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. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

7/2007

November
Seiten 129-152

Inhalt

Abhandlungen

Blandini

Betreuungsrechtliche Aspekte von
Entscheidungen zwischen Leben und Tod . . . 129

Mensch

Tod eines Mitunternehmers einer
Personalgesellschaft im Fokus des
Ertragssteuerrechts 140

Rechtsprechung 146

Buchbesprechungen 151

Betreuungsrechtliche Aspekte von Entscheidungen zwischen Leben und Tod

(von Mirjam Blandini, Notarvertreterin z. A. in Elternzeit, Stuttgart)

A. Einführung

Je mehr Möglichkeiten der Lebenserhaltung die Medizin bietet, desto mehr Entscheidungen sind am Lebensende zu treffen. Bedeutung erlangt dann die Frage, wer entscheidungsbefugt ist, wenn der Betroffene selbst seinen Willen nicht mehr äußern kann. Dieses Thema spielt derzeit auch im Gesetzgebungsverfahren eine Rolle. Tangiert wird nicht nur das Arzt-, Schuld-, und Familienrecht, sondern auch Verfassungs- und Strafrecht. Im Folgenden soll es um den Bereich des Betreuungsrechtes gehen, wobei zum Verständnis der betreuungsrechtlichen Aspekte die knappe Beleuchtung auch der anderen Bereiche unerlässlich ist. Dies liegt auch daran, dass die Zivilrechtsordnung nicht erlauben kann, was das Strafrecht verbietet¹ und die Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung des Betreuungsrechts ausstrahlen. Zunächst sind einige Begriffe vorab zu klären, die immer wieder relevant werden:

I. Der Todesbegriff

Wann das Leben aufhört bzw. der Tod anfängt, ist weder im StGB noch im BGB legaldefiniert. Das Sterben vollzieht sich zwar als Prozess², jedoch ist juristisch ein definitiver Zeitpunkt, der Rechtsfolgen nach sich zieht, erforderlich. Einer älteren Theorie zufolge wurde auf den *klinischen Tod*, also den exakt messbaren Herz- und Atmungsstillstand³, abgestellt. Diese Meinung ist jedoch abzulehnen, da eine künstliche Reanimation von klinisch Toten möglich ist. Daher kommt das Abstellen auf den *Gesamthirntod* in Betracht. Nach § 3 II Nr. 2 TPG ist der Hirntod ein endgültiger, nicht behebbarer Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms⁴. Der Hirntod muss auch im Strafrecht maßgebend sein, denn ansonsten wäre eine Organentnahme nach TPG eine tatbestandliche Tötung⁵. Dies gilt m. E. aufgrund der Einheit der Rechtsordnung und wegen der Annahme, dass die Persönlichkeit des Menschen in seinem Gehirn zu sehen ist, auch für das Zivilrecht. Im Ergebnis ist mit der herrschenden Meinung⁶ der Hirntod als maßgeblicher Zeitpunkt anzusehen. Falls die Medizin jedoch neue Therapien entwickelt, welche die Gehirntätigkeiten wieder "beleben" können, so muss der juristische Todesbegriff nochmals überdacht werden⁷.

II. Sterbehilfe

Mit *aktiver Sterbehilfe* ist die gezielte, strafbare Tötung eines Kranken, die dessen Leben zur Beendigung des Leidens verkürzt⁸, gemeint. Die Einwilligung des Patienten ist wegen § 216 StGB unbeachtlich. Mord (§ 211 StGB) scheidet jedoch aus, da Heimtücke mangels feindlicher Willensrichtung – der Täter handelt ja zum vermeintlich Besten des Opfers – nicht vorliegt⁹. Die Teilnahme (§§ 26, 27 I StGB) an einem freiverantwortlichen Suizid ist mangels Strafbarkeit der Haupttat straffrei. Laut dem BGH¹⁰ kann jedoch ein Garant (§ 13 StGB) aus Tötungsdelikt und ein Dritter aus § 323 c StGB haften, wenn der Betroffene z. B. infolge von Bewusstlosigkeit die Tatherrschaft über das Geschehen verloren hat und der Garant oder der Dritte eine noch bestehende Rettungsmöglichkeit nicht nutzt. Nur wenige Stimmen sprechen sich derzeit für die Legalisierung der aktiven Sterbehilfe¹¹ aus. Das derzeitige Verbot ist wohl auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wobei es aber laut manchen Verfassungsrechtlern¹² auch möglich wäre, § 216 StGB in zweifelsfreien Fällen zu lockern. Der EGMR¹³ verneint ein Recht auf aktive Sterbehilfe nach der Europäischen Menschenrechtskonvention. Unter (aktiver) *indirekter Sterbehilfe* subsumiert der BGH¹⁴ die ärztlich gebotene schmerzlindernde Medikation entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Willen bei einem tödlich Kranken, die als unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann. Das Handeln des Arztes ist straflos, da es zumindest nach § 34 StGB gerechtfertigt ist¹⁵. Der Unterschied zur aktiven Sterbehilfe besteht darin, dass das Ziel nicht der Tod des Patienten, sondern dessen Schmerzlinderung ist. *Passive Sterbehilfe im eigentlichen Sinne* – auch Hilfe beim Sterben¹⁶ – ist das Unterlassen von Maßnahmen der Lebensverlängerung durch Verzicht oder Abbruch der Behandlung bei einem unheilbaren Kranken, dessen Tod in kurzer Zeit eintreten wird¹⁷. Wenn dies medizinisch indiziert ist, kommt es auf den Patientenwillen nicht an¹⁸. Der Behandlungsabbruch ist auch dann zulässig, wenn dies dem Willen des sterbenden Patienten entspricht. *Passive Sterbehilfe im weiteren Sinne* – auch Hilfe zum Sterben¹⁹ – bezeichnet die Situation, in der keine unmittelbare To-

¹ BGH, NJW 2003, 1588 (1590).

² Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage 2007, Vorbem. § 211 Rn. 8; Funck, MedR 1992, 189.

³ Spickhoff, Ärztliche Behandlung an der Grenze des Lebens - Heilaufrag zwischen Patientenautonomie und Kostenverantwortung, 2004/Gdaniec, S. 16.

⁴ Ähnlich bei BayObLG NJW RR 1999, 1309 (1311); Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 27. Auflage 2006 / Lenckner, Vorbem. § 211 ff Rn. 19; Lakner/Kühl, StGB Kommentar, 26. Auflage 2007 / Kühl, Vorbem. § 211 Rn. 4.

⁵ Vgl. Münchner Kommentar zum StGB, Band 3, 2003, Vorbem. § 211 ff Rn. 25; A.A. Rixen, Lebensschutz am Lebensende - Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, 1999, Diss, S. 390.

⁶ Vgl. stellvertr. für alle Staudinger BGB, Buch 5, 2000 / Marotzke, § 1922 Rn. 5; A.A. Rixen Diss. (siehe Fn. 5), S. 397.

⁷ Vgl. auch Schlingensiepen-Brysch, ZRP 1992, 420.

⁸ Creifelds, Rechtswörterbuch, 19. Auflage 2007, S. 1090, Stichwort „Sterbehilfe“.

⁹ BGH NJW 1957, 70; BGHSt 37, 376.

¹⁰ BGHSt 32, 367 (376).

¹¹ Z.B. ehem. Hamburger Justizsenator Kusch, NJW 2006, 262 f und NStZ 2007, 436.

¹² Vgl. Lindner, JZ 2006, 383; Knopp, MedR 2003, 383 u. 387; Schoor, Lebensschutz an der Schwelle des Todes - Eine verfassungsrechtliche Abhandlung zur aktiven (direkten) Sterbehilfe und zur Problematik des einverständlichen bzw. einseitigen Behandlungsabbruchs, Diss., 2002, S. 69.

¹³ EGMR, NJW 2002, 2851.

¹⁴ BGH, NJW 2001, 1802.

¹⁵ BGHSt 42, 301 (305).

¹⁶ BGH NJW 1995, 204.

¹⁷ Vgl. Creifelds (siehe Fn. 8), S. 1090, Stichwort „Sterbehilfe“; BGH NJW 1991, 2357.

¹⁸ BGH NJW 2003, 1588 (1592f); BGH NJW 1995, 204.

¹⁹ Lipp/Klein, FPR 2007, 57.

desnähe vorhanden ist. Auch hier ist der Behandlungsabbruch strafrechtlich grundsätzlich erlaubt, jedoch erhöhen sich laut dem BGH²⁰ die Anforderungen an die Annahme eines mutmaßlichen Willens. Je weniger die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens zu erwarten sei und je kürzer der Tod bevorstehe, um so eher sei ein Behandlungsabbruch vertretbar. Im Zweifel habe das Leben Vorrang. Unter *reine Sterbehilfe*²¹ wird die bloße pflegerische und menschliche Begleitung Sterbender subsumiert. Der Begriff der Sterbehilfe ist insgesamt umstritten, da er z. T. als missverständlich und irreführend²² empfunden wird. Es wird beispielsweise vorgeschlagen, die aktive Sterbehilfe „Euthanasie“²³, die indirekte Sterbehilfe „Therapien am Lebensende“²⁴ oder „leidensmindernde Maßnahmen mit lebensverkürzender Wirkung“²⁵, die passive Sterbehilfe im engeren Sinne „Sterben zulassen“²⁶ bzw. „Behandlungsbegrenzung am Lebensende“²⁷, und die passive Sterbehilfe im weiteren Sinne „einverständlicher Behandlungsverzicht“²⁸ zu nennen. Auch meiner Meinung nach sind die Begriffe der „Sterbehilfearten“ unpassend – zumal das Gesetz diese nicht verwendet – und ich bevorzuge ebenfalls treffendere Bezeichnungen. Lediglich den Ausdruck Euthanasie würde ich aus historischen Gründen gänzlich streichen und schlicht bei „Tötung“ bleiben. Weil die o. g. Begriffe in Rechtssprechung und Literatur jedoch (noch) weit verbreitet sind, verbleibe ich nachfolgend dennoch grundsätzlich bei den „Sterbehilfe-Bezeichnungen“.

III. Selbstbestimmungsrecht

Das Recht zur Selbstbestimmung über den eigenen Körper gehört zum Kernbereich der Würde und Freiheit des Menschen. Es ist verfassungsrechtlich in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I 1 GG, im allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG und im Recht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 II 1 GG verankert²⁹. Die Entscheidungsunfähigkeit eines Patienten lässt dessen Selbstbestimmungsrecht nicht entfallen³⁰. Der Mensch hat „ein Lebensrecht, aber keine Lebenspflicht“³¹.

IV. Patientenverfügung

Unter Patientenverfügung versteht man die Willensbekundung eines Einwilligungsfähigen zu ggf. in der Zukunft erforderlich werdenden medizinischen Maßnahmen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit³². Sie ist somit unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation und an einen noch unbestimmten Adressaten gerichtet. Ihr Sinn liegt darin, bei Verlust der Entscheidungsfähigkeit den Verlust des Selbstbestimmungsrechts zu verhindern³³. Abzugrenzen ist sie von der Betreuungsverfügung, welche vorsorglich getroffene Regelungen für den Fall der Anordnung einer Betreuung enthält³⁴ (vgl. §§ 1897 IV, 1901 III, 1901 a³⁵) und der Vorsorgevoll-

macht, durch welche eine bevollmächtigte Vertrauensperson für den Vollmachtgeber Erklärungen abgeben kann, zu denen letzterer infolge von Geschäftsunfähigkeit nicht mehr in der Lage ist³⁶ (vgl. § 1896 II 2). In bestimmten Fällen ist Schriftform erforderlich (§§ 1904 II, 1906 V 1).

V. Einwilligungsfähigkeit

Einwilligungsfähig ist ein Patient, wenn er die Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung nach ärztlicher Aufklärung selbst beurteilen kann³⁷. Die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme stellt keine Willenserklärung, sondern eine geschäftsähnliche Handlung³⁸ dar. Es gibt eine relative Einwilligungsfähigkeit³⁹, da dieselbe Person bezüglich einer einfachen Maßnahme einwilligungsfähig und bezüglich einer komplizierten, risikoreichen Maßnahme nicht einwilligungsfähig sein kann. Wenn nur zweifelhaft ist, ob der Betreute einwilligungsfähig ist, reicht die Einwilligung des Betreuers nicht aus⁴⁰, wenn der Betreute der Maßnahme widerspricht und kein Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 I 1 analog angeordnet ist. Auch eine gerichtliche Genehmigung ist dann gegenstandslos⁴¹. Das Vormundschaftsgericht prüft die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen nur im Rahmen von Genehmigungsverfahren; eine deklaratorische Feststellung ist nicht möglich⁴². Fraglich ist, ob ein Betreuer auf die Aufklärung durch den Arzt betreffend die medizinischen Maßnahmen beim Betreten verzichten kann. Hoffmann⁴³ bejaht dies für den Fall, dass konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Aufklärung zu erheblichen Gefahren für die Gesundheit des Einwilligungsunfähigen führen würde. Dem ist zuzustimmen, da auch das FGG in den §§ 69 a I 2, 68 II Nr. 1 sowie 69 d I 3 ähnliche Rechtsgedanken enthält. Derselbe Maßstab muss für die sich aus § 1901 III 3 ergebende Informationspflicht des Betreuers gelten.

B. Beispiele von betreuungsrechtlichen Gerichtsentscheidungen

I. Betreuerbestellung für eine hirntote schwangere Frau

Kurz nach Einführung des Betreuungsrechtes von 1992⁴⁴ hatte das Vormundschaftsgericht Hersbruck⁴⁵ „ungeachtet der Tatsache, dass die Betroffene tot i.S.d. Gesetzes ist“ für eine in der 15. Woche schwangere Frau nach deren Hirntod einen vorläufigen Betreuer bestellt (i. F. Erlanger-Baby-Fall). Durch die künstliche Beatmung und Ernährung des Körpers der Frau war es möglich, das ungeborene Kind zunächst am Leben zu erhalten. Der Beschluss überrascht, da die Betreuung eigentlich nur für lebende Volljährige bestehen kann: Sie endet im Gegensatz zur Vormundschaft grds nicht ipso iure, da § 1908 i nicht auf § 1882 verweist (sogenanntes Einheitssprinzip⁴⁶). Vielmehr muss die Betreuung durch das Vor-

²⁰ BGH NJW 1995, 204.

²¹ Vgl. Beckmann, DRIZ 2005, 252.

²² Kutzer, ZRP 2003, 213; vgl. auch DÄBl 2004, A 1298; Saliger, KritV 2001, 437 ff.

²³ Vgl. BÄBl. 104, Ausgabe 33 vom 17.08.2007.

²⁴ Vgl. BÄBl. 104, Ausgabe 33 vom 17.08.2007.

²⁵ Ingelfinger, JZ 2006, 824.

²⁶ Vgl. BÄBl. 104, Ausgabe 33 vom 17.08.2007.

²⁷ Vgl. Kutzer, FPR 2007, 63.

²⁸ Beckmann, DRIZ 2005, 254.

²⁹ Vgl. auch BVerfGE 52, 131 (171 u. 178).

³⁰ Höfling, JuS 2000, 113 f; Hufen, NJW 2001, 850 ff.

³¹ Hahne, FamRZ 2003, 1622.

³² Vgl. Palandt/Diederichsen, Einf. vor § 1896 Rn. 9.

³³ Vgl. Lipp, FamRZ 2004, 320; Hufen, NJW 2001, 849.

³⁴ Vgl. Palandt, BGB, 66. Auflage, 2007 / Diederichsen, Einf. vor § 1896 Rn. 8.

³⁵ Alle nicht anders gekennzeichneten §§ sind solche des BGB.

³⁶ Vgl. Palandt (siehe Fn. 34) / Diederichsen, Einf. vor § 1896 Rn. 7.

³⁷ Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 5. Auflage 2003, Rn. 507 ff.

³⁸ BGHZ 29, 33 (36); BGHZ 105, 45 (47 ff); a.A. Münchener Kommentar zum BGB Band 8, 4. Auflage 2002 / Schwab, § 1904 Rn. 4.

³⁹ Vgl. Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 3. Auflage 2001, § 1904 Rn. 4.

⁴⁰ Palandt (siehe Fn. 34) / Diederichsen, § 1904 Rn. 4; Mayer, Medizinische Maßnahmen an Betreten - §§ 1904, 1905 BGB - Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Diss., 1995, S. 53.

⁴¹ Vgl. Münchener Kommentar zum BGB (siehe Fn. 38) / Schwab, § 1904 Rn. 41.

⁴² Bienwald, Sonnenfeld, Hoffmann, Betreuungsrecht, Kommentar, 4. Auflage 2005 / Hoffmann, § 1904 Rn. 44.

⁴³ Hoffmann, BtPrax 2007, 145.

⁴⁴ BtG, BGBl. 1990, S. 2002.

⁴⁵ Amtsgericht Hersbruck, NJW 1992, 3245.

⁴⁶ Jauernig, BGB Kommentar, Buch 4, 12. Auflage 2007 / Berger, Anmerkung zu §§ 1908 b – 1908 d Rn. 1.

mundschaftsgericht ausdrücklich aufgehoben werden, § 1908 d. Im Fall des Todes des Betreuten gilt dieser Grundsatz gemäß der Begründung zum Gesetzentwurf für das BtG⁴⁷ jedoch nicht, da hier die Betreuung automatisch ende, weil sich dies „aus dem Wesen der Betreuung als Hilfe für einen konkreten Betreuten“ ergebe und somit „eine ausdrückliche Regelung (...) nicht erforderlich“ sei⁴⁸. Eine analoge Anwendung von § 1884 II⁴⁹ scheidet somit trotz gleicher Rechtsfolge aus. Auch § 69 I 3 FGG geht von der Beendigung der Betreuung durch den Tod des Betreuten aus. Außerdem besteht eine Betreuung hauptsächlich um des Betreuten und nicht um dessen Vermögen willen⁵⁰. Somit hat der Betreuer grundsätzlich kein Recht, auf einer Fortsetzung der "lebenserhaltenden" Therapie zu bestehen, wenn der Hirntod festgestellt wurde; er verliert vielmehr die Vertretungsmacht (vgl. §§ 1902, 1896 II). Mithin kann grundsätzlich erst Recht keine Betreuung für einen bereits Hirntoten angeordnet werden. Das Vormundschaftsgericht entschied jedoch im Erlanger-Baby-Fall, dass das Lebensrecht des Ungeborenen dem postmortalen Persönlichkeitsschutz der toten Frau vorgehe und ein Betreuer, der über die weitere medizinische Behandlung der Frau entscheiden solle, erforderlich sei. Damit erreichte das Vormundschaftsgericht im Ergebnis ein „juristisches Weiterleben“⁵¹ der toten Frau. Zusätzlich zu der Frage, ob sich die Ärzte gemäß § 168 oder § 189 StGB gegenüber der Toten strafbar gemacht haben⁵² oder sie sich bei Unterlassen der Behandlung nach den §§ 218, 13 StGB gegenüber dem ungeborenen Kind zu verantworten hätten⁵³ bzw. ob nicht einmal ein Behandlungsrecht bestand⁵⁴, ist betreuungsrechtlich zu überlegen, ob sich das Vormundschaftsgericht korrekt verhalten hat. Das Recht der Totenfürsorge steht – soweit ein Wille des Verstorbenen nicht erkennbar ist – primär seinen nächsten Familienangehörigen zu⁵⁵, so dass fraglich ist, ob ein gesetzlicher Vertreter für die tote Frau überhaupt erforderlich war⁵⁶. Nur, wenn man annimmt, dass der Hirntod bei einer Schwangeren ausnahmsweise nicht maßgebend sein soll⁵⁷, kann dies bejaht werden. Dies ist m. E. jedoch nicht vertretbar, da es um das Ende des juristischen Lebensschutzes geht, und in diesem sensiblen Bereich eine einheitliche Definition des Todesbegriffs zwingend ist, um klare Grenzen setzen zu können. Lösen könnte man den Erlanger-Baby-Fall dadurch, dass ab dem Eintritt des Hirntods nur noch eine fremdnützige Behandlung der

Toten zugunsten des Kindes zulässig ist – ähnlich wie bei einer Organtransplantation –, wobei dies mit den Totenfürsorgeberechtigten abzustimmen ist. Hierfür ist meiner Ansicht nach die Betreuung das falsche Rechtsinstitut. Vielmehr könnte die Bestellung eines Pflegers für die Leibesfrucht nach § 1912 ggf. analog in Erwägung gezogen werden⁵⁸. Der Vater des Ungeborenen hätte in die Entscheidung miteinbezogen werden müssen, da er nach § 1723 a. F. die Ehelichkeitserklärung nebst der elterlichen Sorge hätte beantragen können⁵⁹.

II. Sog. Bluttransfusionsfall

Eine Zeugin Jehovas hatte vor einer Operation bestimmt, dass sie keine Bluttransfusionen wünsche. Als eine Transfusion medizinisch erforderlich wurde und die Betroffene bewusstlos war, bestellte das Vormundschaftsgericht dennoch den Ehemann zum Betreuer. Dieser gehörte den Zeugen Jehovas nicht an und willigte erwartungsgemäß in die Transfusion ein. Die eingelegten Rechtsmittel der Betroffenen blieben ohne Erfolg. Auch das BVerfG⁶⁰ nahm die Verfassungsbeschwerde nicht an, da die Betreuerbestellung keinen Anlass zur Beanstandung gebe. Das Vormundschaftsgericht habe berechtigterweise gezwweifelt, ob die Patientin auch im Zeitpunkt der Todesgefahr an ihrer Verfügung festhalten würde. Die anschließende Klage auf Schmerzensgeld gegen den behandelnden Arzt wies das OLG München⁶¹ ab, da die Patientenverfügung wirksam außer Kraft gesetzt worden sei. Außerdem müsse ihr jedenfalls nach § 254 vorgeworfen werden, dass sie sich nicht von einem Arzt ihrer Religion habe operieren lassen. Nach Bienwald zeigt der Fall, dass auch mit einem nicht zu beanstandenden Verfahren „das Gegenteil dessen bewirkt wurde, das die Betreute sich vorgestellt und gewünscht haben dürfte“⁶². Ohler⁶³ weist darauf hin, dass das BVerfG nur einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab, ob spezifisches Verfassungsrecht verletzt wurde, angewandt habe. Somit sei nicht geprüft worden, ob genügend Anhaltspunkte für die Zweifel des Vormundschaftsgerichts vorlagen. Meiner Meinung nach hätte die Transfusion aufgrund der Patientenverfügung verhindert werden müssen. Womöglich wäre dies geschehen, wenn der Fall nach dem sogleich zu besprechenden BGH-Beschluss zu entscheiden gewesen wäre.

III. Die BGH-Entscheidung vom 17.03.2003⁶⁴

In dem Grundsatzbeschluss des BGH zur „vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung bei Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen“ (i. F. erster Sterbehilfe-Beschluss) ging es um den Antrag eines Betreuers gegenüber dem Vormundschaftsgericht, den Abbruch einer lebenserhaltenden ärztlichen Behandlung zu genehmigen. Der Betreute hatte zwei Jahre vor seinem zu schweren Gehirnschäden führenden Herzinfarkt eine Patientenverfügung errichtet, in welcher er für einen solchen Fall den Behandlungsabbruch anordnete. Das Vormundschaftsgericht und das Beschwerdegericht hatten die beantragte Genehmigung mangels Rechtsgrundlage abgelehnt. Auch das mit der weiteren Beschwerde angerufene OLG Schleswig schloss sich dieser Meinung an⁶⁵;

⁴⁷ BT-Drucksache 11/4528 S. 155 vom 11.05.1989.

⁴⁸ Vgl. Jürgens, Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, 3. Auflage 2005, § 1908 d Rn. 1; Paßmann, BtPrax 94, 202; Zimmermann, ZEV 2004, 453.

⁴⁹ So jedoch Münchner Kommentar zum BGB (siehe Fn. 38) / Schwab, § 1908 d Rn. 2.

⁵⁰ Vgl. Staudinger BGB (siehe Fn. 6) / Marotzke, § 1922 Rn. 158.

⁵¹ Staudinger BGB (siehe Fn. 6) / Marotzke, § 1922 Rn.1; Schack, JZ 1989, 609 u. 611.

⁵² Verneinend Hilgendorf, JuS 1993, 98; Beckmann, MedR 1993, 122; Kiesecker, Die Schwangerschaft einer Toten, Strafrecht an der Grenze von Leben und Tod – der Erlanger und der Stuttgarter Baby-Fall, Diss. 1996, S. 208 ff; Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2. Auflage 2001 / Gruber, S. 180; wohl bejahend Giesen/Poll, JR 1993, 178 f..

⁵³ Bejahend: Hilgendorf, JuS 1993, 102 f. u. NJW 1996, 758; Beckmann, MedR 1993, 125; Kiesecker Diss, (siehe Fn. 52) S. 270. Roxin/Schroth MedStrafR (siehe Fn. 52) / Gruber, S. 198.

⁵⁴ So Bockenheimer/Seidler, Hirntod und Schwangerschaft, Dokumentation einer Diskussionsveranstaltung der Akademie für Ethik in der Medizin zum „Erlanger Fall“, 1993 / Frommel, S. 128.

⁵⁵ LG Bonn, NJW-RR 1994, 522; Staudinger BGB (siehe Fn. 6) / Marotzke, § 1922 Rn. 118; Müller Postmortaler Rechtsschutz – Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, Diss. 1996, S. 139.

⁵⁶ Verneinend Schwab, FamRZ 1992, 1471.

⁵⁷ So Kern, MedR 1993, 113.

⁵⁸ Im Erlanger-Baby-Fall geschehen siehe Die Zeit vom 30.10.1992, S. 19.

⁵⁹ Vgl. auch Bockenheimer/Seidler (siehe Fn. 54) / Koch, S. 87.

⁶⁰ BVerfG, NJW 2002, 206.

⁶¹ OLG München, NJW-RR 2002, 811.

⁶² Bienwald, FamRZ 2002, 314.

⁶³ Ohler, NJW 2002, 194.

⁶⁴ BGH, NJW 2003, 1588.

⁶⁵ OLG Schleswig, FGPrax 2003, 78.

legte jedoch die Sache gemäß § 28 II FGG dem BGH zur Entscheidung vor, weil das OLG Frankfurt am Main⁶⁶ und das OLG Karlsruhe⁶⁷ in ähnlichen Fällen gegenteilig entschieden hatten. Der BGH verwies die Sache zur Entscheidung an das Vormundschaftsgericht zurück und führte aus, dass nicht der Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen, sondern die Weiterbehandlung (hier die künstliche Ernährung über eine PEG-Sonde) als fortdauernder Eingriff in die körperliche Integrität ebenso wie der erste Eingriff (hier das Legen der Sonde) einwilligungsbedürftig sei. Bei Einwilligungsunfähigen bestehe ein Bedürfnis für die Bestellung eines Betreuers, damit dieser anstelle und mit Wirkung für den Betreuten einwilligen bzw. dem Willen des Betreuten nach § 1901 III 1, 2 Geltung verschaffen könne. Eine solche Einwilligung seitens des gesetzlichen Vertreters sei trotz deren höchstpersönlichen Natur möglich, da der Betreuer lediglich die vom Betreuten im Voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung umsetze und ansonsten das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 I GG nicht verwirklicht werden könne. Maßgeblich seien frühere Willensäußerungen (z. B. eine Patientenverfügung, welche auf die konkrete Entscheidungssituation zugeschnitten sein müsse), die aufgrund von § 130 II wirksam blieben. Damit widerspricht der BGH einigen Arztrechtlern⁶⁸, welche die Patientenverfügung zwar als Indiz für den Patientenwillen, jedoch nicht als verbindliche Willensbekundung verstanden hatten. Hilfsweise müsse laut BGH auf den mutmaßlichen Willen abgestellt werden. Wenn der Arzt eine Weiterbehandlung anbiete, dies jedoch nach Auffassung des Betreuers nicht dem Willen des Betreuten entspricht (sogenannte Konfliktlage), dann könne der Betreuer nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts die Einwilligung zu der ärztlichen Maßnahme verweigern oder den Widerruf einer bereits erteilten Einwilligung erklären, wobei beide Fälle nach dem BGH gleich zu behandeln sind. Die Entscheidungsmacht des Betreuers sei „mit der aus dem Selbstbestimmungsrecht folgenden Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten nicht deckungsgleich, sondern als gesetzliche Vertretungsmacht an rechtliche Vorgaben gebunden.“ Die Genehmigungsfähigkeit ergebe sich nicht aus § 1904 analog wie andere Gerichte angenommen hatten⁶⁹, sondern aus „einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden“. Durch die Genehmigung solle nicht über ärztliches Verhalten entschieden werden, sondern darüber, ob die Ermittlung, Auslegung und Umsetzung des Patientenwillens durch den Betreuer ordnungsgemäß erfolgt ist. Bis zur Betreuerbestellung sei der Arzt zur Aufrechterhaltung lebenserhaltender Maßnahmen berechtigt, auch wenn dadurch eine Körperverletzung verwirklicht wird.

1. Unmittelbare Reaktionen in der Literatur

Der erste Sterbehilfe-Beschluss des BGH ist zwar sehr umstritten, wird aber gleichzeitig auch als „Jahrhundertentscheidung“⁷⁰ gewertet. Ausdrücklich begrüßt wird vor allem die neue Rolle des Vormundschaftsgerichts bei der Sterbehilfe⁷¹ und die Bindungswirkung von Patientenverfügungen⁷².

Einige Stimmen in der Literatur⁷³ widersprechen dem Beschluss insoweit, als selbst beim Vorliegen einer Patientenverfügung die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei. Hufen⁷⁴ sieht in einer solch weitreichenden Genehmigungspflicht eine Verzögerung, die selbst tatbestandsmäßig in das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit eingreife. Holzauer⁷⁵ kritisiert, dass der BGH ohne Not den Richtern die Rolle der Entscheidung „über Leben und Tod“ übertragen habe. Spickhoff⁷⁶ warnt hingegen davor, bei Patientenverfügung „eine geringere Sensibilität an den Tag zu legen als im Bereich der Unterzeichnung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ und plädiert gegen eine unbefristete und unbeschränkte Bindung von Patientenverfügungen. Er kritisiert außerdem die Zuständigkeit des Gerichts nur in Konfliktlagen, weil dadurch ein „übereinstimmendes Todesurteil von Betreuer und verantwortlichem Arzt“ nicht kontrolliert werde. Nur, wenn eine Behandlung objektiv nicht möglich sei, bedürfe es keiner Genehmigung der Nichtbehandlung. Auch Höfling/Rixen warnen vor einer „Verärztlichung der Wertentscheidungsprozesse am Lebensende“⁷⁷, da der Arzt folgenreiche Vorentscheidungen treffen könne, welche die Maßgeblichkeit des Patientenwillens reduzierten. Anderer Ansicht ist jedoch Holzauer⁷⁸; er begrüßt die große Entscheidungsfreiheit des Arztes. Der Fall, dass der irreversible tödliche Verlauf einer Krankheit nicht festgestellt werden könne, und somit ein Abbruch der Behandlung nicht statthaft sei, kommt nach Kutzer⁷⁹, seinerzeit Vorsitzender des 1. Strafsenats beim sogenannten Kemptener Urteil⁸⁰, wegen der Unbeachtlichkeit der Patientenverfügung einer Entmündigung des Patienten gleich. Umstritten ist, was mit dem Begriff des irreversiblen tödlichen Verlaufs gemeint war. Nach einer Meinung⁸¹ bezieht sich dies nur auf das Grundleiden und nicht auf den unmittelbaren Sterbeprozess. Eine andere⁸² geht davon aus, dass der BGH nicht von dem selbst in Bezug genommenen Kemptener Urteil abweichen wollte. Darin sei die Straffreiheit auch für den Fall festgestellt, dass der Sterbeprozess noch nicht eingesetzt habe. Nach Verrel⁸³ wollte der BGH das Wachkoma als irreversibel tödlich verlaufende Krankheit qualifizieren. Außerdem könne eine „letzte Sicherheit“, dass ein solcher tödlicher Verlauf gegeben ist kaum gewonnen werden; dies führe zu einer Lebenserhaltung um jeden Preis. Klutzer kritisiert die Rechtsfortbildung des BGH als einen „bedenkliche(n) Schritt zu einer weiteren Juridifizierung ärztlicher Entscheidungen im Grenzbereich zwischen Leben und Tod“⁸⁴. Die BGH-Entscheidung hat nach Meinung von Uhlenbruck⁸⁵ „durch Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts zu Gunsten staatlicher Kontroll- und Entscheidungshoheit vollends zur Verunsicherung der Bürger beigetragen“. Dem BGH ist es laut Gerhardt⁸⁶ nicht gelungen, den Inhalt des Beschlusses verständlich zu vermit-

⁶⁶ OLG Frankfurt a.M., FGPrax 2002, 31.

⁶⁷ OLG Karlsruhe/Freiburg, FGPrax 2002, 26.

⁶⁸ Vgl. Spickhoff, NJW 2000, 2301f.; Laufs, NJW 1998, 3400.

⁶⁹ OLG Frankfurt, JZ 1998, 799; OLG Frankfurt a.M., FGPrax 2002, 31; OLG Karlsruhe/Freiburg, FGPrax 2002, 26; vgl. auch Hoß Diss., S. 72.

⁷⁰ Vgl. Renner, FPR 2007, 85.

⁷¹ Vgl. Deutsch, NJW 2003, 1567; Bienwald, MDR 2003, 694; Meier, FGPrax 2003, 167; Verrel, NSTZ 2003, 449; Perau, RNotZ 2003, 264; Lindemann, BtPrax 2003, 137.

⁷² Stoffers, DNotZ 2003, 857; Perau, RNotZ 2003, 264; Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2003, 350; Strätling u.a., ZRP 2003, 290; Alberts, BtPrax 2003, 139.

⁷³ Vgl. Lipp, LMK 2003, 104; Kutzer, ZRP 2003, 209 u. 212; Stoffers, DNotZ 2003, 858; Keilbach, FamRZ 2003, 978f.; Höfling/Rixen, JZ 2003, 891.

⁷⁴ Hufen, ZRP 2003, 251.

⁷⁵ Holzauer, FamRZ 2003, 992.

⁷⁶ Spickhoff, JZ 2003, 739.

⁷⁷ Höfling/Rixen, JZ 2003, 894; ähnlich Verrel, NSTZ 2003, 450.

⁷⁸ Holzauer, FamRZ 2003, 992.

⁷⁹ Kutzer, ZRP 2003, 214.

⁸⁰ BGH NJW 1995, 204.

⁸¹ Borasio u. a., DÄBl 100, Ausgabe 31 -32, S.2062.

⁸² Vgl. Bühler/Solz, FamRZ 2003, 1623.

⁸³ Verrel, NSTZ 2003, 451.

⁸⁴ Kutzer, ZRP 2003, 212; ähnlich: Hufen, ZRP 2003, 248; Höfling/Rixen, JZ 2003, 893.

⁸⁵ Uhlenbruck, NJW 2003, 1710.

⁸⁶ Gerhardt, DRiZ 2003, 256; ähnlich: Dieckmann, BWNNotZ 2004, 54.

teln. Bienwald⁸⁷ bemängelt die Verwendung des Begriffs „Zustimmung“ anstelle von Genehmigung. Es sei damit nicht klar, ob die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts auch noch nachträglich eingeholt werden könne. Stackmann⁸⁸ kritisiert die fehlende Aussage dazu, wie der „mutmaßliche“ Wille festzustellen ist z. B. wenn sich der Betroffene nachträglich von der Patientenverfügung distanzieren könnte. Hahne⁸⁹, die beim Beschluss vorsitzende Richterin des XII. BGH-Senats, räumt ein, dass in den Fallkonstellationen des nicht ermittelbaren individuellen mutmaßlichen Willens noch viel Klärungsbedarf vorhanden ist, da es „in diesem Grenzbereich noch keine allgemein gültigen abstrakten Wertvorstellungen gibt, die nicht von einem subjektiven, oft an Ideologien ausgerichteten Vorverständnis des jeweiligen Beteiligten (...) beeinflusst werden“.

2. Eigene Anmerkung

Der Beschluss des BGH hat m. E. erheblich dazu beigetragen, dass über die Sterbehilfe im Betreuungs-, Straf- und Verfassungsrecht konstruktiv diskutiert wird. Zwischen den Zeilen der Entscheidung wird deutlich, dass auch der BGH von einer gewandelten allgemeinen Wertvorstellung dahingehend, dass das Zulassen des Sterbens nicht per se dem Wohl eines Menschen widerspricht, ausgeht. Außerdem erreichte die Patientenverfügung den Status eines verbindlichen Mittels zur Sicherung der Patientenautonomie am Lebensende. Die beabsichtigte Klarheit und Rechtssicherheit für alle Beteiligten wurde jedoch dennoch nicht geschaffen. Es ist beispielsweise nicht verständlich, dass der BGH einerseits betont, ein Abbruch von Maßnahmen komme nur in Betracht, wenn das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe, aber andererseits dies beim entschiedenen Fall gerade nicht vorzuliegen scheint. Dennoch geht der BGH von einer Genehmigungsfähigkeit aus. Zumindest hätte der Begriff des irreversiblen tödlichen Verlaufs näher definiert werden müssen, da nicht klar ist, ob eine infauste Prognose (d. h. in absehbarer Zeit sterbend) vorliegen muss. Es wird deutlich, dass keine medizinischen Fachleute, sondern Juristen entschieden haben. Dadurch bleiben praxisrelevante Fragen offen. Im Tenor der Entscheidung steht, dass bei einer wirksamen Patientenverfügung lebenserhaltende Maßnahmen zu unterbleiben haben. Somit klingt es zunächst so, als sollen die Patientenrechte gestärkt werden. Allerdings wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch das Erfordernis einer Betreuerbestellung nebst gerichtlicher Genehmigung und das Vorliegen eines irreversiblen tödlichen Leidens eingeschränkt.

Das Prüfungsverfahren soll laut dem BGH der Entscheidung des Betreuers Legitimität vermitteln, die geeignet ist, ihn subjektiv zu entlasten, seine Entscheidung objektiv anderen zu vermitteln und ihn „vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung“ zu schützen. Dieses Ziel kann jedoch mit der Beschränkung der Prüfungskompetenz des Vormundschaftsgerichts auf Konfliktlagen nur teilweise erreicht werden. Unabhängig davon, wie man die vom BGH gefundenen Lösungen im Ergebnis bewertet, so ist zumindest zu kritisieren, dass diese an mehreren Stellen in sich widersprüchlich und auslegungsbedürftig sind.

3. Folgen aus dem ersten Sterbehilfe-Beschluss

a) Gerichtliche Kontrolle auch beim Handeln eines Bevollmächtigten?

Fraglich ist, ob das Genehmigungserfordernis dadurch umgangen werden könnte, dass in gesunden Tagen schriftlich (Erst-Recht-Schluss aus § 1904 II) ein Vorsorgebevollmächtigter nach § 1896 II eingesetzt wird. Dadurch wäre zumindest eine Betreuung grundsätzlich nicht mehr erforderlich, jedoch gibt es einige Literaturstimmen⁹⁰, die eine Genehmigungspflicht auch für den Bevollmächtigten bejahen. Begründet wird dies mit § 1904 II, welcher den Bevollmächtigten bei Einwilligung in ärztliche Maßnahmen dem Betreuer gleichstellt. Allerdings ist m. E. zu beachten, dass § 1904 nach dem BGH gerade nicht analoge Anwendung finden soll. Außerdem erscheinen mir schon die §§ 1904 II und 1906 V systemfremd⁹¹, da sie die Privatautonomie des Vollmachtgebers einschränken; sie sind somit restriktiv auszulegen. Dagegen spricht auch, dass ein Bevollmächtigter seine Befugnisse nicht wie der Betreuer aus der staatlichen Bestellung ableitet – dies ist selbst bei einer vorhandenen Betreuungsverfügung nach § 1901 a der Fall, da sie für das Gericht nicht bindend ist – und dadurch auch der staatlichen Kontrolle weniger unterworfen ist⁹². Das BVerfG hat die Betreuerbestellung sogar als gewichtigen Grundrechtseingriff⁹³ gewertet. Ein Bevollmächtigter ist jedoch im Rahmen der Privatautonomie beauftragt und hat somit, soweit dies gesetzlich nicht abweichend geregelt ist, dieselben Rechte wie der Betroffene selbst, der ja keine Genehmigung bräuchte. Allerdings ist fraglich, ob dies auch gilt, wenn der Betroffene keine Möglichkeit mehr hat, die erteilte Vollmacht zu widerrufen. Dem könnte ggf. durch die Bestellung eines Vollmächtsüberwachungsbetreuers nach § 1896 III entgegengewirkt werden. Eine Genehmigung zum Schutze des Betroffenen ist m. E. im Ergebnis entbehrlich. Derzeit ist einem Bevollmächtigten jedoch zu raten, vorsorglich die Genehmigung bzw. ein Negativattest, d. h. die Feststellung der Nichtgenehmigungsfähigkeit, einzuholen.

b) Weiterbehandlung gegen die Entscheidung des Arztes?

Der BGH hat die Beantwortung des Falles, dass der Arzt eine Weiterbehandlung ablehnt, dies jedoch vom Betreuer – möglicherweise aufgrund des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens des Patienten – verlangt wird, offen gelassen. Die Handlungsfreiheit, die dem Arzt vom BGH eingeräumt wurde, spricht jedoch dafür, dass der Betreuer in einem solchen Fall die Aufrechterhaltung von lebensverlängernden Maßnahmen nicht verlangen kann. Er wird sich an einen anderen Arzt wenden müssen.

c) Versicherung nach den §§ 1908 i, 1837 II 2?

Völlig ungeklärt ist, ob dem Betreuer gerichtlich aufgegeben werden kann, sich gegen mögliche Schäden im Zusammenhang von Entscheidungen am Lebensende, z. B. für den Fall, dass der Wille falsch ermittelt wurde, zu versichern (§§ 1908 i, 1837 II 2) und ob ein solches Risiko überhaupt versicherbar ist.

d) Außenwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung?

Die Rechtsnatur der Genehmigung ist umstritten. Sie kann als Innengenehmigung, d. h. die Genehmigung schließt nur die Pflichtwidrigkeit des Betreuers aus, oder als Außengenehmigung, d. h. auch das ärztliche Handeln ist nur mit der Genehmigung rechtmäßig, qualifiziert werden. Literatur hier-

⁸⁷ Bienwald, MDR 2003, 694.

⁸⁸ Stackmann, NJW 2003, 1569.

⁸⁹ Hahne, FamRZ 2003, 1620.

⁹⁰ Vgl. Albrecht/Albrecht, MittbayNot 2003, 353; Lipp, LMK 2003, 104/105; Perau, RNotZ 2003, 266; Kutzer, ZRP 2003, 213.

⁹¹ So auch Staudinger BGB, Buch 4, 2006 / Bienwald, § 1904 Rn. 7.

⁹² Vgl. auch Stoffers, DNotZ 2003, 860.

⁹³ BVerfG, NJW 2002, 206.

zu findet sich überwiegend zu § 1904. Die Befürworter der Außengenehmigung begründen ihre Ansicht damit, dass § 1904 über das Verhältnis von Betreuer und Betreutem hinaus Wirkung entfalte und dazu bestimmt sei, Rechtssicherheit zu schaffen⁹⁴. Ein Negativattest entlaste die Beteiligten laut Zimmermann⁹⁵ jedoch nicht rechtlich verbindlich, sondern nur faktisch.

Anderer Ansicht ist jedoch Bienwald⁹⁶; § 1904 habe lediglich den Charakter einer „Ordnungsvorschrift“ und sei somit eine Innengenehmigung. Roth⁹⁷ differenziert dahingehend, dass eine ohne Genehmigung durchgeführte Maßnahme rechtswidrig sei, jedoch habe eine erteilte Genehmigung nicht die Wirkung, dass die Maßnahme notwendig rechtmäßig sei. Er begründet dies mit einem Vergleich zu den Außengenehmigungen § 1905 und § 1906, wo eine Änderung der Verhältnisse jederzeit beachtlich sei und der Betreuer trotz Genehmigung seine Entscheidungskompetenz behalte. Die Genehmigung, welche als Hauptfunktion nicht die Entlastung der Beteiligten, sondern deren Kontrolle habe, sei folglich nur eine Entscheidungshilfe, welche die Vermutung der Richtigkeit habe. M. E. ist es durchaus sachgerecht, die vom BGH geschaffene Genehmigung bezüglich der Rechtsnatur einer Genehmigung nach § 1904 gleichzusetzen, da die laut dem BGH gegen eine Analogie sprechen Gründe nichts mit der Rechtsnatur der Genehmigung zu tun haben. Der Wortlaut von § 1904 I 2 „darf nur durchgeführt werden“ spricht für die Annahme einer Außengenehmigung. Außerdem kann nur so ein ausreichender Schutz für den Betreuten gewährleistet werden, da ansonsten die Missachtung der Genehmigungspflicht zu befürchten ist. Im Ergebnis ist eine Außengenehmigung zu bejahen.

e) Strafrechtliche Folgen?

Fraglich ist, ob die Einschaltung des Gerichts die strafrechtlichen Risiken der Beteiligten verringert bzw. beseitigt. Der Arzt – und damit auch der Betreuer als möglicher Anstifter oder Gehilfe – könnte sich als Garant durch Unterlassen der Behandlung strafbar machen. Als Rechtfertigungsgrund kommt aber die Einwilligung des Betreuers nebst rechtskräftiger Außengenehmigung des Vormundschaftsgerichts in Betracht. Vogel⁹⁸ bejaht dies aufgrund eines Vergleichs mit dem Verwaltungsrecht. Auch hier seien rechtswidrige, bestandskräftige Verwaltungsakte strafrechtlich verbindlich, wenn sie nicht an besonders schwerwiegenden Fehlern leiden. Es widerspräche dem Wesen der Rechtskraft, wenn dies bei rechtskräftigen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen anders gesehen würde. Der Arzt bliebe somit bei Einwilligung des Betreuers und Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht straffrei⁹⁹. Anderer Ansicht ist jedoch der BGH¹⁰⁰: Auch nach Erlass einer Genehmigung bleibe die

„Sterbehilfe rechtswidrig“, wenn die „medizinischen Voraussetzungen“ fehlten. Allerdings betont der BGH auch, dass das Prüfungsverfahren den Betreuer „vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung¹⁰¹“ schütze. Laut Coeppicus hängt die Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit eines Behandlungsabbruchs nicht davon ab, ob das Vormundschaftsgericht eingeschaltet wird, da dessen Zustimmung als Kontrollorgan nur eine deklaratorische, keine konstitutive Bedeutung habe¹⁰². Dieser Ansicht kann m. E. nicht gefolgt werden. Wenn der Genehmigung keine strafrechtliche Rechtsverbindlichkeit zukommen würde, dann bestünde keine Rechtssicherheit für den Betreuer und den Arzt. Die Einheit der Rechtsordnung gebietet, dass die Beteiligten nicht strafrechtlich dafür zur Verantwortung gezogen werden, wo sie betreuungsrechtlich gerechtfertigt waren. Im umgekehrten Fall, also bei nicht erteilter Einwilligung durch den Betreuer und ohne Genehmigung ist ein Behandlungsabbruch unstreitig straflos, wenn der Patientenwille sowie die medizinischen Voraussetzungen vorliegen¹⁰³. Nach Verrel kann die Nichtbeachtung der Genehmigungspflicht nur mittelbare strafrechtliche Folgen haben¹⁰⁴. Im Falle einer Fehleinschätzung könne sich der Arzt nicht auf einen Erlaubnistatbestandsirrtum berufen. Die unterschiedlichen Meinungen in der Literatur zeigen als Ergebnis, dass bei rechtswidrig erteilter Genehmigung das Verhältnis von Betreuungsrecht und Strafbarkeit eines Behandlungsabbruchs u. a. gerade wegen dem ersten Sterbehilfe-Beschluss noch nicht ausreichend geklärt ist.

IV. Weitere entschiedene aktuelle Fälle

Das *OLG Karlsruhe* entschied am 26.03.2004¹⁰⁵, dass der Behandlungsabbruch auch dann genehmigungsfähig ist, wenn das „Leiden des Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat, ohne dass der Tod in kurzer Zeit bevorsteht.“ Damit hat es den Auslegungstreit um die Aussagen im ersten Sterbehilfe-Beschluss entschieden. Mit Beschluss vom 11.04.2005¹⁰⁶ stellte das *LG Hamburg* klar, dass eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Abbruch einer künstlichen Ernährung entfällt, wenn keine Konfliktlage mehr vorliegt bzw. alle Beteiligten sich über den Willen des Betroffenen einig sind¹⁰⁷. Die Patientin stand in dem entschiedenen Fall nicht unter Betreuung. Sie hatte eine notarielle Vorsorgevollmacht nebst Patientenverfügung erteilt. Dennoch sah das Vormundschaftsgericht den Behandlungsabbruch als genehmigungsbedürftig an. Der BGH hat am 08.06.2005¹⁰⁸ im Rahmen einer Kostenentscheidung (vgl. § 91a ZPO) nach der Erledigung des Rechtsstreits infolge Todes des unter Betreuung gewesenen Wachkomapatienten inhaltliche Aussagen zum möglichen Ausgang des Rechtsstreites gemacht (i. F. zweiter Sterbehilfe-Beschluss). Behandelnder Arzt und Betreuer waren sich aufgrund des mutmaßlichen Willens des Betreuten einig über die Einstellung der künstlichen Ernährung, aber die Pflegekräfte im Heim weigerten sich, dies umzusetzen. Die Weigerung erfolgte gemäß dem BGH zu Unrecht, weil weder das Pflegeheim aus den Vereinbarungen des Heimvertrages noch das Pflegepersonal aus ihrer Gewissensfreiheit berechtigt seien, sich dem festgestellten mutmaßlichen Willen des Betreuten

⁹⁴ Palandt (siehe Fn. 34) / Diederichsen § 1904 Rn. 6; Münchner Kommentar zum BGB (siehe Fn. 38) / Schwab, § 1904 Rn. 41; Heyers, JuS 2004, 105 Fn. 38; Frost, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechtes, Eine Betrachtung der §§ 1901, 1904 und 1905 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, Diss., 1994, S. 149; Damrau/Zimmermann (siehe Fn. 39), § 1904 Rn. 7; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (siehe Fn. 42) / Hoffmann, § 1904 Rn. 127; Bamberger/Roth, BGB Kommentar, Band 3, 2003 / Müller § 1904, Rn. 23; Kaiser, Das Lebensende zwischen Strafrecht und Betreuungsrecht, Diss., 2003, S. 117; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1998, HYPERLINK "http://rsw.beck.de/bib/bin/reference.asp?Y=300&Z=NJW&B=1998&S=2747" 2747.

⁹⁵ Soergel BGB, Band 20, 13. Auflage 2000 / Zimmermann, § 1904 Rn. 7.

⁹⁶ Bienwald, Betreuungsrecht Kommentar, 3. Auflage 1999, § 1904 Rn. 27; Staudinger BGB (siehe Fn. 91) / Bienwald, § 1904 Rn. 48.

⁹⁷ Erman, BGB Handkommentar, 10. Auflage 2000 / Roth, § 1904 Rn. 25.

⁹⁸ Vogel, JURA 2005, 712.

⁹⁹ I.E. auch Kaiser Diss. (siehe Fn. 94), S. 119.

¹⁰⁰ BGH, NJW 2003, 1590 Abschnitt III c) aa).

¹⁰¹ BGH, NJW 2003, 1593 Abschnitt III e) dd).

¹⁰² Vgl. Coeppicus, FPR 2007, 66.

¹⁰³ So auch BGH, NJW 1995, 204; ähnlich Hufen, ZRP 2003, 252.

¹⁰⁴ Verrel NSTZ 2003, 452.

¹⁰⁵ OLG Karlsruhe, NJW 2004, 1882.

¹⁰⁶ LG Hamburg, NJOZ 2007, 448.

¹⁰⁷ Ähnlich LG Berlin, NJW 2006, 3014 für den Fall des fehlenden Behandlungsangebots.

¹⁰⁸ BGH, DNotZ 2005, 924.

zu widersetzen. Der Behandlungsabbruch sei nicht genehmigungsfähig, weil der Arzt keine Weiterbehandlung angeboten habe und insoweit kein Konfliktfall bestehe. Die Weigerung des Pflegeheims sei nicht mit einem Widerstreit von Arzt und Betreuer vergleichbar. Diese Entscheidung steht damit im Widerspruch zu dem kurz vor dem ersten Sterbehilfe-Beschluss ergangenen Urteil des OLG München¹⁰⁹, welches die Weigerung der Pflegekräfte als gerechtfertigt eingestuft hatte. Die Rechtsgüter des Patienten wie die Menschenwürde, die körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht sind jedoch gemäß dem BGH nicht vertraglich abbedingbar. Als einziger Rechtfertigungsgrund für das Handeln der Pflegekräfte komme ein strafrechtliches Verbot in Betracht. Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe im weiteren Sinne seien aber noch nicht hinreichend geklärt, so dass der Ausgang des Rechtsstreits ungewiss sei. Müller¹¹⁰ widerspricht dem insoweit, als durch das Kemptener Urteil und die daraus gebildete h. M. die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe hinreichend feststünden. Wagenitz¹¹¹, Mitglied des XII. Zivilsenats, merkt an, dass Entscheidungen nach § 91 a ZPO „bekanntermaßen kein Terrain (sein), auf dem sich rechtsgrundsätzlicher oder gar rechtsfortbildender Elan entfaltet.“¹¹² Bienwald¹¹² äußert Zweifel an der Durchsetzbarkeit des Patientenwillens, wenn sich alle Beteiligten weigern, die Weiterbehandlung trotz Genehmigung abzubrechen. Durch die Vollstreckung von Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen erreiche der Patient nur eine Geldleistung bzw. Zwangsmittel gegen die Beteiligten. Wenn man den Behandlungsabbruch als vertretbare Handlung i.S.d. § 887 ZPO ansähe, dann müsse im Ergebnis ein vom Betreuer Beauftragter auf Kosten der Beteiligten die Handlung durchführen, was weitere Probleme mit sich brächte. Albrecht¹¹³ befürchtet, dass Pflegeheime chronisch Schwerstkranken nicht mehr aufnehmen, um ihre Mitarbeiter nicht in Gewissensnot zu bringen. Das *LG Waldshut-Tiengen*¹¹⁴ hatte im Jahr 2006 einen ähnlichen Fall zu entscheiden: Auch hier hatte der Sterbeprozess noch nicht begonnen. Es geht jedoch aus der Entscheidung nicht hervor, ob der Arzt eine Weiterbehandlung anbot. Das LG bestätigte jedenfalls die Genehmigungspflicht und genehmigte den Abbruch der Lebenserhaltungsmaßnahmen aufgrund des ermittelten mutmaßlichen Willens der Betreuten. Eine Äußerung des Betroffenen gegenüber den Ärzten sei nicht erforderlich. Das *OLG München* entschied am 25.01.2007¹¹⁵ über die Entlassung eines Betreuers, welcher für die von Geburt an schwerst geistig behinderte - und damit nie einwilligungsfähig gewesene - Betreute den Abbruch der künstlichen Ernährung im Einvernehmen mit dem Arzt aber ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts durchgesetzt hatte. Laut dem OLG ist dies kein Pflichtverstoß des Betreuers¹¹⁶. Es stellte weiter fest, dass im Falle des nicht ermittelbaren individuellen mutmaßlichen Willens auf Kriterien zurückgegriffen werden müsse, die allgemeinen Wertmaßstäben¹¹⁷ entsprechen. Dies war im ersten Sterbehilfe-Beschluss ausdrücklich offen gelassen worden und nur von einem „Verständnis des Wohls des Betroffenen“¹¹⁸ gesprochen worden. Zuck¹¹⁹ verweist darauf, dass gerade auch existenzielle Entscheidungen

gegen den allgemeinen Lebensrahmen des Patienten und gegen die Maßstäbe der Vernunft verstoßen können.

V. Schlussfolgerungen aus den aktuellen Entscheidungen

Die Instanzgerichte versuchen, die – ggf. durch Auslegung ermittelte – Linie des BGH umzusetzen. Ihre Entscheidungen zeigen, dass dem Arzt tatsächlich eine hohe Verantwortung zuteil wird, die das Vormundschaftsgericht nicht überprüft. Der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen kann nicht – wie vielleicht von manchen erhofft – generell von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht werden. Für den Betreuer ist klargestellt, dass dieser nicht „vorsorglich“ eine Genehmigung einholen muss, wenn keine Konfliktlage besteht. Patientenverfügungen haben insbesondere durch den zweiten Sterbehilfe-Beschluss weiter Aufwertung und Anerkennung erfahren. Es wurde geklärt, dass Dritten keine eigene Prüfungskompetenz für das Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem zusteht. Der Betreuer steht in der Verantwortung, den Willen des Betreuten zu konkretisieren und auf den zu entscheidenden Fall anzuwenden. Sollten sich alle Beteiligten weigern, den Patientenwillen trotz Genehmigung des Vormundschaftsgerichts umzusetzen, so wird die zeitnahe Durchsetzbarkeit des Patientenwillens problematisch. In diesem Fall wird der Betreuer wohl den Arzt oder die Pflegeeinrichtung wechseln müssen. Die Sorge, dass Pflegeheime Patienten mit Sterbewunsch nicht aufnehmen könnten, teile ich nicht, da es nach außen hin nicht vermittelbar wäre, bei der Aufnahme eines Patienten nach seiner Einstellung hinsichtlich des Sterbens zu fragen.

C. Der Betreuer im Konflikt

I. Sterbehilfe

Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Betreuten im Rahmen seines Aufgabenkreises (§ 1902) hat Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen Gesetz und Selbstbestimmungsrecht des Betreuten, medizinischen Möglichkeiten bzw. ärztlichem Rat und Menschenwürde des Betreuten, staatlichem Strafanspruch und Rechtfertigungsgründen sowie Wertvorstellungen und religiösen Aspekten zu treffen. Im Innenverhältnis gilt § 1901 II und III. Der Betreuer hat sich für den Fall der möglichen Sterbehilfe folgende Fragen zu stellen: Liegt Einwilligungsunfähigkeit des Betreuten vor? Nur, wenn dies zutrifft, ist die Einwilligung des Betreuers maßgebend. Handelt es sich um eine Krankheit mit unumkehrbar tödlichem Verlauf? Dies wäre z. B. nicht der Fall¹²⁰, wenn eine Besserung durch medizinische Maßnahmen möglich ist, wenn es sich um chronische Leiden wie Diabetes, Asthma oder Rheuma handelt, welche nur aufgrund von Folgeerscheinungen evt. tödlich enden, oder wenn der Betreute sich noch selbst ernähren, spontan atmen und sich bewegen kann. Sind derartige Fälle einschlägig, kann der Betreuer die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen nicht verweigern. Liegt eine Patientenverfügung vor? Falls ja, ist diese auszulegen. Betrifft die Patientenverfügung einen Fall wie den zu entscheidenden? Stammt die Verfügung vom Betreuten und ist sie wirksam? Vom Sterbewunsch des Betreuten darf nur abgewichen werden, wenn er krankheitsbedingt entstanden ist (1901 III 1, 665)¹²¹. Ist ein ggf. konkludenter Widerruf der Patientenverfügung erfolgt? Falls ja, ist dieser beachtlich. Nach Klutzer können bereits „natürlich-kreatürliche Anzeichen von Lebenswillen“¹²² als Widerruf einer Patientenverfügung gewertet

¹⁰⁹ OLG München NJW 2003, 1744.

¹¹⁰ Müller, DNotZ 2005, 929; a.A. Roth, ZEV 2005, 487.

¹¹¹ Wagenitz, FamRZ 2005, 670; Kritik daran von Höfling, JZ 2006, 146.

¹¹² Bienwald, FamRZ 2005, 1476.

¹¹³ Albrecht, MittBayNot 2006, 52.

¹¹⁴ LG Waldshut-Tiengen, NJW 2006, 2270.

¹¹⁵ OLG München, FGPrax 2007, 84.

¹¹⁶ Vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 2006, 3436.

¹¹⁷ So auch das Kemptener-Urteil des BGH, NJW 1995, 204.

¹¹⁸ BGH, NJW 2003, 1568 (1591 Abschnitt III 2. c) cc).

¹¹⁹ Zuck, ZRP 2006, 175.

¹²⁰ Vgl. Bühler/Stolz, FamR 2003, 1623.

¹²¹ Vgl. Lipp, BtPrax 2002, 49.

¹²² Klutzer, ZRP 2005, 278.

werden. Nur falls eine wirksame Verfügung nicht vorhanden ist, muss der Betreuer den individuellen mutmaßlichen Willen anhand der Persönlichkeit des Betreuten, seinen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen sowie anhand seiner Leidensfähigkeit und Leidensakzeptanz ermitteln, um herauszufinden, was der Betreute in der vorliegenden Situation gewollt hätte. Dazu ist auch eine Befragung der Angehörigen und nahestehenden Personen nötig. Sollte ein solcher individueller mutmaßlicher Wille nicht ermittelbar sein, obliegt es dem Betreuer, das objektive Interesse des Betreuten festzustellen.

II. Organentnahmen zu Transplantationszwecken

Nach der ärztlichen Feststellung des Hirntods ist eine Organentnahme (vgl. § 3 TPG) auch bei Betreuten möglich, jedoch muss der Spender grundsätzlich einwilligt haben. Wenn der Betreuer nicht zugleich zu den bestimmungsbefugten Angehörigen i.S.d. § 4 I 2 und II TPG gehört oder vom Betreuten nach § 4 III TPG dazu ermächtigt ist, kann er in eine Organentnahme beim Betreuten nicht einwilligen¹²³. Dasselbe gilt für die stellvertretende Einwilligung in eine zukünftige Organentnahme zu Lebzeiten des Betreuten¹²⁴. Anders ist der Fall jedoch, wenn der Betreute der Organempfänger sein soll. Hier ist ein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis handlungsbefugt¹²⁵.

D. Das vormundschaftsgerichtliche Verfahren

Für Betreuungssachen ist sachlich grundsätzlich das Amtsgericht als Vormundschaftsgericht nach § 1896 I 1 i.V.m. § 35 FGG, örtlich grundsätzlich das Gericht, in dessen Bezirk der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 65 I und IV FGG) und funktionell der Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2 a RPfG) vorbehaltlich der dem Richter gemäß § 14 I Nr. 4 RPfG zugewiesenen Aufgaben zuständig. Im OLG-Bezirk Stuttgart und in Teilgebieten des OLG-Bezirks Karlsruhe sind das Notariat (§ 1 I, II und IV LF GG) oder das Amtsgericht (vgl. § 37 I LF GG) gemäß § 189 FGG, Art. 147 EGBGB und § 36 LF GG sachlich und bei Zuständigkeit des Notariats die Notare und Notarvertreter im Landesdienst funktionell (vgl. § 2 LF GG) zuständig. Konkret heißt dies, dass in diesen Gebieten das Notariat für die Betreuerbestellung und die Aufsichtsmaßnahmen sachlich zuständig ist, während für die Genehmigung bei Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen das Amtsgericht sachlich zuständig ist (vgl. § 37 I Nr. 7 LF GG analog). Zu beachten ist, dass der Betroffene nach § 66 FGG verfahrensfähig ist.

I. Betreuerbestellung

Wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu besorgen (etwa in ärztliche Maßnahmen einzuwilligen aufgrund von Bewusstlosigkeit), und es auch keinen Bevollmächtigten nach § 1896 II 2 gibt, ist die Bestellung eines Betreuers grundsätzlich erforderlich (§ 1896 I, jedoch Beachtung von I a). Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn eine gültige, situationsbezogene und klare Patientenverfügung vorliegt. Einige Stimmen in der Literatur¹²⁶ verneinen das. Anderer Ansicht sind jedoch das BVerfG (siehe oben sog. Bluttransfusionsfall) und der BGH (siehe oben erster Sterbehilfe-Beschluss). Zwar spricht meiner Ansicht nach für die Ansicht der Rechtsprechung, dass nur beim Handeln eines Betreu-

ers eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle überhaupt möglich ist. Aber andererseits wurde vom Gesetzgeber mit dem 2. BtÄndG von 2005¹²⁷ das Ziel der Betreuungsvermeidung verfolgt. Wenn daher eine eindeutige Patientenverfügung vorhanden ist, muss im Ergebnis auf die Betreuung verzichtet werden. Es ist keine Umsetzung des Willens des Betroffenen erforderlich, weil dieser bereits seinen Willen geäußert hat. Bei Erforderlichkeit bestellt das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag (vgl. § 1896 I, § 12 FGG) nach ordnungsgemäßem Verfahren gemäß den §§ 65 ff FGG (Verfahrenspflegerbestellung nach § 67 FGG, persönliche Anhörung nach § 68 FGG mit der Ausnahmemöglichkeit des § 68 II Nr. 2 FGG, Einholung eines ärztlichen Gutachtens bzw. als Ausnahme ein ärztliches Zeugnis nach § 68 b FGG) einen geeigneten Betreuer (vgl. § 1897) mit entsprechendem Aufgabenkreis (z. B. Sorge für die Gesundheit einschließlich des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen). Da kein Verbot wie in § 1900 V besteht, könnte für die Entscheidung über einen Behandlungsabbruch auch ein Verein oder die Betreuungsbehörde als Betreuer bestellt werden, falls die ansonsten vorzuziehende natürliche Person, welche oft aus dem Kreis der Angehörigen stammt (vgl. § 1897 I; V; Art. 6 GG) Bedenken hat (vgl. §§ 1901 III 1, Art. 4 I, II GG).

II. Aufsichtsmaßnahmen

Während der bestehenden Betreuung kommen Maßnahmen des Gerichts nach den §§ 1908 i, 1837 I - III, der Entzug der Vertretungsmacht für einzelne Angelegenheiten (§§ 1908 i, 1796) sowie die Aufhebung der Betreuung nach § 1908 b in Betracht. Wenn bei einem Vorsorgebevollmächtigten der Verdacht des Missbrauchs der Vollmacht besteht bzw. wenn ein sonstiges konkretes Bedürfnis für eine Überwachung vorliegt, kann ein sogenannter Vollmachtsüberwachungsbetreuer nach § 1896 III eingesetzt werden.

III. Genehmigung bei Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen

Der BGH geht in seinem ersten Sterbehilfe-Beschluss offensichtlich davon aus, dass die Verfahrensvorschriften für Genehmigungen nach § 1904 entsprechende Anwendung finden, da u.a. § 69 d I 2, II FGG (Anhörung des Betroffenen und der Angehörigen; Sachverständigen Gutachten¹²⁸) analog anzuwenden sei¹²⁹. Auch eine Verfahrenspflegerbestellung nach § 67 I FGG sei erforderlich¹³⁰. Das Gericht trifft keine eigene Entscheidung in der Sache, sondern es hat zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Entscheidung des Betreuers vorliegen. Im Wesentlichen deckt sich daher der Prüfungsumfang des Gerichts mit der Ermittlungspflicht des Betreuers. Nicht geklärt ist, wie weit die Ermittlungen des Gerichts gehen müssen¹³¹. Am Ende des Verfahrens stimmt das Gericht entweder einer Ablehnung der (Weiter-) Behandlung zu, so dass die Nichterteilung der Einwilligung des Betreuers wirksam wird, oder es verweigert die Zustimmung, dann gilt die Einwilligung des Betreuers als ersetzt. Die Zustimmung bzw. Verweigerung der Zustimmung ist dem Betreuten und ggf. dem Verfahrenspfleger bekannt zu machen (§ 69 a I FGG); sie wird grundsätzlich mit der Bekanntmachung an den Betreuer wirksam, § 69 a III 1 FGG. Allerdings ist die vom Wortlaut her klare Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Hinblick auf die Wahrung einer effektiven Beschwerdemöglich-

¹²³ So auch MüKo BGB (siehe Fn. 38) / Schwab, § 1904 Rn. 52.

¹²⁴ AG Mölln, FamRZ 1995, 188 (189).

¹²⁵ Bienwald, BtR (siehe Fn. 96) § 1896 Rn. 215.

¹²⁶ Vgl. Palandt (siehe Fn. 34) / Diederichsen, Einf. vor § 1896 Rn. 10; Bienwald, MDR 2003, 694; Verrel, NSTz 2003, 452; Heyers, JuS 2004, 104; Saliger, KritV 1998, 132 Fn. 80.

¹²⁷ Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 21.04.2005, BGBl 2005 I, S. 1073.

¹²⁸ Dies ist jedoch laut OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488 (492) nicht zwingend.

¹²⁹ BGH, NJW 2003, 1593 Abschnitt III. 2. e) dd).

¹³⁰ Vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW 2004, 1882.

¹³¹ Vgl. Bienwald, MDR 2003, 695.

keit fraglich. Nach Hoffmann sollte die Behandlung erst zwei Wochen nach Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung tatsächlich beendet werden dürfen, § 1905 II 2 analog¹³².

Das Amtsgericht Frankfurt am Main wendet § 70 g III 1 FGG analog¹³³ an. Letzterer Meinung ist zuzustimmen, da die durch den Eintritt der Rechtskraft aufschiebend bedingte Wirksamkeit der Entscheidung dem Beschwerdeführer die Möglichkeit belässt, das Sterben des Betroffenen zu verhindern. Als Alternative kommt ein rechtsmittelfähiger Vorbescheid¹³⁴ vor Erteilung der Genehmigung in Betracht¹³⁵. Fraglich ist, ob der Betreuer sich trotz der Zustimmung des Gerichts für die Einwilligung in eine weitere Behandlung (um-)entscheiden könnte. Grundsätzlich ist ein Betreuer nicht verpflichtet, von einer Genehmigung Gebrauch zu machen. Er hat vielmehr weiterhin eine selbstständige Prüfungspflicht¹³⁶ und kann sich bei deren Nichteinhaltung schadensersatzpflichtig machen. Bei der passiven Sterbehilfe geht es jedoch für den Betreuer darum, nach dem Willen des Betreuten zu handeln und nicht, eine eigene Entscheidung zu treffen. Daher wäre eine weitere Behandlung des Betroffenen trotz Genehmigung rechtswidrig¹³⁷. Jedoch stellt sich die Frage, wie verfahren werden kann, wenn neue Äußerungen des Betreuten gefunden werden, die an dem festgestellten mutmaßlichen Willen zweifeln lassen. Der Änderung der gerichtlichen Genehmigung könnte § 55 FGG im Wege stehen. Grundsätzlich erfasst die Norm zwar Außengenehmigungen, allerdings sind Genehmigungen zur Unterbringung (vgl. § 1906) nach h. M.¹³⁸ nicht eingeschlossen. Fröschele erweitert dies auch auf die Fälle der §§ 1904 und 1905¹³⁹. Auch Schwab verneint die Anwendbarkeit von § 55 FGG bei Genehmigungen nach § 1904 im Hinblick auf die Art der Angelegenheit¹⁴⁰. Dem ist auch für die Genehmigung bei Behandlungsabbruch zuzustimmen, da gerade das Auftauchen von neuen Indizien eine Änderung der für den Betroffenen existentiellen Genehmigung rechtfertigt. Die Entscheidung des Gerichts ergeht als Verfügung nach § 19 FGG. Damit ist als Rechtsmittel die einfache Beschwerde statthaft; diese hat jedoch gemäß § 24 I 1 FGG keine aufschiebende Wirkung; sie könnte nur gerichtlich angeordnet werden (§ 24 III FGG). Fraglich ist, ob den Angehörigen des Betreuten oder der Betreuungsbehörde ein Beschwerderecht zusteht. Nach § 20 FGG hat grundsätzlich nur derjenige ein Beschwerderecht, der durch die Verfügung in eigenen Rechten beeinträchtigt ist. Dies wäre nur für den Betreuten bzw. in seinem Namen den Verfahrenspfleger und den Betreuer (vgl. § 69 g II FGG) als gesetzliche Vertreter zu bejahen. Das Gesetz sieht aber in den §§ 69 g, 69 i FGG bei weniger bedeutenden Maßnahmen für die Angehörigen und die Behörde ein Beschwerderecht vor. Zwar ist das Verfahrensrecht grundsätzlich nicht analogiefähig, jedoch fehlen bislang bei dem durch Richterrecht neu geschaffenen Genehmigungsvorbehalt die korrespondierenden Verfahrensre-

geln. Somit darf m. E. ausnahmsweise im Wege des Erst-Recht-Schlusses für die Fälle von Entscheidungen zwischen Leben und Tod § 69 g FGG analog angewandt werden¹⁴¹. Problematisch ist, ob auch der Arzt, der wegen seiner Berufsethik weiterbehandeln möchte, beschwerdeberechtigt ist. Eine analoge Anwendung von § 57 I Nr. 9 FGG erscheint mir hier nicht möglich, da die Vorschrift nicht einmal aus dem Betreuungsrecht stammt; ein Beschwerderecht für den Arzt müsste daher gesetzlich eingeführt werden. Wegen der endgültigen Wirkung ist eine Genehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung nicht möglich¹⁴².

IV. Genehmigung bei indirekter Sterbehilfe?

Zu überlegen ist, ob bei indirekter Sterbehilfe § 1904 direkt anwendbar ist. Unter Heilbehandlung ist die indirekte Sterbehilfe jedoch nicht zu subsumieren¹⁴³, da sie nicht auf Wiederherstellung des Gesundheitszustandes gerichtet ist. Einschlägig könnte aber ein ärztlicher Eingriff sein. Dazu ist zwar kein kurativer Zweck erforderlich, jedoch müsste eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität vorliegen. Dies muss m. E. zumindest bei der Verabreichung von Sedativa bejaht werden¹⁴⁴. Zu prüfen ist jedoch, ob eine Gefahr i. S. d. § 1904 dahingehend vorliegt, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt. Zwar stirbt der Betreute durch den Eingriff u. U. früher, aber er war bereits davor unheilbar krank. Daher ist diese Situation mit der des § 1904, welcher eine noch heilbare Person vor einem riskanten medizinischen Eingriff schützen will, nicht vergleichbar¹⁴⁵. Eine Genehmigungspflicht besteht auch nicht aufgrund der Rechtsfortbildung des BGH, weil die indirekte Sterbehilfe medizinisch indiziert ist.

E. Ausblick: Gesetzliche Regelung erforderlich?

Ein „Sterbehilferecht“ existiert derzeit lediglich als „Querschnittsmaterie, deren Orientierungslinien sich aus zivil-, straf-, arzt- und verfassungsrechtlichen Normen ergeben¹⁴⁶. Die Grundsätze der Bundesärztekammer¹⁴⁷ sind keine gesetzlichen Regelungen. Wenige Stimmen sehen zwar keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf¹⁴⁸, jedoch wird überwiegend eine Regelung durch den Gesetzgeber gefordert¹⁴⁹. Selbst der BGH hat im ersten Sterbehilfe-Beschluss eine gesetzliche Regelung als „wünschenswert“¹⁵⁰ bezeichnet. Auch ich bin der Meinung, dass eine Kodifikation erforderlich ist. Zwar handelt es sich bei der Patientenverfügung schon jetzt um ein anerkanntes und verbindliches Rechtsinstitut, jedoch sollte dies sowie ggf. zusätzliche Voraussetzungen für die Verbindlichkeit auch gesetzlich klargestellt werden. Zudem müssen die trotz des ersten Sterbehilfe-Beschlusses noch offenen Fragen wie z. B. die Genehmigungspflicht beim Handeln eines Bevollmächtigten geklärt werden. Problematisch ist außerdem, dass gesetzlich normierte Verfahrensregeln fehlen, an denen sich die Vormundschaftsrichter festhalten könnten. Ohne solche Normen werden die Richter überfor-

¹³² Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (siehe Fn. 42) / Hoffmann § 1904 Rn. 211.

¹³³ Amtsgericht Frankfurt/Main, FamRZ 2004, 1402.

¹³⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2000, 1709 (1711).

¹³⁵ Stackmann, NJW 2003, 1569.

¹³⁶ Vgl. BGH FamRZ 2003, 1924 (1925).

¹³⁷ Ebenso Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (siehe Fn. 42) / Hoffmann § 1904 Rn. 209.

¹³⁸ Jansen FGG Großkommentar, 3. Auflage 2005 / Sonnenfeld, § 55 Rn. 8; Bumiller/Winkler, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 8. Auflage 2006 § 55 Rn. 2; Keidel/Kuntze/Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 15. Auflage 2003 / Engelhardt, § 55 Rn. 5.

¹³⁹ Fröschele, Praxiskommentar Betreuungs- und Unterbringungssachen, 2007, § 55 Rn. 23.

¹⁴⁰ Münchner Kommentar zum BGB (siehe Fn. 38) / Schwab, § 1904 Rn. 79.

¹⁴¹ Vgl. auch LG Hamburg, NJOZ 2007, 449; a.A. Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (siehe Fn. 42) / Hoffmann, § 1904 Rn. 211.

¹⁴² Palandt (siehe Fn. 34) / Diederichsen, § 1904 Rn. 8.

¹⁴³ So jedoch Heyers, JuS 2004, 103.

¹⁴⁴ Ebenso Staudinger BGB (siehe Fn. 91) / Bienwald, § 1904 Rn. 35.

¹⁴⁵ So auch Münchner Kommentar zum BGB (siehe Fn. 38) / Schwab, § 1904 Rn. 38.

¹⁴⁶ Höfling, FPR 2007, 67.

¹⁴⁷ DÄBl, Heft 19 vom 07.05.2004.

¹⁴⁸ Vgl. Spickhoff, NJW 2007, 1638; Schreiber, NStZ 2006, 477; Vossler, ZRP 2002, 298.

¹⁴⁹ Z.B. May, BtPrax 2007, 153; Simon, BtPrax 2007, 157; Schaffer, BtPrax 2007, 163; Hufen, ZRP 2003, 248; Strätling u.a., ZRP 2003, 292; Höfling/Rixen, JZ 2003, 884.

¹⁵⁰ BGH, NJW 2003, 1588 (1592 Abschnitt III. 2. e) aa).

dert sein und vor Entscheidungen zögern. Insofern ist auch hier Handlungsbedarf gegeben. Fraglich ist lediglich, ob nur das Betreuungsrecht, oder auch das Strafrecht geändert werden sollte. In Betracht kommt auch, das Schuldverhältnis zwischen Arzt und Betreuer nebst Haftungsrecht im Schuldrecht zu regeln¹⁵¹. Unabhängig davon, dass letzterer Vorschlag ebenso wie die - auch aus meiner Sicht unbedingt nötige¹⁵² - Strafrechtsänderung derzeit politisch schwer durchsetzbar zu sein scheint, beschränke ich mich im Folgenden darauf, wie eine Änderung des Betreuungsrechts konkret aussehen könnte.

I. Betrachtung der Gesetzeslage in anderen EU-Ländern

In *Österreich* ist seit dem 01.06.2006 das Patientenverfügungs-Gesetz¹⁵³ in Kraft. Eine Patientenverfügung ist danach u. a. nur dann verbindlich, wenn sie nach ärztlicher Aufklärung schriftlich vor einem Notar, Rechtsanwalt oder einem Berater für Patientenvertretungen errichtet wurde. Die Patientenverfügung muss mindestens alle fünf Jahre erneuert werden, um bindend zu bleiben. Wenn die Formvorschriften nicht eingehalten werden, ist die Patientenverfügung lediglich beachtlich, aber nicht verbindlich. Die Verbindlichkeit geht jedoch solange nicht verloren, wie sie der Patient mangels Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit nicht erneuern kann. Die Patientenverfügung ist aber u. a. dann unwirksam, wenn sich der Stand der medizinischen Wissenschaft im Hinblick auf den Inhalt der Verfügung seit seiner Errichtung wesentlich geändert hat. Mit dem Mental Capacity Act von 2005¹⁵⁴ wurde auch in England die Patientenverfügung gesetzlich geregelt. Es gibt die verbindliche Advance Decision, welche bei lebenserhaltenden Maßnahmen der Schriftform nebst Bestätigung eines Zeugen bedarf und das Advance Statement, welches nur eine Auslegungshilfe zur Ermittlung des Willens ist¹⁵⁵. Das *französische* Gesetz¹⁵⁶ sieht eine obligatorische Beratungsrunde der beteiligten Personen bei passiver Sterbehilfe vor.¹⁵⁷ Eine schriftliche Patientenverfügung (*directives anticipées*) hat Indizwirkung, wenn sie mindestens alle drei Jahre bestätigt wird. Für medizinische Entscheidungen kann eine Vertrauensperson bestellt werden, die den Willen des Erklärungsunfähigen zur Geltung bringen soll, ohne jedoch die Stellung eines Bevollmächtigten zu haben. Sinnlose Behandlungsmaßnahmen sind nach dem Gesetz ausdrücklich zu unterlassen; stattdessen hat der Patient einen Anspruch auf Palliativmedizin¹⁵⁸. In *Belgien*¹⁵⁹ kann per Patientenverfügung (*demande anticipée d'euthanasie*) auch aktive Sterbehilfe verbindlich verlangt werden. Der Sterbewunsch muss schriftlich und vor zwei geschäftsfähigen Zeugen nicht länger als fünf Jahre zurückliegend erklärt werden. Außerdem ist eine objektive medizinische Indikation erforderlich¹⁶⁰.

II. Gesetzesvorschläge für Deutschland

Es sind einige Gesetzesvorschläge für Deutschland unterbreitet worden, wobei auf diejenigen des Arbeitskreises der Strafrechtslehrer¹⁶¹, der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz¹⁶², des Nationalen Ethikrats mit seiner Stellungnahme zur „Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende“¹⁶³ sowie des 66. "Deutscher Juristentag" Deutschen Juristentags vom 20.09.2006 in Stuttgart¹⁶⁴ nicht weiter eingegangen wird, da sie m. E. mehr auf die flankierende Änderung des Strafrechts fokussiert sind. Die *Enquête-Kommission* „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages (i. F. Enquête-Entwurf) beabsichtigt laut dem Bericht vom 13.09.2004¹⁶⁵ eine sogenannte Reichweitenbeschränkung dahingehend, dass Demenz- und Wachkomapatienten aus der Verbindlichkeit der Patientenverfügung herausgenommen werden, sowie dass ein irreversibles und nach ärztlicher Erkenntnis trotz medizinischer Behandlung zum Tode führendes Grundleiden vorausgesetzt wird. Selbst beim Vorliegen einer schriftlich zu verfassenden Patientenverfügung muss laut dem Entwurf ausdrücklich ein Betreuer bestellt werden. Außerdem hat sich der Betreuer vor der Entscheidung durch ein sogenanntes Konsil (bestehend aus einem Arzt, Vertretern der Pflegenden und Angehörigen des Betreuten) beraten zu lassen. Alle Vorgaben für den Betreuer sollen auch für einen Bevollmächtigten gelten. Die vom Bundesjustizministerium eingesetzte *Arbeitsgruppe* „Patientenautonomie am Lebensende“ (i. F. BMJ Arbeitsgruppe) stellte am 10.06.2004 ihre Ergebnisse vor¹⁶⁶. Danach soll der mutmaßliche Wille nur dann maßgeblich sein, wenn aussagekräftige Indizien vorliegen; ansonsten ist im Zweifel für das Leben des Patienten zu entscheiden. Allgemeine Wertvorstellungen sind somit irrelevant. Wenn eine schriftliche, den Behandlungsabbruch umfassende Vollmacht vorliegt, soll der Bevollmächtigte ohne die Mitwirkung des Gerichts entscheiden können. Die Genehmigung ist auch nicht erforderlich, wenn eine konkretisierte – formfrei mögliche – Patientenverfügung vorliegt. Der *Referentenentwurf des BMJ* von 2004¹⁶⁷ übernahm die betreuungsrechtlichen Vorschläge der BMJ Arbeitsgruppe inhaltlich weitestgehend, wobei der individuelle mutmaßliche Wille und der Grundsatz „in dubio pro vita“ nicht ausdrücklich aufgeführt wurden. Zusätzlich sah der Entwurf eine Anpassung der §§ 67 (zwingende Verfahrenspflegerbestellung), 69 d (Wirksamwerden der Genehmigung erst zwei Wochen nach Bekanntmachung) und 69 g (Beschwerderecht für Angehörige und die Behörde) FG vor. Dieser Entwurf wurde jedoch zurückgezogen mit der Begründung, dass das ethisch umstrittene Thema aus dem Parlament heraus initiiert werden sollte¹⁶⁸. Im Zusammenhang mit der Plenarsitzung des Bundestag vom 29.03.2007¹⁶⁹ wurden inzwischen drei Gruppenanträge¹⁷⁰ entwickelt: Der Vorschlag von *MdB Bosbach (CDU)* u. a. orientiert sich an dem Enquête-Entwurf, ohne die Idee des Konsils aufzugreifen. Ein zusätzliches Beschwerderecht ist nur für die Angehörigen vorgesehen. Ein anderer Entwurf stammt von *MdB Stünker (SPD)* u. a., der viele Ideen

¹⁵¹ Vgl. Holzauer, FamRZ 2006, 528.

¹⁵² Ebenso Klutzer, FPR 2007, 60 und ZRP 2005, 278; Ingelfinger, JZ 2006, 830; Verrel, Beilage zu NJW Heft 22/2006, 14; Wagenitz, FamRZ 2005, 677; Roxin/Schroth MedStrafR/Roxin, S. 119.

¹⁵³ Österreichisches BGBl 2006 I 55 vom 08.05.2006.

¹⁵⁴ www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm.

¹⁵⁵ Vgl. Röthel/Heßeler, FamRZ 2006, 530.

¹⁵⁶ Loi n° 2005-370; décret n° 2006-199 du 06.02.2006; vgl. Röthel FPR 2007, 79 f.

¹⁵⁷ Holzauer, FamRZ 2006, 525 Fn. 70.

¹⁵⁸ Vgl. Seifert, FamRZ 2006, 12.

¹⁵⁹ Loi relative à l'euthanasie, Moniteur belge du 22 juin 2002.

¹⁶⁰ Vgl. Röthel, FPR 2007, 80.

¹⁶¹ Schöch/Verrel u.a., GA 2005, 553.

¹⁶² Abrufbar unter www.justiz.rlp.de.

¹⁶³ www.ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Selbstbestimmung_und_Fuersorge_am_Lebensende.pdf.

¹⁶⁴ Die Beschlüsse sind abgedruckt in FPR 2007, 90 ff.

¹⁶⁵ BT-Drucksache 15/3700 S. 37 vom 24.09.2004.

¹⁶⁶ Abgedruckt bei Brill, Betreuungsrecht in Bedrängnis, Diskussionsbeiträge zum Entwurf eines 2. BtÄndG 2004, S. 158 ff.

¹⁶⁷ Abgedruckt bei Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, Patientenautonomie und Lebensschutz 2005, S. 65 ff.

¹⁶⁸ DÄBI 2006, B-1219.

¹⁶⁹ Plenarprotokoll 16/91 Tagesordnungspunkt 3.

¹⁷⁰ Abrufbar unter www.aem-online.de/main.htm.

des Referentenentwurfs aufgegriffen hat, jedoch Schriftform für die Patientenverfügung verlangt. Der dritte Vorschlag von *MaB Zöller (CSU)* u. a., lehnt ebenfalls die Reichweitenbeschränkung ab. Er wird von der Ärzteschaft¹⁷¹ unterstützt, weil im Wesentlichen nur Verfahrensfragen geregelt werden in der Annahme, dass sich Ärzte und Vertreter grundsätzlich ethisch richtig verhalten und deshalb i. d. R. nicht durch Dritte kontrolliert werden sollten. Ein erweitertes Beschwerde-recht ist nicht vorgesehen.

III. Stellungnahme

Der Enquête-Entwurf ist meiner Ansicht nach durch die Reichweitenbeschränkung der Patientenverfügung verfassungsrechtlich bedenklich¹⁷² und wenig praxistauglich¹⁷³, da viele entscheidungsunfähige Betroffene demont oder Appaliker sind. Diese Personen würden generell von passiver Sterbehilfe ausgeschlossen. Außerdem ist die Einrichtung eines Konsils abzulehnen, da zu viele Beteiligte mitbestimmen könnten. Ein solches Gremium hat kaum demokratische Legitimation, und es besteht neben dem Zeitverlust das Risiko, dass eher Gruppenansprüche befriedigt werden als dem Patientenwillen Rechnung zu tragen¹⁷⁴. Die beabsichtigte unkomplizierte und unbürokratische Regelung im Zöller-Entwurf enthält einige Unschärfen, die für die Beteiligten zu Problemen führen könnten. Eine zwingend vorgeschriebene Beratung sowie die regelmäßige Erneuerungspflicht der Patientenverfügung, wie sie von Höfling¹⁷⁵ vorgeschlagen und in Österreich geltendes Recht ist, erscheint mir nicht sinnvoll, da dies das Selbstbestimmungsrecht schwächt und zum Rückgang wirksamer Patientenverfügungen führen könnte. Meiner Meinung nach ist der Entwurf der BMJ-Arbeitsgruppe zusammen mit den Verfahrensvorschriften des Referentenentwurfs am überzeugendsten. Wenn kein individueller mutmaßlicher Wille zu ermitteln ist (Stichwort „Antizipationsproblem“ und „Perspektivenwechsel“¹⁷⁶), schafft der Grundsatz, im Zweifel das Leben zu erhalten und nur Palliativmedizin einzusetzen, klare Regeln. Es muss sichergestellt sein, dass nicht die Angehörigen oder der Arzt nach ihren Wertvorstellungen entscheiden¹⁷⁷. Folgende Punkte des Entwurfs würde ich jedoch ändern: Es sollte mindestens die Schriftform zwingend sein. Dies führt zu Signalwirkung und intensiverer Befassung mit der Problematik beim Betroffenen sowie besserem inhaltlichen Nachweis beim zukünftigen Adressaten. Die Einführung nur als Sollvorschrift¹⁷⁸ ist m. E. wirkungslos. Zwar wäre auch die notarielle Beurkundung als Formerfordernis insofern begrüßenswert, als der Notar Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen in der Urkunde vermerken müsste (vgl. § 11 I BeurkG), aber eine Belehrung über die medizinischen Folgen wäre wohl nicht möglich. Somit ist

diese kostenintensive Form nicht gerechtfertigt. Zum Nachweis, dass tatsächlich der Betroffene unterschrieben hat, ist aber nach meiner Überzeugung die notarielle Beglaubigung der Unterschrift auf der Patientenverfügung vorzuschreiben (vgl. § 40 BeurkG). Dies erschwert die Fälschung von Patientenverfügungen (z. B. in der Absicht der Kostenersparnis) und führt außerdem zu mehr Vertrauen bei den Beteiligten. Der Befürchtung von Vossler, dass bei der Einführung eines Formerfordernisses die Willensbekundungen unberücksichtigt bleiben, die nicht der Form entsprechen z. B. weil diese aufgrund von Krankheit nicht mehr eingehalten werden kann¹⁷⁹, ist entgegenzuhalten, dass auch formfreie Bekundungen ggf. bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu beachten sind. Der Widerruf einer Patientenverfügung muss formfrei möglich sein.

In Abweichung von der BMJ-Arbeitsgruppe halte ich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts immer dann für erforderlich, wenn keine eindeutige Patientenverfügung vorliegt. Damit kann möglichem kollusiven Zusammenwirken von Arzt und Betreuer entgegengewirkt werden. Außerdem entsteht kein Auslegungsproblem zur Frage, wann eine medizinische Maßnahme indiziert ist. Bei Wachkomapatienten ist eine Konfliktlage außerdem eigentlich stets gegeben, da die künstliche Ernährung dieser Patienten streng genommen medizinisch immer indiziert ist¹⁸⁰. Außerdem tritt so eine Legitimationswirkung für die Beteiligten ein. Aufgrund all dieser Vorteile ist ein erhöhter Bürokratie- und Zeitaufwand auch im Interesse des Betroffenen in Kauf zu nehmen. Eine Rechtsverweigerung durch das Gericht muss ausgeschlossen sein. Ob das Gesetz wie in Frankreich vorschreiben sollte, dass medizinische Behandlungen nicht sinnlos sein dürfen, um damit zum Schutz der Patientenwürde eine Grenze zu ziehen, ist überlegenswert. Es hätte den Vorteil, dass Ärzte in ihrem Handeln nicht nur durch die Grundsätze der Bundesärztekammer legitimiert wären. Andererseits könnte die Problematik darin liegen, wie der Begriff „sinnlose Behandlungen“ abstrakt definiert und dem Fortschritt der Medizin Rechnung getragen werden könnte.

Die letzte ethische Verantwortung der Beteiligten kann nach meiner Überzeugung weder gerichtlich entschieden noch gesetzlich geregelt werden. Es bleibt aber die Hoffnung, dass es dem Gesetzgeber trotzdem gelingen möge, ein verantwortungsvolles und praxistaugliches neues Gesetz zu schaffen, das zugleich Rechtssicherheit für alle Beteiligten bietet, und das Selbstbestimmungsrecht soweit wie möglich wahrt, damit für viele Menschen am Lebensende gelten kann: bene vixit is, qui potuit, cum voluit, mori.¹⁸¹

¹⁷¹ DÄBl. 104, Ausgabe 33 vom 17.08.2007.

¹⁷² Vgl. auch Kutzer, DRiZ 2005, 261.

¹⁷³ Ablehnend auch der Nationale Ethikrat in seiner Stellungnahme zur Patientenverfügung (www.ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Patientenverfuegung.pdf).

¹⁷⁴ Ähnlich Holzhauser, FamRZ 2006, 526; Höfling/Rixen, JZ 2003, 894.

¹⁷⁵ Patientenaautonomie- und Integritätsschutzgesetz, MedR 2006, 25 ff.

¹⁷⁶ Vgl. Holzhauser, FamRZ 2006, 522 f.

¹⁷⁷ Ähnlich Klutzer, Vorsitzender der BMJ Arbeitsgruppe, ZRP 2004, 214.

¹⁷⁸ Ingefingier, JZ 2006, 828.

¹⁷⁹ Vossler, ZRP 2002, 297 f.

¹⁸⁰ Becker-Schwarze, FPR 2007, 55.

¹⁸¹ Publilius Syrus, Sententiae 82: Glücklicherweise hat gelebt, wer nach Wunsch sterben konnte.

Tod eines Mitunternehmers einer Personengesellschaft im Fokus des Ertragssteuerrechts

(von Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH) und Notaranwärter, Stuttgart)

1. Grundsatz:

Bis zum Jahr 1998 wurde die offene Handelsgesellschaft (OHG) beim Tod eines Gesellschafters und die Kommanditgesellschaft (KG) beim Tod eines Komplementärs aufgelöst. Seit dem Handelsrechtsreformgesetz¹ (HRefG) vom 22.06.1998 ist der Grundsatz das eine OHG nicht aufgelöst wird, wenn ein Gesellschafter verstirbt.²

Ebenfalls eine KG wird nicht mehr grundsätzlich aufgelöst, wenn ein Komplementär verstirbt. Beim Tod eines Kommanditisten wurde die Kommanditgesellschaft bereits vor Einführung des Handelsrechtsreformgesetz gemäß § 177 HGB nicht aufgelöst.

Die atypisch stille Gesellschaft folgt dabei dem Grundsatz der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft.

Im Gegensatz zu den oben genannten Gesellschaften handelt es sich bei der BGB Gesellschaft um eine Gesamthandsgemeinschaft. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod ist die Rechtsfolge weiterhin die Auflösung der Gesellschaft. Dies begründet sich in der Annahme, dass der Bestand der Gesellschafter für das Fortbestehen der BGB Gesellschaft eine Gesellschaftsgrundlage sei.³

Gleichzeitig sieht der § 738 I Satz 1 BGB die Möglichkeit der Anwachsung beim Ausscheiden von Gesellschaftern der BGB Gesellschaft vor. Im Zuge der Rechtsentwicklung der letzten Jahre erhielt die BGB Gesellschaft eine zunehmende Teilrechtsfähigkeit. Das bedeutet, dass die BGB Gesellschaft von dem Bestand der Gesellschafter sukzessive abgekoppelt wurde. Somit wird m.E. eine BGB Gesellschaft nicht durch den Tod eines Gesellschafters kraft Gesetzes aufgelöst.⁴

2. Vertragliche Gestaltungen:

Bis 1998 bedurfte es zur Abwendung einer Auflösung der Gesellschaft einer Regelung im Gesellschaftsvertrag.

Mit Einführung des Handelsrechtsreformgesetz ist die frühere vertragliche Regelung der sog. Fortsetzungsklausel zur gesetzlichen Normierung geworden.

Weitere vertragliche Gestaltungen im Gesellschaftsvertrag sind die:

- einfache dingliche Nachfolgeklausel,
- qualifizierte dingliche Nachfolgeklausel,
- schuldrechtliche Eintrittsklausel.

Die Auswirkungen dieser Vertragsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der steuerrechtlichen Folgen werden anschließend dargelegt.

3. Fortsetzungsklausel:

Ist im Gesellschaftsvertrag keine Regelung für das Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod getroffen worden oder ist explizit eine sog. Fortsetzungsklausel vereinbart, so wird die Gesellschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt.

Der Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters wächst gemäß § 738 I Satz 1 BGB den übrigen Gesellschaftern an. Es bedarf keiner gesonderten Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die verbleibenden Gesellschafter, ebenfalls ist keine erneute Auflassung von etwaig im Gesellschaftsvermögen befindlichen Grundstücken notwendig.

Mit dem Ausscheiden wird bei Fortsetzung der Gesellschaft die Identität nicht geändert.

Die Erben erhalten einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft. Im Nachlass des Erblassers befindet sich kein Geschäftsanteil sondern das schuldrechtliche Abfindungsguthaben.

Steuerrechtliche Betrachtung

Zum Zwecke der Bestimmung des Abfindungsanspruchs wird eine Abschichtungsbilanz⁵ erstellt. Hierbei handelt es sich um eine Vermögensbilanz.

In einer Vermögensbilanz werden die stillen Reserven⁶ des Unternehmens aufgedeckt.

Stille Reserven entstehen regelmäßig durch Abschreibungen, die den wirklichen Wertverlust von Wirtschaftsgütern übersteigen.

Wirtschaftsgüter die einer wertmäßigen Schwankung unterliegen, wie zum Beispiel Wertpapiere und Gesellschaftsbeteiligungen, müssen in der Abschichtungsbilanz mit ihrem Wert zum Ausscheidungszeitpunkt angesetzt werden.

Des Weiteren werden eine ganze Reihe von wertbegründenden Gesichtspunkten, wie die Qualifizierung der Mitarbeiter, der gute Standort, der bekannte Name u.v.m. in dem Firmenwert⁷ einer Gesellschaft zusammengefasst.

Dieser Firmenwert ist ebenfalls in der Abschichtungsbilanz zu bilanzieren. Steuerrechtlich wird zwischen einem originären und einem derivaten Firmenwert unterschieden, wobei letzterer der entgeltlich erworbene Firmenwert ist.

Dieser ist bereits in der Steuerbilanz enthalten, da gemäß § 5 II EStG eine Aktivierungspflicht besteht.

¹ BGBl I 1474

² § 131 III HGB i. d. F. des HRefG

³ §§ 723ff BGB

⁴ hM: Die Gesellschaft besteht ab Erbfall bis zur Liquidation als Abwicklungsgesellschaft fort. Die Erben treten in ihrer Verbundenheit als Erbengemeinschaft anstelle des Erblassers in die Erbengemeinschaft ein. Steuerrechtlich beziehen Sie somit als einzelne Mitunternehmer der Liquidationsgesellschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

⁵ auch als Auseinandersetzungsbilanz bezeichnet

⁶ auch als stille Rücklagen bezeichnet

⁷ BFH, BStBl II 1977 S. 73

In Folge dessen, dass der derivate Firmenwert eines erworbenen Unternehmens gemäß § 7 I Satz 3 EStG abgeschrieben wird, können auch hier stille Reserven ruhen. Grundsätzlich ist es jedoch der selbst geschaffene originäre Firmenwert, der wegen seiner zwingenden Nichtaktivierung in der Steuerbilanz zu stillen Reserven führt.

Bei der Fortsetzungsklausel erfolgt im Todeszeitpunkt ein Ausscheiden des Erblassers aus der Personengesellschaft. In diesem Ausscheiden ist gemäß § 16 I EStG in Verbindung mit § 16 III EStG eine entgeltliche Veräußerung des Mitunternehmeranteils durch den Erblasser zu sehen.

Als Entgelt für die Veräußerung gilt gemäß § 16 II EStG die Differenz zwischen dem Kapitalkonto des Erblassers und dem Abfindungsguthaben.

Das Kapitalkonto widerspiegelt die Situation auf der Grundlage der Buchwerte und des Aktiv- Passivvergleichs.

Da das Abfindungsguthaben entgegen dem Kapitalkonto die stillen Reserven anteilig aufdeckt entsteht im Regelfall ein Veräußerungsgewinn.

Dieser Veräußerungsgewinn ist durch den Erblasser und nicht durch die Erben zu versteuern.

Zur Erleichterung der Betriebsaufgabe oder der Betriebsveräußerung hat der Gesetzgeber verschiedene Begünstigungen bei der Versteuerung eingeführt.

Besondere Berücksichtigung hat dabei die Betriebsaufgabe und die Betriebsveräußerung im Alter gefunden.

- Freibetrag gem. § 16 IV EStG

In § 16 IV EStG ist ein Freibetrag in Höhe von 45.000 Euro festgelegt. Dieser Freibetrag kommt nur zur Anwendung, wenn der Erblasser das 55. Lebensjahr vollendet hatte. Der Freibetrag ist dem Erblasser nur auf Antrag zu gewähren. Antragsberechtigt sind in diesem Fall die Erben. Der Antrag zur Gewährung des Freibetrags kann nur einmal gestellt werden.

Es handelt sich bei dem Freibetrag nach § 16 IV EStG um einen echten steuerlichen Freibetrag und nicht um eine Freigrenze. Als Ausnahme ist jedoch geregelt, dass der Freibetrag in Höhe von 45.000 Euro sukzessive um den Betrag absinkt, den der Veräußerungserlös eine Schwelle von 136.000 Euro übersteigt.⁸

Während über die Höhe des Veräußerungsgewinns im Verfahren zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung befunden werden muss, wird über die Gewährung des Freibetrages gemäß § 16 IV EStG bei der Veranlagung zur Einkommensteuer entschieden.⁹

- Tarifbegünstigung gem. § 34 I EStG

Bei den Einkünften aus einer Betriebsveräußerung oder einer Betriebsaufgabe handelt es sich nicht um laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Sinne von § 15 EStG.

Vielmehr handelt es sich um eine einmalig auftretende Zusammenballung von Einnahmen, die aus mehreren Jahren resultieren, sog. außerordentliche Einkünfte gem. § 34 II Nr. 1 EStG.¹⁰ Veräußerungsgewinne, die durch Betriebsaufgabe und Betriebsveräußerung im Sinne von § 16 EStG realisiert werden, beruhen auf Wertsteigerungen im Betriebsvermögen im Verlauf vieler Jahre, die jedoch erst mit der Veräußerung

von Wirtschaftsgütern, spätestens jedoch mit der Beendigung der gewerblichen Tätigkeit erfasst werden. Sie sind stets nach § 34 EStG begünstigt.¹¹

Für die Tarifbegünstigung nach § 34 I EStG ist seit dem Veranlagungszeitraum 2001 kein Antrag mehr erforderlich. Diese Tarifbegünstigung wird auch Fünftelmethode genannt. Für die Anwendung der Fünftelmethode gibt es keine Altersbeschränkung und auch keine Beschränkung wie oft Sie angewendet werden kann.

Zum Verständnis der Durchführung der Fünftelmethode zitiere ich den Gesetzestext:

„Die für die außerordentlichen Einkünfte anzusetzende Einkommensteuer beträgt das Fünffache des Unterschiedsbetrags zwischen der Einkommensteuer für das um diese Einkünfte verminderte zu versteuernde Einkommen (verbleibendes zu versteuerndes Einkommen) und der Einkommensteuer für das verbleibende zu versteuernde Einkommen zuzüglich eines Fünftels dieser Einkünfte.“¹²

Das bedeutet es wird die tabellarische Einkommensteuer ohne Berücksichtigung der außerordentlichen Einkünfte bestimmt. Anschließend wird die Einkommensteuer unter Addition eines Fünftels der außerordentlichen Einkünfte ermittelt.

Die Differenz dieser beiden Steuerbeträge wird mit Fünf multipliziert und als Einkommensteuer für die außerordentlichen Einkünfte zugrunde gelegt.

Im Ergebnis ergibt dies eine Fiktion in der Besteuerung der außerordentlichen Einkünfte. Es wird damit fingiert, dass die außerordentlichen Einkünfte über einen Zeitraum von fünf Jahren zugeflossen sind.

Damit macht sich diese Tarifbegünstigung den Vorteil des progressiven Steuerrechts zu Nutzen. Eine nachweisbare Verschärfung der Steuerprogression muss jedoch nicht vorliegen.¹³

- Tarifbegünstigung gem. § 34 III EStG

Eine weitere Tarifbegünstigung, die bei außerordentlichen Einkünften wie zum Beispiel Veräußerungsgewinnen im Sinne von § 16 I EStG zur Anwendung kommt ist die Besteuerung nach dem sog. halben Durchschnittssteuersatz.

Für diese Vergünstigung ist ebenfalls seit dem Veranlagungszeitraum 2001 kein Antrag mehr erforderlich.

Zur Berücksichtigung des halben Durchschnittssteuersatzes muss der Erblasser das 55. Lebensjahr vollendet gehabt haben. Genau wie der Freibetrag nach § 16 IV EStG kann auch der halbe Durchschnittssteuersatz nur einmal gewährt werden.¹⁴

Sollten die außerordentlichen Einkünfte eine Schwelle von 5 Millionen Euro überschreiten, so findet eine Begünstigung der Gewinne mit dem halben Durchschnittssteuersatz nur bis zu dieser Schwelle statt.

Unterschreitet der tatsächlich ermittelte halbe durchschnittliche Steuersatz den nach § 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG jeweils für den entsprechenden Veranlagungszeitraum geltenden Eingangssteuersatz, ist mindestens der Eingangssteuersatz anstelle des halben durchschnittlichen Steuersatzes anzuwenden.

⁸ § 16 IV Satz 3 EStG

⁹ Vgl. R 139 XIII EStR

¹⁰ BFH vom 21.11.1980 BStBl II 1981, 214

¹¹ BFH vom 27.11.1984 BStBl II 1985, 296

¹² Vgl. § 34 I Satz 2 EStG

¹³ BFH vom 17.12.1982 BStBl II 1983, 52

Bei dem Steuerpflichtigen der eine Tarifbegünstigung sowohl nach § 34 III EStG (halber Durchschnittssteuersatz) als auch nach § 34 I EStG (Fünftelmethode) in Anspruch nehmen kann besteht ein Wahlrecht zwischen beiden Vergünstigungen.

Ausnahmsweise könnten auch beide Tarifbegünstigungen zur Anwendung kommen, wenn in einem Veranlagungszeitraum verschiedene außerordentliche Einkünfte, wie zum Beispiel Veräußerungsgewinne und Abfindungen zusammentreffen.

Der im Jahr des Ausscheidens entstehende Gewinn oder Verlust aus dem operativen Geschäft der Personengesellschaft ist vom Erblasser als laufender Gewinn nach

§ 15 EStG zu versteuern. Dabei kommen keine Vergünstigungen zum Ansatz.

- Sonderbetriebsvermögen

Zum Veräußerungsgewinn des Erblassers gehört auch der Gewinn aus der gezwungenen Entnahme seines Sonderbetriebsvermögens infolge des durch den Tod herbeigeführten Austritts aus der Mitunternehmerschaft.¹⁵

Beim Sonderbetriebsvermögen handelt es sich um Wirtschaftsgüter die nicht Teil des Gesellschafts- oder Gesamtvermögens sind. Gleichzeitig sind diese Wirtschaftsgüter dem Bereich der gewerblichen Betätigung des Mitunternehmers in Rahmen der Personengesellschaft zuzuordnen.

Unterschieden wird dabei zwischen Wirtschaftsgütern die einem oder mehreren Beteiligten Gesellschaftern gehören und dabei dem Betrieb der Personengesellschaft (Sonderbetriebsvermögen I) oder der Mitunternehmerstellung der Gesellschafter (Sonderbetriebsvermögen II) dienen.

Ein Beispiel für Sonderbetriebsvermögen I ist das vom Gesellschafter an seine Gesellschaft vermietete Grundstück. Sonderbetriebsvermögen II wäre zum Beispiel das aufgenommene Darlehen zum Erwerb der Mitunternehmerstellung.

Rechtsgrundlage für die Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens in den Betriebsvermögensvergleich ist nicht § 15 I Satz 1 Nr. 2 EStG, sondern § 4 I EStG. Deshalb gehören Wirtschaftsgüter auch dann zum Sonderbetriebsvermögen, wenn sie der Gesellschaft unentgeltlich überlassen werden.¹⁶

Sonderbetriebsvermögen wird in einer separaten Bilanz, der sog. Sonderbilanz bilanziert.

Genau wie in der richtigen Bilanz sind auch die Wirtschaftsgüter der Sonderbilanz abzuschreiben. Daher resultiert die Möglichkeit von stillen Reserven innerhalb der Sonderbilanz.

Der Gewinn bzw. Verlust durch die Entnahme des Sonderbetriebsvermögens ist ebenfalls vom Erblasser zu versteuern.¹⁷ Deshalb finden auch die Begünstigungen nach § 16 IV EStG und § 34 I und III EStG Anwendung.

Aus der Definition des Sonderbetriebsvermögens ergibt sich, dass es nicht mehr Betriebsvermögen sein kann, wenn der Mitunternehmer ausgeschieden ist. Es wird zwingend Privatvermögen der Erben (Erbengemeinschaft) und nimmt somit an der Wachung im Sinne von § 738 I Satz 1 BGB nicht Teil.

- Besteuerung der Erben

Die Erben erhalten statt eines Mitunternehmeranteils ein Abfindungsguthaben im Nachlass des Erblassers. Hierbei handelt es sich lediglich um einen Vorgang auf der Vermögensebene. Dieser ist ertragsteuerlich nicht von Bedeutung, da keine Einkünfte vorliegen. Das erworbene Sonderbetriebsvermögen löst für sich betrachtet beim Übergang auf die Erben ebenfalls keine Ertragsteuer für die Erben aus.

Von daher können Erben keine der beschriebenen Tarifbegünstigungen oder den Freibetrag nach § 16 IV EStG geltend machen.

Im Rahmen der Fortsetzungsklausel ist der Übergang des Sonderbetriebsvermögens und des Abfindungsguthabens ertragsteuerlich unbedeutend. Dagegen ist die Verwendung natürlich zu beachten. Sollten die Erben einer verzinlichen Stundung des Abfindungsanspruchs zustimmen, entstehen private Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne von § 20 I Nr. 7 EStG, welche von den Erben zu versteuern sind.

Wird das vormals im Sonderbetriebsvermögen befindliche Grundstück zweckmäßig weiterhin an die Personengesellschaft vermietet, so entstehen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG, die ebenfalls im Rahmen der privaten Ertragsbesteuerung erfasst werden.

- Ausschluss eines Abfindungsanspruchs

Ein Abfindungsguthaben kann gegebenenfalls im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sein. In diesem Fall erhalten die Erben keinen Abfindungsanspruch. Ertragsteuerlich ist zur Bewertung dieses Vorgangs die Motivlage des Abfindungsausschlusses entscheidend.

Sind die Motive zum Ausschluss betrieblich veranlasst, zum Beispiel in der wirtschaftlichen Situation der Personengesellschaft, so entsteht in der Person des Erblassers ein Veräußerungsverlust. Dieser wird in der Einkommensteuererklärung des Erblassers berücksichtigt und mit anderen Einkunftsarten verrechnet.

Handelt es sich um außerbetriebliche Motive, die regelmäßig in der familiären Struktur des Erblassers begründet sind, so erfolgt eine unentgeltliche Übertragung im Sinne von § 6 III EStG an die übrigen Gesellschafter.¹⁸

Somit werden von den übrigen Gesellschaftern die Buchwerte fortgeschrieben und es erfolgt keine Aufdeckung der stillen Reserven.

Sollte ein Abfindungsanspruch in Höhe der Buchwerte im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden sein, werden ebenfalls keine stillen Reserven aufgedeckt.

Liegt der Abfindungsanspruch über den Buchwerten der Beteiligung des ausgeschiedenen Mitunternehmers, haben die verbleibenden Gesellschafter Anschaffungskosten in Höhe des übersteigenden Teils zu aktivieren.

Bei dem Teil einer Abfindung der über die stillen Reserven hinaus vereinbart ist, handelt es sich aus Sicht der übrigen Gesellschafter nicht um Anschaffungskosten ihrer größeren Beteiligung, sondern um Betriebsausgaben.

¹⁴ § 34 III Satz 4 EStG

¹⁵ BFH, BStBl II 1998, 290

¹⁶ BFH, BStBl II 1995, 241- 243

¹⁷ BFH, BStBl II 1983, 771

¹⁸ BFH vom 20.08.1970, BStBl II 1971, 83

4. Einfache dingliche Nachfolgeklausel

Vom Grundsatz her muss die einfache dingliche Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag vereinbart sein. Eine Ausnahme bildet die Vererbung eines Kommanditanteils. Beim Kommanditanteil ist die einfache dingliche Nachfolgeklausel bereits nach § 177 HGB die gesetzliche Folge.

Der Mitunternehmeranteil wird nicht Teil der Erbengemeinschaft. Viel mehr kommt es zu einem aufbrechen des Gesellschaftsanteils. Jeder Miterbe wird in der Höhe seiner Beteiligung am Nachlass Gesellschafter der Personengesellschaft.¹⁹

Der Mitunternehmeranteil des verstorbenen Gesellschafters spaltet sich auf die Erben auf.²⁰

Es handelt sich dabei um eine im deutschen Erbrecht eher ungewöhnliche quotale Sonderrechtsnachfolge. Erbrecht und Gesellschaftsrecht gehen hier getrennt vor. Nach dem Erbrecht geht der übrige Nachlass des Erblassers auf die Erbengemeinschaft über. Der Mitunternehmeranteil geht nach dem Gesellschaftsrecht entsprechend der Erbquoten direkt auf die Erben über.

Begründet ist dies in einer Zweckkollision zwischen dem Zweck der Erbengemeinschaft und dem der Personengesellschaft.

Die Erbengemeinschaft ist eine sog. sterbende Gemeinschaft und auf die Erbaueinsetzung ausgerichtet. Die Personengesellschaft ist jedoch eine sog. werbende Gesellschaft und auf Fortführung des Gesellschaftszweckes ausgerichtet.

Deshalb kann eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafter einer Personengesellschaft sein, außer bei einer Abwicklungsgesellschaft.

Durch die Ausgliederung aus dem Nachlass verlieren die Beteiligungen der Miterben an der Personengesellschaft nicht jede Beziehung zum Nachlass.²¹

Auch bei der Sonderrechtsnachfolge bleibt der Gesellschaftsanteil rechtlich ein Bestandteil der Erbaueinsetzung. Faktisch hat eine Teilerbaueinsetzung für den Gesellschaftsanteil bereits vorab stattgefunden.

Steuerrechtliche Betrachtung

Da grundsätzlich alle Miterben in die Personengesellschaft eintreten hat der Erblasser keine Betriebsveräußerung zu versteuern. Somit ergibt sich für den Erblasser nur eine Besteuerung seines anteiligen, laufenden Gewinns gemäß § 15 EStG.

Die Erben erhalten den Gesellschaftsanteil unter Fortführung der Buchwerte gemäß § 6 III EStG. Vom Grundsatz her gibt es keine Abfindungsansprüche die zu einem Entstehen von Anschaffungskosten oder der Aufdeckung stiller Reserven führen könnten.

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen. Nicht immer wollen alle Miterben auch in die Gesellschafterstellung eintreten. Soweit der Gesellschaftsvertrag es zulässt können die Miterben untereinander ihre Gesellschaftsanteile verschieben. Dies kann zu einer Abfindungszahlung führen oder auch unentgeltlich in Form einer weitergehenden Erbaueinsetzung erfolgen.

¹⁹ BFH, BStBl II 1992, 510

²⁰ BGH vom 10.02.1977, BGHZ 68, 225

²¹ NJW 1984, 2104

- Erfolgsneutrale Realteilung

Ist neben dem Gesellschaftsanteil noch mehr Nachlass vorhanden können die Miterben eine sog. erfolgsneutrale Realteilung vornehmen.

Soweit die Miterben eine Realteilung anstreben übernimmt ein Miterbe den Gesellschaftsanteil des anderen und der weichende Miterbe erhält im Gegenzug andere Nachlassgegenstände. Dabei muss Wertgleichheit herrschen.

Das Gesetz sieht dann nicht mehr die Beendigung der Mitunternehmerschaft als gewinnrealisierende Betriebsveräußerung an, sondern schreibt in § 16 III Satz 2 EStG insoweit ausdrücklich die gewinnneutrale Fortführung der Buchwerte vor.²²

Bis zum 01.01.1999 bestand indes noch ein Wahlrecht ob die stillen Reserven aufgedeckt und somit Gewinne realisiert werden sollen oder ob die Buchwerte fortgeführt werden.²³

Auch beim Vorhandensein von Sonderbetriebsvermögen ist eine Realteilung möglich. Gesellschaftsanteil und Sonderbetriebsvermögen müssen nach der Auseinandersetzung in einer Hand vereinigt werden um eine unentgeltliche Übertragung des Mitunternehmeranteils zu erreichen.

Eine Wertgleichheit zwischen dem Verkehrswert der Nachlassgegenstände und dem tatsächlichen Wert der aufgegebenen Gesellschafterrechte ist selten gegeben.

In diesen Fällen wird oft ein sog. Spitzenausgleich gezahlt.

Der Spitzenausgleich ist nach Auffassung der Finanzverwaltung in Teilbeträge zu zerlegen, die dem anteiligen Buchwerten und den anteiligen stillen Reserven entsprechen.²⁴ Der Bundesfinanzhof vertrat dem entgegen eine andere Ansicht. Demnach wäre der Spitzenausgleich im vollem Umfang zu versteuern.²⁵ Diese Ansicht wurde vom Bundesministerium der Finanzen abgelehnt.²⁶

Eine erfolgsneutrale Realteilung ist dann abzulehnen, wenn es sich um eine Zerschlagung der Personengesellschaft handelt.²⁷

- Entgeltliche Abfindungsregelung

Durch die einfache dingliche Nachfolgeklausel liegt keine Betriebsaufgabe oder Betriebsveräußerung beim Erblasser vor. Alle Miterben sind dinglich in die Gesellschafterstellung kraft Erbfall gerückt.

Gibt ein Miterbe zugunsten eines anderen Miterben gegen eine Abfindungszahlung seine Gesellschafterstellung auf so realisiert er gegebenenfalls einen Veräußerungsgewinn.

Sowohl bei Einbeziehung in die Erbaueinsetzung als auch bei gesonderter Übertragung führen Ausgleichzahlungen für das Beteiligungsrecht des abgefundenen Miterben zu einem Veräußerungserlös.²⁸

Der abgefundene Miterbe muss seinen Veräußerungserlös gemäß § 16 I Nr. 2 EStG versteuern.²⁹ Ihm stehen dabei die Tarifbegünstigungen des § 34 I und III EStG und der Freibetrag nach § 16 IV EStG, bei Erfüllung der Voraussetzungen, zu.

²² BFH vom 26.03.1981 BStBl II 1981, 615

²³ BFH, BStBl II 1992, 385

²⁴ BMF, BStBl I 1993, 62, 66; vgl. auch BFH, BStBl II 1992, 385, 388, 512, 514

²⁵ BFH, BStBl II 1994, 607, 809

²⁶ BMF, BStBl I 1994, 601

²⁷ Betriebs-Berater (BB), Beilage 5 zu Heft 16/1999, 14

²⁸ BFH vom 13.12.1990 BStBl II 1992, 510, 512

²⁹ BFH, BStBl II 1990, 837

Der abfindende Erbe erhöht damit seinen Gesellschaftsanteil. Dies führt zu aktivierungspflichtigen Anschaffungskosten seiner Beteiligung. Soweit diese Anschaffungskosten das Kapitalkonto des weichenen Miterben übersteigen entfallen sie auf stille Reserven.

Der auf stille Reserven entfallene Teil der Anschaffungskosten ist separat in einer sog. Ergänzungsbilanz zu bilanzieren.

Die Ergänzungsbilanz ist eine reine steuerliche Bilanz. In ihr werden die Aufwendungen des abfindenden Miterben für den Gesellschaftsanteil, soweit diese höher sind als der Buchwert des Gesellschaftsanteils als Anschaffungskosten für einen entsprechenden Anteil an den stillen Reserven, der materiellen und bilanzierten immateriellen Wirtschaftsgüter sowie an den nicht bilanzierten immateriellen Einzelwirtschaftsgütern und am Firmenwert der Personengesellschaft aktiviert.³⁰

Die eigentliche Bilanz der Personengesellschaft weist daher weiterhin die Buchwerte der Wirtschaftsgüter und Beteiligungen aus.

Etwa bestehende Pflichtteils-, Erbersatz- oder Vermächtnisverbindlichkeiten bilden keine zusätzlichen in der Ergänzungsbilanz zu aktivierende Anschaffungskosten.³¹

- Sonderbetriebsvermögen

Im Falle der einfachen dinglichen Nachfolgeklausel geht das Sonderbetriebsvermögen entgegen der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung nicht per Sonderrechtsnachfolge auf die Miterben über.

Das Sonderbetriebsvermögen fällt in den Nachlass und wird daher zivilrechtlich Gesamtvermögen der Erbengemeinschaft.

Steuerrechtlich haben die Erben innerhalb der Sonderbilanzen im Sinne von § 6 III EStG anteilig die Buchwerte fortzuführen.³²

5. Qualifizierte dingliche Nachfolgeklausel

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt sein, dass nur eine eingegrenzte Zahl von Miterben oder nur ein Miterbe in die Gesellschaft eintreten sollen. Der Gesellschaftsanteil geht dabei zivilrechtlich wie bei der einfachen dinglichen Nachfolgeklausel auf den oder die bestimmten Erben über.

Der qualifizierte Miterbe wird kraft Sonderrechtsnachfolge alleiniger Mitunternehmer. Mehrere qualifizierte Miterben teilen sich die Gesellschaftsbeteiligung quotale nach ihrer Anzahl. Dennoch hat jeder seinen Mitunternehmensanteil.

Die übrigen Miterben werden nicht Gesellschafter der Personengesellschaft des Erblassers. Der Gesellschaftsanteil geht unverändert auf die qualifizierten Miterben über. Das bedeutet, dass die Erbengemeinschaft zu keinem Zeitpunkt den Gesellschaftsanteil hatte. Ein Durchgangserwerb von der Erbengemeinschaft auf die qualifizierten Miterben ist daher ausgeschlossen.

Die übrigen Erben haben keinen gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Personengesellschaft. Viel mehr steht ihnen ein erbrechtlicher Wertausgleichsanspruch aus den §§ 2050ff BGB gegen die qualifizierten Miterben zu.³³

Dieser Wertausgleichsanspruch kann abgewendet werden, wenn eine Bevorzugung der qualifizierten Miterben bewusst gewünscht war. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Erblasser die Zuwendung in der Form eines Vorausvermächtnisses gestaltet hat.

Da die Abfindung bei der qualifizierten Nachfolge lediglich den erbrechtlichen Bereich betrifft, sollte sie immer durch letztwillige Verfügung und nicht durch Gesellschaftsvertrag festgelegt werden.

Steuerrechtliche Betrachtung

Die qualifizierten Nachfolgeerben treten unmittelbar und in vollem Umfang mit dinglicher Wirkung in die Mitunternehmerstellung ein. Sie erhalten unentgeltlich den Gesellschaftsanteil und müssen daher zwingend gemäß § 6 III EStG die Buchwerte fortführen.

Die erbrechtlichen Ausgleichszahlungen, die von den qualifizierten Miterben gegebenenfalls geleistet werden führen nicht zu Anschaffungskosten der Beteiligung.³⁴ Es liegt keine gesellschaftsrechtliche Grundlage für diese Ausgleichszahlungen vor.

Ebenfalls führen die erhaltenen Abfindungen bei den nicht berechtigten Erben nicht zu einem Veräußerungserlös im Sinne von § 16 I Nr. 2 EStG.³⁵

Die nicht qualifizierten Erben waren nie Gesellschafter der Personengesellschaft und können daher auch keinen Gesellschaftsanteil veräußern.

Wertausgleichsschulden sind wie andere Erbfallschulden (Erbersatz, Pflichtteil und Vermächtnis) grundsätzlich privater Natur.³⁶

Dementsprechend sind Darlehen, die zur Zahlung des erbrechtlichen Abfindungsanspruchs aufgenommen werden keine Betriebsschulden und die Zinsen auch keine Betriebsausgaben.³⁷

- Teilnachfolgeklausel

Die Teilnachfolgeklausel ist ein Sonderfall der qualifizierten Nachfolgeklausel. In diesem Fall wird im Gesellschaftsvertrag ein Miterbe bestimmt der entsprechend seiner erbrechtlichen Quote am Nachlass auch den Gesellschaftsanteil erhält.

Dementsprechend spaltet sich der Gesellschaftsanteil des Erblassers. Soweit dieser von dem qualifizierten Miterben übernommen wird müssen die Buchwerte fortgeführt werden. Die Folgen sind wie bei der qualifizierten Nachfolgeklausel.

Der übrige Gesellschaftsanteil wächst den verbleibenden, ursprünglichen Gesellschaftern gemäß § 738 I Satz 1 BGB an.

Hier greifen die Grundsätze der Fortsetzungsklausel. Bezüglich des angewachsenen Gesellschaftsanteils haben die nicht nachfolgeberechtigten Erben einen Abfindungsanspruch. Diese Abfindung führt zu Anschaffungskosten der bisherigen Gesellschafter.

³⁰ BFH, BStBl II 1986, 176, 350

³¹ BFH vom 13.12.1990 BStBl II 1992, 510, 512

³² BFH, BStBl II 1995, 241, 243

³³ BGH vom 10.02.1977 BGHZ 68, 225

³⁴ BFH, BStBl II 1992, 512, 515

³⁵ BFH vom 26.03.1981 BStBl II 1981, 614

³⁶ BFH, BStBl II 1994, 619

³⁷ BMF, BStBl I 1994, 603

Der Erblasser muss den entstehenden Veräußerungserlös gemäß § 16 I Nr. 2 EStG versteuern. Ihm stehen die Tarifbegünstigungen nach § 34 I und III EStG und der Freibetrag nach § 16 IV EStG wie bei der Fortsetzungsklausel zu.

- Sonderbetriebsvermögen

Für das Sonderbetriebsvermögen greift wie schon bei der einfachen dinglichen Nachfolgeklausel nicht die Sonderrechtsnachfolge. Das Sonderbetriebsvermögen wird nach der Gesamtrechtsnachfolge vererbt.

Somit wird der Teil des Sonderbetriebsvermögens der auf nicht qualifizierte Erben entfällt zwangsweise aus der Gesellschaft entnommen.

Zwar fällt das Sonderbetriebsvermögen in die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft, dennoch ist eine steuerlich Zuordnung auf die nicht qualifizierten Erben möglich.

Soweit die getrennte Zuordnung von Wirtschaftsgütern einer Gesamthandsgemeinschaft für die Besteuerung notwendig ist, werden diese den Beteiligten anteilig zugerechnet.³⁸

Die zwingende Entnahme des Sonderbetriebsvermögens führt zu einem Entnahmegewinn, dieser ist vom Erblasser zu versteuern.³⁹ Da es sich in diesem Fall nicht um eine Veräußerung eines gesamten Mitunternehmeranteils handelt, sondern lediglich um eine Teilentnahme des Sonderbetriebsvermögens, stehen dem Erblasser die Vergünstigungen nach den §§ 16 und 34 EStG nicht zu.

Der Erblasser muss diese Entnahme gemäß § 15 I Nr. 2 EStG als laufenden Gewinn versteuern.

Die teilweise Entnahme des Sonderbetriebsvermögens führt beim qualifizierten Nachfolgeerben nicht zu einer Teilveräußerung oder Teilaufgabe seines Gesellschaftsanteils. Er muss für seinen Teil weiterhin die Buchwerte im Sinne von § 6 III EStG in der Sonderbilanz fortführen.

Setzen sich die Erben dahingehend auseinander, dass der qualifizierte Miterbe auch das Sonderbetriebsvermögen gegen Abfindung erhält, so liegen in Höhe der Abfindung Anschaffungskosten vor.⁴⁰ Diese hat der qualifizierte Erbe in der Sonderbilanz zu aktivieren.

Für die nicht qualifizierten Erben handelt es sich nicht um eine betriebliche Veräußerung sondern gegebenenfalls um ein privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 EStG.

Werden nach der Erbaueinandersetzung die nicht qualifizierten Erben Eigentümer des gesamten Sonderbetriebsvermögens, verliert auch das dem qualifizierten Erben bisher gehörende Sonderbetriebsvermögen seine Eigenschaft als Sonderbetriebsvermögen. Der Nachfolgeerbe muss das Sonderbetriebsvermögen zum Teilwert entnehmen. Der dabei entstehende Entnahmegewinn ist vom Entnehmer zu versteuern und nicht gemäß der §§ 16 und 34 EStG begünstigt.

6. Schuldrechtliche Eintrittsklausel

Die schuldrechtliche Eintrittsklausel muss im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein. Damit wird einem oder mehreren bestimmten Personen ein Eintrittsrecht in die Gesellschaft zugewandt. Hierbei handelt es sich um einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 I BGB.

Die Eintrittsklausel bewirkt keinen automatischen, dinglichen Eintritt des Begünstigten in die Gesellschaft. Gleichzeitig fällt der Gesellschaftsanteil auch nicht der Erbengemeinschaft zu. Der Gesellschaftsanteil wächst zunächst den verbleibenden Gesellschaftern gemäß § 738 I Satz 1 BGB an.

Bei Nichtausübung des Eintrittsrecht verbleibt der Gesellschaftsanteil bei den bisherigen Gesellschaftern, insofern ist in der Eintrittsklausel auch eine Fortsetzungsklausel zu sehen.

Übt ein mit der Eintrittsklausel Bedachter sein Recht aus, so wächst ihm der Gesellschaftsanteil von den übrigen Gesellschaftern zu.

Steuerrechtliche Betrachtung

Das Eintrittsrecht hat abhängig davon wer es zu welchem Zeitpunkt ausübt verschiedene Rechtsfolgen, die denen der anderen Vertragsklauseln entsprechen. Steuerrechtlich geht der Anteil nicht von dem Erblasser, sondern von den bisherigen Gesellschaftern auf die Eintrittsberechtigten über.

Bei den Varianten I und II wird davon ausgegangen, dass allen Miterben ein Eintrittsrecht zusteht. Für die Variante III und IV gilt, dass nur für einen oder einige Miterben ein Eintrittsrecht besteht.

- Variante I

Bei einer einheitlichen Ausübung des Eintrittsrecht aller Miterben sind die steuerlichen Folgen im Ergebnis wie bei der einfachen Nachfolgeklausel.

- Variante II

Sollten die Miterben gemeinschaftlich das Eintrittsrecht nicht ausüben greifen die Grundsätze der Fortsetzungsklausel.

- Variante III

Wird das Eintrittsrecht innerhalb von 6 Monaten nach dem Erbfall und der Kenntnis über diesen ausgeübt, so gelten die Grundsätze der qualifizierten Nachfolgeklausel.⁴¹

- Variante IV

Die Nichtausübung des Eintrittsrechtes führt erneut zu den Wirkungen der Fortsetzungsklausel.

Sollte das Eintrittsrecht nicht einheitlich ausgeübt werden sind die Folgen die gleichen wie bei der Teilnachfolgeklausel.

7. Fazit für die notarielle Beratungspraxis

Das Steuerrecht hat einen weitgreifenden Einfluss auf die Gesellschaft. Damit auch auf die Menschen, die in das Notariat kommen und eine umfassende rechtliche Beratung erwarten.

Der Notar kann und soll den Steuerberater nicht ersetzen. Dennoch entsteht eine gewisse Erwartungshaltung gegenüber dem Notar.

Der Notar muss daher immer mehr steuerliche Überlegungen in seine Urkundsgestaltung mit einfließen lassen.

Einige Überlegungen davon stehen auch im Zusammenhang mit der Vererbung eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft.

Zu diesen Überlegungen könnten unter anderem gehören,

³⁸ § 39 II Nr. 2 AO

³⁹ BMF, BStBl I 1993, 77

⁴⁰ BFH, BStBl II 1990, 837

⁴¹ BFH vom 05.07.1990 BStBl II 1990, 893

dass eine Steuerbegünstigung nach § 34 III EStG und nach § 16 IV EStG nur einmal gewährt werden kann.

Des Weiteren überlegenswert ist die zum Teil gesonderte Vererbung von Sonderbetriebsvermögen und deren steuerliche Folgen.

Bei der qualifizierten Nachfolgeklausel sollte eine Regelung zum Schwerpunkt Abfindung in der notariellen, letztwilligen Verfügung enthalten sein.

Rechtsprechung

Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 geänderten Fassung steht der Erhebung von Notargebühren für die Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft entgegen, die als Einlage im Rahmen einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals einer Kapitalgesellschaft erfolgt ist, und dies in einem Rechtssystem, das dadurch gekennzeichnet ist, dass die Notare Beamte sind und die Gebühren zumindest teilweise dem Staat für die Bestreitung öffentlicher Kosten zufließen.

EuGH, Urt. v. 28.06.2007 – C-466/03 (www.curia.eu)

Urteil:

1. Das Vorabentscheidungsersuchen und seine Ergänzung betreffen die Auslegung der Art. 10 und 12 der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (ABl. L 249, S. 25) in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 (ABl. L 156, S. 23) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 69/335).

2. Diese Ersuchen ergehen im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Firma R. Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: R.) und dem Land Baden-Württemberg über die Zahlung von Notargebühren für die Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf R., wobei diese Übertragung als Einlage im Rahmen einer Erhöhung des Stammkapitals von R. erfolgte.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3. Mit der Richtlinie 69/335 soll, wie sich aus ihren ersten beiden Erwägungsgründen ergibt, der freie Kapitalverkehr, eine der für die Schaffung eines Binnenmarkts wesentlichen Grundfreiheiten, gefördert werden. Die Richtlinie soll steuerrechtliche Hindernisse beseitigen, die auf dem Gebiet der Ansammlung von Kapital bestehen, insbesondere was Kapitalzuführungen, d. h. Kapitalzuführen von Gesellschaftern oder Aktionären an ihre Kapitalgesellschaften, anbelangt.

4. Zu diesem Zweck sehen die Art. 1 bis 9 der Richtlinie die Erhebung einer harmonisierten Abgabe auf Kapitalzuführungen (im Folgenden: Gesellschaftsteuer) vor.

5. In Art. 4 der Richtlinie sind die Vorgänge aufgeführt, die die Mitgliedstaaten einer solchen Gesellschaftsteuer unterwerfen können oder müssen.

6. So bestimmt Art. 4 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten Gesellschaftsteuer auf „die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art“ erheben.

7. Außerdem sieht Art. 10 der Richtlinie im Licht ihres letzten Erwägungsgrundes die Aufhebung von Steuern oder Abgaben mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftsteuer (im Folgenden: gesellschaftsteuerähnliche Abgaben) vor.

8. Abgesehen von der Gesellschaftsteuer erheben die Mitgliedstaaten daher nach Art. 10 Buchst. c der Richtlinie von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbszweck keinerlei andere Steuern oder Abgaben auf die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.

9. Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt jedoch:

„In Abweichung von den Artikeln 10 und 11 können die Mitgliedstaaten Folgendes erheben:

a) pauschal oder nicht pauschal erhobene Börsenumsatzsteuern;

...

e) Abgaben mit Gebührencharakter;

...“

10. Zu den Börsenumsatzsteuern wird in der Begründung des Vorschlags einer Richtlinie der Kommission vom 14. Dezember 1964 (KOM[64] 526 endg.), der zum Erlass der Richtlinie 69/335 geführt hat, erläuternd ausgeführt:

„Bei [den indirekten] Steuern [auf den Kapitalverkehr] kann man zwischen Steuern auf die Ansammlung von Kapital und Steuern auf den Wertpapierhandel unterscheiden. Der nachstehende Richtlinienentwurf bezieht sich auf die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital; hierzu gehören: die Gesellschaftsteuer auf das Eigenkapital der Gesellschaften, die Wertpapiersteuer auf inländische Wertpapiere, die bei der Einführung oder Emission von Wertpapieren ausländischer Herkunft auf dem Binnenmarkt erhobene Wertpapiersteuer sowie andere indirekte Steuern, die die gleichen Merkmale aufweisen. Die indirekten Steuern, die auf den Wertpapierhandel erhoben werden, wie beispielsweise die Börsenumsatzsteuern, werden in einer späteren Richtlinie gesondert behandelt werden. Die vorliegende Richtlinie lässt diese Steuern somit unberührt.“

Nationales Recht

11. § 15 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477) in seiner für das Ausgangsverfahren maßgebenden Fassung (im Folgenden: GmbHG) sieht vor: „Zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter bedarf es eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags.“

12. Die Höhe der Gebühren, die von den Notaren erhoben werden können, ist im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) vom 26. Juli 1957 (BGBl. I S. 960) in seiner für das Ausgangsverfahren maßgebenden Fassung (im Folgenden: KostO) festgelegt.

13. Nach § 32 Abs. 1 KostO beträgt die volle Gebühr bei einem Geschäftswert bis 1 000 Euro 10 Euro. Die Gebühr erhöht sich bei einem Geschäftswert

– bis 5 000 Euro für jeden angefangenen Betrag von weiteren 1 000 Euro um 8 Euro,

- bis 50 000 Euro für jeden angefangenen Betrag von weiteren 3 000 Euro um 6 Euro,
- bis 5 000 000 Euro für jeden angefangenen Betrag von weiteren 10 000 Euro um 15 Euro,
- bis 25 000 000 Euro für jeden angefangenen Betrag von weiteren 25 000 Euro um 16 Euro,
- bis 50 000 000 Euro für jeden angefangenen Betrag von weiteren 50 000 Euro um 11 Euro,
- über 50 000 000 Euro für jeden angefangenen Betrag von weiteren 250 000 Euro um 7 Euro.

14. Nach § 36 Abs. 2 KostO wird für die Beurkundung von Verträgen das Doppelte der vollen Gebühr erhoben.

15. Im Land Baden-Württemberg ist das Innenverhältnis zwischen den Notaren im Landesdienst und der Staatskasse u. a. im Landesjustizkostengesetz vom 15. Januar 1993 (GBl. S. 110, im Folgenden: LJKG) geregelt.

16. Dieses Gesetz sah ursprünglich vor, dass die im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe tätigen beamteten Notare nicht die unmittelbaren Gläubiger der Gebühren für die notarielle Beurkundung sind, sondern dass diese Gebühren unmittelbar dem Land zufließen. Die beamteten Notare erhielten ihre Dienstbezüge, zu denen ein veränderlicher Betrag in Form eines Anteils an den erhobenen Gebühren kam. So stand ihnen z. B. für die Beurkundung der in § 15 Abs. 3 GmbHG genannten Verträge ein Gebührenanteil von 50 % zu.

17. Diese Regelung wurde – rückwirkend zum 1. Juni 2002 – durch Gesetz vom 28. Juli 2005 (GBl. Nr. 12 vom 5. August 2005, S. 580) geändert.

18. § 10 LJKG in der geänderten Fassung bestimmt:

„(1) Die Gebühren und Auslagen für die Tätigkeit der Notare werden zur Staatskasse erhoben.

(2) Die Notare sind Gläubiger der Gebühren und Auslagen für ihre Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit sowie etwaiger Zinsen nach § 154a der Kostenordnung. ...

(3) Die Notare beziehen die Gebühren, Auslagen und Zinsen nach Abs. 2 Satz 1 ... neben den ihnen nach dem Landesbesoldungsgesetz zustehenden Bezügen.“

19. Nach § 11 Abs. 1 LJKG in der geänderten Fassung erhält die Staatskasse grundsätzlich nicht mehr als 15 % der Gebühren, die die Notare im Landesdienst aufgrund zwingender gesellschaftsrechtlicher Vorgaben für Beurkundungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten erheben.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

20. R. beschloss am 30. Juli 2002, ihr Stammkapital im Wege der Sacheinlage auf 100 000 Euro zu erhöhen. Der alleinige Gesellschafter dieser Gesellschaft, G., übertrug hierzu mit (von einem beamteten Notar im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe) notariell beurkundetem Vertrag vom 30. Juli 2002 den von ihm gehaltenen einzigen Geschäftsanteil an einer anderen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der A. GmbH (im Folgenden: A.), auf die Beteiligungsgesellschaft R.

21. Die Erhöhung des Stammkapitals von R. wurde am 4. November 2002 in das Handelsregister beim Amtsgericht Baden-Baden eingetragen. Neben anderen Gebühren setzte der Kostenbeamte für die Beurkundung der Übertragung des einzigen Geschäftsanteils an A. Notargebühren in Höhe von 11 424 Euro gegen R. fest. Dieser Betrag wurde unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 3 763 443,90 Euro ermittelt.

22. R. legte gegen diese Festsetzung Erinnerung ein, mit der sie einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht rügte.

23. Nach Zurückweisung der Erinnerung durch das Amtsgericht Baden-Baden legte R. Beschwerde beim vorliegenden Gericht ein.

24. Das Landgericht Baden-Baden hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Erfasst Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 auch die Gebühren für die notariell beurkundete Abtretung von GmbH-Anteilen?

25. Im Rahmen der Prüfung dieser Rechtssache hat der Gerichtshof zunächst beschlossen, gemäß Art. 104 § 3 seiner Verfahrensordnung durch Beschluss zu entscheiden. Auf Einwände des Landes Baden-Württemberg, dass bestimmte Aspekte der Antwort auf die Vorlagefrage nicht klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden könnten, hat er die Frage jedoch noch einmal geprüft und beschlossen, über das Vorabentscheidungsersuchen durch Urteil zu entscheiden.

26. Das Landgericht Baden-Baden hat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 10. Oktober 2005 eine ergänzende Frage vorgelegt, um der mit dem Gesetz vom 28. Juli 2005 erfolgten Gesetzesänderung Rechnung zu tragen:

Entfällt die Eigenschaft der Notargebühr als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 dann, wenn zwar der Staat auf die Geltendmachung seines Anteils aus dem Rechtsgeschäft verzichtet, die Gebühr – abzüglich einer pauschalen Aufwandsentschädigung von 15 % für den Staat – also dem beamteten Notar selbst belässt, der Notar aber im Übrigen in die Verwaltungsorganisation eingegliedert bleibt und vom Staat für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben entlohnt wird?

27. Mit Schriftsatz, der am 16. März 2007 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat R. nach Art. 61 der Verfahrensordnung beantragt, die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anzuordnen, um eine Beweisaufnahme nach den Art. 45 ff. der Verfahrensordnung zu den Tatsachenbehauptungen in Nr. 50 der Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak durchzuführen.

Zu den Anträgen auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung und Durchführung einer Beweisaufnahme

28. R. wünscht eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, damit die Feststellungen, die Generalanwältin Trstenjak in ihren Schlussanträgen zum wirtschaftlichen Risiko und zur Haftung der beamteten Notare getroffen hat, überprüft werden können.

29. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach Art. 61 seiner Verfahrensordnung die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung von Amts wegen, auf Vorschlag des Generalanwalts oder auch auf Antrag der Parteien anordnen kann, wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder ein zwischen den Parteien nicht erörtertes Vorbringen als entscheidungserheblich ansieht (vgl. Urteile vom 19. Februar 2002, Wouters u. a., C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Randnr. 42, und vom 14. Dezember 2004, Swedish Match, C-210/03, Slg. 2004, I-11893, Randnr. 25).

30. Im vorliegenden Fall ist der Gerichtshof jedoch nach Anhörung der Generalanwältin der Auffassung, dass er über sämtliche Angaben verfügt, die für die Beantwortung der Vorlagefragen erforderlich sind. Der Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist daher zurückzuweisen.

31. Unter diesen Umständen ist auch der Antrag auf Durchführung einer Beweisaufnahme zurückzuweisen.

Zu den Vorlagefragen

32. Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 69/335 der Erhebung von Notargebühren für die Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft entgegensteht, die als Einlage im Rahmen einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals einer Kapitalgesellschaft erfolgt ist, und dies in einem Rechtssystem, das dadurch gekennzeichnet ist, dass die Notare Beamte sind und die Gebühren zumindest teilweise dem Staat für die Bestreitung öffentlicher Kosten zufließen.

Zur Zulässigkeit

33. Die Regierung des Landes Baden-Württemberg, die die Aufassung vertritt, dass die erste Frage verneint werden sollte, d. h., dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Gebühren nicht unter die Richtlinie 69/335, insbesondere Art. 10 Buchst. c, fallen, ist der Ansicht, dass das vorlegende Gericht in Wirklichkeit keiner Antwort auf die Ergänzungsfrage bedürfe und diese daher unzulässig sei.

34. Insoweit ist daran zu erinnern, dass das Ersuchen eines vorlegenden Gerichts nur dann abgelehnt werden kann, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. u. a. Urteil vom 10. Januar 2006, IATA und ELFAA, C-344/04, Slg. 2006, I-403, Randnr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

35. Dies ist im Ausgangsverfahren jedoch nicht der Fall. Es ist nämlich nicht offensichtlich, dass die fraglichen Gebühren vom Geltungsbereich der Richtlinie 69/335 ausgenommen sind und die ergänzende Frage deshalb in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht.

36. Ob die Gebühren in den Geltungsbereich der Richtlinie 69/335 fallen, ist außerdem keine Frage der Zulässigkeit, sondern eine materielle rechtliche Frage, die im Rahmen der Sachprüfung zu untersuchen ist.

37. Die ergänzende Frage ist daher zu beantworten.

Zu den Fragen

38. Zunächst ist zu prüfen, ob Gebühren, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehen, „Steuern oder Abgaben“ im Sinne der Richtlinie 69/335 sind, sodann, ob diese Gebühren unter das Verbot des Art. 10 der Richtlinie 69/335 fallen, und schließlich gegebenenfalls, ob sie unter eine der in Art. 12 der Richtlinie vorgesehenen Bestimmungen fallen.

Zur Einordnung als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie 69/335

39. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass der Begriff der „Steuer“ im Sinne der Richtlinie 69/335 im Hinblick auf die mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele grundsätzlich weit auszulegen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. März 2002, Kommission/Griechenland, C-426/98, Slg. 2002, I-2793, Randnr. 25, und vom 10. März 2005, Optiver u. a., C-22/03, Slg. 2005, I-1839, Randnrn. 30 und 31).

40. Nach der Rechtsprechung sind Notargebühren als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie 69/335 zu qualifizieren, wenn sie für einen unter diese Richtlinie fallenden Vorgang von Notaren erhoben werden, die Beamte sind, und zumindest teilweise dem Staat für die Bestreitung öffentlicher Kosten zufließen (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 21. März 2002, Gründerzentrum, C-264/00, Slg. 2002, I-3333, Randnr. 27; Urteile vom 30. Juni 2005, Längst, C-165/03, Slg. 2005, I-5637, Randnr. 37, und vom 7. September 2006, Organon Portuguesa, C-193/04, Slg. 2006, I-7271, Randnr. 17).

41. Was die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Gebühren betrifft, so hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass diese Voraussetzungen bei dem im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe (zu dem das Amtsgericht Baden-Baden gehört) zuvor geltenden System erfüllt waren, in dem die Notare Beamte waren und ein Teil der für die Beurkundung vereinnahmten Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufluss (vgl. in diesem Sinne Beschluss Gründerzentrum, Randnr. 28).

42. Die durch das Gesetz vom 28. Juli 2005 herbeigeführten Änderungen dieses Systems sind nicht derart, dass sie für das Ausgangsverfahren ein anderes Ergebnis rechtfertigen würden.

43. Die Notare sind zum einen nach wie vor Beamte im Landesdienst und zum anderen weiterhin verpflichtet, einen Teil der Gebühren an den Staat abzuführen. Darüber hinaus heißt es im Gesetz ausdrücklich, dass die Gebühren und Auslagen für die Tätigkeit der Notare zur Staatskasse erhoben werden.

44. Gegen diese Feststellung spricht auch nicht, dass die im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe tätigen beamteten Notare mit dem Gesetz vom 28. Juli 2005 selbst Gläubiger der Gebühren geworden sind und der Anteil, den sie an den Staat abführen müssen, mit 15 % des Gebührenbetrags relativ gering ist.

45. In den Rechtssachen, in denen die Urteile vom 29. September 1999, Modelo, „Modelo I“ (C-56/98, Slg. 1999, I-6427, Randnrn. 19 und 23), und vom 21. September 2000, Modelo, „Modelo II“ (C-19/99, Slg. 2000, I-7213, Randnrn. 19 und 23), sowie Längst (Randnrn. 41 bis 43) und Organon Portuguesa (Randnrn. 11 und 17) ergangen sind, wurden die Gebühren ebenfalls zunächst von beamteten Notaren erhoben, die dann einen Teil an den Staat abführten.

46. Außerdem wurden die Gebühren in diesen Rechtssachen und in der Rechtssache, in der der Beschluss Gründerzentrum ergangen ist, unabhängig von der Höhe des an den Staat abgeführten Anteils als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie 69/335 eingestuft. Der Sachverhaltsschilderung im Urteil Längst lässt sich zwar entnehmen, dass der Staat ungefähr 66 % der Gebühren erhielt; der Gerichtshof hat jedoch nicht darauf hingewiesen, dass dieser Umstand für die Einstufung relevant wäre. Auch in keinem der anderen genannten Urteile wird näher auf die Höhe des an den Staat abgeführten Anteils eingegangen. Die Frage, wie groß der von einem beamteten Notar an den Staat abzuführende Anteil konkret ist, hat daher a priori keine Bedeutung für die Einstufung der Gebühren als „Steuer“.

47. In Anbetracht der angeführten Rechtsprechung sind Gebühren wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden daher eine „Steuer“ im Sinne der Richtlinie 69/335.

Zum Verbot gesellschaftsteuerähnlicher Abgaben (Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335)

48. Art. 10 der Richtlinie 69/335 verbietet nach deren letztem Erwägungsgrund Steuern, die die gleichen Merkmale aufweisen wie die Gesellschaftsteuer (vgl. u. a. Urteile vom 20. April 1993, Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, C-71/91 und C-178/91, Slg. 1993, I-1915, Randnr. 29, und vom 11. Juni 1996, Denkavit Internationaal u. a., C-2/94, Slg. 1996, I-2827, Randnr. 23).

49. So erfasst Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 u. a. jene Abgaben, die ungeachtet ihrer Form auf die Eintragung oder jedwede andere der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Formalität, der eine Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann, erhoben werden.

50. Dieses Verbot, das neben die in Art. 10 Buchst. a und b der Richtlinie genannten Verbote, die sich auf die in Art. 4 der Richtlinie beschriebenen Fallgestaltungen beziehen, tritt, ist dadurch gerechtfertigt, dass diese Steuern oder Abgaben zwar nicht auf die Kapitalzuführungen als solche, wohl aber wegen der wesentlichen Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments zur Kapitalansammlung, erhoben werden, so dass die Beibehaltung dieser Steuern und Abgaben auch die Erreichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährden würde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juni 2006, Badischer Winzerkeller, C-264/04, Slg. 2006, I-5275, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 grundsätzlich weit auszulegen ist, und zwar dahin, dass er nicht nur die formalen, der Ausübung der Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft vorangehenden Verfahren erfasst, sondern auch die Formalitäten, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit einer solchen Gesellschaft darstellen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. Dezember 1997, Fantask u. a., C-188/95, Slg. 1997, I-6783,

Randnr. 22, vom 5. März 1998, Solred, C-347/96, Slg. 1998, I-937, Randnr. 22, und Badischer Winzerkeller, Randnr. 25).

52. Dazu hat der Gerichtshof bereits mehrfach festgestellt, dass, wenn ein von einer Kapitalgesellschaft durchgeführter Vorgang, wie z. B. die Erhöhung ihres Gesellschaftskapitals, die Änderung ihrer Satzung oder der Erwerb von Immobilien aufgrund eines Zusammenschlusses, nach nationalem Recht zwingend eine rechtliche Formalität erfordert, diese Formalität eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit dieser Gesellschaft darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil Badischer Winzerkeller, Randnrn. 26 und 27 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

53. Für rechtswidrig im Sinne des Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 gehalten hat der Gerichtshof z. B. Abgaben auf die Eintragung einer neuen Gesellschaft (Urteile Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, Randnrn. 30 und 31, sowie Fantask u. a., Randnr. 22), die Beurkundung eines Vertrags über die Gründung einer Gesellschaft (Beschluss Gründerzentrum, Randnr. 30), die Eintragung der Erhöhung des Gesellschaftskapitals (Urteile Fantask u. a., Randnr. 22, vom 26. September 2000, IGI, C-134/99, Slg. 2000, I-7717, Randnr. 25, und vom 21. Juni 2001, SONAE, C-206/99, Slg. 2001, I-4679, Randnr. 31), die Beurkundung einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals (Urteil Modelo I, Randnr. 26) sowie die Beurkundung der Zahlung des noch nicht eingezahlten Gesellschaftskapitals (Urteil Solred, Randnr. 23).

54. Die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Gebühren wurden, wie auch Generalanwalt Geelhoed in den Nrn. 20 bis 23 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, für die Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft (A.) erhoben, die als Sacheinlage im Rahmen einer Erhöhung des Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft (R.) erfolgte. Mit dieser Beurkundung wird somit ein Vorgang bescheinigt, von dem die Erhöhung des Gesellschaftskapitals einer Kapitalgesellschaft abhängt. Da solche Übertragungen von Geschäftsanteilen nach deutschem Recht beurkundet werden müssen, ist die Beurkundung als eine Formalität anzusehen, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit der betreffenden Kapitalgesellschaft (R.) darstellt. Die Beurkundung ist daher eine vorangehende Formalität, der eine Kapitalgesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen wird.

55. Gebühren wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden fallen demnach unter Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 und dürfen somit grundsätzlich nicht erhoben werden.

56. Es ist jedoch weiter zu prüfen, ob solche Gebühren nicht unter eine der in Art. 12 der Richtlinie 69/335 vorgesehenen Bestimmungen fallen.

Zu der Bestimmung, nach der Börsenumsatzsteuern erhoben werden können (Art. 12 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 69/335)

57. Art. 12 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 69/335 stellt klar, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, Börsenumsatzsteuern zu erheben.

58. Da Art. 12 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 69/335 den Anwendungsbereich der in den Art. 10 und 11 der Richtlinie vorgesehenen Verbote beschränkt, ist er eng auszulegen und kann nicht dahin verstanden werden, dass er sich auf andere Steuern als „Börsenumsatzsteuern“ im eigentlichen Wortsinn erstreckt.

59. Da die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Gebühren keine Börsenumsatzsteuer, sondern von Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 erfasste Notargebühren darstellen, fallen sie nicht unter Art. 12 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 69/335.

Zur Ausnahmeregelung für Abgaben mit Gebührencharakter (Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335)

60. Nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335 können die Mitgliedstaaten Abgaben mit Gebührencharakter erheben.

61. „Abgaben mit Gebührencharakter“ sind Abgaben, die als Entgelt für eine erbrachte Leistung erhoben werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. März 2002, Kommission/Griechenland, C-426/98, Slg. 2002, I-2793, Randnr. 36).

62. Daher können, wie Generalanwalt Geelhoed in Nr. 32 seiner Schlussanträge festgestellt hat, nur Entgelte, deren Höhe sich nach den Kosten der erbrachten Leistung richtet, als „Abgaben mit Gebührencharakter“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335 qualifiziert werden. Dagegen ist ein Entgelt, dessen Höhe keinen Zusammenhang mit den tatsächlichen Aufwendungen für diese konkrete Leistung aufweist oder sich nicht nach den Kosten des Vorgangs, für den sie die Gegenleistung darstellt, sondern nach den gesamten Betriebs- und Investitionskosten der Verwaltung richtet, als eine nach den Art. 10 und 11 der Richtlinie 69/335 verbotene Abgabe anzusehen (vgl. in diesem Sinne Urteil Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, Randnrn. 41 und 42, und Beschluss Gründerzentrum, Randnr. 31).

63. Demnach kann eine Abgabe, die sich nach dem Wert des zugrunde liegenden wirtschaftlichen Vorgangs bestimmt und ohne Obergrenze proportional zu diesem Wert steigt, schon ihrem Wesen nach keine Abgabe mit Gebührencharakter im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335 sein. Auch wenn in bestimmten Fällen ein Zusammenhang zwischen der Komplexität der von der Verwaltung erbrachten Leistung und dem Wert des zugrunde liegenden wirtschaftlichen Vorgangs bestehen mag, steht doch die Höhe einer solchen Abgabe in der Regel in keinem Verhältnis zu den konkreten Aufwendungen der Verwaltung (vgl. in diesem Sinne Urteile Modelo I, Randnr. 30, und IGI, Randnr. 31).

64. Im Ausgangsverfahren steigen die betreffenden Gebühren proportional zum Wert der übertragenen Geschäftsanteile, also des zugrunde liegenden wirtschaftlichen Vorgangs. Da für die Gebühren außerdem keine Obergrenze festgelegt worden ist, können sie sich auf einen beträchtlichen Betrag belaufen, der von der deutschen Regierung noch nicht einmal damit verteidigt worden ist, dass er den Kosten der erbrachten Leistung entspreche.

65. Diese Gebühren haben daher keinen Gebührencharakter im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 69/335.

66. Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 der Erhebung von Notargebühren für die Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft entgegensteht, die als Einlage im Rahmen einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals einer Kapitalgesellschaft erfolgt ist, und dies in einem Rechtssystem, das dadurch gekennzeichnet ist, dass die Notare Beamte sind und die Gebühren zumindest teilweise dem Staat für die Bestreitung öffentlicher Kosten zufließen.

Kosten

67. Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Anmerkung:

Das Urteil des EuGH vom 28.06.2007 in der Sache „Reiss“ C-466/03 war im Ergebnis zu erwarten. Es folgt konsequent der Linie der bisherigen EuGH-Rechtsprechung. Insoweit gibt die Entscheidung keine Veranlassung zu erläuternden Anmerkungen. Bemerkenswert sind jedoch die Ausführungen des EuGH, die über die bloße Bewertung des vorgelegten Sachverhalts und dessen rechtliche Beurteilung hinausgehen. Üblicherweise hält sich der EuGH strikt an die Beantwortung vorgelegter Fragen. Er vermeidet es grundsätzlich, darüber hinausgehende Feststellungen zu treffen. Im Urteil „Reiss“ verlässt der EuGH diesen

sich selbst gesteckten Rahmen, indem er sowohl die Frage nach der Steuereigenschaft von Notariatsgebühren als auch das Verbot aus Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 umfassend erläutert. Möglicherweise soll durch diese obiter dicta von vornherein weiteren Vorlagefragen der Boden entzogen und indirekt dem deutschen Gesetzgeber eine Richtschnur für seine notwendigen zukünftigen Maßnahmen an die Hand gegeben werden.

a) Steuereigenschaft der Notargebühren, Rdnr. 39 – 47 des Urteils

In der Neufassung des LJKG hatte der Gesetzgeber im Innenverhältnis den beamteten Notaren 85% der Gebühren mit der Intention übertragen, dass hierdurch die Vorgaben der Richtlinie 69/335 erfüllt sein sollten. Dieser Maßnahme hat der EuGH eine Absage erteilt, sodass trotz der Neufassung des LJKG im Amtsnotariat Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, die den Aufwand übersteigen, verbotene verdeckte Steuern bleiben.

Zur Feststellung der Steuereigenschaft der Beurkundungsgebühren im Fall „Reiss“ hätte es genügt, wenn der EuGH darauf abgestellt hätte, dass dem Staat ein Anteil von 15% des Gebührens Betrags zufließt, ein Betrag, der zwar „relativ gering“ sei, aber doch immerhin eine Beteiligung des Staates an den vereinbarten Gebühren darstellte. Diese Begründung hat der EuGH nicht gewählt, vielmehr werden in Rdnr. 43 die beiden tragenden Argumente deutlich genannt: Erstens sind die Notare „nach wie vor Beamte im Landesdienst“ und zweitens sind sie weiterhin verpflichtet, „einen Teil der Gebühren an den Staat abzuführen“. Hierbei versteht der EuGH unter „Notargebühren“ nicht nur solche, die unter das Verbot des Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 fallen und teilweise in § 11 LJKG behandelt werden, sondern sämtliche Gebühren, die aufgrund der Tätigkeiten der beamteten Notare erhoben werden. Dies ergibt sich aus dem zweiten Satz in Rdnr. 43, in dem der EuGH den Grundsatz aus § 10 Abs. 1 LJKG wörtlich zitiert: „Die Gebühren und Auslagen für die Tätigkeit der Notare werden zur Staatskasse erhoben.“ Diese allgemeine – für alle Notargebühren und Auslagen geltende – Regelung des § 10 Abs. 1 LJKG und nicht die Ausnahmeregelungen des § 10 Abs. 2 Satz 1 LJKG sowie insbesondere nicht die – nur für gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten geltenden – Vorschriften des § 11 LJKG bilden den Maßstab, der für die Beurteilung der Notargebühr als Steuer durch den EuGH zugrunde gelegt wird. Man würde die Gründlichkeit der Arbeit des Gerichtshofs verkennen, wollte man unterstellen, der EuGH habe versehentlich § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 11 LJKG nicht beachtet, zumal im „rechtlichen Rahmen“ unter Rdnr. 18 diese Bestimmungen auch aufgeführt sind; vielmehr wird durch das Zitat des § 10 Abs. 1 LJKG zum Ausdruck gebracht, dass es gleichgültig ist, ob und wenn ja in welcher Höhe ein Anteil aus gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen an den Staat abzuführen ist. Entscheidend sind allein die generellen Beteiligungen des Staates an den Gebühreneinnahmen, gleichgültig ob sie aus einem gesellschaftsrechtlichen oder irgendeinem anderen Vorgang resultieren. Auf die komplizierten und schwer zu durchschauenden Regel- Ausnahmeverhältnisse des LJKG lässt sich der EuGH von vornherein nicht ein.

Unter Rdnr. 46 verdeutlicht der EuGH seine unter Rdnr. 43 ausgedrückte Regel, indem er darauf hinweist, dass er in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt der Höhe des an den Staat abgeführten konkreten Anteils eine Bedeutung beigemessen habe, und überhaupt die Höhe des an den Staat abzuführenden Anteils „a priori“ bedeutungslos für die Einstufung der Gebühren als „Steuer“ sei. Dies führt zu folgendem Schluss: In einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und die Gebühren – gleichgültig aus welchem Vorgang und in welcher Höhe – dem Staat für die Bestreitung öffentlicher Kosten zufließen, greift das Verbot aus Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 grundsätzlich ein.

Diese Haltung des EuGH findet ihre Entsprechung bereits in Rdnr. 50 und 51 des Schlussantrages des Generalanwalts Tizzano im Verfahren „Längst“ (Az.: C-165/03). Schon Generalanwalt Tizzano hat nicht auf den Zufluss von gesellschaftsrechtlich ver-

anlassenden Gebührenanteilen an den Staat abgestellt, sondern ihm hat mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer indirekten Partizipation alleine die Beamteneigenschaft der Notare in einem System genügt, in dem der Staat generell an den Gebühreneinnahmen beteiligt ist.

b) Umfang des Verbots gesellschaftsteuerähnlicher Abgaben Rdnr. 48 – 56 des Urteils

Auch bei der Beantwortung der Frage, ob der konkrete Vorgang unter das Verbot aus Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 fällt, geht der EuGH mit seinen Ausführungen über das hinaus, was zur unmittelbaren Beantwortung erforderlich gewesen wäre.

Nach den Erkenntnissen des EuGH handelt es sich im vorliegenden Fall um eine „vorangehende Formalität, der eine Kapitalgesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen wird“ (Rdnr. 54). Hiervon zu unterscheiden sind Formalitäten, „die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit einer Gesellschaft darstellen“ (Rdnr. 51). Während eine „vorangehende Formalität“ in der Regel mit einer Kapitalansammlung verbunden ist und daher der Frage, ob zur Anwendung des Verbots aus Art. 10 Buchst. c auch die in Art. 4 genannten Voraussetzungen der Kapitalzuführung gegeben sein müssen, keine besondere Bedeutung zukommt, sind Formalakte, „die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit“ darstellen, meistens nicht mit Kapitalerhöhungen verbunden. Letztere erfüllen somit in der Regel nicht die Voraussetzungen des Art. 4 der Richtlinie. Das OLG Karlsruhe hatte in seiner restriktiven Auslegung der Richtlinie unter Verstoß gegen das Vorlagegebot aus Art. 234 EG (vgl. kritisch hierzu Verf. BWNNotZ 2003, 25 ff) angenommen, dass das Verbot aus Art. 10 Buchst. c nur dann eingreife, wenn auch die Voraussetzungen aus Art. 4 der Richtlinie erfüllt seien (Beschluss vom 24.09.2002, Az. 14 Wx 133/00, BWNNotZ 2003, 43). Dieser Rechtsmeinung des OLG Karlsruhe erteilt der EuGH nun eine eindeutige Absage. Er stellt klar, dass „neben“ die Verbote aus Art. 10 Buchst. a und b, „die sich auf die in Art. 4 der Richtlinie beschriebenen Fallgestaltungen beziehen“, das Verbot aus Art. 10 Buchst. c tritt, das sich bei der gebotenen weiten Auslegung dieser Vorschrift „nicht auf die Kapitalzuführungen als solche“ bezieht (Rdnr. 50). Diese verbindliche Auslegung der Richtlinie ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Urteil des EuGH „Badischer Winzerkeller“ C-264/04, Slg. 2006, I-5275, Rdnr. 19.

Unabhängig von Kapitalzuführungen sind also nach Art. 10 Buchst. c der Richtlinie Steuererhebungen bzw. diesen gleichzustellende Notargebühren verboten, die sich an Formalakten orientieren, denen eine Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen ist, wie zum Beispiel Abgaben auf die Beurkundung von Satzungsänderungen einer GmbH (Rdnr. 52). Der Landesgesetzgeber hat bei der Novellierung des LJKG seine Entscheidung an der unzutreffenden Rechtsmeinung des OLG Karlsruhe orientiert. In § 11 Abs. 2 LJKG wurde daher ein Ausnahmekatalog aufgestellt, der nur diejenigen Fallgestaltungen umfasst, die nicht die Voraussetzungen des Art. 4 der Richtlinie erfüllen. Diese Bestimmung des LJKG ist nach dem Urteil des EuGH in der Sache „Reiss“ vom 28.06.2007 als obsolet zu betrachten.

Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a. D. in Müllheim/Baden

Buchbesprechungen

O Sancta Justitia. Siebenundzwanzig Plaudereien aus ihrem Nähkästchen. Von Jean Paul Klebs, Doktor beider Rechte. Hermann G. Klein Verlag, Speyer, 2006. 162 S., 12,80 €. Auch (portofrei) zu beziehen beim Autor Dr. Jean Paul Klebs, Tonderner Weg 28, 68307 Mannheim.

Wie der Untertitel besagt, unterhält der Autor den Leser mit 27 Anekdoten aus seiner beruflichen Tätigkeit. Thematisch ist der Bogen weit gespannt, wie bei den vielfältigen Neigungen und Berufungen des Autors nicht nur als Doktor beider Rechte, der in der Justiz als Staatsanwalt und badischer Notariatsdirektor tätig war, aber auch Musik- und Theaterwissenschaften studierte und Erfahrungen als Chemiewerker und Lokalreporter Erfahrungen sammelte, nicht anders zu erwarten war: Er reicht von den Abgründen des Sexualstrafrechts bis 1969 und dem noch heute schwierigen Bereich des Abtreibungsrechts über allerlei Nachlassfälle mit echten, formunwirksamen und gefälschten Testamenten, Schifffahrtsrecht, Mietrechtsprozesshanseln und Betrügern bis hin zu spanischen Scheidungen und italienischen Hexenprozessen. Wir begegnen dabei unter anderem einem geheimnisvollen rumänischen Rechtsanwalt, der „Päpstin“, der Katze Cleopatra und dem Teufel an der Wand. Wir gelangen in eine Schwulenbar, ein chinesisches Restaurant, die Gerichtsmedizin, ein apulisches Archiv und auf die Theaterbühne.

Man erfährt die gemeinsamen Vorlieben von Katharina der Großen und einer geistesschwachen Hundebesitzerin, die Verbindung von Onkel Friedolin zum ehemaligen Kaiserhaus, dass es landesrechtliche Polizeistrafgesetzbücher gab, in denen Kindern der Zugang zu Sprungplätzen verboten wurde, bekommt die Onkelehe erklärt und gerät doch angesichts einer Anklageschrift des Autors ins Grübeln, ob der Karl Mohr aus Schillers „Räubern“ eine positive Gestalt ist. Immer wird dabei deutlich, dass Juristerei niemals trocken ist und es immer darauf ankommt, sich den gesunden Menschenverstand, die Menschlichkeit und den Blick über den Tellerrand zu bewahren. Es wird auch eindringlich aber eingängig deutlich gemacht, dass das privatschriftliche Testament eine sehr problematische Sache sein kann, so dass die Lektüre auch wartenden oder unschlüssigen Urkundsbeteiligten empfohlen werden kann.

Das alles wird tatsächlich in einem leichten, aber nie seichten Plauderstil dargeboten. Entsprechend der Themen gibt es besinnliche und ernste Töne, eine weltweite und distanzierte Heiterkeit überwiegt aber und verschwindet (fast) nie so ganz.

Das Buch eignet sich also zur lehrreichen und unterhaltsamen Lektüre für jüngere und ältere Kollegen, Familienangehörige und Freunde sowie fürs Wartezimmer und ist damit auch als kleines Weihnachtspäsent recht brauchbar.

Notar Achim Falk, Stuttgart

Zöller. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar, begründet von Dr. Richard Zöller, bearbeitet von Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Reinhard Greger, Peter Gummer, Kurt Herget, Dr. Hans-Joachim Heßler, Dr. Peter Philippi, Kurt Stöber und Prof. Dr. Max Vollkommer. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 26., neu bearbeitete Auflage 2007, 3117 Seiten, 154,80 €.

Der „Zöller“ gehört zu den Klassikern der ZPO-Kommentare. Er spricht vornehmlich die Praktiker an. Die 23. Auflage ist eine gründliche Neubearbeitung des Kommentars in allen seinen Teilen. Die Neuauflage bietet der Praxis auf dem Wege der fortschreitenden Konsolidierung des reformierten Zivilprozessrechts und der zunehmenden Europäisierung des internationalen Verfahrensrechts eine umfassende und zuverlässige Hilfestellung. Überall ist die durch das 2. JuMoG geschaffene Rechtslage in den Kostenanmerkungen berücksich-

tigt, ebenso das Justizkommunikationsgesetz vom 22.3.2005 zur der elektronischen Aktenführung. Selbstverständlich ist die obergerichtliche Rechtsprechung umfassend dargestellt, so z. B. zur Teilrechtsfähigkeit und Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 54 Rn. 24 und § 867 Rn. 8a). Dort und an vielen anderen Stellen werden praxisnahe Lösungsvorschläge gemacht. Der Zöller besticht durch seine Aktualität und seinen hervorragenden Praxisbezug.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand April 2007. 220 Seiten, 77,00 €. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/61. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2774 Seiten, 128 €. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Die bisherige praxisnahe und wissenschaftlich fundierte Kommentierung findet in der neuesten Ergänzungslieferung eine wichtige Aktualisierung. So wurde das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10.11.2006 (EHUG) eingearbeitet. Auch die Änderungen der §§ 79, 79a, 89 KostO und der HReg-GebV wurden berücksichtigt, ebenso wie die durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz vom 22.12.2006 erfolgten Änderungen und Klarstellungen bei §§ 6, 15, 18, 92 und 93 KostO. Selbstverständlich geht der Kommentar auch auf den Einfluss des Europarechts auf die Gebühren innerhalb der Kostenordnung ein. So wird darauf hingewiesen, dass die Grundbuchgebühren für den Grundstückserwerb einer Gesellschaft nicht der EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 unterfällt. Gleiches gilt für Grundbuchberichtigungsgebühren, die z. B. durch einen Umwandlungsvorgang entstehen (§ 60 Rn. 1b; EuGH NJW 2006, 2972 = Rpfleger 2006, 670 m. Anm. Wilsch; OLG München Rpfleger 2007, 115; LG Freiburg NZG 2003, 490). Die neueste Rechtsprechung ist auch an anderer Stelle eingearbeitet: bei § 16 KostO wurde die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 29.12.2006 zu der Frage berücksichtigt, ob ein Notar, der nicht Gebührengläubiger ist, nach Einlegung der Erinnerung gegen den Kostenansatz die Gebühren niederschlagen kann. Die Barkapitalerhöhung bei der GmbH und die dazu erforderliche Euro-Umstellung haben nach OLG Naumburg NotBZ 2007, 105 (anders der Kommentar § 41a Rn. 81) auch dann denselben Gegenstand, wenn der Erhöhungsbetrag über die reine Glättung hinausgeht. Die leidige Frage der Reichweite des Zitiergebots hat der BGH (NotBZ 2007, 96) nun mit einer an den Geboten der praktischen Vernunft orientierten Entscheidung geklärt, was eine Abkehr von der bisher überaus streng gehandhabten Meinung bedeutet. Für die Notarpraxis sind nun seit der Einführung der Divergenzvorlage im Kostenrechts doch schon einige wichtige und wegweisende Entscheidungen ergangen. Die Lieferung bringt den Kommentar auf den neuesten Stand und macht das Werk für Notare und Gerichte unentbehrlich.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Aktienrecht. Handbuch – Mustertexte – Kommentar. Herausgegeben von Dr. Wilhelm Happ. 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, 2007, 2474 Seiten. Carl Heymanns Verlag, Köln, 278,- €

Das Werk beantwortet präzise und verständlich alle Fragen rund um das Aktienrecht. Es durchdringt quantitativ wie auch qualitativ die Rechtsform der Aktiengesellschaft. Sämtliche notarrelevanten Problemkreise werden angesprochen und praxisnahe Lösungen angeboten. Der Notar findet ausführliche Mustertexte (zu materiell-rechtlichen Erklärungen der Beteiligten und zu Handelsregister-Anmeldungen) und Erläuterungen zu den Vorgängen der Gründung, des Vertretungsrechts des Vorstands

und Aufsichtsrats, zu den verschiedenen Möglichkeiten der Umwandlung einer AG, zur Behandlung der aktienrechtlichen Urkunden. Die Hauptversammlung und die Mitwirkung des Notars sind ebenso umfassend dargestellt wie sämtliche anderen Tätigkeitsfelder eines Notars bei einer Aktiengesellschaft. Der Rechtsanwender findet selbstverständlich auch Erläuterungen zum Corporate Governance Kodex, zum Going Private und Delisting, zum aktienrechtlichen Squeeze-out, zur Europäischen Aktiengesellschaft, zu den nach dem Aktiengesetz vorgeschriebenen Mitteilungen und Bekanntmachungen. Eine wahre Fundgrube sind die verschiedenen Maßnahmen zu Kapitalveränderungen, bei denen notarielle Beurkundung notwendig ist. Das am 1.1.2007 geltende EHUG und der elektronische Registerverkehr sind in knapper Form berücksichtigt, bei den Registeranmeldungen die alte Rechtslage (z. B. hinsichtlich der Zeichnungspflicht) textiert, allerdings mit entsprechenden Änderungshinweisen. Eine Menge von Checklisten, Formulierungsvorschlägen, Mustertexte zu allen Vorgängen und Praxistipps geben dem Rechtsanwender den notwendigen Überblick und den richtigen Fingerzeig. Selbst die Kosten des Notars und Registergerichts sind dargestellt. Alles in allem: Nichts bleibt in dem gut gelungen Werk unerwähnt – es ist ein kompetenter und zuverlässiger Ratgeber für alle, die mit dem Aktienrecht zu tun haben.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Die vollstreckbare Urkunde. Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen. Von Dr. Hans Wolfsteiner, Notar in München. Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, 2006, 6524 Seiten, 54 €.

Bei Grundstücksgeschäften und bei der Bestellung von Grundpfandrechten spielen die durch freiwillige Unterwerfung des Schuldners entstandenen „vollstreckbaren Urkunden“ eine bedeutende Rolle. Wolfsteiner zeigt in allen Facetten, dass auch die öffentliche Urkunde des Notars als Produkt staatlich-hoheitlichen Handelns Endpunkt eines geregelten, auf Erkenntnis ausgerichteten Verfahrens ist. Zuerst behandelt der Autor die vollstreckbare Urkunde im System des deutschen Zivilprozesses und im internationalen Kontext, sodann geht er auf den Verbraucherschutz ein. Nach diesen Grundlagen stellt er das Beurkundungsverfahren der vollstreckbaren Urkunde und ihre Ansprüche dar. So habe der Notar die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass sie ihre Ansprüche durch Zwangsvollstreckungsunterwerfung „schärfen“ können (Rn. 13.41, dazu BGH DNotZ 2004, 841 und BGH DNotZ 1998, 637 m. Anm. Reithmann = NotBZ 1998, 67 m. Anm. Schlee). Gerade dieser Abschnitt ist für die Alltagsarbeit des Notars von besonderer Wichtigkeit. Auch die Erläuterungen zur Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung wegen Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite bzw. Schuldnerseite sind für die Praxis sehr hilfreich. Schlussendlich geht der Verfasser darauf ein, wie die Zwangsvollstreckung aus vollstreck-

kbaren Urkunden durchgeführt werden kann. Das Handbuch berücksichtigt die jüngeren Entwicklungen wie die Änderungen im Zivilverfahren, europäische Vereinheitlichungen und den internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr. Wolfsteiner fügt allen Schwerpunkten seines vorzüglich gelungenen Werks nützliche Formulare zur Unterstützung der Alltagsarbeit bei, die jedem Leser Anschauungsmaterial für die nicht ganz einfache Materie sein sollen. Zahlreiche Praxishinweise erleichtern die Lösung aktueller Probleme. Das Werk ist an Zuverlässigkeit und Prägnanz nicht zu übertreffen und besticht durch klare, wissenschaftlich fundierte und überzeugend begründete Stellungnahme zu Zweifelsfragen.

Notar Prof. Walter Böhringer Heidenheim/Brenz

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notar Achim Falk, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNtZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich Euro 45,- ein-

schließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte Euro 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: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).