

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23/1997 · Dezember 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 570 b - Vorkaufsrechte der Mieter von Studentenwohnungen
 BNotO § 20 Abs. 3; GmbHG § 23; BGB §§ 383 Abs. 3, 156 - Öffentliche Versteigerung eines kaduzierten GmbH-Geschäftsanteils durch einen Notar
 ErbStG §§ 7, 16; AO § 42 - Kettenschenkung; Gestaltungsmissbrauch

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

AGBG § 9 - Zur Zulässigkeit gegenseitiger Bevollmächtigungen im AGB-Vertrag

GBO §§ 15, 55 Abs. 1 - Eintragungsnachricht nur an Notar

EGBGB Art. 233 §§ 11 ff. - Bodenreform und Auflassungsvormerkung

EGBGB Art. 235 § 1 Abs. 1; RAG-DDR § 25 Abs. 2 - Erbrecht; Internationales Privatrecht; anwendbares Erbrecht bei Gesamthandsanteilen im Nachlaß

BGB §§ 1018, 1090; WEG § 15 - Zur Frage der Dienstbarkeit an einem Sondernutzungsrecht

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 570 b

Vorkaufsrechte der Mieter von Studentenwohnungen

I. Sachverhalt

Eine Hausverwaltungs- und Vermietungsgesellschaft war bisher Hauptmieter eines Studentenwohnheims, dessen einzelne Wohnungen sie an Studenten untervermietet hatte. Die Gesellschaft hat das Studentenwohnheim nunmehr als Ganzes von der bisherigen Eigentümerin erworben. Sie beabsichtigt, das Objekt nach Eigentumsumschreibung auf sich in Wohnungseigentum aufzuteilen und die einzelnen Appartements an Kapitalanleger zu verkaufen.

II. Frage

Steht den Mietern von Studentenappartements bei der Aufteilung eines Studentenwohnheims in Eigentumswohnungen und dem anschließenden Verkauf dieser Eigentumswohnungen ein Mietervorkaufsrecht nach § 570 b BGB zu?

III. Rechtslage

1. Sowohl die einzige zu dieser Frage bisher ergangene Gerichtsentscheidung (AG Frankfurt/Main Rpfleger 1995, 350 = NJW 1995, 1034) als auch die einhellige Literaturmeinung (vgl. statt aller: Langhein, Das neue Vorkaufsrecht des Mieters bei Umwandlungen, DNotZ 1993, 650, 662; Staudinger/Sonnenschein, BGB, 13. Bearb. 1997, § 570 b Rn. 51 m. w. N.) gehen davon aus, daß **das Mietervorkaufsrecht nach § 570 b BGB ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht ist** und dem Mieter deshalb nur für den ersten Vorkaufsfall zusteht. Im vorliegenden Fall ist daher zunächst zu prüfen, ob ein Vor-

kaufsrecht der einzelnen Mieter der Studentenappartements bereits durch den Ankauf des gesamten Studentenwohnheims durch die Hausverwaltungs- und Vermietungsgesellschaft ausgelöst worden ist. In diesem Fall könnte aus dem Weiterverkauf der einzelnen Wohnungen kein Mietervorkaufsrecht nach § 570 b BGB mehr entstehen:

a) Nach dem geschilderten Sachverhalt bestand im Zeitpunkt des Ankaufs des Studentenwohnheims durch die Hausverwaltungs- und Vermietungsgesellschaft bereits die Absicht, das Objekt in Wohnungseigentum aufzuteilen. Es käme daher das Verlangen der zweiten Tatbestandsalternative des § 570 b Abs. 1 S. 1 BGB („begründet werden soll“) im Zeitpunkt des Abschlusses des ersten Kaufvertrages in Betracht. Nach einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung soll für die hinreichende **Konkretisierung der Aufteilungsabsicht** die Beurkundung der Teilungserklärung oder eine vertragliche Aufteilungsverpflichtung nicht erforderlich sein; es sollen bereits Vorbereitungsmaßnahmen, wie die Beantragung der Abgeschlossenheitsbescheinigung, als Äußerung der Aufteilungsabsicht im Sinne des § 570 b Abs. 1 S. 1, 2. Alternative BGB genügen (Staudinger/Sonnenschein, a. a. O., § 570 b Rn. 18 f.; Schmidt, MittBayNot 1994, 285, 290). Die **herrschende Meinung** verlangt jedoch zur Erfüllung der zweiten Tatbestandsalternative des § 570 b Abs. 1 S. 1 BGB, **daß sich die Aufteilungsabsicht durch Beurkundung einer Teilungserklärung oder einer vertraglichen Aufteilungsverpflichtung im Ankaufvertrag des Aufteilers bereits konkretisiert hat** (Langhein, DNotZ 1993, 650, 657; ders., Rpfleger 1995, 352; Brambring, in: DAI-Skript „Intensivkurs Grundstücksrecht“, 01. - 05.09.1997, S. 435; Palandt/Putzo, BGB, 56. Aufl. 1997, § 570 b Rn. 3; Reinstorf, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, Nachtrag Januar 1994 zur 2. Aufl., S. 6). Folgt man dieser Auffassung, wurden Mietervorkaufsrechte durch den Ankaufvertrag des Gesamtobjekts schon

deshalb nicht begründet, weil sich die Aufteilungsabsicht im Zeitpunkt des Ankaufs noch nicht hinreichend konkretisiert hatte.

b) Außerdem wurde **das Studentenwohnheim** nach dem geschilderten Sachverhalt **von der Erwerberin als Ganzes ohne nähere Spezifizierung der einzelnen Wohnungen erworben**. Es ist daher davon auszugehen, daß in dem zugrundeliegenden Kaufvertrag die einzelnen Wohnungen bei der Beschreibung des Kaufgegenstandes weder individuell in Bezug genommen noch mit detaillierten Lageplänen dargestellt worden sind. Nach mittlerweile einhelliger Auffassung in der Literatur kann für den Fall des **Gesamtverkaufs eines Objekts vor Beurkundung oder Vollzug der Teilungserklärung** (sog. „en-bloc“-Verkauf) die Entscheidung des BayObLG vom 16.04.1992 (MittBayNot 1992, 260 = MittRhNotK 1992, 184) zu § 2 b WoBindG entsprechend herangezogen werden (vgl. dazu ausführlich Gutachten DNotI-Report 6/1995, 49; Staudinger/Sonnenschein, a. a. O., § 570 b Rn. 24; MünchKomm-Voelskow, BGB, 3. Aufl. 1995, § 570 b Rn. 3; Brambring, a. a. O., S. 436 ff.). Danach besteht das Mietervorkaufsrecht nach § 570 b BGB auch bei ausreichend konkretisierter Aufteilungsabsicht nur dann, wenn die vom Mieter bewohnte Wohnung als Teilobjekt des Veräußerungsvertrages so hinreichend bestimmt ist, daß sie in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück der rechtlich selbständige Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrages sein kann. Denn Gegenstand des Mietervorkaufsrechtes soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht ein Gebäude, sondern eine einzelne Wohnung sein (BayObLG, a. a. O., 262). Sofern daher im zugrundeliegenden Kaufvertrag nicht auf die einzelnen Wohnungen Bezug genommen wird oder diese mit detaillierten Lageplänen dargestellt werden, begründet der „en-bloc“-Verkauf noch keine Vorkaufsrechte der einzelnen Wohnungsmieter.

c) Da Mietervorkaufsrechte nach § 570 b BGB demnach im vorliegenden Fall **erstmalig mit dem Weiterverkauf** der einzelnen Appartements nach Eigentumserwerb durch die Hausverwaltungs- und Vermietungsgesellschaft entstehen können, kann dahingestellt bleiben, ob das Mietervorkaufsrecht bei Bestehen eines Haupt- und Untermietverhältnisses dem Hauptmieter oder den Untermietern zusteht. Denn mit dem Erwerb des Objekts durch den bisherigen Hauptmieter endet das bisherige Hauptmietverhältnis, so daß die Mieter der einzelnen Studentenappartements ihrerseits von Untermietern zu Hauptmietern wurden. Nur der Vollständigkeit wegen sei angemerkt, daß **im Falle der gewerblichen Zwischenmiete** (§ 549 a BGB) das Mietervorkaufsrecht wohl den Untermietern zustehen dürfte (Reinstorf, a. a. O., S. 7; Staudinger/Sonnenschein, a. a. O., § 570 b Rn. 9 ff.). Das ergibt sich daraus, daß nach dem Schutzzweck des § 570 b BGB der Mieter geschützt sein soll, der die Wohnräume zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Im Falle der gewerblichen Zwischenmiete liegt eine solche Wohnnutzung ausschließlich bei den Untermietern vor. Im vorliegenden Fall hätte das Mietervorkaufsrecht daher, wenn es bereits durch den Kauf des gesamten Studentenwohnheims begründet worden wäre, den Untermietern zugestanden.

2. Da im vorliegenden Fall Vorkaufsrechte der Mieter nach § 570 b BGB - wie vorstehend ausgeführt wurde - durch den

Ankauf des gesamten Studentenwohnheims noch nicht begründet wurden, stellt sich die Frage, ob die Mietervorkaufsrechte durch den nach der Aufteilung des Objekts in Wohnungseigentum beabsichtigten Verkauf der einzelnen Appartements an Kapitalanleger begründet werden:

a) Da die einzelnen Studentenappartements bereits vermietet und den Mietern überlassen sind und der Verkauf nach der Begründung von Wohnungseigentum an Kapitalanleger, also Dritte, erfolgen soll, **liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 570 b Abs. 1 S. 1 BGB an sich vor**. Das Tatbestandsmerkmal der Überlassung an die Mieter vor Umwandlung ist erfüllt, da - wie vorstehend ausgeführt wurde - im Falle der gewerblichen Zwischenmiete die Besitzerlangung als Untermieter genügt und die Mietverhältnisse im vorliegenden Fall ohnehin noch vor Beurkundung der Teilungserklärung zu Hauptmietverhältnissen werden. Auch das Angehörigenprivileg des § 570 b Abs. 1 S. 2 BGB greift nicht ein, da die Verkäuferin als Hausverwaltungs- und Vermietungsgesellschaft weder über „zu ihrem Hausstand gehörende Personen“ noch über Familienangehörige verfügt, so daß die erwerbenden Kapitalanleger nicht zu dem in § 570 b Abs. 1 S. 2 BGB geschützten Personenkreis gehören können.

b) Fraglich ist aber, **ob die Mieter von Studentenappartements vom Schutzbereich des § 570 b BGB erfaßt sind**. Soweit ersichtlich, liegt zu dieser Frage bisher keine ausdrückliche Stellungnahme in veröffentlichten Gerichtsentscheidungen oder in der Kommentarliteratur vor. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist es Schutzzweck des § 570 b BGB, den Mieter im Zusammenhang mit der Umwandlung von Mietwohnungen in Wohnungseigentum vor der Verdrängung aus den von ihm bewohnten Räumen zu schützen (vgl. BTDrs. 12/3254, 40). Insbesondere sollen die Mieter mit der Vorschrift des § 570 b BGB vor der erhöhten Gefahr einer Eigenbedarfskündigung nach § 564 b Abs. 2 Nr. 2 BGB geschützt werden, die aus der Umwandlung eines bisher ungeteilten Mehrfamilienhauses in einzelne Wohnungseigentumseinheiten resultiert (vgl. BTDrs. 8/3403, 40 und 12/3254, 40). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen demnach mit dem Mietervorkaufsrecht diejenigen Mieter geschützt werden, die bei ihrem Einzug in die Wohnung mit einem längerfristigen Mietverhältnis rechnen konnten, weil kein Wohnungseigentum an der einzelnen Wohnung bestand.

Legt man diesen Schutzzweck des § 570 b BGB zugrunde, könnte das Bestehen von Mietervorkaufsrechten im Falle der Vermietung von Studentenappartements fraglich sein. Denn der Kündigungsschutz nach § 564 b Abs. 2 BGB gilt gem. § 564 b Abs. 7 Nr. 3 BGB nicht für Wohnraum, der Teil eines Studenten- oder Jugendwohnheims ist. Besteht demnach für die Mieter von Studentenappartements kraft Gesetzes kein Schutz vor Eigenbedarfskündigungen oder sonstiger Verdrängung in den in § 564 b Abs. 2 benannten Fällen, ist fraglich, ob diese Mieter vom gesetzlichen Schutzzweck des § 570 b BGB umfaßt sind. Diese Überlegung könnte dafür sprechen, daß Mietern von Studentenappartements ein Vorkaufsrecht nach § 570 b BGB nicht zusteht. Der Gesetzgeber hat zwischen § 570 b Abs. 1 BGB und § 564 b BGB insoweit eine Verknüpfung hergestellt, als er den in § 564 b Abs. 2 Nr. 2 BGB genannten Personenkreis in § 570 b Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen des Angehörigenprivilegs berücksichtigt.

Andererseits spricht gerade die ausdrückliche Einschränkung des Mietervorkaufsrechts zugunsten von Angehörigen dafür, daß der Gesetzgeber weitere Ausnahmefälle aus § 564 b BGB bewußt nicht in die Regelung des § 570 b BGB übernommen hat. Hätte der Gesetzgeber nämlich über das Angehörigenprivileg des § 570 b Abs. 1 S. 2 BGB hinaus auch die in § 564 b Abs. 7 BGB genannten Fälle vom Mietervorkaufsrecht ausnehmen wollen, hätte er dies über die Regelung des § 570 b Abs. 1 S. 2 BGB hinaus auch ausdrücklich in den Wortlaut des § 570 b Abs. 1 BGB aufnehmen können. Ferner ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber bei der Einführung des § 570 b BGB auch bei der Formulierung des Angehörigenprivilegs auf die ursprünglich vorgenommene ausdrückliche Bezugnahme auf § 564 b Abs. 2 Nr. 2 BGB verzichtet hat (vgl. Staudinger/Sonnenschein, a. a. O., § 570 b Rn. 36). Es läßt sich daher de lege lata aus der gesetzlichen Regelung des § 570 b BGB nicht herleiten, daß das Mietervorkaufsrecht in den in § 564 b Abs. 7 BGB genannten Fällen ausgeschlossen sein soll. Zuzugeben ist allerdings, daß im Hinblick auf den vom Gesetzgeber formulierten Schutzzweck des § 570 b BGB insoweit Zweifel verbleiben. Angesichts des Fehlens von veröffentlichter Rechtsprechung zu dieser Problematik ist daher wohl auch die gegenteilige Auffassung vertretbar.

BNotO § 20 Abs. 3; GmbHG § 23; BGB §§ 383 Abs. 3, 156

Öffentliche Versteigerung eines kaduzierten GmbH-Geschäftsanteils durch einen Notar

I. Sachverhalt

Für eine GmbH wurde das Konkursverfahren eröffnet. Geschäftsanteile, bei denen Einzahlungen auf die Stammeinlage noch nicht voll geleistet waren, wurden durch den Konkursverwalter gem. § 21 GmbHG kaduziert. Dieser hat nunmehr einen Notar beauftragt, diese Geschäftsanteile zu versteigern.

II. Frage

In welcher Art und Weise hat der Notar die Versteigerung dieser Geschäftsanteile durchzuführen?

III. Rechtslage

1. Die öffentliche Versteigerung von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 23 GmbHG gehört zu den Rechtsfolgen der Kaduzierung. Die in ihr vorgesehene Verwertung eines Geschäftsanteils setzt deshalb dessen **wirksame Kaduzierung** nach § 21 GmbHG sowie den **erfolglosen Rückgriff** gegen die Rechtsvorgänger der Inhaber der kaduzierten Geschäftsanteile nach § 22 GmbHG voraus (OLG Rostock GmbHR 1997, 449; Scholz/Emmerich, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 23 Rn. 3; Hachenburg/Müller, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 23 Rn. 1 f., Rn. 7). **Verantwortlich** für den zwangsweisen Verkauf der kaduzierten Geschäftsanteile und seine Durchführung sind die **Geschäftsführer** der GmbH (allg. Meinung; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 15; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 4; Rowedder, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 23 Rn. 4). Im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen der GmbH geht die Verantwortlichkeit nach § 6 Abs. 2 KO auf den Konkursverwalter über. Aufgrund der grundsätzlichen Verantwortlichkeit der Gesellschaft sind deshalb die Vorgaben der Gesellschaft für den Verkauf der kaduzierten Geschäftsanteile maßgeblich.

Insoweit hat die Gesellschaft auch das Recht, Weisungen zu erteilen (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 21; Guntau, DGVZ 1982, 161, 165).

2. Der Verkauf der kaduzierten Geschäftsanteile geschieht regelmäßig im Wege der **öffentlichen Versteigerung** nach § 23 S. 1 GmbHG. Das Gesetz verweist damit auf die allgemeinen Bestimmungen der **§§ 383 Abs. 3 und 156 BGB** (Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 6; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 16; Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 6; Guntau, DGVZ 1982, 161, 163; Polzius, DGVZ 1987, 17, 19 f.). **Unanwendbar** sind hingegen die **§§ 814 ff. ZPO** über die Versteigerung gepfändeter Sachen (allgemeine Meinung; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 6; Polzius, DGVZ 1987, 17, 20; Guntau, DGVZ 1982, 161, 163) sowie die **§§ 1233 ff. BGB** über die Verwertung von Sachen, an denen ein vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht besteht (Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 6; Guntau, DGVZ 1982, 161, 163; Polzius, DGVZ 1987, 17, 20). Eine **Ausnahme** besteht jedoch für die Bestimmung des **§ 1238 Abs. 1 BGB**, so daß nach allg. Meinung der Meistbietende den gesamten Kaufpreis sofort in bar, und zwar noch vor dem Zuschlag zu entrichten hat (Polzius, DGVZ 1987, 17, 22; Guntau, DGVZ 1982, 161, 166; Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 7; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 7 a; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 22). Für die öffentliche Versteigerung sind hiernach **zuständig** ein für den Versteigerungsort bestellter Gerichtsvollzieher (§ 246 GVGA), ein öffentlich bestellter Versteigerer (§ 34 b GewO) sowie die Notare nach § 20 Abs. 3 BNotO. Insoweit ist die Gesellschaft frei, wen sie unter diesen befugten Personen auswählt.

3. **Wird ein Notar mit der Durchführung der öffentlichen Versteigerung beauftragt**, so kann der Notar wie ein gewerblicher Versteigerer für den Veräußerer zur Abgabe von Angeboten (Geboten) auffordern und den Zuschlag des Veräußerers (Versteigerers) verkünden bzw. für den Veräußerer den Zuschlag erklären. Insoweit ist der Notar bei der Durchführung der Versteigerung als Vertreter oder als „Mittelsmann“ des Veräußerers tätig (Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl. 1997, § 156 Rn. 1; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21). Gleichwohl ist er nicht nach § 16 BNotO von der Amtstätigkeit ausgeschlossen, da er als Organ der vorsorgenden Rechtspflege tätig wird. Die Vorschriften der GewO über die Versteigerung gelten für den Notar nicht. Dies gilt deshalb insbesondere auch für die Versteigerervorschriften (VerstV) in der Fassung vom 01.07.1976 (BGBl. I, 1345), zuletzt geändert durch Verordnung vom 07.11.1990 (BGBl. I, 2476; vgl. dazu auch Seybold/Schippel/Reithmann, BNotO, 6. Aufl. 1995, § 20 Rn. 46 f.). **Ob die Voraussetzungen des Verkaufs durch öffentliche Versteigerung nach § 23 GmbHG vorliegen, stellt aufgrund ihrer Verantwortlichkeit für den Verkauf allein die Geschäftsführung der GmbH fest.** Der mit der Versteigerung beauftragten Person obliegt **keine Prüfungspflicht** der Rechtmäßigkeit des Handelns des Auftraggebers (Guntau, DGVZ 1982, 161, 164; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21, jeweils für den Gerichtsvollzieher als Versteigerer). Gleiches gilt wohl auch für den Notar, es sei denn, die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 BNotO liegen vor, weil beispielsweise die Fehlerhaftigkeit der Kaduzierung offensichtlich ist, so daß auch die öffentliche Versteigerung unwirksam wäre (vgl. Seybold/Schippel, a. a. O., § 14 Rn. 11). Bloße Zweifel an

der Rechtmäßigkeit genügen in aller Regel nicht (Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 14 Rn. 108 f.).

4. Nach § 23 S. 1 GmbHG erfolgt der Verkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung. § 383 Abs. 3 BGB enthält hierzu eine **Legaldefinition**. Die Versteigerung muß „**öffentlich**“ stattfinden, d. h. es muß jeder zugelassen werden, soweit es die Ordnung gestattet. Der Versteigerungsraum muß so ausgewählt werden, daß er für die normal zu erwartenden Interessenten ausreicht (MünchKomm-Heinrichs, BGB, 3. Aufl. 1994, § 383 Rn. 6). Insoweit muß also sichergestellt sein, daß grundsätzlich jedermann, insbesondere auch sämtliche Gesellschafter einschließlich des ausgeschlossenen Gesellschafters sowie der Geschäftsführer der Gesellschaft mitbieten können (Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 7; Hachenburg/Ulmer, a. a. O., § 23 Rn. 17 f.). Jede Beschränkung darin ist unstatthaft (Guntau, DGVZ 1982, 161, 165; Polzius, DGVZ 1987, 17, 22). Ausgeschlossen ist nur die Gesellschaft wäre im Hinblick auf § 33 Abs. 1 GmbHG nichtig (Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 7; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 18; Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 7).

5. Anders als im Aktienrecht nach § 65 Abs. 3 S. 2 AktG ist für die öffentliche Versteigerung eines kaduzierten GmbH-Geschäftsanteils ein **bestimmter Versteigerungsort nicht vorgeschrieben**. Hieraus folgt, daß die Gesellschaft den Anteil an jedem Ort versteigern lassen kann, an dem ein angemessener Erfolg zu erwarten ist. Dies muß nicht unbedingt der Sitz der Gesellschaft sein (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 20; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 7; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21; Guntau, DGVZ 1982, 161, 163).

6. Nach § 383 Abs. 3 S. 2 BGB sind Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen. Die Art und Weise dieser **Bekanntmachung** ist gesetzlich nicht geregelt. Hieraus wird gefolgert, daß die Art der Bekanntmachung nach Treu und Glauben so zu erfolgen hat, daß die im Einzelfall interessierten Kreise der Öffentlichkeit erreicht werden können (Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl. 1990, § 383 Rn. 3; Guntau, DGVZ 1982, 161, 164; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21; Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 6; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 19). Zu beachten ist hierbei, daß in erster Linie die Bestimmungen der Gesellschaft maßgeblich sind, denn letztlich verantwortlich für den Verkauf der kaduzierten GmbH-Geschäftsanteile ist die Gesellschaft (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 19; Guntau, DGVZ 1982, 161, 164). Grundsätzlich folgt hieraus, daß die Bekanntmachung in öffentlichen Publikationsorganen erfolgen muß, und zwar in der Weise, welche für Versteigerungen solcher Art **angemessen und ortsüblich** ist. Die Bekanntgabe hat also in denjenigen Zeitschriften oder Fachzeitschriften zu erfolgen, die üblicherweise für öffentliche Versteigerungen am vorgesehenen Versteigerungsort verwendet werden. Die Blätter, die der Gesellschaftsvertrag für Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmt, sind nicht maßgebend. Insoweit handelt es sich nicht um eine Bekanntmachung für die Gesellschafter, sondern für das Publikum. Es muß jedoch gewährleistet sein, daß ein möglichst weiter Interessentenkreis unterrichtet wird; andererseits müssen die Kosten in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu erwartenden Erfolg stehen

(Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 19; Guntau, DGVZ 1982, 161, 164; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21). Nach Ansicht von Rowedder (a. a. O., § 23 Rn. 6) ist eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger bzw. in den Bekanntmachungsblättern der Gesellschaft nach § 10 Abs. 3 GmbHG jedenfalls zweckmäßig. Bezüglich des **Inhalts der Bekanntmachung** schreibt § 383 Abs. 3 BGB lediglich vor, daß Ort und Zeit der Versteigerung „unter allgemeiner Bezeichnung der Sache“ bekannt gemacht werden. Eine gewisse Präzisierung erscheint dabei erforderlich. Rowedder (a. a. O., § 23 Rn. 6) schlägt für die „Bezeichnung der Sache“ folgenden Wortlaut vor: „*Geschäftsanteil über nominal 10.000,- DM der X-GmbH in Heimstadt*“. Eine **Frist** zwischen der Bekanntmachung in den Publikationsorganen und dem Tag der Versteigerung ist nicht festgelegt. Dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht es jedoch, eine angemessene Frist zu wahren. Eine mehrfache Bekanntmachung ist nicht erforderlich, aber zulässig (Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 6). Eine **besondere Benachrichtigung des früheren Inhabers** des Geschäftsanteils oder sonstiger Interessenten oder der Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen aufgrund von § 384 BGB ist nach allgemeiner Meinung nicht erforderlich, unter Umständen aber im Hinblick auf das Gebot zur Optimierung des Kapitalaufbringungsverfahrens notwendig (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 21; Guntau, DGVZ 1982, 161, 164).

7. Im übrigen bestehen aufgrund der Anordnung der öffentlichen Versteigerung keine weiteren Verfahrensvorschriften. Wie bereits ausgeführt, sind die Regeln des BGB über den Verkauf einer verpfändeten Sache und des HGB über den Selbsthilfeverkauf nicht anwendbar. Auch gelten die Vorschriften der ZPO nicht. Insbesondere bedeutet dies, daß **kein Mindestgebot** festgesetzt werden muß, wie dies im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 817 a ZPO erforderlich ist (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 21; Guntau, DGVZ 1982, 161, 165).

Zu beachten ist hierbei jedoch, daß die Durchführung des Verkaufs in der Verantwortlichkeit der Geschäftsführer der Gesellschaft liegt. Die Geschäftsführer respektive der Konkursverwalter nach § 6 Abs. 2 KO können deshalb dem Versteigerungsbeamten entsprechende Weisungen erteilen. Dies gilt namentlich für die Festlegung der **Versteigerungsbedingungen** (Guntau, DGVZ 1982, 161, 164; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21 f.; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 7 a; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 21). Insbesondere kann in den Versteigerungsbedingungen die Form der Zahlung bestimmt werden bzw., daß der Zuschlag an den Erwerber der Genehmigung der Gesellschaft bedarf. Ebenso kann ein Mindestgebot bestimmt werden. Schließlich sollte ein Hinweis auf § 156 S. 2 BGB, wonach ein Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird, sowie ein Hinweis auf § 1238 Abs. 1 BGB in den Versteigerungsbedingungen erfolgen, wonach ein Zuschlag des Anteils nur gegen vorherige sofortige Barzahlung möglich ist (allg. Meinung; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 7 a; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 22; Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 7; Polzius, DGVZ 1987, 17, 21 f.; Guntau, DGVZ 1982, 161, 166). Nach Guntau (DGVZ 1982, 161, 164) soll der Versteigerungsbeamte die Geschäftsführer der Gesellschaft hierbei darauf hinweisen, daß unangemessene Bedingungen der Versteigerung zu Schadensersatzansprüchen der für den Ausfall nach §§ 21 Abs. 3, 24

GmbHG Haftenden führen kann, wenn ohne diese Bedingungen ein höherer Preis erzielt worden wäre. Insoweit empfiehlt er, ein doppeltes Angebot auszuwerfen, nämlich einmal mit den besonderen Versteigerungsbedingungen und einmal ohne solche, d. h. glatte Ausbietung gegen Barzahlung des Meistgebots. Nicht erforderlich ist es, in der öffentlichen Bekanntmachung der Versteigerung bereits die Versteigerungsbedingungen bekannt zu geben. Nach § 383 Abs. 3 BGB genügt es, wenn die Versteigerung „unter allgemeiner Bezeichnung der Sache“ bekannt gemacht wird.

8. a) Auch wenn nach § 15 GmbHG die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen grundsätzlich der **notariellen Beurkundung** bedarf, ist nach Ansicht der Literatur eine notarielle Beurkundung im Falle der öffentlichen Versteigerung von GmbH-Geschäftsanteilen nicht erforderlich (Scholz/
Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 6 a; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 24; Roth/Altmeppen, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 23 Rn. 6). Begründet wird diese Ansicht damit, daß § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG den Handel mit GmbH-Anteilen erschweren sollen. Dieses Ziel habe aber dort keine Bedeutung mehr, wo das Gesetz selbst die Verwertung eines GmbH-Anteils ausdrücklich vorschreibt (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 24). Nach *Reithmann* (in: Seybold/Schippel, a. a. O., § 20 Rn. 48 f.) „kann“ jedoch eine Niederschrift errichtet werden. Soweit ersichtlich, liegt zu dieser Frage noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor.

b) Knüpft man eine **Parallele zur freiwilligen Versteigerung von Grundstücken**, bei der die Anwendung der Formvorschrift des § 313 BGB unumstritten ist (Seybold/
Schippel/Reithmann, a. a. O., § 20 Rn. 50; Staudinger/Bork, BGB, 13. Aufl. 1996, § 156 Rn. 7), so könnte dies dafür sprechen, auch hier eine Beurkundungspflicht anzunehmen. Hierfür könnte auch angeführt werden, daß § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG nicht nur der Erschwerung der Umlauffähigkeit von GmbH-Anteilen dienen, sondern ihren Zweck auch in der Beweiserleichterung und in der Sicherheit des Rechtsverkehrs haben (Scholz/Winter, a. a. O., § 15 Rn. 38; Hachenburg/Zutt, a. a. O., § 15 Rn. 9). Ein weiteres kommt hinzu: Erfolgt der Verkauf der kaduzierten GmbH-Geschäftsanteile nach § 23 GmbHG nicht im Wege der öffentlichen Versteigerung, sondern durch freihändigen Verkauf, was gem. § 23 S. 2 GmbHG möglich ist, so entspricht es allgemeiner Auffassung, daß § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG hierauf anzuwenden sind mit der Folge, daß der freihändige Verkauf und die Abtretung ebenfalls notariell zu beurkunden sind (Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 10; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 29; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 9; zweifelnd Roth/Altmeppen, a. a. O., § 23 Rn. 7 m. w. N.). Es kann deshalb wohl nicht ohne weiteres mit der h. M. von einer Formfreiheit der öffentlichen Versteigerung nach § 23 GmbHG ausgegangen werden. Bejaht man hiernach eine Beurkundungspflicht oder entschließt man sich für eine Beurkundung, um den „sicheren Weg“ zu beschreiten (Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 83), so gilt für die Beurkundung der Versteigerung die Vorschrift des **§ 15 BeurkG**. § 15 BeurkG bezieht sich jedoch allein auf die Beurkundung selbst, nicht aber auf das Verfahren im übrigen (Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B, BeurkG, 13. Aufl. 1997, § 15 Rn. 4; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 15 Rn. 4 f.; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 15 Rn. 2;

Jansen, FGG, 2. Aufl. 1971, § 15 BeurkG Rn. 5; vgl. dazu auch DNotI-Report 1996, 209, 210 f.). Da durch den Zuschlag in der Versteigerung nur das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zustande kommt (Staudinger/Bork, a. a. O., § 156 Rn. 8), nicht aber die erforderlichen Erfüllungshandlungen davon erfaßt werden, bedeutet dies, daß § 15 BeurkG **nicht** für die Abtretung der GmbH-Geschäftsanteile gilt (allg. Meinung für die Auflassung bei einer Grundstücksversteigerung; Keidel/Kuntze/Winkler, a. a. O., § 15 Rn. 12; Huhn/v. Schuckmann, a. a. O., § 15 Rn. 5; Mecke/Lerch, a. a. O., § 15 Rn. 4; Jansen, a. a. O., § 15 BeurkG Rn. 8; a. M. BayObLG BayObLGZ 13, 298). Entschließt man sich somit für eine Beurkundung der öffentlichen Versteigerung von GmbH-Geschäftsanteilen, so ist konsequenterweise auch eine Beurkundung der Abtretung der GmbH-Geschäftsanteile nach § 15 Abs. 3 GmbHG notwendig (a. A. jedoch die h. M.; s. o. 8 a). Hierfür gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 6 ff. BeurkG; § 15 BeurkG ist insoweit nicht anwendbar.

c) Im Falle einer Beurkundung ist weiter zu beachten, daß die allgemeinen Versteigerungsbedingungen, die durch die Gesellschaft bzw. den Versteigerer gestellt werden und die in der Regel sowohl die gesetzliche Regelung des § 156 BGB ergänzende bzw. modifizierende Bestimmungen über den Vertragsschluß sowie Bestimmungen über den Inhalt des nur mit dem Ersteher abzuschließenden Vertrages enthalten (Staudinger/Bork, a. a. O., § 156 Rn. 9), ebenfalls mit beurkundet werden sollten. Insoweit gelten ebenfalls die allgemeinen Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen, §§ 6 ff. BeurkG. Namentlich gilt in diesem Fall auch die Bestimmung des § 13 a BeurkG, wonach in der Niederschrift auch auf eine andere notarielle Niederschrift verwiesen werden kann. In der notariellen Praxis wird dies bei der Beurkundung des Meistgebots und des Zuschlags auch häufig so gehandhabt, insbesondere, wenn die allgemeinen Versteigerungsbedingungen bereits den wesentlichen Vertragsinhalt vorgeben (vgl. Münchener Vertragshandbuch/Langenfeld, Bd. 4, 1. Halbbd., 3. Aufl. 1992, I 17).

Soweit die allgemeinen Versteigerungsbedingungen auch Bestimmungen zur versteigerungsrechtlichen Gebundenheit der Bieter und zur Durchführung der Versteigerung im allgemeinen enthalten, die auch für die anderen Teilnehmer der Grundstücksversteigerung verbindlich sein sollen, wird die rein beurkundungsrechtliche Verweisung gem. § 13 a BeurkG nicht genügen. Nachdem die **allgemeinen Versteigerungsbedingungen**, insbesondere im Hinblick auf § 24 a AGBG, möglicherweise **als allgemeine Geschäftsbedingungen** im Sinne des AGBG (vgl. dazu DNotI-Report 1996, 138 ff., 147 f., 166 ff.; Braunfels, DNotZ 1997, 356) aufzufassen sind (so wohl Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 156 Rn. 1), wird man insoweit die **Einhaltung des § 2 AGBG** über die Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag zu beachten haben. Erforderlich und ausreichend ist, daß der andere Vertragspartner, hier also der Meistbietende, möglichst ausdrücklich auf die AGB hingewiesen wird. Insoweit muß ihm die Möglichkeit gegeben werden, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und sich mit ihrer Geltung einverstanden zu erklären. Hierbei dürfte es

ausreichend sein, wenn bei der Bekanntgabe der allgemeinen Versteigerungsbedingungen ausdrücklich auf diese hingewiesen und beispielsweise eine Fotokopie am Auktionsort allgemein sichtbar und zugänglich ausgelegt wird. Im Anwendungsbereich der VerstV vom 01.07.1976 (BGBl. I, 1345) wird in § 6 Abs. 2 S. 1 die Pflicht zur Auslage der Versteigerungsbedingungen ausdrücklich statuiert. Lediglich bei Versteigerungen unter freiem Himmel genügt eine mündliche Bekanntgabe, § 6 Abs. 2 S. 2 VerstV. Eindeutige Stellungnahmen aus Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage liegen jedoch - soweit ersichtlich - nicht vor.

9. Durch den **Zuschlag** kommt zwischen der Gesellschaft und dem Bieter ein **Kaufvertrag** über den Geschäftsanteil zustande. Ob insoweit § 18 der VerstV gilt, wonach der Zuschlag erst erteilt werden darf, wenn nach dreimaligem Wiederholen des Höchstgebots kein Übergebot abgegeben wird, erscheint fraglich, weil die VerstV für den Notar als Versteigerer grundsätzlich nicht gelten. Zwecks Vermeidung von Unklarheiten empfiehlt es sich, die Frage des Zuschlags ebenfalls ausdrücklich in den Versteigerungsbedingungen zu regeln. Da durch den Zuschlag nur der Kaufvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Bieter über den Geschäftsanteil zustande kommt, bedarf es für den **Eigentumsübergang des Geschäftsanteils auf den Erwerber noch der Abtretung nach den §§ 398, 413 BGB** (Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 12; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 22; Staudinger/Bork, a. a. O., § 156 Rn. 8; a. A. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 23 Rn. 4). Die Abtretung wird jedoch in der Regel konkludent und unmittelbar nach dem Zuschlag erfolgen, und zwar durch Willenserklärung des Versteigerers für die Gesellschaft, der hierzu zumindest konkludent bevollmächtigt ist, weil ihm von der Gesellschaft die Entgegennahme der Zahlung gestattet wurde. Andernfalls erfolgt die Abtretung durch Erklärung eines Vertreters der Gesellschaft, der bei der Versteigerung anwesend ist (Rowedder, a. a. O., § 23 Rn. 12; Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 22; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 13). Die Formvorschriften des § 15 Abs. 3 GmbHG sind nach h. M. nicht zu beachten (vgl. oben 8). Zum Zwecke der Beweiserleichterung sowie zur Sicherheit des Rechtsverkehrs empfiehlt sich jedoch eine Beurkundung der Abtretung gem. § 15 Abs. 3 GmbHG.

10. Der **Erlös aus der Versteigerung** steht der Gesellschaft zu, auch wenn sich - verglichen mit dem Einlagerückstand - ein Mehrerlös ergibt (Hachenburg/Müller, a. a. O., § 23 Rn. 39; Roth/Altmeppen, a. a. O., § 23 Rn. 9; Scholz/Emmerich, a. a. O., § 23 Rn. 16; Guntau, DGVZ 1982, 161, 166; Polzius, DGVZ 1987, 17, 23).

ErbStG §§ 7, 16; AO § 42 Kettenschenkung, Gestaltungsmissbrauch

I. Sachverhalt

Die Eltern sind Eigentümer einer Immobilie und beabsichtigen, diese auf die Tochter und deren Ehemann zu übertragen. Es soll der Weg gewählt werden, daß die Eltern die Immobilie zunächst auf die Tochter und diese sodann einen 1/2 Miteigentumsanteil auf den Ehemann überträgt, so daß wegen der entsprechenden Freibeträge nach § 16 ErbStG keine Schenkungsteuer anfallen kann.

II. Frage

1. Liegt bei Beurkundung dieser Übertragungen in einer Urkunde eine Umgehung im Sinne der AO vor?
2. Wird der Umgehungstatbestand dadurch ausgeräumt, daß zwischen der Übertragung Eltern/Tochter und der Übertragung Tochter/Ehemann ein Zeitraum von drei bis sechs Monaten liegt?

III. Rechtslage

1. Wendet der Bedachte den Gegenstand der Zuwendung ohne rechtliche Verpflichtung nach dem Erwerb unentgeltlich einem Dritten zu, dann bleibt dieser Vorgang grundsätzlich ohne Einfluß auf die dem Bedachten zugefallene Bereicherung. Es können im Einzelfall zwei aufeinanderfolgende, voneinander unabhängige Schenkungen vorliegen, durch die zunächst der Bedachte und anschließend der Dritte bereichert wird. **Die Rechtsprechung steht derartigen Kettenschenkungen unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO skeptisch gegenüber** (Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 11. Aufl. 1997, § 7 Rn. 68 ff. m. w. N.). Die Feststellung allein, daß ein Vermögensgegenstand mit günstiger steuerlicher Folge über einen Zwischenempfänger an einen weiteren Bedachten gelangt ist, genügt noch nicht, einen Gestaltungsmissbrauch anzunehmen, wenn der Bedachte damit zwar den Wünschen des Schenkers entspricht, ohne aber hierzu rechtlich oder tatsächlich verpflichtet zu sein. Vielmehr sind zwei aufeinanderfolgende, voneinander unabhängige Schenkungen anzunehmen, durch die zunächst der Bedachte und anschließend der Dritte bereichert wird (Meincke, a. a. O., § 7 Rn. 68). Grundsätzlich können die Beteiligten nämlich einen rechtlichen Vorgang so gestalten, daß sie möglichst wenig oder gar keine Steuer zu zahlen brauchen. Bieten sich unabhängig von der steuerlichen Beurteilung zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Zieles mehrere Lösungen an, so können die Beteiligten die für sie steuerlich günstigste wählen. Die angeführten Grundsätze gelten für die Anwendung des § 42 AO allgemein (Troll, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Stand: März 1997, § 1 Rn. 7). **Eine typische Kettenschenkung liegt bei der sofortigen Weiterschenkung vor, wenn für die Übertragung auf die zwischengeschaltete Person keine bürgerlich-rechtlichen Gründe vorgetragen werden können. Erhält jemand als Durchgangs- oder Mittelperson eine Zuwendung, die er entsprechend einer bestehenden Verpflichtung in vollem Umfang an einen Dritten weitergibt, liegt schenkungssteuerrechtlich nur eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an den Dritten vor** (Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 1994, Rn. 376).

2. Für den Fall der **Schenkung mit Weiterschenkungsklausel** hat der BFH mit Urteil vom 17.02.1993 (BStBl II 1993, 523 ff.) entschieden, **daß für die schenkungssteuerrechtliche Beurteilung des Erwerbs des Dritten dessen Verhältnis zum ursprünglichen Schenker maßgeblich ist**. Der Schenker sei nicht der mit der Auflage Beschwerte, sondern derjenige, der dem mit der Auflage Beschwerten die Zuwendung mache. Der Beschwerte habe die ihm auferlegte Leistung nur zu vollziehen. Auch nach der bisherigen Rechtsprechung (BFH, Urt. v. 11.11.1955, BStBl III 1955, 395; Urt. v. 14.03.1962, BStBl III 1962, 206) lag eine steuerlich unbeachtliche Kettenschenkung vor, wenn eine Willensäußerung des Schenkers vorlag, durch

die der Erstempfänger zur Weitergabe der Zuwendung an den Zweitempfänger veranlaßt wurde. Dann würde die Schenkungsteuer wie bei unmittelbarer Schenkung an den Zweitempfänger erhoben (vgl. hierzu bereits DNotI-Report 6/1994, 4 ff.). Nach Auffassung von *Fischer* (DB 1996, 644, 649) ist die Kette der dinglichen Rechtsakte nicht simuliert, so daß ein Scheingeschäft nicht vorliegt. In schuldrechtlicher Hinsicht sei aber zu fragen, ob nicht in Wirklichkeit die Schenkung unmittelbar zwischen den Eltern und dem Schwiegersohn erfolge und ob nicht der Wortlaut des Steuergesetzes die Annahme zulasse, daß die Eltern den Schwiegersohn und nicht die Tochter im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG unentgeltlich bereichert hätten. Dies habe der BFH mit der vorstehenden Entscheidung bejaht. Nur wenn diese Frage zu verneinen wäre, müßten die Voraussetzungen des § 42 AO geprüft werden, wobei das transitorische Ausweichgeschäft - die Schenkung an die Tochter - keinen außersteuerlichen wirtschaftlichen Sinn habe und gesamtplanmäßig durch die Weiterübertragung auf den Schwiegersohn bzw. Ehemann korrigiert werden solle.

Mit Urteil v. 13.10.1993 (ZEV 1994, 53 f. = BSfBI II 1994, 128 f. = DNotI-Report 1/1994, 5 f.) **hat der BFH eine Zuwendung des Schenkers an den Zweitempfänger angenommen, wenn jemand als Durchgangsperson eine Zuwendung erhält, die er aufgrund einer bestehenden Verpflichtung in vollem Umfang einem Dritten weitergeben muß.** Wegen der Verpflichtung zur Weitergabe besteht nach Ansicht des BFH keine Bereicherung der Mittelsperson aus dem Vermögen des Zuwendenden; eine Schenkung der Mittelsperson an den Dritten kommt nicht in Betracht. Der BFH hob die Vorentscheidung des FG Münster (EFG 1991, 737 f.) auf. Dieses hatte in der zugrundeliegenden Sachverhaltsgestaltung noch keinen Gestaltungsmißbrauch gesehen. Ausweislich der Entscheidungsgründe wurde die Kettenschenkung zwar nicht in einer Urkunde, jedoch in aufeinanderfolgenden Urkundenrollennummern des Notars beurkundet. Der BFH verneinte eine eigene Entscheidungsbefugnis der Mittelsperson hinsichtlich der Verwendung der Geldbeträge, was sich aus dem Abschluß der Verträge in einem Zuge, nämlich an einem Tag in aufeinanderfolgenden Urkundenrollennummern des amtierenden Notars, sowie aus der inhaltlichen Abstimmung der Verträge untereinander, insbesondere hinsichtlich der maßgeblichen Geldbeträge sowie ihrer sofortigen Fälligkeit, ergebe (ZEV 1994, 54).

Es kommt **somit entscheidend darauf an, ob dem Erstempfänger nach den getroffenen Vereinbarungen ein eigener Entscheidungsspielraum über die Weitergabe des Vermögens verbleibt.** Wird der Erstempfänger vom Schenker so festgelegt, daß er sich auch ohne bindende rechtliche Verpflichtung der Weitergabe des Vermögens faktisch nicht entziehen kann, so ist die Schenkung an den Erstempfänger eine unangemessene rechtliche Gestaltung i. S. d. § 42 AO. In diesen Fällen liegt in Wahrheit keine Kettenschenkung, sondern eine Schenkung unter Auflage vor (Meincke, a. a. O., § 7 Rn. 68a). Neben der Behauptung, daß die zweite Schenkung aus eigenem Entschluß des zunächst Bedachten erfolgt ist, kommt es wesentlich darauf an, welche außersteuerlichen Beweggründe die Beteiligten vortragen können. In der vorliegenden Fallkonstellation spricht wohl viel dafür, daß das Finanzamt in der einheitlichen Urkunde eine unangemessene Gestaltung

sehen könnte und deshalb das Vorliegen einer Kettenschenkung verneinen könnte, insbesondere im Hinblick darauf, daß der BFH in seinem vorbezeichneten Urteil (ZEV 1994, 53 f.) bereits aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs der verschiedenen Urkunden und der inhaltlichen Abstimmung zwischen diesen eine Schenkung an den Erstempfänger verneint hat.

3. Es ist ratsam, daß der Steuerpflichtige außersteuerliche Gründe für die Gestaltung in der Urkunde dokumentiert, so z. B. die Anrechnung der Zuwendung auf künftige Zugewinnausgleichs- oder Pflichtteilsansprüche (Piltz, ZEV 1994, 55). Des weiteren empfiehlt sich in der notariellen Urkunde die Klarstellung, daß der Erstempfänger mit der Schenkung nach seinem Belieben verfügen kann (Piltz, a. a. O.; Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbauseinandersetzung, 2. Aufl. 1995, Rn. 1662). Weiterhin wird empfohlen, daß ein angemessener Zeitabstand zwischen Erst- und Zweitschenkung eingehalten werden soll (Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand: April 1997, § 7 Rn. 396.3). *Piltz* (a. a. O.) hält einen Zeitraum von einem Jahr für angemessen. Nach Auffassung von *Obermeier* (a. a. O., Rn. 1662) läßt sich nicht allgemein sagen, wie groß dieser zeitliche Abstand sein muß. Je größer der Zeitabstand sei, desto eher werde die Finanzverwaltung eine Kettenschenkung steuerlich anerkennen. Eine sichere Gestaltung dürfte es darstellen, wenn zwischen den beiden Schenkungen ein Abstand von 3 Jahren liege. Nach seiner Auffassung könne aber auch ein Zeitraum von einem Monat genügen, wenn der Schenker den Erstempfänger nicht zur Weiterschenkung an den Zweitempfänger veranlaßt habe. In einem solchen Fall seien jedoch Schwierigkeiten mit dem Finanzamt vorprogrammiert, so daß ein Zeitabstand von mindestens einem Jahr anzuraten sei.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

WEG §§ 7, 8

Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan bei Räumlichkeiten, die im Aufteilungsplan versehentlich als sondereigentumsfähig ausgewiesen wurden, obwohl Sondereigentumsfähigkeit nicht gegeben ist
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1156

BGB §§ 195, 503, 242

Zur Frage, innerhalb welcher Frist eine Gemeinde ihr zur Absicherung einer Bauverpflichtung eingeräumtes Wiederkaufsrecht ausüben kann
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1157

BGB § 1741

Zur Zulässigkeit einer Adoption eines Volljährigen durch den ehemaligen Stiefvater, ohne daß gleichzeitig die jetzige

Rechtsprechung

AGBG § 9

Zur Zulässigkeit gegenseitiger Bevollmächtigungen im AGB-Vertrag

Die gegenseitige Bevollmächtigung der Mieter zur Entgegennahme von Erklärungen durch die in einem formularmäßigen Wohnraummietvertrag enthaltene Klausel: „Erklärungen, deren Wirkung die Mieter berührt, müssen von oder gegenüber allen Mietern abgegeben werden. Die Mieter bevollmächtigen sich jedoch gegenseitig zur Entgegennahme ... solcher Erklärungen. Diese Vollmacht gilt auch für die Entgegennahme von Kündigungen, jedoch nicht für ... Mietaufhebungsverträge.“ ist wirksam.

BGH, Beschl. v. 10.09.1997 - VIII ARZ 1/97

Kz.: L I 3 - § 9 AGBG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 625

Problem

Die vorliegende BGH-Entscheidung betrifft die Frage, inwieweit eine Klausel, die in einem Mietvertrag enthalten ist, nach der sich die Mieter gegenseitig zur Entgegennahme oder Abgabe von Erklärungen bevollmächtigen, dem AGBG entspricht. Im Mietvertrag war die im Leitsatz beschriebene Klausel enthalten. Das OLG Celle hatte entschieden, daß in einem Mietvertrag eine Klausel unangemessen und daher nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist, nach der sich die Mieter untereinander bevollmächtigen, daß jeder von ihnen allein berechtigt ist, Willenserklärungen mit Wirkung für alle entgegenzunehmen oder abzugeben (WuM 1990, 108).

Entscheidung

Der BGH ist der Auffassung, daß ein Verstoß gegen das Verbot einer Zugangsfiktion nach § 10 Nr. 6 AGBG nicht vorliegt. Aufgrund der Bevollmächtigung vertreten die Mieter sich beim Empfang von Willenserklärungen gegenseitig nach § 164 Abs. 3 BGB. Damit werde nicht der Zugang von Willenserklärungen fingiert. Der BGH ist weiter der Auffassung, daß keine unangemessene Benachteiligung der Mieter im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG vorliegt. Die Vollmacht einzelner, für eine Personenmehrheit Willenserklärungen entgegenzunehmen, sei dem Gesetz nicht fremd. Dies würden die § 25 Abs. 2 S. 3 HGB, § 28 Abs. 2 BGB, § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG, § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB belegen. Aus diesen Bestimmungen werde zu Recht der allgemeine Rechtsgrundsatz abgeleitet, daß einer Personenmehrheit eine Willenserklärung durch Abgabe gegenüber einem der Gesamtvertreter zugehe. Eine „gegenseitige Selbstentrichtung“, wie sie bei Erteilung von Abgabevollmachten weithin angenommen werde (OLG Nürnberg NJW 1988, 1520; OLG Celle, a. a. O.; OLG Frankfurt WuM 1992, 56), sei durch eine wechselseitige Empfangsvollmacht nicht zu befürchten. Der BGH hält daher wechselseitige Empfangsvollmachten der Wohnraummietler auch dann

für wirksam, wenn sie formularmäßig erteilt wurden (so auch OLG Nürnberg NJW 1988, 1220).

GBO §§ 15, 55 Abs. 1

Eintragungsnachricht nur an Notar

Das Grundbuchamt kann Eintragungsnachrichten für die durch den Notar vertretenen Betroffenen auch nach der Neufassung des § 55 Abs. 1 GBO durch das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20. Dezember 1993 allein an den Notar übersenden. Eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung des Grundbuchamtes zur unmittelbaren Benachrichtigung auch der durch den Notar vertretenen Antragsteller besteht nicht.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.06.1997 - 3 Wx 529/96

Kz.: L II 3 - § 15 GBO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 626

Problem

Der Notar beantragte beim Grundbuchamt, auch namens der Gläubigerin, die Eintragung einer bei ihm beurkundeten Grundschuld und die Löschung bestimmter Belastungen. Er bat ferner, Eintragungsnachrichten allen Beteiligten unmittelbar und auch ihm zu übersenden. Das Amtsgericht wies durch Beschluß den Antrag auf unmittelbare Übersendung der Eintragungsnachrichten an die vom Notar gem. § 15 GBO vertretenen Antragsteller zurück.

Entscheidung

Die weitere Beschwerde des Notars war erfolglos. Das OLG Düsseldorf ging davon aus, daß die Aufzählungen in § 55 GBO, wonach die Eintragung „dem Antragsteller und dem eingetragenen Eigentümer“ sowie allen im Grundbuch eingetragenen Berechtigten und Betroffenen bekannt gemacht werden soll, nicht bedeuten, daß von der Eintragung nur die dort aufgeführten Personen zu benachrichtigen seien. Ebenso wie in der alten Fassung setze § 55 GBO n. F. nicht die geltenden Vertretungsregelungen außer Kraft. **Stelle ein Notar als Vertreter gem. § 15 GBO einen Eintragungsantrag, so sei die Eintragungsmittelung** entsprechend der bisher bereits in der Literatur und Rechtsprechung ganz h. M. **nur an ihn zu übersenden**, nicht unmittelbar an den Antragsberechtigten. Daß die Neufassung von § 55 GBO auch zur Übersendung einer Eintragungsmittelung an den den Antrag einreichenden Notar verpflichte, solle lediglich sicherstellen, daß der Notar in jedem Fall eine Mitteilung erhalte, sowohl wenn er gem. § 15 GBO als Vertreter als auch wenn er als **Bote** handle. Letzteres war nach der bisherigen Regelung nicht vorgesehen. Für die Fälle der rechtsgeschäftlich erteilten oder gesetzlich vermuteten Vollmacht des Notars stelle die Gesetzesänderung aber nur eine Klarstellung der bisherigen Rechtslage dar. Von daher ergebe sich auch aus der Änderung von § 55 GBO nicht, daß die Eintragungsmittelung für einen Betroffenen nicht mehr nur an den ihn vertretenen Notar gesandt werden dürfe.

EGBGB Art. 233 §§ 11 ff.

Bodenreform und Auflassungsvormerkung

Hat das Grundbuchamt unter Verstoß gegen das Sicherungssystem von Art. 233 § 13 EGBGB aufgrund Bewilligung des Erben eines Bodenreform Eigentümers eine Auflassungsvormerkung zugunsten eines Dritten eingetragen und erst bei der Eigentumsumschreibung auf den Dritten den Schutz des Landes durch eine vorrangige Auflassungsvormerkung berücksichtigt, ist ein Auflassungsanspruch des Landes nach Art. 233 § 11 Abs. 3 EGBGB schon wegen Unmöglichkeit seiner Erfüllung unbegründet.

BGH, Urt. v. 18.07.1997 - V ZR 121/96

Kz.: L VI 15 - Art. 233 Boden

Dokumentennr. Fax-Abruf: 627

Problem

In Art. 233 § 13 EGBGB war ein besonderes Widerspruchsverfahren vorgesehen, durch das ein Anspruchsberechtigter vor Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb geschützt werden sollte (vgl. Überblick bei Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rn. 4260). Wenn die Eintragung einer Verfügung des Eigentümers vor dem 31.12.1996 beantragt wurde, hatte das Grundbuchamt der Gemeinde und dem Fiskus des Landes jeweils eine Abschrift dieser Verfügung zuzusenden. Die Eintragung erfolgte dann unter gleichzeitiger Eintragung einer vorrangigen Vormerkung zugunsten des Berechtigten, wenn eine dieser Stellen dem Grundbuchamt innerhalb eines Monats ab Zugang mitteilte, daß der Verfügung widersprochen werde. Es war nun fraglich, welche Rechtsfolge eintritt, wenn bei der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages vom Grundbuchamt bei der Eintragung der Auflassungsvormerkung keine Mitteilung erfolgte und daher die Auflassungsvormerkung erstrangig im Grundbuch eingetragen wurde. In einer Reihe von Fällen wurde erst beim Antrag auf Eintragung der Auflassung das Widerspruchsverfahren eingeleitet mit der Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung. Hierdurch wäre der Schutz der Auflassungsvormerkung weitgehend entwertet worden, wenn nunmehr nach Kaufpreiszahlung der Erwerber das Grundstück nur mit einer Vormerkung des Fiskus belastet erwerben könnte. Es war nun fraglich, **ob in diesen Fällen, bei denen die Durchführung des Verfahrens bei der Eintragung der Auflassungsvormerkung vergessen wurde, noch die Möglichkeit des Widerspruchsverfahrens bei Eintragung der Auflassung besteht.** Im vorliegenden Fall wurde auf Widerspruch des Fiskus am 18.10.1994 eine Vormerkung und am 19.10.1994 der Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Entscheidung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß der Auflassungsanspruch des „Besserberechtigten“ unbegründet sei, weil er vom Verfügungsberechtigten nicht mehr erfüllt werden könne (Unvermögen). Danach sei der Beklagte nicht mehr zur Auflassung der veräußerten Grundstücke verpflichtet, weil nicht er, sondern der Erwerber Eigentümer der Grundstücke sei. Ob der Beklagte sein Unvermögen zu vertreten habe, sei lediglich bedeutsam für die Frage, ob sich seine ursprüngliche Leistungsverpflichtung in einem Schadensersatzanspruch fortsetze oder nicht. Außerdem sei der Eigentumsübergang auf den

Erwerber dem „Besserberechtigten“ auch rechtsbeständig und nicht etwa infolge der zu seinen Gunsten am 18.10.1994 eingetragenen Vormerkung relativ unwirksam (§ 883 Abs. 2 BGB). Dieser Vormerkung gehe die Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers im Rang vor. Dieser Rang setze sich in dem Eigentum des Erwerbers fort (§ 883 Abs. 3 BGB). Damit hat nach Auffassung des BGH der Erwerber wirksam Eigentum erworben und der Veräußerer ist nicht mehr zur Auflassung verpflichtet. Der BGH lehnt dabei ausdrücklich die Entscheidung des OLG Naumburg (NJW 1997, 200) ab.

EGBGB Art. 235 § 1 Abs. 1; RAG-DDR § 25 Abs. 2

Erbrecht; Internationales Privatrecht; anwendbares Erbrecht bei Gesamthandsanteilen im Nachlaß

Auch die gesamthänderische Beteiligung des Erblassers an einem Grundstück in der ehemaligen DDR als Mitglied einer ungeteilten Erbengemeinschaft fällt unter § 25 Abs. 2 RAG-DDR.

OLG Oldenburg, Urt. v. 09.09.1997 - 5 U 49/97

Kz.: L VI 6b - Nachlaßspaltung

Dokumentennr. Fax-Abruf: 628

Problem

Die streitenden Parteien waren Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft. In den streitgegenständlichen Nachlaß fiel auch ein Miterbenanteil an einem in der DDR belegenen Grundstück des 1985 verstorbenen Erblassers. Dieser wurde aufgrund Erbscheins nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu 3/4 von seiner überlebenden Ehefrau und zu 1/4 von seiner Schwester beerbt. Die Alleinerbin der nachverstorbenen Ehefrau und die Schwester des Erblassers streiten um den Verkaufserlös für das in der DDR belegene Immobilienvermögen.

Entscheidung

Das Gericht beurteilte die Rechtsnachfolge von Todes wegen gem. Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB des 1985 verstorbenen Erblassers grundsätzlich nach dem Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers in der Bundesrepublik Deutschland; in der DDR belegenes Immobilienvermögen jedoch vererbe sich gem. § 25 Abs. 2 RAG-DDR nach dem Recht der DDR. Das OLG Oldenburg war ebenso wie das Landgericht der Auffassung, daß der Anteil an der gesamthänderischen Beteiligung an dem Immobiliarnachlaß, den der Erblasser inne hatte, unter die Bestimmung des § 25 Abs. 2 RAG-DDR falle, wonach das Eigentum und Rechte an Grundstücken dem ZGB-DDR unterstehen. Erbin in bezug auf die gesamthänderische Beteiligung am Immobilienvermögen sei daher nach den Bestimmungen des ZGB der DDR die Ehefrau des Erblassers allein und unter Ausschluß der Schwester. Das OLG Oldenburg distanziert sich insoweit von der Entscheidung des OLG Dresden vom 22.05.1997 (DNotI-Report 1997, 179 = MittRhNotK 1997, 267 f.), welches keine Nachlaßspaltung nach § 25 Abs. 2 RAG-DDR angenommen hatte, wenn zum Nachlaß der Anteil einer ungeteilten Erbengemeinschaft gehört.

BGB §§ 1018, 1090; WEG § 15

Zur Frage der Dienstbarkeit an einem Sondernutzungsrecht

Ergänzung zu BayObLG, Beschl. v. 11.09.1997, DNotI-Report 20/1997, 214.

Im Beschluß vom 11.09.1997 hatte das BayObLG zur Frage zu entscheiden, ob eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Absicherung eines Wohnungs- und Benutzungsrechtes an einem Wohnungseigentum eingetragen werden kann, wenn das Wohnungseigentum mit dem Sondernutzungsrecht an einer Garage und einem Abstellplatz für eine Müllbox verbunden ist. Das Grundbuchamt hatte den Antrag beanstandet, da die Dienstbarkeit nicht auch an dem Sondernutzungsrecht begründet werden könne. Das BayObLG hielt in der Entscheidung daran fest, **daß eine Dienstbarkeit an einem Wohnungseigentum nicht mit dem Inhalt eingetragen werden kann, daß Ausübungsbereich das Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum ist** (so auch BayObLG DNotZ 1990, 496 mit Anm. Amann; BayObLG WuM 1997, 386). Belastungsgegenstand der Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsrechtes sollte im vorliegenden Fall das Wohnungseigentum mit der Maßgabe sein, daß Inhalt des dinglichen Rechts auch das Recht auf alleinige Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums ist, soweit dem Beteiligten daran ein Sondernutzungsrecht eingeräumt ist. Dies kann nach Auffassung des BayObLG nicht zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit sein, da das Sondernutzungsrecht nur auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Wohnungseigentümer beruhe. **Es sei daher von ausschlaggebender Bedeutung, ob das Sondernutzungsrecht allein oder neben dem Sondereigentum Gegenstand der Dienstbarkeit sein soll.** In unserer Besprechung im DNotI-Report 1997, 214 wurde ein Aspekt nicht ausreichend berücksichtigt, den das BayObLG nur am Rande erwähnt, der im vorliegenden Fall aber die entschei-

dende Rolle spielt. Das BayObLG bezieht sich dabei ausdrücklich auf § 1093 Abs. 3 BGB, wonach der Berechtigte die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen kann. Die Situation der Belastung eines Sondereigentums bei vorhandenem Sondernutzungsrecht sei daher vergleichbar mit der Mitübertragung der Mitbenutzungsbefugnis des Wohnungseigentümers an den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden, zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen, die sich kraft Gesetzes vollziehe (§ 1093 Abs. 3 BGB i. V. m. § 13 Abs. 2 S. 1 WEG). Wird also nichts anderes vereinbart, dann wird **bei der Belastung des Sondereigentums kraft Gesetzes der Wohnungsberechtigte auch Berechtigter der Nutzungsbefugnis aus dem Sondernutzungsrecht. Für die Praxis dürfte sich daher empfehlen, bei der Bestellung von Dienstbarkeiten deutlich zu machen, daß das Sondernutzungsrecht nicht Gegenstand der Belastung sein soll und ausschließlich das Sondereigentum belastet wird.**

Literaturhinweise

Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1997, 1230 Seiten, 198,- DM

Die 14. Auflage dieses Standardkommentars berücksichtigt nicht nur die neueste Rechtsprechung, sondern auch die Änderungen des GrEStG durch das Jahressteuergesetz 1997. Die vielfältigen Fälle der Grunderwerbsteuer bei Umwandlung nach dem UmwG werden ausführlich kommentiert. Aufgrund seiner Aktualität und seiner umfangreichen Bearbeitung stellt der Kommentar ohne Zweifel ein hervorragendes Hilfsmittel für den mit Grunderwerbsteuerfragen befaßten Praktiker dar.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@t-online.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333