGB. Auch bei Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts bleibt die Übereignungs- und Übergabeverpflichtung des Vorkaufsberechtigten an den Drittkäufer unberührt. Weiter tritt inhaltlich die gleiche Verpflichtung auf Übereignung und Übergabe an den Vorkaufsberechtigten neben die ursprüngliche Verpflichtung<sup>78</sup>.

Wie beim schuldrechtlichen Vorkaufsrecht dargestellt, hat der Verkäufer im Kaufvertrag mit dem Dritten zum Schutz vor Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung die eventuelle Ausübung des Vorkaufsrechts durch Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehaltes oder einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung zu beachten.

Während beim schuldrechtlichen Vorkaufsrecht ein Schutz des Vorkaufsberechtigten vor beeinträchtigenden Verfügungen über den Belastungsgegenstand durch den Vorkaufsverpflichteten nur durch Eintragung einer Vormerkung erreicht werden kann (und somit voraussetzt, dass Belastungsgegenstand des Vorkaufsrecht ein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht ist), ist dieser Vormerkungsschutz gemäß § 1098 Abs. 2 BGB Rechtsfolge des dinglichen Vorkaufsrechts. Der Schutz beginnt mit Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch<sup>79</sup>. Im Unterschied zum durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Vorkaufsrecht beginnt der Schutz vor vertragswidrigen Belastungen erst mit Eintritt des Verkaufsfalles. Belastungen nach Eintritt des Verkaufsfalles sind dem Berechtigten gegenüber unwirksam. Belastungen, die aber vor Eintritt des Verkaufsfalles entstanden sind, sind jedoch auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber voll wirksam<sup>80</sup>.

Weiter ist als Unterschied zwischen dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Vorkaufsrecht festzuhalten, dass das schuldrechtliche Vorkaufsrecht auf einen bestimmten Kaufpreis begrenzt werden kann, was beim dinglichen Vorkaufsrecht nicht zulässig ist<sup>81</sup>. Während das schuldrechtliche Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall bestellt werden kann und bei Nichtausübung nach Eintritt des Verkaufsfalles erlischt, kann das dingliche Vorkaufsrecht gemäß § 1097 BGB für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden. Dann ist die Ausübung des Vorkaufsrechts auch möglich, wenn der Vorkaufsberechtigte in früheren Verkaufsfällen auf die Ausübung verzichtet oder sie unterlassen hat<sup>82</sup>.

Die Erstreckung des dinglichen Vorkaufsrechts auf mehrere oder alle Verkaufsfälle muss im Grundbuch eingetragen sein, da sonst nur ein auf den ersten Verkaufsfall beschränktes dingliches Vorkaufsrecht entsteht<sup>83</sup>.

Während das schuldrechtliche Vorkaufsrecht gemäß § 471 BGB zwingend<sup>84</sup> ausgeschlossen ist, wenn der Verkauf des belasteten Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse erfolgt, kann das dingliche Vorkaufsrecht auch ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Insolvenzverwalter aus freier Hand verkauft wird, § 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Das subjektivpersönliche Vorkaufsrecht ist vor Ausübung grundsätzlich nicht übertragbar und nicht vererblich, soweit nichts anderes vereinbart ist<sup>85</sup>. Die Übertragbarkeit und/oder die Vererblichkeit ist als Inhalt des Rechtes im Grundbuch einzutragen.

<sup>73</sup> das dingliche Vorkaufsrecht ist aber kein verdinglichtes persönliches Vorkaufsrecht, sondern diesem gegenüber völlig selbständig, vgl. Palandt Überblick vor § 1094 Rdnr 1

<sup>74</sup> Palandt § 1094 Rdnr 4

<sup>75</sup> Palandt § 311 b Rdnr 52

<sup>76</sup> hierunter fällt gemäß § 124 HGB auch die OHG und KG als quasijuristische Person

<sup>77</sup> umgekehrt gelten für das schuldrechtliche Vorkaufsrecht allein die Vorschriften §§ 463 bis 473 BGB. Die Vorschriften für das dingliche Vorkaufsrecht gemäß §§ 1094 bis 1104 BGB sind für das schuldrechtliche Vorkaufsrecht nicht anwendbar.

<sup>78</sup> Palandt § 1098 Rdnr 2

<sup>79</sup> ebenso beim durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Vorkaufsrecht

<sup>80</sup> Palandt § 1098 Rdnr 7

<sup>81</sup> Palandt aaO (Fußn. 80) Rdnr 2. Ein dingliches Vorkaufsrecht zu einem fest bestimmten Kaufpreis oder Höchstpreis ist ungültig, aber gemäß § 140 BGB in ein durch Vormerkung sicheres schuldrechtliches Vorkaufsrecht umdeutbar.

<sup>82</sup> Palandt § 1097 Rdnr 4

<sup>83</sup> Palandt aaO (Fußn. 82)

<sup>84</sup> § 471 ist nicht abdingbar vgl. Palandt § 471 Rdnr 4

<sup>85</sup> Palandt § 1094 Rdnr. 5

Das subjektivdingliche Vorkaufkaufsrecht kann wie alle subjektivdinglichen Rechte als solches nicht übertragbar und nicht vererblich sein. Da subjektivdingliche Rechte gemäß § 96 BGB zwingend wesentliche Bestandteile des herrschenden Grundstücks sind und somit mit dem Eigentum an dem herrschenden Grundstück verknüpft sind, folgt die Berechtigung aus dem subjektivdinglichen Recht sowohl im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung als auch im Erbfall dem Eigentum am herrschenden Grundstück.

## 7. Wiederkaufsrecht, §§ 456 bis 462 BGB

Zum Schluss des Beitrages sei noch das Wiederkaufsrecht als Vorrechtstyp erwähnt. Die Regelungen des Wiederkaufsrechts waren bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1.1.2002 in den §§ 497 bis 503 BGB und sind ab diesem Zeitpunkt ohne inhaltliche Änderung in den §§ 463 bis 473 BGB geregelt.

Das Wiederkaufsrecht spielt regelmäßig eine wichtige Rolle bei der notariellen Gestaltung sogenannter Einheimischenmodelle. Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung und Einzelproblematik sei auf die einschlägige Literatur verwiesen<sup>86</sup>.

Doch wie bei der lebzeitigen unentgeltlichen Vermögensübertragung mit Rückforderungsrecht im Fall des kinderlosen Vorversterbens und weiterer üblicher Tatbestände ist auch beim entgeltlichen Veräußerungsgeschäft innerhalb der Familie denkbar, dass sich der Verkäufer ein Recht vorbehalten möchte, wonach er jederzeit oder nur bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen<sup>87</sup> den Gegenstand zurück erwerben möchte. Soweit es sich bei dem Veräußerungsgeschäft um einen Kaufvertrag handelt, kann dafür ein Wiederkaufsrecht vorbehalten werden. Soweit es sich bei dem Veräußerungsgeschäft um ein anderes entgeltliches Geschäft handelt, kann ein Rückerwerbsrecht im Rahmen einer Option im engeren Sinne (aufschiebend bedingter Rückerwerb) vereinbart werden.

Während beim Vorkaufsrecht immer ein Dreipersonenverhältnis (Vorkaufsverpflichteter, Vorkaufsberechtigter und Dritter) vorliegt, besteht beim Wiederkaufsrecht nur ein Zweipersonenverhältnis, wonach der Wiederkäufer den Kaufgegenstand vom Wiederverkäufer zurückkaufen kann. Das Wiederkaufsrecht sollte zum besseren Verständnis eigentlich als Rückkaufsrecht bezeichnet und so den Vertragbeteiligten erläutert werden.

Der Wiederkaufvertrag ist ein aufschiebend bedingter Vertrag, bei dem sich der Käufer aufschiebend bedingt verpflichtet, den zunächst erworbenen Gegenstand an den Verkäufer zurück zu übereignen<sup>88</sup>. Regelmäßig wird das Wiederkaufsrecht als Bestandteil des Kaufvertrages vereinbart, kann jedoch auch als vom Kaufvertrag unabhängiges Rechtsgeschäft vereinbart werden. Mit Vereinbarung des Wiederkaufsrechts wird der Verkäufer zugleich Wiederkäufer und der Käufer zugleich Wiederverkäufer. Aufschiebende Bedingung ist die Ausübung des Wiederkaufsrechts in Form einer einseitigen empfangsbedürftigen unwiderruflichen Willenserklärung, die der Wiederkäufer gegenüber dem Wiederverkäufer erklärt und diesem zugehen muss<sup>89</sup>.

Hierbei handelt es sich um eine zulässige Potestativbedingung<sup>90</sup>, die Ausübung des Wiederkaufsrechts steht also im Belieben des Wiederkäufers. Regelmäßig werden aber weitere Bedingungen für die Ausübung des Wiederkaufsrechts vereinbart, so zum Beispiel im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages nach dem Einheimischenmodell, dass sich die das Baugrundstück veräußernde Gemeinde den Wiederkauf vorbehält, wenn das Grundstück nicht innerhalb 2 Jahre ab Übergabe vom Käufer bebaut und bezogen ist. Weitere Bedingungen für die Ausübung des Wiederkaufsrechts beim Kaufvertrag zwischen Eltern und Kind sind beispielsweise das kinderlose Vorversterben des Erwerbers, der Vermögensverfall des Erwerbers und andere Gründe, die regelmäßig als Rückforderungsrecht im Rahmen eines Schenkungsvertrages oder Übertragungsvertrages im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereinbart werden.

Der Wiederkaufvertrag bedarf grundsätzlich keiner Form, soweit nicht gemäß § 311 b Abs. 1 BGB oder § 15 GmbHG notarielle Beurkundung für den Wiederkaufgegenstand vorgeschrieben ist. Das Wiederkaufsrecht ist vererblich und übertragbar, soweit nichts anderes vertraglich vereinbart wird.

Für den Wiederkäufer kann bereits mit Abschluss des Wiederkaufvertrages eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen werden, da der aufschiebend bedingte Übereignungsanspruch sicherbar<sup>91</sup> ist. Dadurch kann für den Wiederkäufer die Durchsetzbarkeit des Übereignungsanspruchs gegen Dritte gewährleistet werden, soweit Wiederkaufgegenstand ein Grundstück oder ein grundstücksgleiches Recht ist.

Soweit ein Wiederkaufpreis nicht vereinbart ist (Fixbetrag oder amtlicher Schätzwert zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts), gilt gemäß § 456 Abs. 2 BGB im Zweifel der Kaufpreis als Wiederkaufpreis.

Das Wiederkaufsrecht kann nur innerhalb der vertraglich vereinbarten, hilfsweise der gesetzlichen Frist nach § 462 BGB ausgeübt werden. Das Wiederkaufsrecht bedarf gemäß § 456 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht der für den Wiederkaufvertrag vorgeschriebenen Form<sup>92</sup>. Jedoch sollte auch hier, wie beim Vorkaufsrecht, vertraglich die Ausübungsform vereinbart werden.

Mit berechtigter Ausübung des Wiederkaufsrechts wird der zunächst schwebend unwirksame Wiederkaufvertrag gemäß § 158 BGB endgültig wirksam. Ab diesem Zeitpunkt ist der Wiederverkäufer zur Übergabe und Übereignung des Wiederkaufgegenstandes nebst Zubehör gemäß §§ 456, 457, 433 Abs. 1 BGB, der Wiederkäufer zur Zahlung des Wiederkaufpreises gemäß §§ 456, 433 Abs. 2 BGB verpflichtet. Soweit der Wiederverkäufer vor Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet oder den Gegenstand nicht nur unwesentlich verändert, so ist der Wiederverkäufer dem Wiederkäufer zum Ersatz des daraus entstehenden Schaden gemäß § 457 Abs. 2 BGB verpflichtet.

Soweit als Wiederkaufpreis der Schätzwert vereinbart ist, ist die Haftung des Wiederverkäufers gemäß § 460 BGB eingeschränkt.

<sup>86</sup> vgl. nur Schöner/Stöber RdNr 1603 mit weiteren Literaturhinweisen

<sup>87</sup> z.B. dieselben Voraussetzungen, nach denen bei der unentgeltlichen Vermögensübertragung vertraglich vereinbart der Veräußerer vom Erwerber Rückübergabe verlangen kann

<sup>88</sup> Palandt § 497 RdNr 3

<sup>89</sup> Palandt aaO (Fußn. 88) RdNr 6

<sup>90</sup> Palandt aaO (Fußn. 88) RdNr 3

<sup>91</sup> Palandt § 497 RdNr 8

<sup>92</sup> wie auch beim Vorkaufsrecht, § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB

Nach Ausübung des Wiederkaufrechts haftet der Wiederverkäufer für zeitlich nach Ausübung des Wiederkaufrechts entstehende Schäden durch Beschädigung, Untergang und Unmöglichkeit der Herausgabe, insbesondere wegen Weiterveräußerung, wie bei jedem Kaufvertrag nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht ohne die Haftungseinschränkung des § 457 Abs. 2 BGB<sup>93</sup>.

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufrechts über den Wiederkaufgegenstand verfügt, so hat er die durch vertragswidrige freiwillige oder zwangsweise Verfügung entstandenen Rechte Dritter gemäß § 458 BGB zu beseitigen. Dies entspricht der Rechtsmangelhaftung gemäß § 435 BGB beim Kaufvertrag. Ist dieser Beseitigungsanspruch gemäß § 275 BGB unmöglich, so besteht bei (regelmäßig gegebenem) Verschulden des Wiederverkäufers gemäß §§ 280, 283 BGB Anspruch des Wiederkäufers auf Schadensersatz statt der Leistung<sup>94</sup>. Ansprüche des Wiederkäufers gegen Dritte bestehen gemäß §§ 883, 888 BGB nur, soweit für den Wiederkäufer zur Sicherung des aufschiebend bedingten Übereignungsanspruchs eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist.

Gemäß § 459 BGB kann der Wiederverkäufer für werterhöhende Verwendungen<sup>95</sup>, die er vor Ausübung des Wiederkaufs gemacht hat, Ersatz verlangen, soweit dieser Anspruch nicht gemäß § 460 BGB eingeschränkt ist. Weiter kann der Wiederverkäufer eine Einrichtung<sup>96</sup> wegnehmen, unabhängig davon, ob die herauszugegebene Sache mit der Einrichtung vor oder nach Ausübung des Wiederkaufrechts versehen wurde.

<sup>93</sup> Palandt § 457 Rdnr. 6

<sup>94</sup> Palandt § 458 Rdnr. 3

<sup>95</sup> Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen, indem sie ihrer Wiederherstellung, Erhaltung oder Verbesserung dienen (BGH), vergl. Palandt § 994 Rdnr. 1

<sup>96</sup> Einrichtung ist eine Sache, die mit einer anderen Sache körperlich verbunden ist und deren wirtschaftlichen Zwecken dient, vergl. Palandt § 258 Rdnr. 1

Da es sich bei den Bestimmungen §§ 457 bis 460 BGB um schuldrechtliche Regelungen handelt, sind diese Regelungen vertraglich abänderbar.

### III. Fazit

Für die Auswahl des für die Beteiligten passenden Vorrechtstypus sind die Kriterien

- Art und Umfang der Bindungslage für den Vorrechtsverpflichteten
- Möglichkeit der Abdingbarkeit gesetzlicher Vorschriften des Vorrechtstypus
- vertraglich vereinbarte oder gesetzlich vorgegebene Möglichkeiten der Ausübung des Vorrechts
- Rechtsfolgen bei der Ausübung des Vorrechts für den Beteiligten
- Möglichkeit der Sicherung des Vorrechtsberechtigten durch Eigentumsvormerkung
- Formbedürfnis für den Vorrechtsvertrag und/oder den eventuell noch erforderlichen Hauptvertrag einschließlich der sich hieraus ergebenden Kostenfolge

unter Berücksichtigung des jeweils zugrunde liegenden Sachverhalts und Parteiwillens zu prüfen.

## Rechtsprechung

### GmbHG § 8 Abs. 3, BeurkG §§ 16, 38, 40

**Bei der öffentlichen Beglaubigung der Anmeldung einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister durch Geschäftsführer, die der deutschen Sprache nicht kundig sind, ist es weder erforderlich, dass der beigezogene Dolmetscher vereidigt wird, noch muss dieser die Anmeldung unterschreiben.**

OLG Karlsruhe Beschl. v. 08.11.2002 - 11 Wx 48/02

Aus den Gründen:

#### I.

Der Vertrag über die Gründung der betroffenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie ein Beschluss, durch den Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt wurden, sind am 4. Dezember 2001 notariell beurkundet worden. Die Gesellschafter sind Polen und beherrschen die deutsche Sprache nicht. Die Niederschrift nebst Anlage (Satzung der

Gesellschaft) wurde den Beteiligten vom Notar in deutscher Sprache vorgelesen und anschließend von dem anwesenden Dolmetscher in die polnische Sprache übersetzt. Auf eine Vereidigung des Dolmetschers hatten die Beteiligten ausdrücklich verzichtet. Die Niederschrift wurde von den Beteiligten und vom Dolmetscher unterschrieben.

Am gleichen Tag meldeten die Gesellschafter die Gesellschaft und ihre Bestellung als Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthält die nach § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG erforderlichen Versicherungen. Im Beglaubigungsvermerk des Notars heißt es, die Registeranmeldung sei den Gesellschaftern von dem Dolmetscher in Gegenwart des Notars in die polnische Sprache übersetzt worden.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2002 teilte das Amtsgericht – Registergericht – mit, es bestehe ein Eintragungshindernis. Die Wirksamkeit der in der Anmeldung enthaltenen Versicherungen sowie der Belehrung stehe nicht zweifelsfrei fest. Zur Anmeldung hätte ein vereidigter Dolmetscher beigezogen werden müssen. Ein Verzicht auf die Vereidigung sei nicht möglich, da das Registergericht

Erklärungsempfänger sei. Ferner sei erforderlich, dass der Dolmetscher mit unterzeichne.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde half das Amtsgericht nicht ab. Das Landgericht wies die Beschwerde mit Beschluss vom 14. Mai 2002 zurück.

## II.

Die Zwischenverfügung des Registergerichts und die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts sind aufzuheben. Die Auffassung, bei der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister müsse ein vereidigter Dolmetscher beigezogen werden, der die Anmeldung auch mit unterschreibe, entbehrt der gesetzlichen Grundlage.

1. Nach § 7 Abs. 1 GmbHG ist die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. In der Anmeldung haben die Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 GmbHG zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 3 und 4 GmbHG entgegenstehen, und dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister ist nach § 12 Abs. 1 HGB in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

2. Die Anforderungen an notarielle Beurkundungen sind im Beurkundungsgesetz geregelt.

a) Für die Beurkundung von Willenserklärungen, bei denen ein Beteiligter der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist, sieht § 16 Abs. 1 Satz 2 BeurkG vor, dass die Niederschrift dem Beteiligten übersetzt werden muss. Für die Übersetzung ist, falls der Notar nicht selbst übersetzt, ein Dolmetscher beizuziehen (§ 16 Abs. 3 Satz 1 BeurkG). Ist dieser nicht allgemein vereidigt, soll ihn der Notar nach § 16 Abs. 3 Satz 3 BeurkG vereidigen, es sei denn, dass alle Beteiligten darauf verzichten. Die Niederschrift soll nach § 16 Abs. 3 Satz 5 auch von dem Dolmetscher unterschrieben werden.

b) Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister bedarf jedoch nicht der notariellen Beurkundung, sondern nur der öffentlichen Beglaubigung. Das bedeutet nach § 129 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden muss. Die Beglaubigung einer Unterschrift ist die Öffentliche Beurkundung der Tatsache, dass die Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt und dass der Aussteller seine Unterschrift persönlich vor dem Notar vollzogen hat (Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Auflage, § 40 Rdn. 2). Anders als bei der notariellen Beurkundung einer Willenserklärung ist es hier nicht erforderlich, dass die Erklärung von der Urkundsperson inhaltlich wahrgenommen und verantwortlich geprüft wird. Die Tätigkeit der Urkundsperson beschränkt sich vielmehr auf die Bezeugung der Richtigkeit der Unterschrift (BGHZ 37, 79, 86). Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die strengen Anforderungen des § 16 BeurkG für die Beglaubigung einer Unterschrift nicht gelten (Limmer in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 40 BeurkG Rdn. 11; Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Auflage, § 40 Rdn. 40; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Auflage, § 40 Rdn. 44; Jansen, FGG, 2. Aufl., § 40 BeurkG Rdn. 25). Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Notars, welche Maßnahmen er trifft, um Zweifel, Unklarheiten und Täuschungen auszuschließen. Nach dem Beglaubigungsvermerk hat der Notar den anmeldenden Geschäftsführern die Registeranmeldung durch einen Dolmetscher in die pol-

nische Sprache übersetzen lassen. Anhaltspunkte dafür, dass die Geschäftsführer gleichwohl keine sichere Kenntnis von dem Inhalt der Anmeldung erlangt hätten, sind nicht ersichtlich. Solche sind auch in der Zwischenverfügung des Registergerichts nicht aufgezeigt.

c) Die Notwendigkeit einer Vereidigung des Dolmetschers und der Unterzeichnung der Anmeldung durch ihn kann auch nicht aus § 38 BeurkG abgeleitet werden. Nach dieser Regelung gelten für die Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen – und damit auch § 16 BeurkG – entsprechend. Der Gesetzgeber verlangt jedoch in § 8 Abs. 3 GmbHG von den Anmeldenden keine Versicherung an Eides Statt. Zwar ist die Abgabe einer falschen Versicherung im Sinne von § 8 Abs. 3 GmbHG strafbewehrt. Auch entspricht der Strafrahmen des § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG dem des § 156 StGB. Das genügt jedoch angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 8 Abs. 3 GmbHG nicht, um eine Anwendung der §§ 38, 16 BeurkG auch auf die öffentliche Beglaubigung einer Anmeldung zu rechtfertigen.

d) Die Notwendigkeit einer Vereidigung des Dolmetschers ergibt sich ferner nicht aus § 9 FGG. Diese Bestimmung findet auf öffentliche Beurkundungen keine Anwendung (Kahl in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 14. Auflage, § 9 Rdn. 2).

e) Schließlich ist eine Vereidigung des Dolmetschers und seine Unterschriftsleistung bei der Anmeldung auch im Hinblick auf die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG nicht geboten. Die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG dient dazu, den Anmeldenden deutlich zu machen, dass sie selbst dann verpflichtet sind, eine strafrechtliche Verurteilung zu offenbaren, wenn diese Verurteilung nicht in das Führungszeugnis oder nur in ein Führungszeugnis nach § 32 Abs. 3, 4 BZRG aufzunehmen ist. Die Belehrung kann nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG auch durch einen Notar vorgenommen werden. Weder die Belehrung noch die Versicherung der Anmeldenden, die Belehrung erhalten zu haben, bedürfen nach dem Gesetz der notariellen Beurkundung. Nimmt der Notar die Belehrung vor, handelt es sich damit nicht um eine Tätigkeit nach § 20 BNotO, sondern um eine sonstige Tätigkeit nach § 24 BNotO. Auch insoweit steht es daher im pflichtgemäßen Ermessen des Notars, in welcher Weise er sicherstellt, dass fremdsprachige Beteiligte die Belehrung verstehen. Nach dem Beglaubigungsvermerk hat der Notar den anmeldenden Geschäftsführern die Registeranmeldung, in der auch die Belehrung durch den Notar vermerkt ist, durch einen Dolmetscher in die polnische Sprache übersetzen lassen. Anhaltspunkte dafür, dass die Geschäftsführer gleichwohl nicht ordnungsgemäß belehrt wurden, sind nicht ersichtlich. Solche sind auch in der Zwischenverfügung des Registergerichts nicht aufgezeigt.

Mitgeteilt vom Richter am OLG Dr. Deichfuß, Karlsruhe

**EWGRL 335/69 Art. 3 Abs. 2; Art. 4**

**KostO § 36 Abs. 2; § 39; § 45; § 47**

**UmwG § 6; § 13; 16; 80**

**GenG § 1; § 7; § 157**

**1. Eingetragene Genossenschaften verfolgen einen Erwerbszweck und sind daher gem. Art. 3 Abs. 2 EWGRL 335/69 zur Anwendung der Gesellschaftssteuerrichtlinie den Kapitalgesellschaften gleichgestellt.**

**2. Die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften durch Aufnahme stellt eine gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c EWGRL 335/69 der Gesellschaftssteuer unterliegende Erhöhung des Kapitals durch Einlagen dar.**

**3. Zur Auswirkung des Beschlusses des EuGH vom 21.03.2002 – Gründerzentrum – auf die zu erhebenden Gebühren für notarielle Leistungen, die von einem badischen Amtsnotar im Zusammenhang mit der Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften erbracht worden sind.**

**(Fortführung von OLG Karlsruhe v. 24.09.2002, Az. 14 Wx 133/00, OLG 2002, S. 437 ff. = Rpfleger 2002, S. 655 ff. = FGPrax 2002, 275)**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.12.2002 14 Wx 130/01

Aus den Gründen:

#### A.

1. Der Notar beim Notariat Ü. hat beurkundet:

a) in der Urkunde I UR 496/2000 – unter Verwendung eines Fremdentwurfs – den Verschmelzungsvertrag zwischen der V.-bank e.G. mit Sitz in Ü. (Übernehmender Rechtsträger) und der S.- und K.-bank e.G. mit Sitz in B. (Übertragender Rechtsträger) und

b) am 19.04.2000 in der Urkunde I UR 495/2000 den in der Vertreterversammlung der V.-bank e.G. vom 18.04.2000 gefassten Verschmelzungsbeschluss.

Ferner hat der Notar am 19.04.2000 die Anmeldung der Verschmelzung zum Genossenschaftsregister beim Amtsgericht beurkundet (UR I 497/2000).

3. Gegen die Kostenrechnung in Höhe von DM 48.068,08 hat die Kostenschuldnerin Erinnerung eingelegt.

Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 29.09.1999, C-56/98 – „Modele“ – meint sie, die in Rechnung gestellten Notargebühren stellten in Wahrheit eine der – die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital betreffenden – Gesellschaftssteuerrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 widersprechende Steuer dar. Die KostO sei im vorliegenden Fall wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht unanwendbar; die Kostenrechnung sei – ggfls. nach den tatsächlichen Aufwendungen für die erbrachte Dienstleistung – neu zu erstellen.

Das Amtsgericht Überlingen hat die Erinnerung zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht Konstanz zurückgewiesen.

#### B.

Die infolge Zulassung (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) statthafte und auch im übrigen zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet. Die angegriffene Kostenrechnung steht zwar im Einklang mit den einschlägigen deutschen Vorschriften, namentlich denen der KostO. Indessen sind die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Kostenansätze nicht mit der Regelung gemäß Art. 10 und Art. 12 Nr. 1 lit. e. der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969

betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.06.1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“; im folgenden auch „Richtlinie“ oder „RL“) vereinbar. Da die genannten Richtlinienbestimmungen nach Auffassung des EuGH inhaltlich unbedingt und hinreichend genau abgefasst sind, begründen sie für die einzelnen Gesellschaften in den Mitgliedsstaaten Rechte, auf die sie sich auch vor den nationalen Gerichten berufen können (EuGH, Urteil vom 02.12.1997, C-188/95 – „Fantask“ – Tz. 53 [ZIP 1998, Seite 206 ff.]; BayObLGZ 1998, S. 303 ff., 307; Gustavus, ZIP 1998, S. 502 ff., 503). Die nicht mit der Richtlinie vereinbaren Kostenansätze konnten daher keinen Bestand haben und waren aufzuheben.

#### I.

1. Gemäß Art. 1 RL können die Mitgliedsstaaten der EG eine als „Gesellschaftssteuer“ bezeichnete harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL) oder ihnen gemäß Art. 3 Abs. 2 RL gleichzusetzende Vereinigungen erheben. Die Vorgänge, die der Gesellschaftssteuer unterliegen oder ihr unterworfen werden können, sind in Art. 4 RL abschließend aufgeführt. In Art. 10 RL ist bestimmt, dass von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbszweck abgesehen von der Gesellschaftssteuer „Steuern oder Abgaben“ auf die dort genannten auf Art. 4 RL bezogenen Vorgänge (lit. a und b) nicht erhoben werden, ferner nicht auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorausgehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann“ (lit. c). Art. 12 Abs. 1 RL normiert Ausnahmen von diesem Verbot.

2. Demgemäß sind die von der Kostenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze dann – und nur dann – mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie unvereinbar, wenn sie, ohne unter die Ausnahmeregelung nach Art. 12 Abs. 1 RL zu fallen, vom Verbotstatbestand des Art. 10 RL erfasst werden.

Da die den hier angegriffenen Kostenansätzen zugrundeliegenden notariellen Leistungen – unter der Voraussetzung, dass die Richtlinie überhaupt auf eingetragene Genossenschaften anwendbar ist – im Vorfeld der in Art. 4 RL genannten Vorgänge liegen und somit von den diese in Bezug nehmenden Verbotstatbeständen nach Art. 10 lit. a und b nicht erfasst werden, kommt insoweit allenfalls ein Verbot nach Art. 10 lit. c RL in Betracht. Dabei ist das darin normierte Besteuerungsverbot – trotz fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 4 RL – auf solche aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft vorgeschriebene Formalien beschränkt, die im Zusammenhang mit den in Art. 4 RL aufgeführten Vorgängen stehen (vgl. EuGH, Urteil vom 27.10.1998, C-152/97 – „Agas“ – Tz. 21 (WM 1999, Seite 343 ff., 345); Görk, DNotZ 1999, Seite 851 ff., 868; ders., ZIP 2002, S. 667 ff., 668).

Die grundsätzliche Frage, ob die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Vorgangs durch einen beamteten Notar im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie anzusehen sind, hat der EuGH inzwischen mittels Hinweis auf Tz. 23 seines allerdings die Verhältnisse in Portugal betreffenden „Modelo“-Urteils vom 29.09.1999, C-56/98 (ZIP 1999, S. 1681 ff.) bejaht (Tz. 27 f. des Beschlusses vom 21.03.2002, C-264/00 – „Gründerzentrum“ – [ZIP 2002, S. 663 ff.]).

## II.

Für die einzelnen von der Kostenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze ergibt sich danach folgendes:

**1. Beurkundung des Verschmelzungsvertrags**

a) Der im vorliegenden Fall für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags erfolgte Ansatz einer Beurkundungsgebühr (§ 36 Abs. 2 KostO) von 30.220,00 DM sowie einer Auswärts- und einer Unzeitgebühr (§ 58 Abs. 1 bzw. Abs. 3 KostO) von jeweils 60,00 DM widerspricht der Gesellschaftssteuerrichtlinie.

aa) Die Gebühren unterfallen dem Verbotstatbestand gemäß Art. 10 lit. c RL:

(1) Als eingetragene Genossenschaft (e. G.) ist die Kostenschuldnerin zwar keine „Kapitalgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie (vgl. den abschließenden Katalog in Art. 3 Abs. 1 RL). Indessen werden in Art. 3 Abs. 2 RL zur Anwendung der Gesellschaftssteuerrichtlinie „den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen gleichgestellt, die einen Erwerbszweck verfolgen“. Diese Merkmale sind bei der e. G. gegeben. Etwas anderes gilt nicht etwa deshalb, weil die e. G. als Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft auf die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft „ihrer Mitglieder“ gerichtet ist (vgl. § 1 Abs. 1 GenG). Denn die Mitgliedernützlichkeits des Erwerbszwecks ist keine spezifische, sie von den anderen auf Erwerb gerichteten Vereinigungen unterscheidende Besonderheit der e. G. (hierzu etwa Beuthien, GenG mit Umwandlungsrecht, 13. Auflage 2000, Rn. 6 zu § 1)

(2) Die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags ist auf einen von Art. 4 Abs. 1 lit. c RL erfassten Vorgang bezogen.

Nach der genannten Vorschrift unterliegt der Gesellschaftsteuer „die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art“. Wie der EuGH für die französische Aktiengesellschaft entschieden hat, fällt darunter auch eine Kapitalansammlung, die durch Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften in der Weise erfolgt, dass das Kapital der Übernehmenden Gesellschaft durch Einbringung des gesamten Vermögens der übertragenden Gesellschaft erhöht wird (Urteil vom 13.02.1996, C-197/94 und C-252/94 – „Bautiaa“ bzw. „Societe francaise maritime“ – insbesondere Tz. 33-36 [ABl. EG 1996 Nr. C 133/3-4]; vgl. ferner Vogt, WuB II N. Art. 12 RL 69/335 EWG 2.99 [Anm. zu EuGH, C-152/97 – „Agas“ -1]).

Für die hier vorliegende Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften durch Aufnahme gilt nichts anderes. Dabei ist die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften – anders als das etwa bei der Verschmelzung zweier GmbHs oder zweier Aktiengesellschaften durch Aufnahme der Fall ist (vgl. §§ 54, 55 bzw. §§ 68, 69 UmwG) – gemäß § 80 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 UmwG stets mit einer Bildung weiterer Geschäftsanteile für die Genossen der Übertragenden e. G., auf die im Rahmen des § 7 Nr. 1 GenG Mindesteinlagen zu erbringen bzw. zu belassen sind, und damit mit einer Erhöhung des Eigenkapitals der aufnehmenden e. G. verbunden.

(3) Da gemäß § 6 UmwG der Verschmelzungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedarf, stellt diese im Sinne von Art. 10 lit. c RL eine sonstige „Formalität“ dar, der die Gesellschaft zur Ausübung ihrer Tätigkeit unterworfen ist (vgl. EuGH, C-56/98 – „Modelo“ –, Tz. 26; C-264/00 – „Gründerzentrum“ –, Tz. 29).

bb) Die für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags angesetzte Gebühr stellt – entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung – keine „Abgabe mit Gebührencharakter“ dar, die gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. e RL in Abweichung von Art. 10 RL erhoben werden kann.

(1) „Abgaben mit Gebührencharakter“ im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie sind nur solche Abgaben, deren Berechnung auf der Grundlage der Kosten für die erbrachte Leistung erfolgt (EuGH, C-56/98 – „Modelo“ –, Tz. 29; Urteil vom 21.06.2001, C-206/99 „SONAE“ –, Tz. 32 [EuZW 2001, S. 500 ff.]; Fabis, ZIP 1999, S. 1683 f.; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 862 ff.). Dabei kommt dem Umstand, dass die Gebühren für die Beurkundung von Verschmelzungsverträgen nach oben hin begrenzt sind (vgl. § 39 Abs. 4 KostO), keine entscheidende Bedeutung zu. Seine insoweit missverständliche Rechtsprechung (vgl. Tz. 30-32 des „Modelo“-Urteils), auf die sich das Landgericht gestützt hatte, hat der EuGH inzwischen im „SONAE“-Urteil dahin präzisiert, dass das Bestehen einer Obergrenze für Abgaben der hier vorliegenden Art für sich allein diesen Abgaben einen Gebührencharakter dann nicht verleihen kann, wenn die Obergrenze nicht so festgelegt ist, dass sie den Kosten der Dienstleistung angemessen ist, für die die Abgaben die Gegenleistung darstellen (Nr. 2 der Urteilsformel sowie Tz. 36).

(2) Nicht nur unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags unter Verwertung eines Fremdentwurfs erfolgt ist, stehen die hierfür angesetzten Gebühren von insgesamt 30.340,00 DM (Beurkundungsgebühr zzgl. Auswärtsgebühr zzgl. Unzeitgebühr) in einem deutlichen Missverhältnis zu dem konkret erbrachten Aufwand. Eine Qualifizierung der für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags angesetzten Gebühren als „Abgabe mit Gebührencharakter“ scheidet deshalb aus.

b) Damit widersprechen die diesbezüglichen Kostenansätze dem Gemeinschaftsrecht mit der Folge, dass die Kostenrechnung insoweit aufzuheben war. Die Sache wird daher an den Kostenbeamten zur Festsetzung einer im Einklang mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie stehenden Gebühr für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags zurückgegeben. Da der Gesetzgeber bislang noch keine richtlinienkonforme Gebührenregelung zur Verfügung gestellt hat, wird der Kostenbeamte den berücksichtigungsfähigen Aufwand in pauschalierender Weise zu ermitteln haben. Dabei können – wie der EuGH in seinem Urteil vom 02.12.1997, C-188/95 – „Fantask“ –, Tz. 33 (ZIP 1998, S. 206 ff., 210) für die Eintragung von Aktiengesellschaften ins Handelsregister ausgeführt hat – „sämtliche Kosten (berücksichtigt werden), die mit den Eintragungen zusammenhängen, einschließlich des auf diese Vorgänge entfallenden Teils der allgemeinen Kosten“.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Kostenbeamte bei Ermittlung der dem Land aufgrund der Protokollierung des hier in Rede stehenden Verschmelzungsvertrags entstandenen Kosten die im Erlass des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 22.05.2002 – Az. 5656/0227 – aufgeführten Pauschalsätze je Arbeitsstunde vorläufig und vorbehaltlich der noch zu ermittelnden tatsächlichen Kosten zugrundelegt.

## 2. Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses der Vertreterversammlung

Auch der für die Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses der Vertreterversammlung der übernehmenden e. G. erfolgte Ansatz einer Beurkundungsgebühr (§ 47 Satz 1 KostO) von 10.000,00 DM sowie einer Auswärts- und einer Unzeitgebühr (§ 58 Abs. 1 bzw. Abs. 3 KostO) von je 60,00 DM widerspricht der Gesellschaftssteuerrichtlinie. Die Ausführungen oben zu 1. – Beurkundung des Verschmelzungsvertrags – gelten entsprechend:

Die Gebühr unterfällt dem Verbotstatbestand gemäß Art. 10 lit. c RL, weil die notarielle Beurkundung des von den Anteilshabern gefassten Verschmelzungsbeschlusses Voraussetzung für dessen Wirksamkeit ist (§ 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG) und der Verschmelzungsbeschluss Bedingung für die Ausübung und Fortführung der eingetragenen Genossenschaft in der von ihren Anteilshabern gewollten Form ist (vgl. § 13 Abs. 1 UmwG).

Die für die Beurkundung angesetzten Gebühren stehen auch hier in einem erkennbaren Missverhältnis zu dem vom Land im konkreten Fall erbrachten Aufwand, so dass eine Erhebung auch nicht nach der Ausnahmevorschrift Art. 12 Abs. 1 lit. e RL erfolgen durfte.

Auch insoweit war die Kostenrechnung daher aufzuheben und die Sache zur Festsetzung einer richtlinienkonformen Gebühr an den Kostenbeamten zurückzuverweisen.

## 3. Beurkundung der Anmeldung zum Genossenschaftsregister

Ob auch der Gebührenansatz für die Beurkundung der Anmeldung zum Genossenschaftsregister (§ 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO) von 805,00 DM nebst einer Auswärts- und einer Unzeitgebühr (§ 58 Abs. 1 bzw. Abs. 3 KostO) von je 60,00 DM nach den oben zu 1. dargelegten Grundsätzen der Gesellschaftssteuerrichtlinie widersprechen, vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen.

Freilich handelt es sich auch bei der diesen Gebührenansätzen zugrundeliegenden notariellen Tätigkeit um „Formalitäten“ im Sinne von § 10 lit. C RL, weil die Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Genossenschaftsregister gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 16 Abs. 1 UmwG), und zwar in öffentlich beglaubigter Form (§ 157 GenG).

Indessen steht einerseits nicht fest, ist andererseits aber auch nicht auszuschließen, dass die diesbezüglich angesetzten Gebühren von insgesamt 825,00 DM den konkreten Aufwand des Landes – insbesondere die Prüfungs- und Vollzugstätigkeit des Notars sowie die damit verbundenen Vor- und Nacharbeiten weiterer Notariatsbediensteter – nicht unwesentlich übersteigen. Damit steht nicht fest, ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass auch diesen Gebühren kein „Gebührencharakter“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. e RL zukommt. Daher war auch insoweit die Kostenrechnung aufzuheben und die Sache an den Kostenbeamten zur Festsetzung einer im Einklang mit der Richtlinie stehenden Gebühr zurückzuverweisen.

Mitgeteilt vom Richter am OLG Karlsruhe, 14 Zivilsenat in Freiburg Dr. Ernst-Friedrich Krauß

## Buchbesprechungen

**Grundbuchrang und Grundbuchvormerkung** für die Praxis der Gerichte, Notare, Anwälte und Immobilienwirtschaft. Von Notar Bernd Steup. 2003, 242 Seiten. Verlag Erich Schmidt, Berlin, € 39,80.

Das Buch gibt einen hervorragenden Einblick in die Materie des Grundbuchrangs und des Rechts der Vormerkung. Die Sichtweise des vertragsgestaltenden Juristen und die aktuellen Gestaltungsprobleme der Vertragspraxis werden durch viele praktische Beispiele und Hinweise veranschaulicht. Viele Streitfragen der komplexen Materie werden argumentativ aufgearbeitet. Neben kurzen Einführungen in die historischen, rechtsvergleichenden und sachlichen Grundzüge des Grundbuchverfahrensrechts und des Zwangsversteigerungsrechts wird auf alle die Praxis berührende Probleme und Streitfragen rund um den Rang und die Vormerkung eingegangen, oft wird die herrschende Meinung unterstützt, manchmal auch kritisch hinterfragt. So behandelt der Verfasser beispielsweise den gutgläubigen Erst- und Zweiterwerb einer Vormerkung (Rz. 389, dazu auch Mauch BWNNotZ 1994, 139), die Novation des Anspruchs und die Wiederverwendung einer erloschenen Eigentumsvormerkung (Rz. 343) und spricht sich für eine klarstellende Eintragung bei der Vormerkung aus (Rz. 348). Der Autor hält entgegen BGH (DNotZ 2002, 775; Böhringer ZEV 2002, 33) eine Vormerkung zur Sicherung der gesetzlichen Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach §§ 528, 530 BGB für nicht zulässig (Rz. 230). Bejaht wird dagegen die

Sukzessivberechtigung bei einer Vormerkung (Rz. 256). Der Autor gibt dem altbewährten Rangrücktritt einer Vormerkung hinter ein Finanzierungsgrundpfandrecht den Vorzug gegenüber einem Wirksamkeitsvermerk (Rz. 320). Verneint wird die Frage, ob eine Löschungserleichterungsklausel nach § 23 GBO bei vererblichen Rückübertragungsansprüchen möglich ist (Rz. 294). Zum Meinungsstreit bei § 878 BGB zieht der Verfasser die Konsequenz, dass zur Sicherheit für den Rechtserwerber dieser auch den Eintragungsantrag stellen sollte, damit die Anwendung des § 878 BGB unzweifelhaft vom Grundbuchamt bejaht werden kann (Rz. 128, vgl. auch Böhringer BWNNotZ 1979, 141). Bei der Problematik „Rangseinheit von Haupt- und Veränderungsspalte“ bekennt sich der Autor zur traditionellen Meinung und sieht keinen Grund, den von vielen Grundbuchämtern seit Jahrzehnten eingeschlagenen Weg zu verlassen (Rz. 99). Vorsichtige Zweifel werden angemeldet an der „Sozialhilfestigkeit von Übergaben auf das Ableben des Übergebers und Absicherung des Übertragungsanspruchs bis dahin durch eine Eigentumsvormerkung (Rz. 432). Diese wahllos herausgegriffenen Themen sollen genügen um festzustellen, dass das Buch für alle praxisrelevanten Fragen praxistaugliche Lösungen anbietet. Das Werk ist ein wertvoller Ratgeber im Rechtsalltag. Es ist beeindruckend, wie die an sich trockene Materie in die spannende Realität des Lebens integriert wird.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Handbuch der Stillen Gesellschaft**, 6. Auflage. Begründet von Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Paulick, fortgeführt von Prof. Dr. Uwe Blaurock. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2003. 845 Seiten Lexikonformat gebunden € 128,00.

Die Rechtsordnung stellt den Beteiligten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts eine Vielzahl von Gesellschaftstypen zur Verfügung, aus denen sie – je nach handelsrechtlichen, wirtschaftlichen, haftungsrechtlichen oder steuerlichen Überlegungen – den Typ auswählen können, der ihnen zur Verwirklichung ihrer Zwecke am geeignetsten erscheint. Der Wunsch nach einer günstigen Kapitalanlage, einer Begrenzung der Haftung auf die Einlage, einer möglichst steuerlichen Optimierung der Beteiligung sowie das Interesse an einer Geheimhaltung der Einlage führen in der Praxis durchaus häufig zur Wahl der stillen Gesellschaft. Für die Beratungs- und vertragliche Gestaltungspraxis ist mit dem Instrument der stillen Gesellschaft als moderne und flexible Gesellschaftsform die Möglichkeit mannigfaltiger und ideenreicher gesellschaftsrechtlicher Kombinationen eröffnet. So können beispielsweise atypische stille Beteiligungen auch in der Form vereinbart werden, dass der Stille nicht nur am laufenden Gewinn, sondern an der Geschäftsführung, an den Rücklagen oder dem Firmenwert teilnimmt oder ihm sogar derartigen Einfluss auf das Unternehmen eingeräumt wird, dass er den eigentlichen Betriebsinhaber in die Rolle eines Strohmannes verdrängt.

Zahlreiche gesetzliche Neuregelungen sowie eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen, die seit dem Erscheinen der 5. Auflage im Frühjahr 1998 ergangen sind, machten nunmehr die Neuauflage notwendig. Dies betrifft im zivilrecht-

lichen Teil etwa die Änderungen des Kreditwesengesetzes und der BRAO sowie das Handelsrechtsreformgesetz und das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz. Im steuerrechtlichen Bereich haben insbesondere das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 und das Steuersenkungsgesetz, aber auch das Steuervergünstigungsabbaugesetz zu tiefgreifenden Änderungen geführt. Der steuerrechtliche Teil des Handbuchs, welcher gut 1/3 des Werkes umfasst, ist deshalb in den meisten Kapiteln völlig neu geschrieben und umstrukturiert worden.

Das Buch ist für alle Praktiker in der Rechts- und Steuerberatung, die eine stille Beteiligung organisieren oder sich mit Einzelfragen aus dem Recht der stillen Gesellschaft befassen, ein unentbehrliches Hilfsmittel. Es stellt das gesamte Recht der stillen Gesellschaft einschließlich der damit verbundenen steuerlichen Aspekte umfassend und erschöpfend dar. Darüber hinaus besticht das Buch durch seine gründliche, übersichtliche und gut verständliche Darstellung. Positiv hervorzuheben ist, dass sich am Ende eines jeden Kapitels nochmals eine kurze Zusammenfassung findet. Damit kann sich der Leser stets einen guten Überblick über die einzelnen abgehandelten Teilbereiche verschaffen. Der Text ist mit Randnummern versehen. Dies erleichtert die Querverweisung sowie das schnelle und genaue Auffinden gesuchter Stellen über das ausführlich gestaltete Stichwortregister. In der Praxis einsetzbare Vertragsmuster runden das Buch ab. Die bereits der Voraufgabe zuteil gewordene positive Beurteilung des Buches ist auch für die Neuauflage uneingeschränkt aufrecht zu erhalten.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Schwetzingen

### **BWNotZ-Leitsatzkartei**

Die BWNotZ-Leitsatzkartei wird mit sofortiger Wirkung eingestellt.

Die Entscheidung wurde nach reiflicher Überlegung und schweren Herzens, nicht zuletzt aus Respekt vor der Leistung des langjährigen Bearbeiters und bisherigen Schriftleiters Notar a.D. Herbert Staudenmaier, getroffen. Sie war jedoch unumgänglich, da Herstellungsaufwand und -kosten in keinem Verhältnis mehr zur Zahl der tatsächlichen Nutzer stehen und die Möglichkeit der Nutzung umfangreicherer und aktuellerer elektronischer Datenbanken (insbesondere Juris Web im Bereich des Amtsnotariats) besteht.

Die Schriftleitung

### **Impressum**

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 07 11/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kurfürstenanlage 23, 69115 Heidelberg (Tel. 0 62 21/59 14 70), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).