

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19/1996 · Oktober 1996

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1587; VAHRG § 5 - Wegfall der Kürzung bei Unterhaltsansprüchen des Berechtigten

GVO § 2 - GVO zur Eintragung der abgetretenen Auflassungsvormerkung

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

AnfG §§ 1, 2, 7, 9; BGB § 894 - Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Anfechtung nach AnfG

GBO §§ 51, 19, 22 Abs. 1, 29; BGB § 2113 Abs. 2 - Löschung eines Nacherbenvermerks bei vorzeitiger Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses

AktG §§ 186 Abs. 3 S. 4, 202 ff. - Ausschluß des Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung durch genehmigtes Kapital

AO § 42; GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1 - Gestaltungsmissbrauch durch Übertragung von BGB-Gesellschaftsanteilen

#### Aktuelles

Gesetzesentwurf eines Jahressteuergesetzes 1997

Sehr geehrter Herr Kollege, sehr geehrte Frau Kollegin,

das Deutsche Notarinstitut ist nun auch über e-mail erreichbar. Anfragen und Schreiben können daher in Zukunft auch per e-mail an das Deutsche Notarinstitut gesandt werden.

Die e-mail Adresse lautet: [dnoti@t-online.de](mailto:dnoti@t-online.de)

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 1587; VAHRG § 5 Wegfall der Kürzung bei Unterhaltsansprüchen des Berechtigten

#### I. Sachverhalt

Im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung sind folgende Fragen zu lösen. Der Ehemann hat seine Rentenanwartschaften fast ausschließlich während der zu scheidenden Ehe erworben. Die Ehefrau ist erwerbslos. Sie beabsichtigt, nach der bevorstehenden Scheidung rasch zu heiraten. Ihre Anwälte wollen ihr den Unterhalt auch dann erhalten und schlagen eine Kapitalabfindung in Form einer novierenden Unterhaltsrente vor. Hierbei hat offenbar niemand bedacht, daß der Ehemann dann nur noch die halbe Rente bezieht und doch zur Unterhaltszahlung verpflichtet bleibt.

#### II. Frage

Wird die BfA-Rente eines bereits rentenbezugsberechtigten Ehemannes entgegen § 5 VAHRG doch gekürzt, wenn bis zur Erreichung des den Rentenbezug berechtigenden Alters der Ehefrau eine novierende, vom gesetzlichen nahehelichen Unterhaltsrecht losgelöste Rente vereinbart wird, um deren

Zahlung auch im Falle der Wiederverheiratung der Ehefrau zu sichern, und zugleich ein Unterhaltsverzicht erklärt wird, der mit dieser Rente abgefunden werden soll; oder alternativ kein Unterhaltsverzicht erklärt wird, sondern ein Kapitalbetrag als Unterhaltsabfindung in monatlich zahlbaren Raten bestimmt wird, oder alternativ kein Unterhaltsverzicht erklärt wird, sondern bestimmt wird, daß die Rente gesetzliche Unterhaltsansprüche mindert?

#### III. Rechtslage

1. § 5 VAHRG ist vor dem Hintergrund des Versorgungsausgleichsverfahrens zu beurteilen. Beim Versorgungsausgleich werden im Grundsatz Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung vom Konto des ausgleichspflichtigen auf das Konto des ausgleichsberechtigten Ehegatten umgebucht. Hat nun der ausgleichsverpflichtete Ehegatte das Rentenalter erreicht, so wird grundsätzlich die ihm an sich zustehende Rente aufgrund des durchgeführten Versorgungsausgleiches um den übertragenen Betrag gekürzt. Als Folge aus der Entscheidung des BVerfG v. 28.02.1980 (NJW 1980, 692) hat der Gesetzgeber dieses Kürzungsverfahren in bestimmten Fällen durch das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich aufgehoben (vgl. hierzu Zimmermann MittRhNotK 1983, 139). Nach § 5 Abs. 1 VAHRG findet keine Kürzung beim ausgleichsverpflichteten Ehegatten statt, solange der ausgleichsberechtigte Ehegatte unterhaltsberechtigt

ist und selbst noch keine Rentenleistung wegen Nichterreicherung des Rentenalters in Anspruch nehmen kann. Diese Bestimmung regelt die Fälle, in denen der Berechtigte aus den übertragenen bzw. begründeten Anwartschaften noch keine Leistungen erhält, beim Verpflichteten aber der Versorgungsfall bereits eingetreten und dieser dem Berechtigten zu Unterhaltsleistungen verpflichtet ist. **Diese Vorschrift sieht einen Härteausgleich in der Weise vor, daß die Versorgung des Verpflichteten nicht aufgrund des Versorgungsausgleiches gekürzt wird, weil der Verpflichtete einerseits durch die Kürzung des Versorgungsausgleiches und andererseits durch die Unterhaltsleistungen besonders belastet werden kann.** Diesen wirtschaftlichen Belastungen will § 5 VAHRG vorbeugen (vgl. BSG FamRZ 1987, 380; Borth, Versorgungsausgleich in der anwaltschaftlichen und familiengerichtlichen Praxis, 2. Aufl., S. 223; Soergel/Schmeiduch, 12. Aufl., § 5 VAHRG, Rz. 1).

Die Kürzung der Versorgung unterbleibt also gem. § 5 Abs. 1 VAHRG unter drei Voraussetzungen:

- \* dem Verpflichteten steht ein um den Versorgungsausgleich geminderter Versorgungsanspruch, etwa Rente, zu;
- \* der Berechtigte erfüllt noch nicht die Voraussetzungen für eine Rentenleistung;
- \* der Berechtigte hat gegen den Verpflichteten einen Unterhaltsanspruch, oder er hat nur deshalb keinen Unterhaltsanspruch, weil dieser durch die Kürzung nicht leistungsfähig ist.

Problematisch ist hier im vorliegenden Fall das **dritte Tatbestandsmerkmal**, daß der Ausgleichsberechtigte - die Ehefrau - gegen den Ausgleichspflichtigen - den Ehemann - **einen Anspruch auf Unterhalt hat**. Hierbei besteht Einigkeit, daß es auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs nicht ankommt. Selbst geringfügige Unterhaltsansprüche führen zur Anwendbarkeit des § 5 VAHRG (so BVerwG NJW-RR 1994, 1219; Münch-Komm-Gräper, 3. Aufl., § 5 VAHRG, Rz. 28).

2. Da § 5 Abs. 1 VAHRG an den Anspruch auf den Unterhalt anknüpft, geht die ganz h. M. davon aus, **daß ein Unterhaltsverzicht dazu führt, daß der Anspruch auf Aussetzung der Kürzung nach § 5 Abs. 1 VAHRG nicht mehr besteht, da ein Tatbestandsmerkmal - nämlich „Anspruch auf Unterhalt“ - durch Unterhaltsverzicht weggefallen ist** (so BGH NJW 1994, 2481, 2482; Palandt/Diederichsen, 55. Aufl. 1996, Rz. 3; Soergel/Schmeiduch, a.a.O., Rz. 12; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl., Rz. 836). Der reine Unterhaltsverzicht hat also häufig den nicht bedachten Effekt, daß der Ausgleichsverpflichtete eine Kürzung seiner Rente erfährt, obwohl die ausgleichsberechtigte Ehefrau noch keinen Rentenanspruch hat. Soll ein reiner Unterhaltsverzicht vereinbart werden, wurde in der Praxis vorgeschlagen, den beabsichtigten Unterhaltsverzicht erst mit Eintritt des beiderseitigen Rentenfalls in Kraft treten zu lassen und bis dahin einen Mindestunterhalt zu vereinbaren. Hierbei wurde vorgeschlagen, diesen Unterhaltsanspruch höhenmäßig auf den Betrag zu begrenzen, um den die Rente des Unterhaltsverpflichteten infolge des Verzichts gekürzt würde (vgl. Langenfeld, a.a.O., Rn. 802; Rauh MittRhNotK

1988, 187, 199; Bedenken aus § 138 BGB bei Gitter DNotZ 1984, 595, 614).

3. Umstritten war auch die Frage, wie ein **Unterhaltsverzicht gegen Abfindung** zu beurteilen ist. Ein Teil der Literatur und auch der VGH Mannheim waren der Auffassung, daß auch in diesem Fall wegen des Wegfalls des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs § 5 Abs. 1 VAHRG nicht einschlägig sei, so daß auch der Unterhaltsverzicht gegen Abfindung zur Kürzung der Rente führen könne (so MünchKomm-Gräper, § 5 VAHRG, Rz. 31; VGH Mannheim FamRZ 1989, 515). Dieser Auffassung haben mittlerweile der BGH und auch das BSG widersprochen. Diese Rechtsprechung geht nunmehr davon aus, daß in diesem Fall die Auslegung des § 5 Abs. 1 VAHRG ergebe, daß der zum Versorgungsausgleich Verpflichtete einen Anspruch darauf habe, daß die Kürzung der Versorgungsbezüge solange ausgesetzt werde, bis der berechtigte frühere Ehegatte selbst eine Rente erhalten könne (so BGH NJW 1994, 2481, 2482; BSG NJW 1994, 2374; zustimmend Palandt/Diederichsen, a.a.O.). So hat der BGH in der Entscheidung vom 08.06.1994 folgendes ausgeführt (NJW 1994, 2481, 2482):

*„Demgemäß ist das Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 1 VAHRG, ‘gegen den der Verpflichtete einen Anspruch auf Unterhalt hat’, so zu verstehen, daß es genügt, wenn der Berechtigte einen Unterhaltsanspruch hatte und dieser nur deshalb nicht mehr besteht, weil er durch einen Anspruch auf eine Unterhaltsabfindung abgelöst wurde. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung kann es nicht darauf ankommen, ob und in welcher Weise der Unterhaltsanspruch bereits getilgt wurde, wenn der Anspruch ursprünglich bestanden hat. Allerdings wird nach § 5 Abs. 1 VAHRG die Versorgung des Verpflichteten nur ‘solange’ nicht gekürzt, wie dieser dem Berechtigten zum Unterhalt verpflichtet ist. Endet die Unterhaltsverpflichtung, fällt auch der Anspruch auf ungekürzte Versorgung weg. Von dieser zeitlichen Begrenzung wird der Anspruch des Verpflichteten auf ungekürzte Versorgung im Falle der Unterhaltsabfindung grundsätzlich nicht berührt. Die Parteien eines Abfindungsvergleichs gehen im allgemeinen von einer zeitlich unbegrenzten Unterhaltspflicht aus. Anders kann der Fall zu beurteilen sein, wenn dem Vergleich Anhaltspunkte zu entnehmen sind, die darauf schließen lassen, daß die Parteien bei der Bemessung der Abfindung eine zeitliche Grenze der Unterhaltspflicht berücksichtigt haben. Im vorliegenden Fall sind solche Anhaltspunkte nicht ersichtlich. Die Parteien haben einen umfassenden Unterhaltsvergleich geschlossen, mit dem die geschiedene Ehefrau des Klägers für Vergangenheit und Zukunft, auch für den Fall der Not, auf Unterhalt verzichtet hat.“*

Wie diese Ausführungen zeigen, dürfte es mittlerweile also geklärt sein, daß jedenfalls der Unterhaltsverzicht gegen Abfindung weiterhin dazu führt, daß die Versorgung des Verpflichteten nicht gekürzt wird, solange die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind. Soll dieser Effekt andauernd bestehen, dann sollte, wie das BGH-Urteil deutlich macht, dem Abfindungsvergleich zu entnehmen sein, daß die Parteien von einer zeitlich unbegrenzten Unterhaltspflicht ausgehen, denn nur dann stellt sich die Abfindung gleichsam als andere Art des Unterhalts für die gesamte in Frage kommende Zeit dar.

Für die Praxis dürfte damit geklärt sein, daß die Unterhaltsabfindung in Höhe einer einmaligen Zahlung gegen Verzicht auf weiteren Unterhalt den § 5 Abs. 1 VAHRG weiterhin erhält.

4. Vom BGH bisher noch nicht entschieden ist die Frage, ob die Wirkung des § 5 Abs. 1 VAHRG auch dann bestehen bleibt, **wenn eine modifizierende oder novierende Unterhaltsvereinbarung vorliegt**. Bei der modifizierenden Unterhaltsvereinbarung werden nur die gesetzlichen Unterhaltsansprüche vertraglich festgelegt und modifiziert. Bei der novierenden tritt an die Stelle der gesetzlichen Regelung eine diese ersetzende selbständige Unterhaltsvereinbarung. Die herrschende Meinung geht also davon aus, daß, wenn die Ehegatten Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt treffen, die Frage geklärt werden muß, ob nun eine vertragliche Festlegung, also eine Modifizierung des Unterhaltsanspruchs, oder ein selbständiger Unterhaltsvertrag - novierender Art - anzunehmen ist (so BGH NJW 1979, 2046; Langenfeld, a.a.O., Rz. 840 ff.; MünchKomm-Richter, § 1585 c Rz. 7; Soergel/Häberle, § 1585 c Rz. 6). In der Mehrzahl der Fälle handelt es sich nur darum, daß die Parteien innerhalb des weitgesteckten Rahmens des gesetzlichen Unterhalts die Unterhaltshöhe konkret bestimmen. Ein selbständiger Unterhaltsvertrag liegt erst vor, wenn die Eheleute einen Unterhaltsanspruch von seiner gesetzlichen Grundlage völlig lösen und ausschließlich auf eine eigenständige vertragliche Grundlage stellen, z. B. trotz Unterhaltsverzichts (so BGH NJW 1979, 43). Eine derartige **novierende Vereinbarung** hat zur Folge, daß der Unterhaltsanspruch die Rechtsnatur eines gesetzlichen Anspruchs ablegt und zu einem **rein vertraglichen Anspruch** wird, was dazu führt, daß etwa die besonderen Zuständigkeitsvorschriften für gesetzliche Unterhaltsansprüche nicht mehr angewendet werden können (vgl. etwa Langenfeld, a.a.O., Rz. 840). Angesichts dieser nicht unerheblichen Unterschiede sollte in der Praxis zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten klargestellt werden, um welchen Vereinbarungstyp es sich handelt (vgl. Formulierungsvorschläge bei Langenfeld, a.a.O., Rz. 840 ff.).

Handelt es sich, wie im Regelfall, um eine **Modifizierung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs**, dann dürfte ohne weiteres § 5 Abs. 1 VAHRG anwendbar sein (so auch MünchKomm-Gräber, § 5 VAHRG Rz. 31; Soergel/Schmeiduch, § 5 VAHRG, Rz. 12). Auch das OVG Koblenz hat im Urteil vom 24.05.1989 (NJW 1989, 2831) entschieden, daß der Unterhaltsanspruch des Berechtigten im Sinne von § 5 Abs. 1 VAHRG auch auf einer Vereinbarung der früheren Ehegatten nach § 1585 c BGB beruhen könne. So führt das OVG folgendes aus:

*„Die Beschränkung der Anwendung des § 5 VAHRG auf gesetzliche oder rechtsgeschäftlich vereinbarte Unterhaltsansprüche, die sich letztlich wieder auf gesetzliche Unterhaltsansprüche stützen lassen, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut dieser Norm, die lediglich von einem „Anspruch auf Unterhalt“ spricht, jedoch aus ihrem Sinn und Zweck sowie ihrer Entstehungsgeschichte.“*

Das OVG schließt allerdings hieraus, daß zumindest bei einer modifizierenden Unterhaltsvereinbarung der Versorgungsträ-

ger, der über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 VAHRG entscheidet, berechtigt ist, nach den Grundsätzen der §§ 323, 767 ZPO zu prüfen, ob sich zwischenzeitlich Änderungen ergeben haben, die eine Beseitigung des Unterhaltstitels ermöglicht hätten, wenn etwa nach den Grundsätzen über die Anpassung von Unterhaltsvergleichen die Anpassung dazu führt, daß kein Unterhaltsanspruch mehr besteht. Sei dieser Fall gegeben, dann sei der Versorgungsträger nicht an die Vereinbarung gebunden und berechtigt, im Hinblick auf die zwischenzeitlich weggefallene gesetzliche Unterhaltspflicht § 5 Abs. 1 VAHRG nicht anzuwenden.

Das OVG Koblenz möchte also selbst bei einer Unterhaltsvereinbarung die Möglichkeit offen lassen, daß § 5 Abs. 1 VAHRG deswegen ausfällt, weil die gesetzliche Unterhaltspflicht nicht mehr besteht und demgemäß auf der Grundlage von § 323 ZPO auch eine Anpassung der Unterhaltsvereinbarung bestehen würde. Ob diese Rechtsprechung allerdings noch nach der neuesten Rechtsprechung des BGH und BSG Bestand hat, läßt sich zum derzeitigen Zeitpunkt schwer abschätzen. **Wir würden die Rechtsprechung des BGH und BSG eher dahin gehend interpretieren, daß auch vertragliche Modifikationen, solange diese nicht sittenwidrig und zu dem alleinigen Zweck geschlossen wurden, dem Ausgleichspflichtigen zu ungekürzter Versorgung zu verhelfen, auch weiterhin Bestand haben, mit der Folge, daß § 5 Abs. 1 VAHRG auch weiterhin Anwendung findet** (so auch Palandt/Diederichsen, Anh. III zu § 1587 b Rz. 3). Wie allerdings der BGH und das BSG diese Rechtsfrage entscheiden würden, läßt sich zum derzeitigen Zeitpunkt nicht abschließend beurteilen. Unter Umständen könnte die vom OVG Koblenz genannte Problematik dadurch umgangen werden, daß § 323 ZPO, also die Möglichkeit der Abänderung, gänzlich ausgeschlossen wird. Dann besteht jedenfalls nicht die Problematik, daß der Versorgungsträger gleichsam von sich aus eine Anpassung nach § 323 ZPO mit der Folge vornehmen kann, daß der Unterhaltsanspruch endet und demgemäß § 5 Abs. 1 VAHRG nicht mehr anwendbar wäre.

5. Interpretiert man die BGH-Rechtsprechung in unserem Sinne, dann dürfte im Fall **einer novierenden Unterhaltsvereinbarung**, bei der auf § 323 ZPO verzichtet wird, § 5 Abs. 1 VAHRG weiterhin anwendbar sein, wenn die Parteien des Abfindungsvergleichs bei der Bemessung der Abfindung keine zeitliche Grenze der Unterhaltspflicht berücksichtigt haben. Der BGH hat in seiner Entscheidung allerdings angedeutet, daß die Parteien eines Abfindungsvergleiches im allgemeinen von einer zeitlich unbegrenzten Unterhaltspflicht nicht ausgehen, wenn sich nicht andere Anhaltspunkte aus dem Vergleich entnehmen lassen. Gehen die Beteiligten, wie hier, davon aus, daß der andere Beteiligte bald wieder heiraten wird, dann ist nicht ausgeschlossen, daß u. U. in diesem Zeitpunkt § 5 Abs. 1 VAHRG nicht mehr anwendbar ist, wenn diese Überlegung bei Abschluß des Abfindungsvergleiches zugrunde gelegen hat. Läßt sich dies der Abfindungsurkunde allerdings nicht entnehmen, wird man - wenn man den BGH dementsprechend interpretiert - nicht von einer Kürzung ausgehen können. Diese Rechtsfragen sind, soweit ersichtlich, allerdings bisher noch nicht von Rechtsprechung und Literatur behandelt worden. Will man den sicheren Weg gehen, dann dürfte sich wohl eine direkte Anwendung des BGH-Urteils vom 21.06.1994

empfehlen, also die Unterhaltsabfindung gegen Verzicht auf weiteren Unterhalt, wobei der Vereinbarung deutlich zugrunde gelegt werden sollte, daß die Parteien des Abfindungsvergleichs von einer zeitlich unbegrenzten Unterhaltspflicht ausgehen.

## **GVO § 2 GVO zur Eintragung der abgetretenen Auflassungsvormerkung**

### **I. Sachverhalt**

Die Gemeinde B. hatte das Grundstück von A. vorerworben. Die Eigentumsumschreibung auf die Gemeinde ist noch nicht erfolgt. Die Gemeinde B. hat nunmehr eine Grundstücksteilfläche an einen Investor verkauft, der auf der verkauften Grundstücksfläche ein Haus bauen will. In dem Kaufvertrag zwischen Gemeinde und dem privaten Investor hat die Gemeinde ihre Auflassungsansprüche, einschließlich der Rechte aus der eingetragenen bzw. noch einzutragenden Auflassungsvormerkung, an den Investor abgetreten.

Auf den Antrag an das Grundbuchamt, die Abtretung hinsichtlich der Auflassungsvormerkung im Grundbuch einzutragen, lehnt das Grundbuchamt diesen Antrag ab, und zwar mit der Begründung, zu dem Vorerwerb der Gemeinde läge die GVO-Genehmigung noch nicht vor.

### **II. Frage**

Kann bei einem Zweiterwerb, bei dem der Erstvertrag noch nicht im Grundbuch vollzogen ist, die Eintragung der Abtretung des Auflassungsanspruchs bei der Auflassungsvormerkung aus dem Erstkauf im Grundbuch davon abhängig gemacht werden, daß zu dem Vorerwerb die GVO-Genehmigung vorliegt?

### **III. Rechtslage**

1. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 GVO bedarf ein Grundstückskaufvertrag keiner Genehmigung, wenn der Rechtserwerb des Veräußerers aufgrund einer GVO-Genehmigung **in das Grundbuch eingetragen worden ist**. Das Genehmigungserfordernis für den Zweitvertrag entfällt also nur dann, wenn der Erstvertrag im Grundbuch vollzogen ist. Die Freistellung setzt also immer voraus, daß der Rechtserwerb des Veräußerers bereits im Grundbuch eingetragen ist. Solange es noch an der grundbuchlichen Umschreibung auf den Veräußerer fehlt, bleibt eine von ihm abgeschlossene Zweitveräußerung schwebend unwirksam, bedarf also bis zu diesem Zeitpunkt der Genehmigung (vgl. auch Frenz, Zur Neufassung der Grundstücksverkehrsordnung, DtZ 1994, 59). Im vorliegenden Fall bedürfte daher der Zweitvertrag grundsätzlich der GVO-Genehmigung, das Genehmigungserfordernis entfällt allerdings und der Zweitvertrag wird wirksam, wenn der Erstveräußerungsvertrag im Grundbuch vollzogen wird (vgl. auch Schmidt-Räntsch OV-spezial 7/94, S. 4).

Es ist hierbei zu beachten, **daß das Genehmigungserfordernis nicht entfällt, wenn der Erstveräußerer überhaupt nicht im Grundbuch eingetragen wird, sondern, wie dies grundsätzlich bei einer sog. Kettenauflassung möglich ist, nur der letzte Käufer**. In diesem Fall fehlt es an einem Erfordernis der Genehmigungsfreiheit, nämlich der Voreintra-

gung des Veräußerers. Die Folge hieraus ist, daß dann auch der Zweitvertrag grundsätzlich der Genehmigung bedarf.

2. Durch § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GVO ist allerdings mittlerweile klargestellt, **daß die Eintragung einer Vormerkung selbst nicht der GVO-Genehmigung bedarf**. Der Gesetzgeber wollte offenbar hierdurch die Grundbucheintragung einer Auflassungsvormerkung zulassen, bevor das zugrundeliegende Rechtsgeschäft und damit auch der gesicherte Anspruch wirksam werden. Denn bis zur Erteilung der GVO-Genehmigung ist der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch schwebend unwirksam. Selbstverständlich bleibt das der Vormerkung zugrundeliegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft genehmigungspflichtig. Der Sinn der Regelung liegt allerdings darin, daß das Grundbuchamt zur Eintragung der Vormerkung keinen Nachweis über die Genehmigung des Grundgeschäftes verlangen kann; die Vormerkung also auch vor Erteilung der Genehmigung nach der GVO eingetragen werden kann (so auch Böhringer, Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte nach der Grundstücksverkehrsordnung, DtZ 1993, 142).

Der Gesetzgeber entspricht dabei der bisherigen Dogmatik für die Auflassungsvormerkung. Denn auch in anderen Bereichen ist anerkannt, daß der Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück durch eine Vormerkung gesichert werden kann, auch wenn die zur Wirksamkeit des Grundgeschäftes erforderlichen Genehmigungen noch nicht erteilt sind. So hat etwa das BayObLG entschieden, daß eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen werden kann, auch wenn die für das Grundgeschäft notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung noch nicht vorliegt (BayObLG MittRhNotK 1993, 255). Auch in diesem Fall war der Vertrag ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schwebend unwirksam.

3. **Fraglich ist allerdings, ob die Abtretung des Auflassungsanspruchs der GVO-Genehmigung bedarf**. Die Vormerkung ist streng akzessorisch. Mit der Abtretung des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruchs - hier des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung - geht die Vormerkung entsprechend § 401 BGB auf den Erwerber über.

Ist, wie im vorliegenden Fall, der Auflassungsanspruch wegen der fehlenden GVO-Genehmigung noch schwebend unwirksam, dann geht grundsätzlich auch die Abtretung des Anspruchs zunächst ins Leere, da der Anspruch noch nicht wirksam entstanden ist. Allerdings ist es auch möglich, künftige Ansprüche abzutreten. Man wird im vorliegenden Fall den Vertrag wohl dahin gehend auslegen müssen, daß mit der Erteilung der GVO-Genehmigung der Auflassungsanspruch wirksam wird und demgemäß auch dieser wirksam gewordene Anspruch abgetreten wurde. Mangels eines wirksamen Anspruchs konnte also auch zum derzeitigen Zeitpunkt die Auflassungsvormerkung noch nicht auf den Erwerber übergehen.

4. **Zweifelhaft ist, ob die Abtretung eines Auflassungsanspruchs der GVO-Genehmigung bedarf**. *Haegele/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 4230) sind der Auffassung, daß die Abtretung eines Auflassungsanspruches wie die Veräußerung selbst der Genehmigung bedürfe. Allerdings begründen sie ihre Auffassung nicht. Demgegenüber ist *Faßbender* (Probleme der Grundstücksver-

kehrordnung, VIZ 1993, 529) der Auffassung, daß, da die Veräußerung eines Grundstücks durch Auflassung und Eintragung erfolge, die Genehmigung nur, aber auch stets erforderlich sei, wenn der Rechtsübergang der Auflassung bedürfe. Demnach sei die Abtretung von Rechten aller Art nicht genehmigungsbedürftig. Auch *Böhringer* (DtZ 1993, 142) ist der Auffassung, daß bei der Abtretung des Anwartschaftsrechtes aus einer bereits erklärten Auflassung die Genehmigungspflicht bejaht werden könne.

Unabhängig davon, wie man diese Streitfrage entscheidet, ist hiervon die Frage zu trennen, ob die Eintragung der Vormerkung einer Genehmigung bedarf. Unseres Erachtens ist das nicht der Fall.

Die GVO zeigt deutlich, daß die Eintragung der Vormerkung keiner Genehmigung bedarf und demgemäß das Grundbuchamt zur Eintragung der Vormerkung keinen Nachweis über die Genehmigung verlangen kann, auch wenn das Grundgeschäft der Genehmigung bedarf. Nach § 2 Abs. 1 Satz 4 GVO erfaßt die Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrages auch das zu seiner Ausführung erforderliche dingliche Rechtsgeschäft. Im vorliegenden Fall bedarf also allenfalls lediglich der Zweitvertrag der GVO-Genehmigung, solange der Erstvertrag noch nicht vollzogen ist. Mit Vollzug des Erstvertrages würde die Genehmigungspflicht entfallen, und zwar auch für die Abtretung des genehmigten Auflassungsanspruchs. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Ziff. 4 GVO gilt u. E. ohne weiteres auch für den Fall, daß der Auflassungsanspruch abgetreten wurde und nunmehr die Vormerkung auf den Erwerber umgeschrieben werden soll. Es handelt sich hierbei um eine Grundbuchberichtigung, da allein mit der Abtretung des Anspruchs auf Auflassung die Vormerkung auf den neuen Erwerber übergeht (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 1516). Wenn aber bereits die Eintragung der Vormerkung ohne GVO-Genehmigung möglich ist, dann muß auch deren Abtretung unter die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Ziff. 4 GVO fallen.

## Gutachten im Fax-Abruf

Im vorletzten DNotI-Report (DNotI-Report 17/1995) hatten wir Ihnen den neuen Service des DNotI vorgestellt: den Fax-Abruf. Nachfolgend geben wir Ihnen weitere Gutachten bekannt, die unter der genannten Fax-Abrufnummer beim DNotI im Volltext abgerufen werden können.

BGB §§ 1090, 1018

Recht zur Nutzung einer Grundstücksteilfläche „zu gewerblichen Zwecken“ als Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1112**

BGB § 1757

Änderung des Nachnamens bei einer Volljährigenadoption

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1203**

Marokko, Erbrecht

Rechtsnachfolge von Todes wegen bei marokkanischem Staatsangehörigen, moslemischen Glaubens, mit letztem Wohnsitz in Deutschland

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1404**

Italien, Ehegüterrecht, Ehevertrag, Gütertrennung

Abschluß eines Ehevertrages italienischer Staatsbürger vor einem deutschen Notar mit Vereinbarung der Gütertrennung

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1405**

## Rechtsprechung

**AnfG §§ 1, 2, 7, 9;**

**BGB § 894**

**Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Anfechtung nach AnfG**

**Bei Anfechtung einer Auflassungsvormerkung kann der Klageantrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück lauten. Dieser Antrag enthält das Begehren, daß der Anfechtungsgegner bei einer Zwangsversteigerung gegenüber dem Gläubiger von der Vormerkung keinen Gebrauch machen darf.**

**Eine nichtige Rechtshandlung, die zu einer Erschwerung oder Gefährdung des Gläubigerzugriffs geführt hat, unterliegt der Gläubigeranfechtung.**

**Der Inhaber einer Zwangshypothek kann Löschung einer vorrangigen, aufgrund eines nichtigen Rechtsgeschäfts eingetragenen Auflassungsvormerkung verlangen.**

BGH, Urt. v. 11.07.1996 - IX ZR 226/94

Kz.: L IV 4 - § 1 AnfG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 507**

### Problem

Der Schuldner schuldete dem Kläger einen Geldbetrag von über 800.000,- DM. 1992 bewilligte der Schuldner die Eintragung von Eigentümergrundschulden zu Lasten von in seinem Eigentum stehenden Grundstücken. Anschließend schloß der Schuldner mit dem Beklagten - einem Verwandten - einen notariell beurkundeten Kaufvertrag, mit dem der Kläger die vier Grundstücke dem Beklagten für einen Preis von 3,5 Mio DM verkaufte und die Auflassung erklärte. In dem Vertrag wurden als Belastung der Grundstücke acht Grundpfandrechte aufgeführt. Es wurde bestimmt, daß der Beklagte in Anrechnung auf den Kaufpreis die Schuld aus diesen Grundpfandrechten als eigene dingliche und persönliche Schulden übernehmen solle. Im März 1992 wurden die Eigentümergrundschulden und deren Abtretung an den Beklagten, kurz darauf die Auflassungsvormerkung zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragen. Im September 1992 wurden an dem Grundstück Zwangshypotheken eingetragen. Die Kläger halten den Kaufvertrag für nichtig, weil es sich um ein Scheingeschäft gehandelt habe. Mit ihrer Klage wenden sie sich gegen den Beklagten als Berechtigten aus der Auflassungsvormerkung

und beantragen die Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Sie stützen sich hierbei auf das AnfG.

#### **Lösung**

Der BGH weist darauf hin, daß der Antrag dahin gehend zu verstehen sei, **daß der Beklagte verurteilt werden solle, gegenüber dem Kläger von den Vormerkungen keinen Gebrauch zu machen** (vgl. auch BGH WM 1992, 1502; WM 1995, 1735). Der BGH stellt zunächst fest, daß der Kaufvertrag über den Grundbesitz ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB sei, weil aufgrund der Beweisaufnahme feststehe, daß die Parteien die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf den Beklagten nicht wirklich gewollt hätten. Trotzdem bestehe für den Kläger die Möglichkeit der Berufung auf das AnfG. Die Nichtigkeit des Kaufvertrages stehe der Anfechtbarkeit nicht entgegen. In derartigen Fällen könne anstelle oder neben der Nichtigkeit auch die Anfechtung geltend gemacht werden. Durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung werde der Zugriff auf die belasteten Grundstücke erschwert. **Zwar sei die Vormerkung kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht i.S.d. §§ 28, 37 Nr. 5 ZVG** (BGHZ 46, 124, 127; Zeller/Stöber, ZVG, 14. Aufl., § 28 Anm. 3.4), so daß ein Gläubiger des Eigentümers die Zwangsversteigerung des mit ihr belasteten Grundbesitzes betreiben könne, **jedoch verhindere die vorrangige Vormerkung einen Zugriff auf den Wert des Grundstücks**. Sie falle in das geringste Gebot, und der Wert stehe zur Verteilung nicht zur Verfügung, so daß ein Erlösanteil nicht gezahlt werden dürfe. Im übrigen könne der Vormerkungsberechtigte seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Ersteher des Grundstücks gem. § 888 Abs. 1 BGB durchsetzen. Dies könne dazu führen, daß sich die Interessenten durch eine Auflassungsvormerkung von Geboten abhalten ließen und eine Versteigerung kein Ergebnis bringe. Danach könne es keinem Zweifel unterliegen, daß die zugunsten des Beklagten eingetragene Vormerkung die Durchsetzung der Rechte des Klägers erschweren und gefährden könne, auch wenn sie sich in einer Buchsituation erschöpfe. Der BGH ist weiter der Auffassung, daß die Klage aus dem Gesichtspunkt der Absichtsanfechtung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG begründet sei. Der Kaufvertrag sei von dem Schuldner in der Absicht vorgenommen worden, seine Gläubiger, namentlich den Kläger, zu benachteiligen.

**GBO §§ 51, 19, 22 Abs. 1, 29;**

**BGB § 2113 Abs. 2**

**Löschung eines Nacherbenvermerks bei vorzeitiger Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses**

Zur Prüfung der Entgeltlichkeit der Verfügung eines befreiten Vorerben bei dem Antrag auf Löschung eines Nacherbenvermerks, wenn die Verfügung die vorzeitige Erfüllung eines Vermächtnisses betrifft, das nach dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung erst mit dem Nacherbfall anfallen sollte.

OLG Hamm, Beschl. v. 21.05.1996 - 15 W 109/96

Kz.: L II 3 - § 51 GBO

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 508**

#### **Problem**

Die vorliegende Entscheidung des OLG Hamm befaßt sich mit dem Problem der Löschung eines Nacherbenvermerks aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gem. §§ 19, 22 Abs. 1, 29 GBO. Die befreite Vorerbin hatte zu ihren Lebzeiten ein vom Erblasser angeordnetes Grundstücksvermächtnis erfüllt, obwohl die Vermächtnisnehmer nach dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung darauf erst beim Eintritt des Nacherbfalles einen Anspruch haben sollten.

#### **Lösung**

Das OLG Hamm hat die Löschung des bei der Eigentumsumschreibung übernommenen Nacherbenvermerks abgelehnt, da dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nachgewiesen sei. Denn die Unrichtigkeit des Grundbuchs wäre nur eingetreten, wenn die befreite Vorerbin das Grundstück mit Zustimmung aller Nacherben oder entgeltlich an eine andere Rechtspersönlichkeit veräußert hätte, wobei der Entgeltlichkeit die Erfüllung eines Vermächtnisses gleichzustellen sei, da dadurch der Nachlaß von einer Verbindlichkeit befreit werde. Da die Antragsteller im vorliegenden Fall aber nicht nachweisen konnten, daß die befreite Vorerbin den Vermächtnisanspruch bereits zu ihren Lebzeiten hat erfüllen können, sei dem Grundbuchamt die Entgeltlichkeit der Verfügung nicht nachgewiesen, sondern es sei davon auszugehen, daß die Vorerbin rechtsgrundlos und damit unentgeltlich (vgl. RGZ 105, 246, 248) verfügt hätte.

**AktG §§ 186 Abs. 3 S. 4, 202 ff.**

**Ausschluß des Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung durch genehmigtes Kapital**

**Der Vorstand kann nicht ermächtigt werden, das Grundkapital innerhalb von fünf Jahren um insgesamt knapp 50% zu erhöhen und hierbei - sofern die einzelne Kapitalerhöhung 10% des Grundkapitals nicht übersteigt und der Ausgabepreis den Börsenpreis nicht wesentlich unterschreitet - das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, §§ 202, 186 Abs. 3 S. 4 AktG.**

OLG München, Beschl. v. 24.07.1996 - 7 U 6319/95

Kz.: L V 3 - § 186 Abs. 3 AktG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 509**

#### **Problem**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung (z. B. BGHZ 71, 40; BGHZ 83, 319) hatte in den letzten Jahren die **Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluß** im Aktienrecht immer mehr verschärft und **zuletzt den Nachweis eines Interesses der Aktiengesellschaft und der Verhältnismäßigkeit, also Erforderlichkeit, Eignung sowie Angemessenheit der Maßnahme bei genehmigtem Kapital, schon zum Zeitpunkt der Ermächtigung des Vorstandes zum Bezugsrechtsausschluß durch die Hauptversammlung gefordert**. Im Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts v. 02.08.1994 wurde der **Bezugsrechtsausschluß in bestimmten Grenzen erleichtert**. Nach § 186 Abs. 3 S. 4 AktG kann das Bezugsrecht im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals insbesondere ausgeschlossen werden, wenn u. a. die Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen 10 von Hundert des Grundkapitals nicht übersteigt.

Fraglich war nun, ob die 10%-Grenze bei genehmigtem Kapital für den Gesamtbetrag der Kapitalerhöhung oder für die in einzelnen Schritten ausgenutzte Ermächtigung gilt.

Im vorliegenden Fall hatte die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft mit der Mehrheit von 3/4 des vertretenen Gesellschaftskapitals beschlossen, den Vorstand bis zum 23.05.2000 zu ermächtigen, mit Zustimmung des Aufsichtsrates das Grundkapital einmalig oder mehrfach um einen Betrag bis zu insgesamt höchstens nominal 600 Mio DM durch Ausgabe neuer Aktien gegen Bareinlagen zu erhöhen und dabei das Bezugsrecht der Altaktionäre auszuschließen „für Kapitalerhöhungen, wenn diese jeweils 10 von Hundert des Grundkapitals nicht übersteigen und der Ausgabebetrag den Börsenpreis nicht wesentlich unterschreitet“. Der Betrag von 600 Mio DM machte fast die Hälfte des derzeitigen Grundkapitals der Aktiengesellschaft aus.

### Lösung

Dies hat das OLG München in Übereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Urteil des LG München (WM 1996, 3059) für nicht zulässig erachtet. Denn die Schranke von 10% in § 186 Abs. 3 S. 4 AktG gilt nach Ansicht des OLG nicht nur für die einzelne Kapitalerhöhung, sondern schränkt auch die Beschlußkompetenz im Rahmen der genehmigten Kapitalerhöhung nach §§ 202 ff. AktG ein. Dies ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Neuregelung sowie aus den Gesetzesmaterialien. Denn mit der Neuregelung in § 186 Abs. 3 S. 4 AktG sollte „eine Flexibilisierung der Unternehmensfinanzierung und Wettbewerbsgleichheit der deutschen Publikums-Aktiengesellschaft hinsichtlich der Kosten der Eigenmittelbeschaffung“ erreicht werden, „ohne dabei schutzwürdige Interessen der Altaktionäre, insbesondere der Kleinaktionäre zu beeinträchtigen“ (BTDrs. 12/7848, S. 9 sowie Seibert, ZIP 94, 915). Diesem Willen des Gesetzgebers widerspräche es, eine Ermächtigung „auf Vorrat“, wie sie der angegriffene Beschluß enthält, zuzulassen. Nach richtigem Regelungsverständnis der gesetzlichen Neufassung des § 186 Abs. 3 S. 4 AktG begrenze diese Vorschrift nicht nur das Emissionsvolumen, sondern auch die Beschluß-/Ermächtigungskompetenz der Hauptversammlung bei genehmigtem Kapital.

### AO § 42; GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1

#### Gestaltungsmißbrauch durch Übertragung von BGB-Gesellschaftsanteilen

**1. Das Ziel, durch die Übertragung sämtlicher Anteile an einer nur Grundbesitz haltenden Personengesellschaft die Ausübung eines Vorkaufsrechts durch einen Dritten zu vermeiden, rechtfertigt es nicht, von der Erhebung von Grunderwerbsteuer gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i.V.m. § 42 S. 1 AO 1977 abzusehen.**

**2. § 42 S. 2 AO 1977 stellt weder darauf ab, ob die von dem Steuerpflichtigen gewählte Gestaltung zivilrechtlich Bestand hat, noch berührt diese Vorschrift die zivilrechtliche Wirksamkeit der Gestaltung. Die zivilrechtliche Gestaltung bleibt mit ihren jeweiligen Folgen bestehen, auch wenn sie der im Steuergesetz vorgesehenen typischen Gestaltung nicht entspricht. § 42 S. 1 AO 1977 schließt nur**

**aus, daß der Steuerpflichtige sich für steuerrechtliche Zwecke auf die von ihm gewählte Gestaltung beruft.**

### 3. Die Anwendung des GrEStG des Landes Bayern unterliegt weiterhin der Nachprüfung durch den BFH als Revisionsinstanz.

BFH, Urt. v. 06.03.1996 - II R 38/93

Kz.: L IX 9 - § 42 AO

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 510**

### Problem

Der BFH reiht an die von Kasuistik geprägte Rechtsprechung zu § 42 AO ein weiteres kaum einzuordnendes Urteil an. Im vorliegenden Fall hatten Frau N und Herr N eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) errichtet, wobei Frau N ein Mietgrundstück und Herr N u. a. einen Geldbetrag einbrachten. Am Gesellschaftsvermögen sowie am Gewinn und Verlust der Gesellschaft waren Frau N mit 95 % und Herr N mit 5 % beteiligt. Zweck der Gesellschaft war die Verwaltung und Verwertung des oben genannten Wohngrundstücks. Kurz nach der Gesellschaftsgründung übertrug Frau N ihren Gesellschaftsanteil auf Herrn U sowie Herr N seinen Gesellschaftsanteil auf Herrn H. Die Beteiligten bewilligten und beantragten die Berichtigung des Grundbuchs.

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH liegt ein Mißbrauch im Sinne des § 42 AO dann vor, wenn die gewählte Gestaltung durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist (Klein/Orlopp, AO, 5. Aufl. 1995, § 42 Ziff. 4 a). **Hier wollten die Parteien mit der gewählten Übertragung des Grundstücks über den Umweg einer GbR nicht nur Grunderwerbsteuer sparen, sondern auch das Vorkaufsrecht der Stadt vermeiden. Dennoch hat der BFH den oben genannten Vorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i.V.m. § 42 AO der Grunderwerbsteuer unterworfen.**

### Lösung

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des auch hier entscheidenden Senats (vgl. nur BFH BStBl II 1991, 891 m.w.N.), daß die Übertragung sämtlicher Anteile an einer nur grundbesitzhaltenden Personengesellschaft gem. § 42 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegen kann. Denn durch den vollständigen Wechsel im Personenstand einer Personengesellschaft, der als solcher nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt, ändert sich die Rechtszuständigkeit in der Gestalt des Gesamthandseigentums der Gesellschafter an dem Grundstück. Damit wird mittels der Anteilsübertragung das gleiche Ergebnis erreicht wie durch den Abschluß eines auf die Übertragung des Grundstücks gerichteten Kaufvertrages zwischen Alt- und Neugesellschaftern in ihrer jeweiligen gesamthänderischen Verbundenheit, der den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllen würde.

Das FG hatte noch **§ 42 AO angenommen, obwohl die Vermeidung des Vorkaufsrechtes der Stadt einen außersteuerlichen Grund für die Gestaltung darstellt**, da ansonsten durch eine Gesetzesumgehung (gemeindliches Vorkaufsrecht) eine andere Gesetzesumgehung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) gerechtfertigt und bestätigt würde. Der BFH hielt diese Wertung für unbeachtlich, da § 42 AO weder darauf abstelle, ob die von dem Steuerpflichtigen gewählte Gestaltung (zivil-)rechtlich Bestand habe, noch berühre nach seiner Ansicht § 42 AO die (zivil-)rechtliche Wirksamkeit der Gestaltung. Dennoch wendet der BFH im vorliegenden Fall ebenfalls § 42 AO an, ohne die außersteuerlichen Gründe für die gewählte Gestaltung durchgreifen zu lassen. Denn nach seiner Ansicht versagt § 42 AO die Berufung auf die auf der Grundlage der Privatautonomie gewählte zivilrechtliche Form dann, wenn die Prüfung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die formal nicht der in dem Steuergesetz bezeichneten typischen wirtschaftlichen Form entsprechen, ergibt, daß der zum Ausdruck kommende rechtsgeschäftliche Wille der im Steuergesetz umschriebenen typischen zivilrechtlichen Gestaltung entspreche. Unter Berufung auf sein Urteil vom 06.03.1990 (BFH BStBl II 1990, 446) führt der BFH aus, daß **§ 42 AO die Besteuerung entsprechend dem Zweck des Steuergesetzes bewirke, wenn dessen tatbestandsmäßig mit einem anderen Rechtstyp beschriebener wirtschaftlicher Zweck erreicht werde**. Eine mißbräuchliche Rechtsgestaltung zur Steuerumgehung liegt nach Ansicht des BFH danach vor, wenn die Parteien unter Ausnutzung einer zivilrechtlichen Wahlmöglichkeit, also der Möglichkeit verschiedener Gestaltungen, den vom Steuergesetz erfaßten „angemessenen“ Weg vermeiden und statt dessen einen Weg beschreiten, der zwar nach der Wertung des Steuergesetzes

ebenfalls besteuernswürdig ist, aber als solcher keinen Steuertatbestand erfüllt (vgl. schon BFH NV 1994, 903). Diese Voraussetzungen hat der BFH im Streitfall als vorliegend angesehen, denn die Übertragung des (Gesamthands-) Eigentums auf die neuen Gesellschafter hätte durch den Abschluß eines auf die Übereignung des Grundstücks gerichteten Kaufvertrages zwischen Alt- und Neugesellschaftern erreicht werden können. Mit diesen hier durchschlagenden **Abgrenzungskriterien „angemessenen Weg vermeiden“** und **„einen besteuernswürdigen anderen Weg beschreiten“** ist in der Kautelarpraxis die Anwendung des § 42 AO wohl endgültig kaum mehr erfolgversprechend vorherzusehen.

## Aktuelles

### Gesetzesentwurf eines Jahressteuergesetzes 1997

BT-Drs 13/4835

Dokumentennr. Fax-Abruf: 103

Mit Bundestagsdrucksache 13/4839 wurde von den Fraktionen der CDU/CSU und der F.D.P. der Entwurf eines Jahressteuergesetzes (JStG) 1997 vorgelegt, der die Neuregelung der Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie die dazugehörige Bewertung des Grundbesitzes enthält. Insbesondere werden die persönlichen Freibeträge für Ehegatten auf 1 Mio und für Kinder auf 750.000,- DM angehoben. Grundbesitz wird bei Bedarf gegenwartsnah bewertet. Das VermStG soll zum 1. Januar 1997 aufgehoben werden.

#### 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 6560, 97015 Würzburg,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333