

Der lebzeitige Nießbrauch an Grundstücken des Privatvermögens im Steuerrecht

von Notarassessor Dr. Andreas Goetze, Düsseldorf

- A. Der Nießbrauch in der Gestaltungs- und Beratungspraxis
- B. Zivilrechtliche Grundlagen des Nießbrauchs an Grundstücken
- I. Entstehung und Beendigung
 - II. Belastungsgegenstand
 - III. Berechtigter
 - IV. Rechtsinhalt
- C. Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs an Grundstücken
- I. Grundlagen der Einkünftezurechnung
 1. Einkünfteerzielung aus Vermietung und Verpachtung
 2. Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung
 3. Nießbrauch bei nahen Angehörigen
 4. Entgeltliche, teilentgeltliche und unentgeltliche Bestellung des Nießbrauchs
 5. Werbungskosten und Absetzung für Abnutzung (AfA)
 - II. Einkünfteermittlung beim Zuwendungsnießbrauch
 1. Nießbraucher
 2. Eigentümer und Nießbrauchsbesteller
 - III. Einkünfteermittlung beim Vorbehaltsnießbrauch
 1. Vorbehaltsnießbraucher und Veräußerer
 2. Eigentümer und Erwerber
 - IV. Ablösung des Nießbrauchs
- D. Bestellung eines Grundstücksnießbrauchs im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht
- I. Besteuerung der Zuwendung des Nießbrauchs
 - II. Bewertung des Nießbrauchs
 1. Jahreswert
 2. Maßgebende Vervielfältiger
 - III. Abzug des Nießbrauchswertes bei Grundstückübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt
 1. Nießbrauchsvorbehalt vor dem 1. 1. 2009 – Anwendbarkeit des § 25 ErbStG a. F.
 2. Aufhebung des § 25 EStG a. F. durch Erbschaftsteuerreform 2009
 - IV. Vorzeitiger Nießbrauchsverzicht
 - V. Erstreckung des Nießbrauchs auf ein Surrogat
- E. Behandlung einer Grundstücksübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs im Grunderwerbsteuerrecht
- F. Fazit

A. Der Nießbrauch in der Gestaltungs- und Beratungspraxis

Die Übertragung von Vermögensgegenständen unter Vorbehalt des Nießbrauchs hat in der notariellen Gestaltungspraxis eine erhebliche Bedeutung.¹ Gerade im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge finden sich regelmäßig Nießbrauchsgestaltungen. Zahlreiche Eltern behalten sich bei der Übertragung von Vermögenswerten auf die nächste Generation den Nießbrauch an den zu übertragenden Gegenständen vor. Steuerliche Aspekte sind neben anderen wirtschaftlichen Erwägungen ein wesentlicher Gesichtspunkt für oder gegen die Bestellung eines Nießbrauchs.

Gründe für eine Nießbrauchsgestaltung im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge können insbesondere sein:

- einfache Verlagerung der Einkunftsquelle,
- Reduzierung der Schenkungsbemessungsgrundlage,
- Reduzierung von Pflichtteilsrechten,²
- als Alternativgestaltung zur Grundstückübertragung gegen wiederkehrende Bezüge wegen der Einschränkung des Sonderausgabenabzugs gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG durch das Jahressteuergesetz 2008.³

Entscheidend in der Beratungssituation ist daher oftmals die enge Verzahnung von zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und steuerlichen Auswirkungen sowohl auf der Veräußerer- als auch auf der Erwerbsebene. Dies erfordert in der Praxis, die Nießbrauchsbestellung stets mit einer steuerlichen Beratung und Überprüfung zu verbinden.

In der folgenden Darstellung werden zunächst die zivilrechtlichen Grundlagen des Nießbrauchs aufgezeigt. Dabei beschränken sich die Erläuterungen auf den Nießbrauch am Grundstück; der Nießbrauch an anderen Vermögenswerten findet keine Berücksichtigung. Der Hauptteil befasst sich mit der steuerlichen Behandlung des Nießbrauchs in den einzelnen Steuerarten. Hier beschränkt sich die Darstellung auf das Grundstück im Privatvermögen. Der anlässlich von Vermögenübertragungen vorbehaltene Nießbrauch wirkt sich im Erbschaftsteuerrecht und Ertragsteuerrecht unterschiedlich aus: Bei der Schenkungsteuer- und Erbschaftsteuerfestsetzung ist der Nießbrauch eine Gegenleistung, die den Wert des Erwerbs mindert.⁴ Er-

1 Vgl. dazu die angeführten Umfragen bei MünchKommBGB/Pohlmann, 5. Auflage, 2009, Vor § 1030 Rn. 11 ff.; Staudinger/Frank, Neubearbeitung 2009, Vorbem zu §§ 1030 ff., Rn. 24; Bengel, MittBayNot 2003, 270, 276.

2 Dazu Gehse, RNotZ 2009, 361 ff.

3 Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 2. Auflage 2010, § 4 Rn. 5; Korn/Carlé, KÖSDI 2009, 16514.

4 Korn/Carlé, KÖSDI 2009, 16514, 16515.

tragsteuerrechtlich ist der vorbehaltene Nießbrauch hingegen kein Entgelt für die Vermögensübertragung.⁵

B. Zivilrechtliche Grundlagen des Nießbrauchs an Grundstücken

Die zivilrechtlichen Grundlagen des Nießbrauchs finden sich in den §§ 1030 bis 1089 BGB. Das BGB unterscheidet je nach Vermögensgegenstand zwischen dem Nießbrauch

- an beweglichen und unbeweglichen Sachen, z. B. Grundstücken (§§ 1030 bis 1067 BGB),
- an Rechten, z. B. Gesellschaftsanteilen an Kapital- oder Personengesellschaften (§§ 1068 bis 1084 BGB), und
- am Vermögen im Ganzen (§§ 1085 bis 1089 BGB) sowie an einer Erbschaft (§ 1089 BGB).

Die weiteren Ausführungen beschränken sich auf den Nießbrauch an Grundstücken, der sich nach den §§ 1030 bis 1067 BGB richtet. Der Nießbrauch schafft ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Nießbraucher in Gestalt des dinglichen Rechts, sämtliche Nutzungen aus dem belasteten Grundstück zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB). Als Unterform der Dienstbarkeit ist der Nießbrauch an Grundstücken wesensnotwendig auf ein Dulden oder Unterlassen des Grundstückseigentümers gerichtet.⁶

Umstritten ist die rechtliche Natur des Nießbrauchs. Nach der herrschenden Duldungstheorie ist die Nutzungsbefugnis des insoweit beschränkten Eigentümers lediglich für die Zeit der Nießbrauchsbestellung aufgehoben. Die Nutzungsbefugnis lebt deshalb mit Erlöschen der Nießbrauchsbelastung ohne weiteres wieder auf.⁷ Eine Auffassung im Schrifttum sieht jedoch in der Nießbrauchsbestellung eine Abspaltung der Nutzungsbefugnis vom Vollrecht, d. h. eine teilweise Übertragung des Vollrechts.⁸ Folgerichtig müsste dann bei Beendigung des Nießbrauchs dieser Eigentumssplitter wieder, gegebenenfalls notariell beurkundungspflichtig, zurückübertragen werden. Meines Erachtens widerspricht diese Abspaltungstheorie der systematischen Stellung der Nießbrauchsvorschriften als „Dienstbarkeit“ in Abschnitt 4 des Dritten Buches im BGB und kann nicht erklären, wie die Nutzungsbefugnis des Eigentümers nach Erlöschen des Nießbrauchs ohne weiteres wieder auflebt.⁹ Folglich ist der herrschenden Duldungstheorie zu folgen.

I. Entstehung und Beendigung

Als beschränkt dingliches Recht entsteht der Nießbrauch an Grundstücken durch dingliche Einigung gem. § 873 Abs. 1 BGB zwischen dem Eigentümer und dem Nießbrauchsberechtigten sowie durch Eintragung in das Grundbuch, die der Bewilligung in der Form des § 29 GBO bedarf. Die Bestellung eines Eigentümernießbrauchs an Grundstücken ist zulässig, ohne dass ein berechtigtes Interesse daran nachgewiesen werden muss.¹⁰ So empfiehlt es sich zum Beispiel, einen

Eigentümernießbrauch zu bestellen in der Absicht einer zukünftigen Veräußerung des dann nießbrauchsbelasteten Grundstücks.

Der Nießbrauch kann unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung bzw. Befristung stehen. Regelmäßig anzutreffen ist die aufschiebend bedingte oder befristete Bestellung eines Anschlussnießbrauchs für den überlebenden Ehegatten nach dem Ableben oder einem sonstigen Erlöschen (Aufhebung) des für den anderen Ehegatten als Veräußerer bestellten Nießbrauchs. Bedingungen oder Befristungen des Nießbrauchs müssen unmittelbar ins Grundbuch eingetragen werden.¹¹ Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874 BGB genügt nicht.

Der Nießbrauch erlischt zwingend mit dem Tod des Nießbrauchers oder mit Erlöschen des Berechtigten als juristische Person bzw. rechtsfähige Personengesellschaft (§ 1061 BGB). Ausgenommen davon ist der Übergang und die Übertragung in Fällen der Gesamt- oder Funktionsnachfolge i. S. d. § 1059a BGB bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften. Der Nießbrauch endet jedoch nicht durch Zerstörung des Gebäudes bei einem Grundstücknießbrauch oder Konsolidation, wenn Eigentum und Nießbrauch aufgrund späterer Übertragungen derselben Person zustehen (§ 889 BGB).¹²

Der Nießbrauch erlischt ferner durch rechtsgeschäftliche Aufhebung. Dies erfordert die materiell-rechtlich formfreie einseitige Aufgabekündigung des Nießbrauchers gem. § 875 Abs. 1 BGB sowie deren Vollzug im Grundbuch aufgrund Löschungsbewilligung in Form des § 29 GBO und Antrags.

II. Belastungsgegenstand

Der Nießbrauch kann in dem hier interessierenden Rahmen bestellt werden unter anderem an einem Grundstück, Erbbaurecht, grundstücksgleichen Recht, Wohnungseigentum.¹³ Belastungsgegenstand können nur einzelne Grundstücke sein. Ein einheitlicher Gesamtnießbrauch an mehreren Grundstücken ist nicht zulässig.¹⁴

Der Nießbrauch kann auch an einer realen Teilfläche eines Grundstücks ohne dessen vorherige Abschreibung und rechtlichen Verselbständigung begründet werden.¹⁵ Allerdings ist dazu ein amtlicher Lageplan mit Einzeichnung der betreffenden Fläche vorzulegen (§ 7 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 GBO). In der Praxis wird regelmäßig der einfachere Weg gewählt, nämlich stattdessen den Nießbrauch dinglich am gesamten Grundbuch-

5 BFH, BStBl. II 1991, 793.

6 Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Auflage 2012, Rn. 1078.

7 BFH, BStBl. III 1957, 242; BStBl. II 1972, 238.

8 Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 32 Rn. 3.

9 Vgl. Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 8. Auflage 2009, S. 29.

10 BGHZ 190, 267 = DNotZ 2012, 137.

11 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 1382.

12 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 1086.

13 Vgl. Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1364.

14 Böttcher, MittBayNot 1993, 129.

15 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1365.

grundstück unter Beschränkung des Ausübungsbereichs auf einen Teil der Fläche zu bestellen.¹⁶

Belastungsgegenstand kann ferner auch ein ideeller Bruchteil (Bruchteilsnießbrauch, § 1066 BGB) sein. Der Nießbrauch kann auch am ganzen Grundstück bestellt werden, jedoch nur zu einem bloßen Bruchteil (Quoten- nießbrauch).¹⁷

Der Nießbrauch am Grundstück erstreckt sich auf Bestandteile (§§ 93, 94 BGB) und Zubehör des Grundstücks (§ 1031 BGB), auch wenn solche Bestandteile nachträglich eingefügt werden (z. B. ein wiedererrichtetes Gebäude).¹⁸ Mit dinglicher Wirkung können lediglich unwesentliche Bestandteile (z. B. Grundstücksteile)¹⁹ ausgenommen werden, nicht jedoch wesentliche Bestandteile, z. B. Teile des Gebäudes oder das Gebäude selbst²⁰. Um dennoch tatsächlich einen Ausschluss wesentlicher Bestandteile wie z. B. einer bestimmten Wohnung zu ermöglichen, bietet es sich in solchen Fällen an, ein dingliches Wohnungsrecht an bestimmten Räumen oder Gebäuden im Rang vor einem Nießbrauch dinglich zu bestellen.

III. Berechtigter

Berechtigter eines Nießbrauchs kann jede natürliche oder juristische Person sein, auch eine Personenhandels-gesellschaft. Auch der Grundstückseigentümer selbst kann nießbrauchsberechtigt sein.²¹ Eine subjektiv- dingliche Bestellung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks ist, anders als bei der Dienstbarkeit gem. § 1018 BGB, nicht möglich.²²

Berechtigter kann auch eine GbR sein. Werden im Gesellschaftsvertrag der GbR die Mitgliedschaft abtretbar und vererblich gestellt, wird die Unübertragbarkeit und Lebenszeitbeschränkung der Nießbrauchsberechtigung dadurch faktisch außer Kraft gesetzt.

Zulässig ist auch die Bestellung eines Nießbrauchs für mehrere Personen als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB. Eine Nießbrauchsbestellung zugunsten mehrerer Personen als Mitberechtigte nach § 432 BGB ist dagegen umstritten.²³

IV. Rechtsinhalt

Rechtsinhalt des Nießbrauchs ist das Recht, sämtliche „Nutzungen der Sache zu ziehen“ (§ 1030 Abs. 1 BGB). Nutzungen sind die Früchte (§ 99 BGB) und alle anderen Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt (§ 100 BGB).

Der Nießbraucher kann das Grundstück vermieten oder verpachten und erwirbt damit die Rechtsfrüchte des Grundstücks (Miete bzw. Pacht). Bei Eigenbewirtschaftung erhält er die Sachfrüchte im Rahmen ordnungsmäßiger Fruchtziehung. Er verdrängt dabei den Eigentümer, der keine Leistungen zu bewirken, sondern lediglich die Nutzung zu dulden hat. In beiden Fällen hat der Nießbraucher jedoch kein Recht zur Umgestaltung. Mit dem Recht, die Nutzungen der Sache zu ziehen, ist die Pflicht des Nießbrauchers verbunden, die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu er-

halten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren (§ 1036 Abs. 2 BGB). Der Nießbraucher hat gem. § 1041 BGB für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen, wobei Ausbesserungen und Erneuerungen ihm nur insoweit obliegen, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Gem. § 1045 BGB hat der Nießbraucher auch die Kosten der Versicherung gegen Brandschaden aufzubringen; auch die sonstigen auf der Sache ruhenden öffentlichen sowie privatrechtlichen Lasten hat gem. § 1047 BGB der Nießbraucher zu tragen, so dass auch die Zinsen für die Zeit der Bestellung bestehenden Hypothekenforderungen und Grundschulden zu Lasten des Nießbrauchers gehen.

Das gesetzliche Schuldverhältnis Nießbrauch kann durch vertragliche Vereinbarung mit dinglicher Wirkung abgeändert werden, soweit nicht gegen das Wesen des Nießbrauchs verstoßen wird. Abdingbar sind insbesondere die Regelungen zur Ausbesserungs- und Erneuerungspflicht sowie zur Versicherungs- und Lasten-tragungspflicht; rein schuldrechtliche Vereinbarungen können die Vertragsparteien jedoch auch über unabdingbare Bestimmungen treffen.²⁴

Gem. § 1030 Abs. 2 BGB kann der Nießbrauch durch den Ausschluss einzelner Nutzungen, z. B. hinsichtlich einzelner Gebrauchsarten, beschränkt werden. Dabei muss jedoch das Wesen des Nießbrauchs als umfassendes Nutzungsrecht erhalten bleiben. Bei nur einer verbleibenden zulässigen Nutzungsart könnte lediglich eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit vorliegen.²⁵ Möglich ist auch eine Beschränkung auf die Nutzung zu Sicherungszwecken. Dieser sog. Sicherungsnießbrauch ist einkommensteuerlich unbeachtlich.²⁶

Der zugunsten einer natürlichen Person bestellte Nießbrauch ist nicht übertragbar (§ 1059 S. 1 BGB) und vererblich (§ 1061 BGB). Lediglich die Ausübung kann gem. § 1059 S. 2 BGB einem anderem überlassen werden.

C. Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs an Grundstücken

Bei der einkommensteuerlichen Behandlung der Nießbrauchsbestellung sind Fragen der steuerlichen Zurechnung der Einkünfte, der Zurechnung der Vermögenssubstanz, der Abschreibungsbefugnis und des Werbungskostenabzugs zu beachten.

16 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 1093.

17 Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), § 1030, Rn. 26 ff.

18 BGH, LM Nr. 10 zu § 1090.

19 LG Tübingen, BWNotZ 1981, 140.

20 BayObLGZ 1979, 361 = DNotZ 1980, 479.

21 Vgl. BGHZ 190, 267 = DNotZ 2012, 137.

22 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1370.

23 Ablehnend OLG München, DNotZ 2008, 380; NotBZ 2009, 464; a. A. Amann, DNotZ 2008, 324, 338; Kessler, DNotZ 2010, 123 ff.

24 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1375.

25 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 1114.

26 Nießbrauch-Erlass, a.a.O. (Fn. 27), Tz. 7.

I. Grundlagen der Einkünftezurechnung

Die Besteuerung von Einkünften aus Nießbrauchsrechten ist im Einkommensteuergesetz nicht besonders geregelt; sie richtet sich daher nach allgemeinen Grundsätzen des Einkommensteuerrechts. Grundlegend für die einkommensteuerliche Behandlung des Nießbrauchs an Grundstücken ist der Nießbrauch-Erlass vom 24. Juli 1998²⁷ mit späteren Änderungen.²⁸

1. Einkünfteerzielung aus Vermietung und Verpachtung

Gemäß § 2 Abs. 1 EStG sind Einkünfte einkommensteuerrechtlich demjenigen zuzurechnen, der sie erzielt. Einkünfte erzielt derjenige, welcher die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen einer der sieben Einkunftsarten i. S. d. § 2 Abs. 1 EStG i. V. m. §§ 13 bis 24 EStG erfüllt.²⁹ Den Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklicht der Steuerpflichtige, der durch Nutzung einer marktbezogenen Erwerbsgrundlage im Rahmen der sieben Einkunftsarten des § 2 Abs. 1 EStG einen Vermögenszuwachs erwirtschaftet und realisiert.³⁰

Wenn der Nießbraucher durch die Ausübung seiner Nießbrauchsrechte tatsächlich Leistungen bewirkt, erfüllt er selbst den Tatbestand der Einkünfteerzielung. Dazu ist erforderlich, dass der Nießbraucher rechtlich in der Lage ist, den Tatbestand der Einkünfteerzielung zu erfüllen. Zudem muss er die Nutzungen auch tatsächlich ziehen.

Die ertragsteuerliche Behandlung des Nießbrauchs an Grundstücken ist – im Unterschied z. B. zum Nießbrauch an (Personen)Gesellschaftsanteilen oder an Kapitalvermögen – durch Rechtsprechung und durch die Finanzverwaltung, deren Auffassung im Nießbrauch-Erlass als Verwaltungsanweisung zusammenfassend dargestellt wird, weitgehend geklärt. Nutzt der Nießbraucher das Grundstück durch Vermietung und Verpachtung, so ist er nach §§ 566, 567 BGB oder §§ 1030, 1059 BGB selbst Vermieter und Verpächter. Damit verwirklicht der Nießbraucher den Tatbestand der Einkunftsart der Vermietung und Verpachtung i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, wenn die Vermietung und Verpachtung nicht betrieblich veranlasst ist und er die zur Vermietung und Verpachtung erforderlichen Leistungen bewirkt. War das Grundstück bei Einräumung des Nießbrauchs bereits vermietet, muss der Nießbraucher tatsächlich die Vermieterstellung des Nießbrauchsbestellers vollständig übernommen haben.³¹ Diese Übernahme ist dem Mieter anzuzeigen.³²

Neben den Rechtsfrüchten der Miete oder Pacht kann der Nießbraucher an einem Grundstück auch Einkünfte aus anderen Einkunftsarten erzielen. Der Nießbraucher, der den Boden nutzt und mit Hilfe der Naturkräfte dadurch gewonnene Erzeugnisse pflanzlicher oder tierischer Art (Sachfrüchte) verwertet, erzielt z. B. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. §§ 13 ff. EStG).³³ Sollte der Nießbraucher den Boden gewerblich bewirtschaften, verwirklicht er den Einkünfteerzielungstatbestand der Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; §§ 15 ff. EStG). An die einzelnen Einkunftsarten knüpfen teilweise unter-

schiedliche Rechtsfolgen, die erhebliche Auswirkungen auf die tatsächliche Steuerbelastung des Steuerpflichtigen nach sich ziehen.³⁴ Klärende Verwaltungsanweisungen liegen für den Nießbrauch in diesen Bereichen nur zum Teil vor; die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

2. Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung

Das Steuerrecht anerkennt grundsätzlich die wirksame Vereinbarung des Nießbrauchs und seine tatsächliche Ausübung mit allen Modifikationen, die privatrechtlich in der Ausgestaltung des Nießbrauchs möglich sind. Dies gilt insbesondere für die Ausgestaltung als Bruttonießbrauch³⁵ und als Quoten- sowie Bruchteilnießbrauch³⁶

Grundvoraussetzung ist jedoch, dass der Nießbrauch zunächst rechtswirksam entstanden ist. Dadurch ist der Nießbraucher rechtlich befugt, die Nutzungen aus dem Grundstück zu ziehen. Allerdings kommt es für die steuerrechtliche Anerkennung beim Nießbrauch an Grundstücken auf die Grundbucheintragung nicht an.³⁷ Das Einkommensteuerrecht unterscheidet nicht zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Nutzungsverhältnissen.³⁸

Die ertragsteuerliche Behandlung des Nießbrauchs beim Eigentümer des Grundstücks und beim Nießbraucher hängt maßgeblich davon ab, in welcher Weise der Nießbrauch zivilrechtlich zustande gekommen ist. Dabei haben sich für die Einordnung der verschiedenen Arten des Nießbrauchs terminologische Begriffe wie insbesondere Vorbehalt Nießbrauch und Zuwendungsnießbrauch entwickelt.³⁹

Beim Zuwendungsnießbrauch räumt der Eigentümer einem Dritten den Nießbrauch am Grundstück ein; er selbst bleibt weiterhin Grundstückseigentümer. Beim Vorbehalt Nießbrauch überträgt der Eigentümer das Grundstück auf einen Dritten; anlässlich der Eigentumsübertragung wird für den bisherigen Eigentümer ein Nießbrauchsrecht bestellt.

27 BStBl. 1998 I, S. 914 ff.; BStBl. 2001 I, S. 171; BStBl. 2006 I, S. 392.

28 Für Einkünfte aus Kapitalvermögen gilt immer noch der 1. Nießbrauch-Erlass vom 23. November 1983 (BStBl. I, S. 604); für Gewinneinkünfte fehlt ein bundeseinheitlicher Erlass.

29 BFH, BStBl. 1981 II, 295; Musil, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Stand: Juni 2012, § 2 EStG Rn. 125.

30 Goetze, Die Ersetzung der sieben Einkunftsarten des EStG durch eine einzige – Zur Gleichheit aller Erwerbsgrundlagen in einem vereinfachten Steuerrecht, 2010, S. 26 ff., 35; abweichend die Terminologie ohne Unterschied in der Sache bei BVerfGE 99, 88 (95); Kirchhof, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, Stand: Dezember 2012, § 2 Rn. A 105, B 180; Musil, in: Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O. (Fn. 29), § 2 EStG Rn. 51, 72; kritisch Weber-Grellet, DStR 1998, 1781, 1782.

31 BFH, BFH/NV 1989, 694.

32 BFH, BStBl. 1983 II, 502.

33 Vgl. BFH, BStBl. 1996 II, 440.

34 Vgl. Goetze, a.a.O. (Fn. 30).

35 BFH, BStBl. 1981 II, 299; Nießbrauch-Erlass, Tz. 14.

36 Nießbrauch-Erlass, Tz. 16.

37 Schmidt/Kulosa, EStG, 31. Aufl. 2012, § 21 Rn. 43.

38 BFH, BStBl. 1984 II, 366, 371, 1992 II, 67; Nießbrauch-Erlass Tz. 6 ff., 35 ff. 51 ff.

39 Siehe dazu unten C.II. Einkünfteermittlung beim Zuwendungsnießbrauch und C.III. Einkünfteermittlung beim Vorbehalt Nießbrauch.

3. Nießbrauch bei nahen Angehörigen

Wie bereits dargestellt, kommt es bei der ertragsteuerlichen Behandlung des Nießbrauchs auf die Tatsache der originären Einkunftserzielung an. Dies gilt auch bei der Bestellung eines unentgeltlichen Nießbrauchs zugunsten naher Angehöriger, gegenüber denen der Steuerpflichtige gesetzlich unterhaltsverpflichtet ist.

Die frühere Finanzrechtsprechung hatte in den Fällen, in denen der Eigentümer unentgeltlich Personen einen Nießbrauch einräumte, gegenüber denen er gesetzlich unterhaltsverpflichtet ist, eine Zuwendung i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG angenommen⁴⁰. Nach dieser Vorschrift dürfen Leistungen ohne Gegenleistung an eine gegenüber dem Steuerpflichtigen gesetzlich unterhaltsberechtigte Person das Einkommen des Steuerpflichtigen nicht mindern. Demzufolge wurden unentgeltliche Nießbrauchsgestaltungen zugunsten naher Angehöriger regelmäßig einkommensteuerlich nicht anerkannt. In Fällen, in denen z. B. das Kind einen Nießbrauch zugunsten seines Vaters oder seiner Mutter ohne Gegenleistung einräumte, waren die Einkünfte steuerlich stets dem Kind, das den Nießbrauch unentgeltlich bestellt hatte, zuzurechnen.

Die frühere Behandlung des Nießbrauchs als Übertragung einer Einkunftsquelle, die dazu führte, dass der Nießbrauch nur unter strengen Voraussetzungen steuerlich anerkannt wurde, ist nunmehr überholt und wurde durch den Bundesfinanzhof aufgehoben.⁴¹ Der Bundesfinanzhof begründet die steuerliche Anerkennung unentgeltlicher Nießbrauchsgestaltungen zugunsten naher Angehöriger damit, dass die Einkünfte dem Nießbraucher unmittelbar aus seinem dinglichen Nutzungsrecht zufließen und sie deshalb nicht als Zuwendungen i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG angesehen werden können. Die Vorschrift der Einkommensverwendung des § 12 EStG greift daher nicht mehr ein, denn für die Frage der Einkünftezurechnung im Falle des Nießbrauchs ist der Vorrang der Vorschrift über die Einkünfteerzielung des § 2 Abs. 1 EStG vor der steuerlichen Behandlung der Einkünfteverwendung nach § 12 Nr. 2 EStG zu beachten.⁴²

a) Rechtswirksamkeit der Nießbrauchsbestellung

Die steuerliche Anerkennung einer Nießbrauchsgestaltung zwischen nahen Angehörigen setzt wie bei Fremden voraus, dass das Nießbrauchsrecht zivilrechtlich wirksam begründet und ernsthaft gewollt wurde sowie die Beteiligten die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen auch tatsächlich durchführen.⁴³ Bei der Beteiligung Minderjähriger und deren gesetzlichen Vertretern sind insbesondere die Grundsätze über die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers und das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung zu beachten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen (1) der Nießbrauchsbestellung zugunsten eines Minderjährigen, (2) der Überlassung eines Grundstücks an einen Minderjährigen unter Übernahme bzw. Vorbehalt eines Nießbrauchs und (3) der Einräumung eines Nießbrauchs an einem Grundstück eines Minderjährigen.

In der Regel bedarf es bei der Bestellung eines Nießbrauchs der Eltern zugunsten minderjähriger Kinder der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers. Das mit dem Nießbrauch verbundene gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher begründet neben Rechten auch Pflichten des Nießbrauchers. Der Nießbraucher erlangt daher nicht nur einen lediglich rechtlichen Vorteil.⁴⁴ Dies gilt insbesondere, wenn der Nießbraucher in die rechtlich nachteilige Vermieterstellung eintritt.⁴⁵ Auch beim sog. Bruttonießbrauch sieht die Finanzrechtsprechung rechtliche Nachteile, obwohl der Eigentümer die den Nießbrauchsberechtigten nach § 1041 BGB (Pflicht zur Erhaltung der Sache), § 1045 BGB (Versicherungspflicht) und 1047 BGB (Lastentragung) treffenden Kosten und Lasten übernimmt.⁴⁶ Steuerlich wird der Nießbrauch jedoch anerkannt, wenn das Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Pflegers als nicht erforderlich abgelehnt hat.⁴⁷

Die ohne weiteren rechtlichen Nachteil erfolgte Übertragung eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks oder unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs durch die Eltern an einen Minderjährigen löst keine Genehmigungsbedürftigkeit aus.⁴⁸ Insoweit wird nur der Wert der Zuwendung gemindert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat (sog. Nettonießbrauch), weil dann der minderjährige Eigentümer keinen Verwendungersatzansprüchen nach § 1049 BGB ausgesetzt ist.⁴⁹ Rechtlich nachteilig soll jedoch die Übernahme bzw. der Vorbehalt eines Nießbrauchs sein, wenn der übertragene Grundbesitz vermietet bzw. verpachtet ist, da die Möglichkeit besteht, dass nach dem Erlöschen des Nießbrauchs der Eigentümer in das Mietverhältnis eintritt.⁵⁰

Für die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück des Minderjährigen bzw. für das Verpflichtungsgeschäft hierzu ist nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4 ggf. i. V. m. § 1643 BGB die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.

b) Tatsächliche Ausübung des Nießbrauchs

Neben der Rechtswirksamkeit des Nießbrauchs hat insbesondere die tatsächliche Ausübung des Nießbrauchs als Voraussetzung für die Zurechnung von Einkünften bei Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen große praktische Relevanz. Der Nießbraucher kann aus dem Nießbrauch nur Einkünfte erzielen, wenn

40 BFH, BStBl. 1957 III, 207; HFR 1965, 22.

41 BFH, BStBl. 1966 III, 584; BB 1967, 67; BStBl. 1969 II, 683; BStBl. 1976 II, 613.

42 Jansen/Jansen, a.a.O. (Fn. 9), S. 91.

43 BFH, BStBl. 1976 II, 421; BStBl. 1981 II, 297; Nießbrauch-Erlass, Tz. 2 f.

44 BFH, BStBl. 1981 II, 297; NJW-RR 1990, 1036; Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff. Rn. 30; allerdings offen gelassen in BGH, LM Nr. 7 zu § 107 BGB.

45 Nießbrauch-Erlass, Tz. 4.

46 FG Saarland, EFG 1990, 316; im Einzelnen strittig: vgl. dazu Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff. Rn. 30.

47 BFH, DStRE 1999, 937;

48 Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff. Rn. 32.

49 BGHZ 161, 170, 177.

50 BGH NJW-RR 2005, 1430 = DNotZ 2005, 625; BayObLG, NJW 2003, 1129.

er den Nießbrauch tatsächlich entsprechend den getroffenen Vereinbarungen oder gesetzlichen Regelungen ausübt. Die Einkünftezurechnung beim Nießbraucher setzt voraus, dass der Nießbraucher die Nutzungen tatsächlich zieht sowie den mit dem Nießbrauch belasteten Gegenstand in Besitz nimmt und verwaltet.⁵¹ Damit ist er rechtlich und tatsächlich in der Lage, Verwaltungshandlungen vorzunehmen, die über die bloße Einziehung von Miet- und Pachtforderungen hinausgehen.⁵² Dies erfordert auch eine Anzeige an den Mieter, da der Nießbraucher erkennbar als Vermieter auftreten muss.⁵³ Ferner muss der Nießbraucher z. B. in der Lage sein, den Miet- oder Pachtvertrag zu kündigen.

Ungenügend ist es daher, wenn sich an der tatsächlichen Gestaltung nichts ändert und nur die Erträge an den Nutzungsberechtigten abgeführt werden.⁵⁴ Die Durchführung erfordert aber nicht, dass ein Ergänzungspfleger für die Dauer des Nießbrauchs bestellt worden ist.⁵⁵ Ein freier Widerrufsvorbehalt im Rahmen der Zuwendung des Nießbrauchs ist ebenso für deren steuerliche Anerkennung unschädlich, solange der Nießbraucher seine Dispositionsbefugnisse als Vermieter ausüben kann.

c) Rückvermietung an den Nießbrauchsbesteller

Nicht selten vermietet oder verpachtet der Nießbraucher nach Einräumung des Nießbrauchs das Grundstück an den Nießbraucher zurück. Hier stellte sich die Frage, ob rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO missbraucht werden mit der Folge, dass die Rückvermietung nicht steuerlich anerkannt wird. Ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt (§ 42 Abs. 1 Satz 1 AO).

Die Finanzrechtsprechung sieht einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten darin, dass Eltern ihrem minderjährigen Kind einen bis zum 27. Lebensjahr befristeten Zuwendungsnießbrauch einräumten und anschließend das nießbrauchsbelastete Grundstück wieder zurückmieteten.⁵⁶ Der BFH ist der Auffassung, dass derjenige, der ein Gebäude für eigene Zwecke benötigt, einem anderen daran nicht einen unentgeltlichen Nießbrauch bestellt, um es anschließend wieder entgeltlich zurück zumieten, und dass ferner – im Unterschied zu einem Vorbehaltsnießbrauch – die Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs auch nicht der schrittweisen Vollziehung des Generationswechsels dient.

Dagegen steht im Falle des Vorbehaltsnießbrauchs die Rückvermietung des Grundstücks durch den Vorbehaltsnießbraucher an den (unterhaltsverpflichteten) Nießbrauchsbesteller/Eigentümer grundsätzlich der steuerlichen Anerkennung nicht entgegen.⁵⁷ Es liege deshalb keine Rechtsmissbrauch i. S. d. § 42 AO vor, da mit der Eigentumsübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt einleuchtende außersteuerliche Gründe – nämlich die schrittweise Vollziehung des Generationswechsels – verfolgt würden.⁵⁸ Somit werden solche Vertragsgestaltungen grundsätzlich anerkannt, sofern

sie zivilrechtlich wirksam sind und die Zahlungen an den Nießbraucher keinen Versorgungscharakter haben. Ein solcher Versorgungscharakter ist insbesondere gegeben, wenn die Leistungen des Eigentümers kein angemessenes Entgelt für die Grundstücksnutzung sind.⁵⁹

4. Entgeltliche, teilentgeltliche und unentgeltliche Bestellung des Nießbrauchs

Die Abgrenzung zwischen entgeltlicher, teilweise entgeltlicher und unentgeltlicher Bestellung wirkt sich auch auf die Einkünftezurechnung aus. Der Zuwendungsnießbrauch ist als entgeltlich bestellt anzusehen, wenn sein Wert und der Wert der Gegenleistung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen sind.⁶⁰ Die wirtschaftliche Abgewogenheit wird bei Nießbrauchsvereinbarungen zwischen Personen, die nicht durch verwandtschaftliche oder sonstige enge Beziehungen miteinander verbunden sind, unterstellt. Umgekehrt gilt bei der Bestellung eines Nießbrauchs gegen Entgelt zugunsten naher Angehöriger die Vermutung, dass Leistung und Gegenleistung nicht wie unter fremden Dritten nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgewogen sind.⁶¹

Der Zuwendungsnießbrauch gilt als teilentgeltlich, wenn der Wert des Nießbrauchs und der Wert der Gegenleistung nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgewogen sind. Der Vorgang ist dann für die weitere steuerliche Behandlung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Der entgeltliche Teil wird dabei nach dem Verhältnis des Entgelts zu dem Kapitalwert des Nießbrauchs (§§ 13, 14 BewG) berechnet.

Ein unentgeltlich bestellter Nießbrauch liegt vor, wenn bei Zugrundelegung einer zwischen Fremden üblichen Gestaltung nicht mehr von einer Gegenleistung ausgegangen werden kann. Davon geht die Finanzverwaltung aus, wenn der Wert der Gegenleistung weniger als 10 % des Werts des Nießbrauchs beträgt.⁶²

Bei der Bewertung des Vorbehaltsnießbrauches ist der vorbehaltene Nießbrauch ertragsteuerlich kein Entgelt für die Grundstücksübertragung, unabhängig davon, ob das Grundstück entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird.⁶³

Als Problemfall kann sich die Übertragung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt erweisen, wenn das Grundstück mit Schulden belastet ist. Der Fortbestand der dinglichen Sicherung ist ertragsteuerlich irrelevant, solange keine Inanspruchnahme erfolgt.

51 BFH BStBl. 1966 III, 484; BStBl. 1976 II, 613; BStBl. 1986 II, 12; BStBl. 1986 II, 713; FG Baden-Württemberg, EFG 2002, 827.

52 BFH, BStBl. 1976 II, 421.

53 BFH, BStBl. 1981 II, 295; Nießbrauch-Erlass, Tz. 15.

54 BFH BStBl. 1966 II, 584; BB 1967, 67; BStBl. 1976 II, 421.

55 BFH BStBl. 1981 II, 295.

56 BFH, BStBl. 1991 II, 205.

57 BFH, BStBl. 1976 II, 537; BStBl. 1986 II, 714; BStBl. 1991 II, 205, 207.

58 BFH, BStBl. 1991 II, 205.

59 BFH, BStBl. 1986 II, 714.

60 Nießbrauch-Erlass, Tz. 10.

61 Vgl. BFH, BStBl. 1992 II, 465 zur Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen.

62 Nießbrauch-Erlass, Tz. 13.

63 BFH, BStBl. 1982 II, 378; BStBl. 1991 II, 791; BStBl. 1991 II, 793; Nießbrauch-Erlass, Tz. 40.

Der Übergang der persönlichen Haftung ist für den Erwerber ertragsteuerlich Anschaffungsaufwand, so dass die Vermögensübertragung zumindest teilentgeltlich wird. Dadurch kann sich ein Veräußerungsgewinn nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG ergeben.⁶⁴ Soll eine persönliche Schuldübernahme vereinbart werden, kann ein Quotennießbrauch in Betracht gezogen werden, da der Eigentümer wirtschaftlich in der Lage sein muss, die Schulden zu tilgen.⁶⁵ Ferner kann die Schuldübernahme aufschiebend bedingt ab Wegfall des Nießbrauchs vereinbart werden. Dann dürfte der Anschaffungsaufwand bzw. das Veräußerungsentgelt steuerlich erst zu diesem späteren Zeitpunkt entstehen.

5. Werbungskosten und Absetzung für Abnutzung (AfA)

Die Thematik der Einkünfteerzielung betrifft nicht nur den Punkt, welcher Person die Einnahmen zugeordnet werden, sondern auch, welche Aufwendungen von den Einnahmen abgezogen werden können. Dies ist die Frage des Abzugs der Werbungskosten und des Abzugs der Aufwendungen für die Anschaffung und Herstellung eines Wirtschaftsgutes, bei Grundstücken regelmäßig der Gebäude.

Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG). Somit sind sie grundsätzlich Ausgaben, die durch die Erzielung von Einnahmen veranlasst worden sind.⁶⁶ Im Hinblick auf die grundsätzliche Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung gilt zunächst: Soweit der Nießbraucher eines vermieteten Grundstücks Mieteinnahmen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 EStG erzielt und er Aufwendungen, die durch Nießbrauchserträge veranlasst worden sind, getragen hat, kann er sie nach § 9 Abs. 1 EStG als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen. Für Aufwendungen, die der Nießbraucher nach den Bestimmungen des BGB zu tragen hat, ist dies in Rechtsprechung und Schrifttum unbestritten.⁶⁷ Auch ist dies bei Aufwendungen anzunehmen, soweit der Nießbraucher sie im Rahmen der Nießbrauchsbestellung aufgrund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung übernommen und tatsächlich getragen hat.⁶⁸ Ferner sind Aufwendungen abzuziehen, zu denen der Nießbraucher nicht verpflichtet, aber nach § 1043 BGB berechtigt ist und die in seinem Interesse erfolgen. Verzichtet der Nießbraucher allerdings von vornherein auf den Erstattungsanspruch nach § 1049 BGB von nicht von ihm zu tragenden Verwendungen auf das Grundstück gegenüber dem Eigentümer, sind diese Verwendungen als Zuwendung nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abzugsfähig.⁶⁹

Der Absetzung für Abnutzung (AfA) unterliegen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, deren Verwendung oder Nutzung durch den Steuerpflichtigen sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von begrenzter Dauer erstreckt und die sich im Laufe des Gebrauchs technisch oder wirtschaftlich abnutzen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 EStG). Zur Vornahme der Absetzung für Abnutzung nach § 7 EStG ist der Steuerpflichtige berechtigt, der das Wirtschaftsgut zur Erzielung von Einkünften verwendet oder

nutzt. Grundsätzlich ist dies der Eigentümer, gegebenenfalls auch der wirtschaftliche Eigentümer i. S. d. § 39 Abs. 2 AO. Entsprechendes gilt gem. § 9 Abs. 1 Nr. 7 EStG grundsätzlich auch für die Überschusseinkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

Hinsichtlich der Befugnis zur Vornahme von AfA bei der Einräumung des Nießbrauchs kommt es dagegen nicht darauf an, ob beim Nießbraucher die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums erfüllt sind oder nicht. In der Regel ist der Nießbraucher, selbst beim Vorbehaltsnießbrauch, kein wirtschaftlicher Eigentümer des mit Nießbrauch belasteten Wirtschaftsguts.⁷⁰ Das Einkommensteuerrecht gewährt den AfA-Abzug bei der Nutzung eines Wirtschaftsguts nur demjenigen, der die Herstellungs- und Anschaffungskosten getragen hat.

II. Einkünfteermittlung beim Zuwendungsnießbrauch

Die einkommensteuerrechtliche Behandlung der Einkünfteermittlung des Nießbrauchers hängt im Einzelnen von verschiedenen Kriterien ab. Nach Auffassung der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung ist vor allem bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung danach zu differenzieren, ob ein Vorbehalts- oder Zuwendungsnießbrauch vorliegt und ob im Fall des Zuwendungsnießbrauchs die Einräumung entgeltlich erfolgt oder nicht. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung insbesondere für die Berechtigung zum Abzug der Werbungskosten und die AfA-Befugnis.

Unter den Begriff des Zuwendungsnießbrauchs fallen alle Gestaltungen, in denen der Eigentümer einem Dritten einen Nießbrauch einräumt und weiterhin Eigentümer bleibt. Auch hier spielt es keine Rolle, ob der Nießbrauch entgeltlich oder unentgeltlich bestellt wird. Das Begriffsmerkmal „Zuwendung“ ist also nicht gleichzusetzen mit „unentgeltlich“.⁷¹

1. Nießbraucher

Die vorgenannten Grundsätze zur Einkünftezurechnung beim Nießbrauch führen beim unentgeltlich erworbenen Zuwendungsnießbrauch dazu, dass der Mieteinnahmen erzielende Nießbraucher die aufgrund der gesetzlichen Lastenverteilung anfallenden oder vertraglich übernommenen Aufwendungen als Werbungskosten abziehen kann. Allerdings kann er – genauso wenig wie der keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielende Eigentümer – nicht die Gebäude-AfA beanspruchen, denn der Nießbraucher hat die Anschaffungskosten nicht getragen.

Einzelne Auffassungen im Schrifttum versuchen dennoch zu begründen, dass auf diesen so genannten Drittaufwand, nämlich die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Eigentümers, AfA vorgenommen wer-

64 BMF-Schr. v. 13. 1. 1993, BStBl. 1993 I, Tz. 9.

65 Korn/Carlé, KÖSDI 2009, 16514, 16522.

66 BFH, BStBl. 1978 II, 105, 108.

67 Vgl. Nießbrauch-Erlass Tz. 21, 27, 43.

68 Jansen/Jansen, a.a.O. (Fn. 9), S. 109.

69 BFH, BStBl. 1990 II, 462; BStBl. 1992 II, 192.

70 BFH, BStBl. 1983 II, 631; BStBl. 1984 II, 202; ZEV 2004, 516; Fabis, MittRhNotK 1999, 146.

71 Jansen/Jansen, a.a.O. (Fn. 9), S. 77.

den kann. Teilweise wird die analoge Anwendung des § 11 EStDV, nach dem der Rechtsnachfolger bei einem unentgeltlich erworbenen Wirtschaftsgut die AfA-Reihe des Rechtsvorgängers fortführen kann, für zulässig gehalten.⁷² Entscheidend für die sachliche Zuordnung von Ausgaben sei der Veranlassungszusammenhang mit der Einnahmeerzielung. Unerheblich sei, wer die Ausgaben tatsächlich getragen habe oder verpflichtet gewesen sei, sie zu leisten.

Der BFH ist diesen Überlegungen entgegengetreten und hat die Berücksichtigung der AfA auf ein Wirtschaftsgut verneint, wenn der Steuerpflichtige, ohne Eigentümer zu sein, das Wirtschaftsgut unentgeltlich nutzt und er dessen Anschaffungs- oder Herstellungskosten nicht getragen hat.⁷³ Damit kann der Nießbraucher im Falle des unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauchs die AfA auf das mit Nießbrauch belastete Grundstück nicht vornehmen.

Um den Verlust des nicht verbrauchten AfA-Volumens beim unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch zu verhindern, sollte daher in der rechtlichen Gestaltung eingehend geprüft werden, ob nicht die Vollrechtsübertragung sinnvoll ist. Dem Sicherheitsbedürfnis des Zuwendenden kann durch entsprechende Rückübertragungspflichten Rechnung getragen werden.⁷⁴

Eine AfA-Befugnis gem. § 7 Abs. 1 EStG steht dem Zuwendungsnießbraucher nur auf den Nießbrauch selbst zu, wenn er ihn entgeltlich erworben hat, und zwar nach der Dauer des Nießbrauchs bemessen.⁷⁵ Andere Werbungskosten kann er abziehen, wenn er sie getragen hat; auf das mit dem Nießbrauch belastete Wirtschaftsgut nur dann, wenn es sich um Herstellungskosten handelt, die der Nießbraucher in Ausübung seines Nutzungsrechts selbst getragen hat. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Nießbraucher in Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstück auf diesem ein Gebäude errichtet. Dann ist er selbst zivilrechtlicher Eigentümer des Gebäudes als Scheinbestandteil des Grundstücks i. S. d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.

2. Eigentümer und Nießbrauchsbesteller

Bei unentgeltlicher Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs an einem vermieteten Grundstück erzielt der Nießbrauchsbesteller (Eigentümer) keine Einnahmen aus dem mit dem Nießbrauch belasteten Grundstück. Daher kann er wegen der fehlenden Einnahmen keine Werbungskosten absetzen. Ebenso wenig kann er die AfA auf die Gebäudekosten geltend machen.

Ist der Zuwendungsnießbrauch entgeltlich bestellt worden, fließen dem Eigentümer mit dem Entgelt Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung zu. Das gezahlte Entgelt ist grundsätzlich im Jahr des Zuflusses zu erfassen. Aus Billigkeitsgründen kann auf Antrag die Zahlung auf die Laufzeit des Nießbrauchs, längstens über einen Zeitraum von zehn Jahren, gleichmäßig verteilt werden.⁷⁶ Der Nießbrauchsbesteller kann sämtliche von ihm getragenen Aufwendungen – auch soweit sie nach vertraglicher oder gesetzlicher Regelung dem Nießbraucher zur Last fallen – als Werbungskosten oder Betriebsausgaben abziehen. Ferner kann der Nießbrauchsbesteller (Eigentümer) die AfA von den An-

schaffungs- und Herstellungskosten des Gebäudes in Anspruch nehmen.⁷⁷

III. Einkünfteermittlung beim Vorbehaltsnießbrauch

Ein Vorbehaltsnießbrauch liegt vor, wenn sich der bisherige Eigentümer anlässlich der (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Übertragung des Grundstücks den Nießbrauch „vorbehält“, indem für ihn als den bisherigen Eigentümer sowie Veräußerer gleichzeitig mit der Eigentumsübertragung ein Nießbrauchsrecht bestellt wird.⁷⁸ Der Erwerber des Grundstücks erhält von vornherein somit nur die mit dem Nutzungsrecht belastete Substanz des Vermögens. Dabei hat es keine steuerlichen Auswirkungen, ob der vorbehaltene Nießbrauch zivilrechtlich vom Erwerber oder vom Veräußerer bestellt wird.⁷⁹

Dem Vorbehaltsnießbrauch gleichgestellt wird die mittelbare Grundstücksschenkung, bei der ein Schenker mit dem Beschenkten im Voraus eine klare und eindeutige Schenkungsabrede über den Erwerb eines bestimmten Grundstücks und die Bestellung eines Nießbrauchsrechts an diesem Grundstück trifft.⁸⁰ Gleiches gilt für die Erbschaftsauszahlung mit der Abrede der Nießbrauchsbestellung am Grundbesitz bzw. Erbschaftsgegenstand,⁸¹ ebenso für Grundstücksübertragungen unter Vorbehalt eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts⁸².

1. Vorbehaltsnießbraucher und Veräußerer

Abweichend von der Behandlung beim Zuwendungsnießbrauch steht beim Vorbehaltsnießbrauch dem bisherigen Eigentümer und nunmehrigen Nießbraucher weiterhin die AfA-Berechtigung zu.⁸³ Begründet wird dies damit, dass alleine der Vorbehaltsnießbraucher und nicht der neue Eigentümer die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Wirtschaftsgutes aufgewendet habe und dieser das Gebäude weiterhin „wie ein Eigentümer“ nutze und daraus einkommensteuerpflichtige Einkünfte erziele.⁸⁴

Auch im Fall der mittelbaren Grundstücksschenkung kann der Nießbraucher die AfA beanspruchen.⁸⁵ Demnach steht dem Schenker die AfA-Befugnis zu, wenn er den Kauf eines von ihm im Voraus bestimmten Grundstücks mit seinen Mitteln ermöglicht und ihm mit dem Erwerb des Grundstücks durch den Beschenkten ein Nießbrauch eingeräumt wird.

72 Jakob/Jüptner, FR 1988, 141, 146 ff.; Biergans, DStR 1989, 367, 373 f.

73 BFH, BStBl. 1999 II, 782.

74 Schmidt/Kulosa, a.a.O. (Fn. 37), § 7 Rn. 60.

75 Nießbrauch-Erlass, Tz. 26.

76 Nießbrauch-Erlass, Tz. 29.

77 Nießbrauch-Erlass, Tz. 30.

78 BFH, BStBl. 1982 II, 278; NV 8/94, 539; Nießbrauch-Erlass, Tz. 39.

79 Spiegelberger, ZEV 1998, 214, 217.

80 BFH, BStBl. 1992 II, 67.

81 BFH, BStBl. 1998 II, 431.

82 BFH, BStBl. 1992 II, 67.

83 BFH, BStBl. 1974 II, 509; BStBl 1982 II, 380; BStBl 1983 II, 6; BStBl 1983 II, 710, 712; BStBl 1984 II, 266; BStBl 1986 II, 12; BStBl. 1995 II, 281; BStBl. 1997 II, 121; Nießbrauch-Erlass, Tz. 42.

84 BFH, BStBl. 1981 II, 378; BStBl. 1982 II, 380.

85 BFH, BStBl. 1992 II, 67; FG Rheinland-Pfalz, EFG 1990, 298; Nießbrauch-Erlass, Tz. 39.

Der Vorbehaltsnießbraucher kann auch die Zinsen für Darlehen zur Anschaffung oder Errichtung eines mit dem Nießbrauch belasteten Mietwohngrundstücks abziehen, wenn diese Verpflichtung nicht auf den neuen Eigentümer übertragen worden ist. Ein Veranlassungszusammenhang zwischen Nießbrauchseinnahmen und Zinsaufwendungen ist zu bejahen, da der Vorbehaltsnießbraucher die Einnahmen aus seiner früheren Eigentümerstellung und gleichzeitig die Verpflichtung zur Zinszahlung zurückbehalten hat.⁸⁶ Vorsorglich kann sich aus steuerlichen Gründen empfehlen, die Tilgungsleistungen dem Vorbehaltsnießbraucher aufzuerlegen, um den Finanzierungszusammenhang für die Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen durch den Nießbraucher zu bekräftigen.⁸⁷ Somit ist es sinnvoll, die Übernahme von Grundpfandverbindlichkeiten durch den Erwerber aufschiebend bedingt zum Zeitpunkt des Erlöschens des Nießbrauchs zu vereinbaren.⁸⁸ Allerdings ist dann die Schuldübernahme nicht bei der Übertragung des Grundbesitzes als schenkungsteuerlicher Abzugsposten zu berücksichtigen, sondern erst gemäß § 6 i. V. m. § 5 Abs. 2 BewG bei Bedingungseintritt, also bei Beendigung des Nießbrauchs.⁸⁹

Aus diesen Gründen empfiehlt es sich für steuerliche Zwecke, zur Sicherstellung des Werbungskostenabzugs in der Nießbrauchsbestellung eindeutig zu regeln, welche Kosten der Vorbehaltsnießbraucher zu tragen hat. Ferner sollte geprüft werden, dem Vorbehaltsnießbraucher sämtliche Aufwendungen, auch größere Erhaltungs- und Modernisierungsaufwendungen, durch Vereinbarung eines Nettonießbrauchs aufzuerlegen.⁹⁰ Denn der Eigentümer kann diese nicht absetzen.

Fällt der unentgeltliche Vorbehaltsnießbrauch durch Tod oder Verzicht des Nießbrauchers weg, erhält der Eigentümer nun die vollständige rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht an dem Grundstück. Ertragsteuerlich geht letztlich das gesamte Grundstück unentgeltlich auf den übernehmenden Eigentümer über. Die AfA-Werte des Vorbehaltsnießbrauchers werden in voller Höhe gem. § 11 d Abs. 1 EStDV übernommen, d. h. die bisherige Abschreibung des Vorbehaltsnießbrauchers wird unverändert vom Eigentümer fortgeführt.⁹¹

Problematisch wird es aber, wenn das Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen wird und der Veräußerer für sich und seinen Ehegatten als Gesamtgläubiger den Nießbrauch vorbehält. Soweit der Ehegatte nicht als Vermieter in Erscheinung tritt, werden die Einkünfte zunächst in vollem Umfang dem Veräußerer als Vorbehaltsnießbraucher zugeordnet; in diesem Fall ergibt sich kein AfA-Problem.⁹² Wenn jedoch der Ehegatte ebenfalls Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach den oben genannten Grundsätzen erzielt, läuft in Höhe seiner Nießbrauchsquote⁹³ die AfA leer.⁹⁴ Ertragsteuerlich führt die Mitberechtigung des Ehegatten nach Auffassung des BFH zu einem Zuwendungsnießbrauch zu seinen Gunsten, der zur AfA-Kürzung führt.⁹⁵ Der Veräußerer kann demnach die AfA nur noch quotafortführen; der andere Ehegatte, der ebenfalls Mieteinnahmen erzielt, kann keine AfA beanspruchen, da er tatsächlich keine Anschaffungskosten hatte. Darüber hinaus ist die Einräumung des Nießbrauchs zugunsten des anderen Ehegatten eine steuerpflichtige

Schenkung.⁹⁶ Dieselbe Wirkung entsteht, wenn ein Vorbehaltsnießbrauch nach dem Tode des Nießbrauchers auf den Ehegatten übergeht.

Als Gestaltungsoption kann es sich empfehlen, zunächst einen Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Veräußerers und sodann, aufschiebend bedingt auf das Erlöschen dieses Nießbrauchs, einen Zuwendungsnießbrauch zugunsten des Ehegatten zu vereinbaren. Somit bleibt zumindest dem Vorbehaltsnießbraucher seine AfA-Berechtigung vollumfänglich erhalten. Zum Erhalt der AfA-Befugnis für beide Ehegatten wäre auch zu überlegen, vor Durchführung der vorweggenommenen Erbfolge unter Nießbrauchsvorbehalt dem Ehegatten vorab einen Miteigentumsanteil zu übertragen. Setzt der überlebende Ehegatte nach dem Tod des anderen den Nießbrauch vollumfänglich fort, entfällt aber nach Auffassung des BFH die AfA auf den hinzutretenden Nießbrauchteil.⁹⁷

Meines Erachtens ist diese Ansicht der Rechtsprechung nicht überzeugend. Auch dem überlebenden Ehegatten sollte nach dem Tod des Mitberechtigten die AfA in vollem Umfang zustehen.⁹⁸ Die Grundsätze über die AfA-Berechtigung des Rechtsnachfolgers gem. § 11 d EStDV sind in diesem Fall analog anzuwenden, da der Nießbrauch erst aufgrund des Todes eines Mitberechtigten zum Vollrecht für den Überlebenden erstarkt.⁹⁹ Im Unterschied zum AfA-schädlichen Zuwendungsnießbrauch geht bei der Mitberechtigung des Ehegatten am Vorbehaltsnießbrauch das verbleibende immaterielle Wirtschaftsgut, das die frühere Kostentragung repräsentiert, wirtschaftlich selbst auf den überlebenden Ehegatten über.¹⁰⁰

Als weitere Gestaltungsmöglichkeit käme auch in Betracht, das Grundstück zuvor in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft einzubringen, sodann Anteile zu übertragen und den Nießbrauch an diesen Anteilen vorzubehalten.¹⁰¹ Schließlich kann der Ehegatte, statt den Nießbrauch fortzusetzen, den Nießbrauch auch ablösen.

2. Eigentümer und Erwerber

Ebenso wie beim unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch erzielt der neue Eigentümer und Erwerber im Falle der unentgeltlichen Bestellung des Vorbehalts-

86 Jansen/Jansen, a.a.O. (Fn. 9), S. 123; Streck/Schwedhelm, DStR 1994, 1143.

87 Spiegelberger, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rn. 99; Ivens, ZEV 2012, 71, 73.

88 Spiegelberger, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rn. 99.

89 Der Antrag auf Berichtigung der ursprünglichen Schenkungsteuer muss gemäß § 5 Abs. 2 BewG binnen Jahresfrist nach Bedingungseintritt gestellt werden.

90 Korn/Carlé, KÖSDI 2009, 16514, 16522.

91 Nießbrauch-Erlass, Tz. 48; LFS Bayern, DStR 2011, 312.

92 BFH, BStBl. 1986 II, 12; BStBl. 1986 II, 713.

93 Im Zweifel zur Hälfte, § 430 BGB.

94 Andererseits kann die Zurechnung von Einkünften an mehrere Empfänger auch tarifliche Degressionsvorteile bieten.

95 BFH, BStBl. 1982 II, 380; BStBl. 1984 II, 266.

96 BFH, ZEV 2007, 599.

97 BFH, BFH/NV 1994, 539.

98 Vgl. Schmidt/Kulosa, a.a.O. (Fn. 37), § 7 Rn. 40; Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 140.

99 Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 140.

100 Schmidt/Kulosa, a.a.O. (Fn. 37), § 7 Rn. 40.

101 Korn/Carlé, KÖSDI 2009, 16514, 16522.

nießbrauchs keine Einnahmen aus dem mit dem Nießbrauch belasteten Grundstück. Somit kann der neue Eigentümer wegen der fehlenden Einnahmen weder Werbungskosten absetzen noch die AfA auf die Gebäudekosten beanspruchen. Der Eigentumserwerb unter Vorbehalt des Nießbrauchs führt nicht zu abschreibungsfähigen Anschaffungskosten des Wirtschaftsgutes. Der Erwerber erwirbt von vorneherein nur das mit dem Nießbrauch belastete Eigentum, an dem sich der Veräußerer mit dem Nießbrauch nur die Nutzungsmöglichkeiten zurückbehält, die ihm vorher bereits zustanden. Der vorbehaltene Nießbrauch stellt daher keine Gegenleistung für den Erwerb dar.¹⁰² Dies gilt unabhängig davon, ob die Übertragung unentgeltlich erfolgt oder nicht, und das Nutzungsrecht dinglich oder nur obligatorisch vorbehalten wird.

Nach Erlöschen des Vorbehaltsnießbrauchs steht dem Eigentümer die Gebäude-AfA zu, weil er nunmehr durch die Nutzung des Gebäudes Einnahmen erzielt. Bei unentgeltlicher Übertragung des Grundstücks bemisst sich die AfA gem. § 11 d EStDV nach den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Rechtsvorgängers, also des Vorbehaltsnießbrauchers. Wurde das Grundstück entgeltlich erworben, richtet sich die AfA nach den Anschaffungskosten des Eigentümers, ggf. unter Hinzurechnung der von ihm aufgewendeten Herstellungskosten. Die Bemessungsgrundlage ist um die AfA-Beträge zu kürzen, die von den Anschaffungskosten des Eigentümers auf den Zeitraum zwischen Anschaffung des Grundstücks und dem Erlöschen des Nießbrauchs entfallen.¹⁰³

IV. Ablösung des Nießbrauchs

Gibt der Nießbraucher gegen Entgelt sein Nießbrauchsrecht auf, ist für die einkommensteuerliche Behandlung der Zahlung zur Ablösung des Nießbrauchs durch den Eigentümer nach der Art der Nießbrauchsbestellung zu unterscheiden.

Beim unentgeltlich eingeräumten Zuwendungsnießbrauch stellen Ablösezahlungen grundsätzlich eine steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung i. S. v. § 12 Nr. 2 EStG dar.¹⁰⁴ Daher gehört der Ablösebetrag nicht zu den Einkünften des Nießbrauchers aus Vermietung und Verpachtung. Der Eigentümer kann die Ablösezahlung nicht als Werbungskosten abziehen, sie erhöht auch nicht seine Anschaffungskosten für das Grundstück.

Dagegen sind Ablösezahlungen bei einem entgeltlich eingeräumten Zuwendungsnießbrauch steuerlich beachtlich. Beim zahlenden Eigentümer sind sie im Jahr der Zahlung als negative Einnahme bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen und beim empfangenden Nießbraucher der privaten Vermögensebene zuzuordnen.¹⁰⁵

Bei der Ablösung eines im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge vorbehaltenen Nießbrauchs führt die Einmalzahlung beim Eigentümer zu nachträglichen Anschaffungskosten.¹⁰⁶ Die Finanzverwaltung sieht die nachträglichen Anschaffungskosten in Höhe des auf das Gebäude entfallenden prozentualen Anteils als eigenständige AfA-Reihe, die sich beim Eigentümer einkünftermindernd auswirken.¹⁰⁷ Die Übernahme der

AfA-Basis des Vorbehaltsnießbrauchers gem. § 11 d Abs. 1 EStDV kürzt die Finanzverwaltung beim Eigentümer weiterhin prozentual um den Wert des vorbehaltenen Nießbrauchsrechts zum Verkehrswert der Immobilie im Zeitpunkt der Übergabe.¹⁰⁸ Die AfA-Basis des Erwerbers im Zeitpunkt der entgeltlichen Ablösung des Nießbrauchsrechts für den vorausgegangenen unentgeltlichen Erwerb soll demnach nicht die AfA-Bemessungsgrundlage des Vorbehaltsnießbrauchers und Veräußerers sein. Beim Vorbehaltsnießbraucher ist die Ablösezahlung eine nicht steuerbare Vermögensumschichtung.¹⁰⁹ Die Zahlung zur Ablösung des Nießbrauchs – sofern nicht von Anfang an verabredet – führt grundsätzlich auch nicht dazu, dass die Grundstücksübertragung gegen Vorbehaltsnießbrauch nachträglich als privates Veräußerungsgeschäft i. S. v. § 23 EStG behandelt wird.¹¹⁰

Wiederkehrende Ablösezahlungen für einen Nießbrauch an einem Grundstück im steuerlichen Privatvermögen unterliegen seit dem Jahressteuergesetz 2008 nicht mehr dem Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG.

V. Erstreckung des Nießbrauchs auf ein Surrogat

Das Grundstück kann nicht ohne die Belastung mit dem Nießbrauchsrecht veräußert werden (vgl. §§ 875, 1064, 1071 BGB). Ein Erwerber wird in der Praxis ein solch belastetes Grundstück nicht erwerben, sondern darauf drängen, dass der Nießbraucher sein Nießbrauchsrecht löschen lässt. Der Nießbraucher kann unentgeltlich¹¹¹ oder gegen Entgelt¹¹² auf sein Nießbrauchsrecht verzichten, um dem Eigentümer die Veräußerung des Grundstücks zu ermöglichen. Der Vorbehaltsnießbraucher kann aber auch auf sein Nießbrauchsrecht mit der Maßgabe verzichten, dass der Erlös aus dem Verkauf zum Erwerb eines anderweitigen Grundstücks verwendet und ihm hieran ein Nießbrauch bestellt wird. Eine dingliche Surrogation¹¹³ tritt regelmäßig nicht ein.

In diesem Fall der schuldrechtliche Surrogation hat die Finanzrechtsprechung den Nießbrauch am angeschafften Ersatzobjekt, von dessen Bestellung der Vorbe-

102 BFH, BStBl. 1961 III, 484; BStBl. 1974 II, 481; BStBl. 1983 II, 660; BStBl. 1987 II, 772; BStBl. 1991 II, 793.

103 Jansen/Jansen, a.a.O. (Fn. 9), S. 126.

104 Nießbrauch-Erlass, Tz. 61.

105 Nießbrauch-Erlass, Tz. 63.

106 BFH, BStBl. II 1993, 488; Jansen/Jansen, a.a.O. (Fn. 9), S. 165

107 LFSt Bayern, DStR 2011, 312.

108 LFSt Bayern, DStR 2011, 312; vgl. dazu Meyer/Bell, DStR 2011, 1211; Geck/Messner, ZEV 2011, 416, 420. Meines Erachtens ist die Auffassung der Finanzverwaltung unzutreffend; sie berücksichtigt nicht, dass der vorbehaltene Nießbrauch keine Gegenleistung des Erwerbers und Neu-Eigentümers ist. Der Veräußerer überträgt trotz Vorbehaltsnießbrauch die gesamte Immobilie auf den Erwerber, und zwar unentgeltlich. Insofern ist die AfA-Basis nicht um den Wert des vorbehaltenen Nießbrauchs zu kürzen.

109 BFH, BStBl. II 2006, 15.

110 Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff. Rn. 142.

111 Siehe dazu unter D.IV.

112 Siehe dazu unter C.IV.

113 § 1046 BGB: Nießbrauch an der Versicherungsforderung; § 1075 BGB: Nießbrauch am geleisteten Gegenstand beim Nießbrauch an Rechten; umstritten bei § 1066 Abs. 3 BGB: Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils eines Miteigentümers bei Aufhebung der Gemeinschaft treten.

haltsnießbraucher seine Löschung beim Verkauf abhängig gemacht hatte, in ertragsteuerlicher Hinsicht ebenfalls als „verlängerten“ Vorbehalts-, nicht als Zuwendungsnießbrauch qualifiziert.¹¹⁴ Der Nießbraucher ist zwar nicht mehr zur Vornahme von Gebäude-AfA des neu erworbenen Grundstücks befugt, allerdings zur AfA auf das entgeltlich erworbene Nießbrauchsrecht.¹¹⁵

Unter Beachtung dieser Rechtsprechungsgrundsätze empfiehlt sich für die Praxis in den Surrogationsfällen, bereits bei der Nießbrauchsbestellung die Möglichkeit einer Veräußerung des nießbrauchsbelasteten Wirtschaftsgutes unter Aufhebung des Nießbrauchs und Neubestellung am Surrogat zu vereinbaren. Der Nießbrauch am Surrogat sollte dann zeitnah und wertmäßig im gleichen Umfang¹¹⁶ wie am ursprünglichen Objekt bestellt werden.

D. Bestellung eines Grundstücksnießbrauchs im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

I. Besteuerung der Zuwendung des Nießbrauchs

Die unentgeltliche Zuwendung eines Nießbrauchs unter Lebenden unterliegt der Schenkungsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).¹¹⁷ Zuwendungsgegenstand ist das Nutzungsrecht und nicht der Vermögensgegenstand, an dem es bestellt wird. Der Steuerpflichtige hat das Wahlrecht, sofort einmalig nach dem Kapitalwert oder jährlich im Voraus nach dem Jahreswert des Nießbrauchs die Erbschaftsteuer zu entrichten (§ 23 Abs. 1 ErbStG).

Durch die Jahresversteuerung nach § 23 ErbStG soll berücksichtigt werden, dass der Nießbraucher den Kapitalwert des Nießbrauchrechts im Gegensatz zum Erwerb z. B. von Barvermögen am Anfang der Bezugsperiode nicht zur Verfügung hat. Dadurch soll dem Erwerber ein Eingriff in die Vermögenssubstanz im Übrigen erspart bleiben.¹¹⁸ Die Jahressteuer wird nach den gleichen Grundsätzen berechnet wie die Sofortsteuer nach dem Kapitalwert. Zunächst ist der Steuersatz für den Gesamterwerb nach Kapitalwert festzustellen (§ 23 Abs. 1 Satz 2 ErbStG). Dieser Steuersatz ist dann auf den Jahreswert anzuwenden. Der Jahreswert wird im Voraus berechnet, ohne Rücksicht darauf, ob der effektive Jahreswert später höher oder niedriger ist, vorbehaltlich einer Korrektur aufgrund der Lebensdauer des Berechtigten nach § 14 Abs. 2 BewG.¹¹⁹ Persönliche Freibeträge nach §§ 16, 17 ErbStG können im Rahmen der Jahressteuer nach zwei Verfahren berücksichtigt werden. Im Regelfall wendet die Finanzverwaltung die Aufzehrmethode an, nach der die Jahressteuer erstmals zu entrichten ist, wenn die Freibeträge durch die im Voraus bestimmten Bezüge des Nießbrauchers aufgezehrt sind.¹²⁰ Auf Antrag des Steuerpflichtigen findet daneben die Kürzungsmethode Anwendung, nach welcher der Jahreswert in dem Maß gekürzt wird, wie der Kapitalwert durch den Freibetrag gemindert wird.¹²¹

Abgesehen von Fällen, wo mangels verfügbarer Liquidität nur die Jahressteuer bleibt, ist die Wahl zwischen der Jahresversteuerung oder der Sofortversteuerung nach

dem Kapitalwert ein „fiskalisches Roulette“¹²² auf Grundlage der Lebenserwartung des Berechtigten und der prognostizierten Zinsentwicklung. Im Regelfall soll die Wahl der Jahresversteuerung die ungünstigere Variante sein.¹²³ Zwar kann die Jahressteuer zum nächsten Fälligkeitstermin mit ihrem Kapitalwert abgelöst werden (§ 23 Abs. 2 ErbStG) und ist somit nicht endgültig wie eine Sofortversteuerung nach dem Kapitalwert. Auch wirken gleichbleibende Jahreszahlungen bei ungesteuerter inflationärer Entwicklung zunehmend geringer belastend. Allerdings wird die spätere Ablösung der zunächst gezahlten Jahressteuer regelmäßig gegenüber einer sofortigen Zahlung der Steuer nach dem Kapitalwert im Erwerbszeitpunkt nachteilig sein, da der Ablösewert aufgrund der Lebenserwartung des Berechtigten zum Ablösezeitpunkt berechnet wird. Ferner kann sich die Jahressteuer bei einem Übertreffen der statistischen Lebenserwartung des Berechtigten negativ auswirken. Auch dürfte die nach dem Jahreswert entrichtete Erbschaftsteuer nicht mehr nach § 10 Nr. 1a EStG als einkommensteuerliche Sonderausgabe abzugsfähig sein.¹²⁴

II. Bewertung des Nießbrauchs

Die Bewertung des Nießbrauchs für die Erbschaft- und Schenkungsteuer richtet sich nach dem Bewertungsgesetz (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 13 ff. BewG). Die Bewertung erfordert zunächst die Bestimmung des Jahreswerts, der multipliziert mit dem entsprechenden Vervielfältiger den Kapitalwert ergibt.¹²⁵

1. Jahreswert

Für die Bestimmung des Jahreswertes gilt insbesondere § 15 BewG. Als Jahreswert ist nach § 15 Abs. 2 BewG der nach den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsorts zu ermittelnde Wert der Wohnungsnutzung anzusetzen. Der Mittelpreis ist jeweils der Betrag, den ein Fremder unter gewöhnlichen Umständen für ein Wirtschaftsgut gleicher Art und Güte im freien Verkehr am Ort des Verbrauchs zum Stichtag hätte aufwenden müssen.¹²⁶ Beim Grundstücksnießbrauch, insbesondere beim Nießbrauch an vermieteten Immobilien, ist der Ertrag regelmäßig ungewiss oder schwankt, so dass als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen ist, der in Zukunft im Durchschnitt der

114 BFH, BFH/NV 1995, 770. Vgl. Götz/Hülsmann, DStR 2010, 2432; Brambring, DNotZ 2003, 565; Neufang/Merz, DStR 2012, 939, 942.

115 BFH, BFH/NV 1995, 770.

116 Ansonsten könnte es zu einer schenkungsteuerlichen Zuwendung kommen.

117 Gebel, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand: März 2012, § 7 Rn. 29.

118 Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 23 Rn. 1.

119 Kapp/Ebeling, ErbStG, Stand: Oktober 2012, § 23 Rn. 2; Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 23 Rn. 11.

120 H 84 ErbStH 2003.

121 H E 23 ErbStR 2011.

122 Dazu insbes. Moench, ZEV 2001, 303 ff.; Esskandari, ZEV 2008, 324 ff.

123 Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 23 Rn. 29.

124 Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 23 Rn. 43; Kapp/Ebeling, a.a.O. (Fn. 119), § 23 Rn. 26; unklar Schmidt/Loschelder, a.a.O. (Fn. 37), § 12 Rn. 52.

125 Vgl. ausführlich zur Bewertung von Nießbrauchsrechten Gebel, ZErB 2006, 122, 142 ff.

126 Gebel/Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 12 Rn. 218.

Jahre voraussichtlich erzielt werden wird (§ 15 Abs. 3 BewG). Als Anhaltspunkt für die Ermittlung des künftigen Durchschnittsertrags können dabei die in den vorangehenden drei Jahren durchschnittlich erwirtschafteten Erträge dienen, sofern keine Umstände vorliegen, die für eine zukünftige Änderung der Ertragshöhe sprechen.¹²⁷ Maßgeblich für die Ermittlung des Jahreswertes ist regelmäßig der nachhaltig erzielbare Reinertrag, d. h. es sind alle laufenden, also jährlich anfallenden Aufwendungen abzuziehen, die der Nießbraucher im Zusammenhang mit dem Nießbrauch trägt.¹²⁸

Maximal ist der Jahreswert des Nießbrauchs gemäß § 16 BewG auf denjenigen Betrag begrenzt, der sich ergibt, wenn der Steuerwert des Gegenstands, an dem der Nießbrauch besteht, durch 18,6 geteilt wird. Rechtsgedanke ist, dass das Nutzungsrecht an einem Wirtschaftsgut keinen größeren Wert haben kann als das genutzte Wirtschaftsgut selbst, da das Vollrecht an einem Wirtschaftsgut sämtliche Nutzungen und Vorteile umfasst.¹²⁹

Der nach den Vorschriften des BewG anzusetzende Wert eines nießbrauchsbelasteten Grundstücks ist der gemeine Wert nach § 9 BewG ohne Anwendung von erbschaftsteuerlichen Steuerbefreiungen wie § 13c ErbStG und ohne Abzug sonstiger Schulden und Lasten (§ 157 Abs. 3 i. V. m. §§ 176 bis 198 BewG).¹³⁰ Wenn der Nießbrauch auf einen Teil des zu nutzenden Wirtschaftsguts, wie etwa auf einen Grundstücksteil begrenzt ist, ist im Rahmen des § 16 BewG ein anteiliger Steuerwert anzusetzen.¹³¹

2. Maßgebende Vervielfältiger

Der Kapitalwert wird sodann aus der Multiplikation des ermittelten Jahreswertes mit einem Vervielfältiger ermittelt, der durch die für den Nießbrauch vorgesehene Dauer bestimmt wird. Bei Rechten von bestimmter Dauer ist der Kapitalwert mit dem aus Anlage 9a zu § 13 Abs. 1 BewG zu entnehmenden Vielfachen des Jahreswertes anzusetzen.¹³² Gemäß § 13 Abs. 2 BewG sind immerwährende Rechte mit dem 18,6fachen des Jahreswertes zu bewerten; Rechte von unbestimmter Dauer mit dem Faktor 9,3.

Bei lebenslangen Nutzungen errechnet sich der Kapitalwert des Nießbrauchs aus der Multiplikation des Jahreswertes mit dem Vervielfältiger, der nach der Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes zu ermitteln und ab dem 1. Januar des Kalenderjahres anzuwenden ist, das auf die Veröffentlichung der Sterbetafel durch das Statistische Bundesamt folgt. Der Multiplikator wird durch Abzinsung i. H. v. 5,5 % auf der jeweils aktuellen Sterbetafel ermittelt. Dabei veröffentlicht das Bundesministerium der Finanzen die Vervielfältiger unter Beachtung u. a. von Lebensalter und Geschlecht als Tabelle im Bundessteuerblatt (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 14 BewG).¹³³ Für die Feststellung, welcher Multiplikator aus der Tabelle anzuwenden ist, kommt es darauf an, welches Lebensjahr die Person, von der die Laufzeit abhängt, am Stichtag vollendet ist. Eine Bewertung nach der allgemeinen Lebenserwartung kommt lediglich dann nicht in Betracht, wenn am Bewertungsstichtag bei objektiver Betrachtung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist, dass die Le-

benserwartung des Leistungsempfängers geringer sein würde als allgemein für Personen gleichen Alters.¹³⁴

Nach § 10 Abs. 6 Satz 6 ErbStG ist der Abzug von Nutzungsrechten als Grundstücksbelastungen ausgeschlossen, wenn sich diese bereits bei der Ermittlung des gemeinen Grundstückswerts ausgewirkt haben. Folglich ist der Steuerpflichtige berechtigt, die Nießbrauchslast bereits durch Ansatz auf der Bewertungsebene durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gemäß § 198 BewG zu berücksichtigen. Es darf jedoch nicht zu einem zusätzlich Abzug auf der Bereicherungsebene und damit zu einer Doppelbegünstigung kommen.¹³⁵ Der Abzug der Nießbrauchslast auf der Bewertungsebene hat den Vorteil, dass der Ansatz des Jahreswertes des Nießbrauchs nicht durch den 18,6tel Teil des Steuerwerts des genutzten Wirtschaftsguts gem. § 16 BewG beschränkt ist.¹³⁶ Der Nachteil kann in den Gutachtenkosten bestehen sowie darin, dass die vom Sachverständigen nach der ImmoWertV vorzunehmende Bewertung zu einem höheren Grundstückswert führt, als er nach dem typisierten Verfahren des BewG anzusetzen wäre.¹³⁷

Bei einem frühzeitigen Wegfall des Nießbrauchs aufgrund Todes des Berechtigten kann eine Berichtigung nach § 14 Abs. 2 BewG erfolgen, um den Kapitalwert des Nießbrauchs der wirklichen Dauer des Nießbrauchs anzupassen. Hat eine bewertete Nutzung z. B. bei einem Alter von mehr als 65 bis zu 70 Jahren nicht mehr als 6 Jahre, von mehr als 70 bis zu 75 Jahren nicht mehr als 5 Jahre, von mehr als 75 bis zu 80 Jahren nicht mehr als 4 Jahre bestanden und beruht der Wegfall auf dem Tod des Berechtigten oder Verpflichteten, so ist die Festsetzung der Schenkungsteuer nach der wirklichen Dauer des Nießbrauchs zu berichtigen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 BewG). Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 BewG bedarf die Berichtigung keines Antrags.

III. Abzug des Nießbrauchswertes bei Grundstückübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt

Mit der Frage der Zuwendung des Nießbrauchs als Gegenstand der Schenkungsteuer ist die Frage nach dem

127 BFH, BStBl. 1970 II, 594; BStBl. 1972 II, 448.

128 Gebel/Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 12 Rn. 220.

129 Gebel/Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 12 Rn. 239.

130 Koordinierter Ländererlass v. 10. 10. 2010, BStBl. 2010 I, S. 805 ff. (Abschnitt III.1.1.4.).

131 Schaffner, in: Kreuziger/Schaffner/Stephany, BewG, 2. Auflage 2009, § 16 Rn. 4.

132 Vgl. koordinierter Ländererlass v. 10. 10. 2010, BStBl. 2010 I, S. 805 ff.

133 Für Bewertungsfälle bis Ende 2008 war maßgeblich die Aufstellung in Tabelle 8 des gemeinsamen Ländererlasses v. 7. 12. 2001, RNotZ 2002, 122 (= Anlage 9 zu § 14 Abs. 1 BewG a. F.), die noch auf der Sterbetafel 1986/1988 beruhte und demnach zu um etwa 10 % geringeren Beträgen führte. Die Werte wurden bislang wie folgt veröffentlicht: ab 1. 1. 2009; BStBl. I 2009, S. 270; ab 1. 1. 2010; BStBl. I 2009, S. 1168; ab 1. 1. 2011; BStBl. I 2010, S. 1288; ab 1. 1. 2012; BStBl. I 2011, S. 834; ab 1. 1. 2013; BStBl. I 2012, S. 950.

134 BFH, DStR 2011, 408, 409.

135 Geck, DStR 2009, 1005, 1008.

136 Geck, DStR 2009, 1005, 1008.

137 Ivens, ZEV 2012, 71, 74.

Abzug eines Nießbrauchs verknüpft, wenn nicht dieser selbst, sondern der mit Nießbrauch belastete Gegenstand zugewendet wird. Diese Thematik kann in verschiedenen Konstellationen bei Grundstücksübertragungen eine Rolle spielen:

1. Zuwendung des Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs für den Veräußerer;
2. Zuwendung des Grundstücks an den Erwerber und des Nießbrauchs an einen anderen Begünstigten
3. Zuwendung des Grundstücks, an welchem bereits für einen anderen ein Nießbrauch besteht.

Die Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt ist als Schenkung unter Nutzungsaufgabe anzusehen und wird als ein einheitlicher unentgeltlicher Vorgang im Sinne der Schenkungsteuer eingeordnet.¹³⁸ Bei einer Grundstückschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt ist zur Ermittlung der schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage zunächst der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs (§§ 13 ff. BewG) vom Steuerwert des Grundstücks abzuziehen.¹³⁹ Zur Ermittlung des Kapitalwerts des Nießbrauchs als Nutzungsaufgabe ist der Jahreswert der Nutzung festzustellen, gegebenenfalls gem. § 16 BewG zu begrenzen auf höchstens 1/18,6 des Steuerwerts des Grundstücks selbst. Dieser, ggf. begrenzte Betrag ist dann bei einem lebenslangen Nießbrauch mit dem Vervielfältiger nach § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG zu multiplizieren und in vollem Umfang vom Steuerwert des Grundstücks abzuziehen.

Somit kann bei allen drei Fallgestaltungen im Verhältnis zum Erwerber des nießbrauchsbelasteten Grundstücks der Kapitalwert des Nießbrauchs vom Steuerwert der Zuwendung abgezogen werden. Die Zuwendung wird dadurch in Auswirkung des Bereicherungsgrundsatzes gemindert (§ 10 ErbStG). Zu berücksichtigen ist bei zu Wohnzwecken vermieteten Immobilien, dass aufgrund § 13c ErbStG lediglich 90 % des Nießbrauchswerts abzugsfähig sind (vgl. § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG). Die sich allgemein hieraus ergebenden Vorteile durch Ausnutzung von Freibeträgen oder Freigrenzen und einer niedrigeren Steuerprogression sind damit ein besonderer steuerlicher Anreiz insbesondere zur Vorwegnahme der Erbfolge durch Übergabe unter Nießbrauchsvorbehalt.¹⁴⁰ Hinzuweisen ist darauf, dass durch den auferlegten Nießbrauch in der vorgenannten 2. Fallkonstellation ein Dritter begünstigt wird, so dass neben einer steuerbaren Grundstückszuwendung an den auflagenbeschwerten Erwerber eine mittelbare freigebige Zuwendung an den auflagenbegünstigten Dritten vorliegt, die gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 ErbStG der Schenkungsteuer unterliegt.¹⁴¹

1. Nießbrauchsvorbehalt vor dem 1. 1. 2009 – Anwendbarkeit des § 25 ErbStG a. F.

Bis zum 1. 1. 2009 minderte ein Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Schenkers oder seines Ehegatten nicht den Steuerwert der Schenkung. § 25 ErbStG a. F., der im Rahmen der Erbschaftsteuerreform 2009¹⁴² gestrichen wurde, sah ein entsprechendes Abzugsverbot des Kapitalwerts des Nießbrauchs vor und durchbrach damit die Besteuerung nach dem Bereicherungsprinzip. Die Steuer, die auf den Kapitalwert des Nießbrauchs entfiel,

wurde jedoch bis zum Erlöschen des Nießbrauchs zinslos gestundet (§ 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG). Der Stundungsbetrag ist der Steuerbetrag, der wegen des Nichtabzugs des Nießbrauchs zusätzlich anfällt; er wird ermittelt als Differenz zwischen der Steuer für den Bruttoerwerb (ohne Abzug des Nießbrauchs) und der Steuer für den fiktiven Nettoerwerb (mit Abzug des Nießbrauchs).¹⁴³ Die gestundete Steuer kann auf Antrag des Erwerbers jederzeit – auch nach dem 1. 1. 2009 – mit ihrem Barwert nach § 12 Abs. 3 BewG vorzeitig abgelöst werden (§ 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG a. F.), und zwar ausgehend von der nunmehr aktuellen Sterbetafel, sodass sich der Abzinsungseffekt weiter verstärkt. Im Regelfall ist aufgrund des hohen gesetzlichen Abzinsungsfaktors von 5,5 % die Ablösung der gestundeten Steuerschuld zu empfehlen, es sei denn der Nießbraucher erwartet, deutlich länger als statistisch prognostiziert zu leben.¹⁴⁴

Die Stundung endet bei vorzeitiger Ablösung der Steuer durch den Verpflichteten, bei vorzeitigem Verzicht, Erlöschen durch Tod und bei entgeltlicher Veräußerung des nießbrauchsbelasteten Vermögens (§ 25 Abs. 2 ErbStG a. F.). In diesen Fällen ist der im ursprünglichen Steuerbescheid enthaltene, gestundete Steuerbetrag fällig. Eine entgeltliche Veräußerung soll auch vorliegen, wenn bei einer Veräußerung ein Nießbrauch am Surrogat eingeräumt wird. Allerdings wird bei der schuldrechtlichen Surrogation¹⁴⁵ die gestundete Steuer nicht fällig, wenn die Surrogation bereits im Übergabevertrag vorgesehen war.¹⁴⁶

2. Aufhebung des § 25 EStG a. F. durch Erbschaftsteuerreform 2009

§ 25 ErbStG a. F. wurde der im Rahmen der Erbschaftsteuerreform 2009¹⁴⁷ gestrichen, so dass nunmehr der Nießbrauchswert auch bei einem Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Schenkers oder seines Ehegatten den Steuerwert der Schenkung mindert.

IV. Vorzeitiger Nießbrauchsverzicht

Der vorzeitige unentgeltliche Verzicht auf ein vorbehaltenes Nießbrauchsrecht ist schenkungsteuerpflichtig und erfüllt als Rechtsverzicht den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.¹⁴⁸

138 Zur Auflage im Schenkungsteuerrecht vgl. Gebel, in: Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O. (Fn. 117), § 7Rn. 160, 206 ff.

139 Vgl. D.II.

140 Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem zu §§ 1030 ff. Rn. 159. Krauß, a.a.O. (Fn. 6), S. 1315, hat berechnet, dass unter Ausnutzung des vollen Kinderfreibetrags durch eine 35-jährige Frau ein Immobilienwert von 6,114 Mio. € (vermietet) übertragen werden kann. Nach der aktuellen Sterbetafel zum 1. 1. 2013 müssten es sogar 6,267 Mio. € sein.

141 Zur schenkungsteuerlichen Behandlung des Zuwendungsnießbrauchs vgl. D.I.

142 BGBl. 2008 I, S. 3018.

143 Vgl. zur Ermittlung des Stundungsbetrags Krauß, a.a.O. (Fn. 6), S. 1298.

144 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), S. 1298.

145 Zu den ertragsteuerlichen Auswirkungen vgl. C.V.

146 BFH, BStBl 2010 II, 504; FinMin. Baden-Württemberg, ZEV 2010, S. 332, entgegen R 85 Abs. 4 Satz 4 ErbStR 2003. Vgl. Götz/Hülsmann, DStR 2010, 2377, 2382.

147 BGBl. 2008 I, S. 3018.

148 R E 25 Abs. 4 ErbStR 2011; BFH, BStBl. 2011 II, 363; BStBl. 2004 II, 429; BFH/NV 2010, 2075 (unentgeltlicher Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht).

Für Fälle des unentgeltlichen Verzichts auf einen vor dem 1. 1. 2009 bestellten Vorbehaltsnießbrauch gilt Folgendes: Durch den Verzicht erlischt die Stundungswirkung des § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F., so dass die im ursprünglichen Schenkungsteuerbescheid gestundete Steuer in voller Höhe fällig wird. Andererseits stellt der vorzeitige unentgeltliche Rechtsverzicht auf ein vorbehaltenes Nutzungsrecht eine freigebige Zuwendung i. S. d. Schenkungsteuer dar. Zur Vermeidung einer doppelten Erfassung des Nießbrauchs in diesem Fall wird der Kapitalwert des Nießbrauchs zum Zeitpunkt der Grundstücksschenkung vom Kapitalwert zum Zeitpunkt des Verzichts abgezogen.¹⁴⁹ Folglich wird nur eine Wertsteigerung des Nießbrauchsanteils zwischen Vorbehalt und Verzicht nachversteuert.¹⁵⁰

Gleichzeitig dürfte der durch eine vorzeitige Ablösung der gestundeten Steuer in Anspruch genommene Abzinsungsvorteil erhalten bleiben.¹⁵¹ Daher ist anzuraten, vor einem unentgeltlichen Verzicht auf den vorbehaltenen Nießbrauch die gestundete Steuer abgezinst abzulösen.¹⁵²

Wird auf einen ab dem 1. 1. 2009 vorbehaltenen Nießbrauch vorzeitig unentgeltlich verzichtet, entfällt naturgemäß die nach Rechtslage vor dem ErbStRG 2009 gewährte Anrechnung des ursprünglichen Stundungsbetrags auf die Schenkungsteuer, die durch den freigebigen Verzicht auf den Nießbrauch zugunsten des Eigentümers ausgelöst wird. Der Verzicht löst also in vollem Umfang Schenkungsteuer aus. Die durch den Verzicht auf das Nießbrauchsrecht ausgelöste Steuer kann sogar höher sein als der Steuerbetrag, der bei der Übertragung des Objekts selbst aufgrund des Nießbrauchsabzugs erspart blieb, so z. B. bei einer zwischenzeitlichen Erhöhung der jährlichen Rendite, bei einer Erhöhung des Kapitalisierungsfaktors trotz geringerer Lebenserwartung oder infolge einer Erhöhung der Kappungsgrenze auf 1/18,6 des Substanzwerts, falls der maßgebliche gemeine Wert des Gesamtobjekts gestiegen ist.

Auch insoweit können sich Überhänge ergeben, die auf eine Doppelbesteuerung hinauslaufen, da die Restlebenserwartung mit zunehmendem Alter steigt. Das Bereicherungsprinzip erfordert insoweit eine Reduzierung des Schenkungswerts des Restnießbrauchs auf den Multiplikator, der bei der ursprünglichen Restlebenserwartung verbliebe.¹⁵³

E. Behandlung einer Grundstücksübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs im Grunderwerbsteuerrecht

Nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG schließen sich Grunderwerbsteuer und Schenkungsteuer dergestalt aus, dass die Anwendbarkeit des Schenkungsteuergesetzes grundsätzlich die Erhebung der Grunderwerbsteuer verdrängt. Allerdings unterliegen Grundstücksschenkungen unter einer Auflage der Grunderwerbsteuer hinsichtlich des Werts solcher Auflagen, die bei der Schenkungsteuer abziehbar sind (§ 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG). So soll eine Doppelbesteuerung mit Grunderwerbsteuer und Schenkungsteuer vermieden werden, wobei ein Vorrang der Schenkungsteuer besteht.¹⁵⁴

Somit gilt für eine Grundstücksüberlassung unter Nießbrauchsvorbehalt Folgendes: Infolge der Streichung des § 25 ErbStG a. F. sind seit 2009 auch Nutzungsvorbehalte bei der Schenkungsteuer abziehbar. Bis Ende 2008 führten Nutzungsaufgaben lediglich zu einer Stundung gem. § 25 ErbStG a. F. und zu keiner Reduzierung der Schenkungsteuer, sodass die Grunderwerbsteuer für diese Fälle weiter vollständig verdrängt bleibt.¹⁵⁵ Daher ist nun der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs für die ab 1. 1. 2009 verwirklichten Sachverhalte Grunderwerbsteuerpflichtig,¹⁵⁶ soweit nicht andere Grunderwerbsteuerbefreiungen greifen, z. B. § 3 Nr. 4 und Nr. 6 GrEStG für den Erwerb durch Ehegatten oder in gerader Linie Verwandte. Bei Übertragung an entferntere Verwandte können danach durchaus erhebliche Grunderwerbsteuerbelastungen anfallen.

Ist der Erwerber zudem verpflichtet, ab Erlöschen des Nießbrauchs die dann noch bestehenden Verbindlichkeiten als nachträgliche Leistung gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG zu übernehmen, erhöht sich ab diesem Zeitpunkt die Gegenleistung und damit die Grunderwerbsteuer um 5 % (in Nordrhein-Westfalen) der noch bestehenden Verbindlichkeiten. Die Grunderwerbsteuer entsteht mit Erlöschen des Nießbrauchs (§ 14 GrEStG). Die für das gemischte schenkweise überlassene Grundstück angefallene Schenkungsteuer ist herabzusetzen.¹⁵⁷ Dabei ist der Schuldübernahmebetrag auf den Zeitpunkt der Steuerentstehung, also den Schenkungszeitpunkt, abzuzinsen.¹⁵⁸

F. Fazit

Im Rechtsalltag spielt der Nießbrauch eine wichtige Rolle. Nießbrauchsgestaltungen dienen häufig der Versorgung des Übergebers im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge und sind regelmäßig Teil der notariellen Beratungspraxis im diesem Bereich. Allzu oft werden in der Beratungssituation steuerliche Themen angesprochen. Die vorliegende Darstellung soll dazu dienen, in Erinnerung zu rufen, dass die steuerlichen Auswirkungen vollumfänglich überprüft werden sollten. Dabei sind in allen Beratungssituationen, die ertrag- und schenkungsteuerlichen Auswirkungen sowohl für den Besteller als auch für den Nießbraucher, für den Veräußerer als auch für den Erwerber zu berücksichtigen. Für die Berechnung der konkreten Steuerbelastungen bietet sich dabei häufig die enge Abstimmung mit einem Steuerberater an. Daher ist eine Sensibilität für steuerliche Auswirkungen notarieller Gestaltungen ein Kennzeichen guter notarieller Dienstleistung.

149 BFH, BStBl. 2004 II, 429; koordinierte Ländererlass, BStBl. 2004 I, 939.

150 Vgl. Moench, ErbStB 2006, 97.

151 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), S. 1301; Rödl/Seifried, ZEV 2004, 238 ff.

152 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), S. 1301.

153 Krauß, a.a.O. (Fn. 6), S. 1314; a. A. R E 25 Abs. 4 ErbStR 2011.

154 BVerfG, BStBl. 1984 II, 608.

155 Vgl. BFH, RNotZ 2007, 495 m. Anm. von Proff zu Irnich; Heine, GmbHR 2008, 925.

156 OFD Münster v. 11. 2. 2009, NWB 2009, 598; FinMin Baden-Württemberg v. 15. 4. 2009, ZEV 2009, S. 264; vgl. R E 25 Abs. 3 ErbStR 2011

157 Theissen/Steger, ErbStB 2009, 158, 166.

158 Abzinsung gem. Tabelle I der gleichlautenden Ländererlasse v. 7. 12. 2001, BStBl. 2001, S. 1041 und BStBl. 2002 I, S. 112.

Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar gegen den Schuldner im Insolvenzverfahren

(zugleich Anmerkung zu LG Köln, Beschluss vom 26. November 2012 – Az. 11 T 90/12)¹

von Notar Ingo Schreinert, Wipperfürth

Wird über das Vermögen des Eigentümers eines Grundstücks, auf dem eine Grundschuld lastet, derentwegen sich der Eigentümer gegenüber dem Grundschuldgläubiger gemäß § 794 ZPO in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, das Insolvenzverfahren eröffnet und strebt der Grundschuldgläubiger sodann an, seine Ansprüche aus der Grundschuld im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, stellen sich Rechtsfragen, die zugleich insolvenzrechtlicher, zivilprozessualer und grundbuchrechtlicher Natur sind und die im nachstehenden Beitrag untersucht werden sollen.

Für die Klauselerteilung zuständige Notare müssen in diesen Fällen immer wieder die Erfahrung machen, dass die involvierten Insolvenzverwalter und Gläubigerbanken, zuweilen auch die von ihnen betrauten Anwälte, die Rechtslage verkennen, weil die dem jeweiligen Rechtsgebiet zugrundeliegenden Verfahrensgrundsätze sowie die dogmatische Grundlegung nicht beachtet werden.

Hier der Praxis eine kleine Handreichung zu bieten, ist Ziel des vorliegenden Kurzbeitrags anlässlich einer Entscheidung des Landgerichts Köln zu diesem Problemkreis vom 26. November 2012 – Az. 11 T 90/12 –, die in diesem Heft abgedruckt ist.

I. Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden

Die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden ist, obwohl der Notar seine Tätigkeit auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausübt, in der Zivilprozessordnung geregelt und unterliegt den zivilprozessualen Voraussetzungen für Zwangsvollstreckungen. Derer gibt es bekanntlich drei: Titel, Klausel und Zustellung, vgl. § 750 ZPO.

1. Titel

Den Titel stellt die vollstreckbare notarielle Urkunde dar, in der sich ein Vollstreckungsschuldner wegen der gegen ihn bestehenden Ansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat.

2. Klausel

Die Vollstreckungsklausel wird durch den Notar erteilt, der die Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners beurkundet hat. Aufgrund der Trennung des Vollstreckungsverfahrens vom Erkenntnisverfahren (dem im Fall der vollstreckbaren Urkunde die notarielle Beurkundung entspricht²) und der Übertragung der Vollstreckungsdurchführung auf besondere Organe, nämlich Gerichtsvollzieher bzw. Vollstreckungsgericht, sind die Vollstreckungsvoraussetzungen formalisiert. Das Vollstreckungsorgan wird von der Prüfung sowohl des Be-

stehens des Anspruchs als auch der Vollstreckbarkeit des Titels entlastet, Entscheidungseinklang gewährleistet, und unterschiedliche Auslegungen verschiedener Vollstreckungsorgane werden vermieden, indem ein und dieselbe Stelle, die auch den Vollstreckungstitel erlässt, auch die Vollstreckungsklausel erteilt³. Diese Stelle ist im Hinblick auf die vollstreckbare notarielle Urkunde der Notar, der die Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners beurkundet und anschließend die vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Die Vollstreckungsklausel ist dabei ein auf dem Vollstreckungstitel angebrachter Vermerk, wonach die Ausfertigung dem Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt wird (§ 725 ZPO).

3. Zustellung

Der mit der Vollstreckungsklausel verbundene Titel ist sodann dem Schuldner nach § 750 ZPO förmlich zuzustellen.

II. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Zwangsvollstreckung

Wird über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Zwangsvollstreckung, insbesondere den Vollstreckungstitel, die vollstreckbare Ausfertigung und die Zustellung, hat.

1. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in der Insolvenz

Zu beachten ist zunächst, dass nach § 89 Abs. 1 InsO während der Dauer des Insolvenzverfahrens Zwangsvollstreckungen weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig sind. Diese Vorschrift bezweckt die Gläubigergleichbehandlung in der Insolvenz (par conditio creditorum): Nachdem sich das Vermögen des Gemeinschuldners als unzureichend für die Bedienung der Verbindlichkeiten erwiesen hat (Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren), wird das allgemeine Regime der Einzelvollstreckungsmaßnahmen, bei der die verschiedenen Gläubiger um den ersten Zugriff auf das Schuldnervermögen konkurrieren, durch die Gesamtvollstreckung, d. h. die einheitliche Liquidierung des Schuldnervermögens und Befriedigung der Gläubiger hieraus durch den Insolvenzverwalter abgelöst.

Das Verbot des § 89 Abs. 1 InsO erfasst jedoch nicht bereits solche Akte, die eine Zwangsvollstreckung le-

¹ Vgl. S. 175 in diesem Heft.

² Vergl. Wolfsteiner „Die vollstreckbare Urkunde“ 3. Auflage Rz. 44 ff.

³ Vergl. Gaul, Rechtspfleger 1971 Seite 90 mit weiteren Nachweisen; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 724 Rz. 2; Zöllner/Stöber, ZPO, vor § 704 Rz. 14; BGH NJW 1994, 460, 461.

dinglich vorbereiten⁴. Hierunter fällt insbesondere die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar⁵.

Ferner können Gläubiger, denen dingliche Rechte am Immobilienvermögen des Gemeinschuldners gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG zustehen und die nach § 49 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind, die Verwertung des Haftungsobjekts auch während der Dauer des Insolvenzverfahrens betreiben. Für sie gilt also das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO nicht.

Eine Einzelvollstreckung dinglicher Gläubiger während des Insolvenzverfahrens ist somit unter den genannten Voraussetzungen zulässig. Sodann stellt sich jedoch die weitere Frage, gegen wen die Vollstreckungsklausel als Passivlegitimierten zu richten ist.

2. Materiellrechtliche Passivlegitimation – Anspruchsgegner

Materiellrechtlich ändert sich durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts daran, dass der Gemeinschuldner aus den gegen ihn begründeten und vollstreckbar gestellten Ansprüchen verpflichtet und Eigentümer der ihm nach der Rechtsordnung zustehenden Vermögensgegenstände bleibt⁶. Gemäß § 80 Insolvenzordnung ist der Schuldner lediglich in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt und geht diese Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über.

3. Verfahrensrechtliche Passivlegitimation – Vollstreckungsschuldner

a) Rechtsnachfolge durch den Insolvenzverwalter

Während also materiellrechtlich die Rechtsbeziehungen und die Eigentumslage unverändert sind, ist verfahrensrechtlich der Insolvenzverwalter Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners⁷. Insofern wirkt sich verfahrensrechtlich die sogenannte Amtstheorie aus, wonach der Insolvenzverwalter kraft Amtes Partei anstelle des Schuldners im Zivilprozess ist⁸.

b) Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Insolvenzverwalter

Das Vollstreckungsverfahren ist daher nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Insolvenzverwalter zu richten; auf ihn ist mithin die Vollstreckungsklausel umzuschreiben und ihm ist der mit der Klausel versehene Titel nach § 750 Abs. 1 ZPO zuzustellen⁹.

c) Fortdauern der Beschlagnahmewirkung bei eingeleiteter Zwangsvollstreckung

Allerdings bleibt nach § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO die Wirksamkeit einer im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Beschlagnahme unberührt, soweit sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam geworden ist. Hieraus folgert der Bundesgerichtshof¹⁰, dass in einem solchen Fall die Vollstreckungsklausel nicht umgeschrieben werden muss, weil die Vollstreckungsvoraussetzungen bereits vorliegen und nicht erst geschaffen bzw. wiederholt werden müssen. Die Notwendigkeit einer Umschreibung auf den Insolvenzverwalter

besteht daher nur, wenn die Vollstreckung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeleitet wird, also dem Schuldner der vollstreckbare Titel nebst Vollstreckungsklausel noch nicht zugestellt wurde.

4. Nachweis der Passivlegitimation des Insolvenzverwalters

Erforderlich für die Klauselerteilung gegen den Insolvenzverwalter ist gemäß § 727 ZPO (analog), dass der Wechsel der Passivlegitimation in öffentlicher Form nachgewiesen wird. Gemäß § 727 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für einen Rechtsnachfolger erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird oder offenkundig ist.

a) Form des Nachweises

Das Gesetz sieht für den Nachweis die öffentliche Beglaubigung vor, weil die Schuldner vor der Erteilung einer Vollstreckungsklausel ohne Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen geschützt werden sollen, insbesondere da diese Voraussetzungen im weiteren Vollstreckungsverfahren durch die Vollstreckungsorgane nicht mehr überprüft werden. Der Notar prüft zwar die Rechtmäßigkeit und die tatbestandlichen Voraussetzungen bei der Beurkundung der Vollstreckungsunterwerfungserklärung des ursprünglichen Schuldners. Das Schutzbedürfnis des Vollstreckungsschuldners und das Interesse des gesamten Rechtsverkehrs, auf die Richtigkeit öffentlicher Urkunden vertrauen zu dürfen, gebieten jedoch bei einer späteren Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den (verfahrensrechtlichen) Rechtsnachfolger, dass dem Notar, der nicht wie ein Gericht Erkenntnismöglichkeiten wie z.B. Zeugenbefragung oder Urkundenbeweis hat, in öffentlich beglaubigter Form die Voraussetzungen der Rechtsnachfolge nachgewiesen werden, damit nicht zu Unrecht eine Klausel erteilt wird, obwohl die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsnachfolge nicht vorliegen.

b) Ausnahme: Offenkundigkeit

Eine Tatsache ist jedoch nach § 727 ZPO nicht in öffentlicher Form nachzuweisen, soweit sie offenkundig ist.

4 BGH v. 12. 12. 2007 – VII ZB 108/06, MittBayNot 2008, 405; OLG München, OLG Rspr. 22, 359; Braun, InsO, 5. Auflage 2012, § 89 Rz. 3; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Auflage, Rz. 44.33.

5 BGH vom 12. 12. 2007 – VII ZB 108/06 – MittBayNot 2008, 405; Reul/Heckschen/Wienberg, S. 162.

6 BGH v. 14. 4. 2005 – V ZB 25/05 – DNotZ 2005, 840 ff.

7 OLG Nürnberg, ZIP 1994, Seite 144, 145; Stöber, ZVG, 20. Auflage, § 15 Rz. 29.9.

8 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rz. 44.31; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzwirtschaft in der Gestaltungspraxis, 2012, S. 159; vgl. zu den verschiedenen Theorien über die Rechtsnatur der Insolvenzverwalterstellung und ihre Bedeutung für das Zivilverfahren MünchKomm-ZPO/Lindacher, vor § 50 Rz. 30 ff.

9 BGH v. 14. 4. 2005 – V ZB 25/05 – DNotZ 2005, 840 ff.; OLG Hamm, OLGZ 1985, 218, 220; LG Cottbus, Rechtspfleger 2000, 465; Stöber, NZI 1998, 105, 107; derselbe, ZVG, 20. Auflage, § 15 Rz. 23.9; Uhlenbruck, InsO, 12. Auflage, § 49 Rz. 26; MünchKomm-InsO/Ganter, § 49 Rz. 89.

10 Beschluss v. 14. 4. 2005 – V ZB 25/05 – DNotZ 2005, 840 ff und v. 24. 11. 2005 – V ZB 84/05.

Offenkundig ist eine Tatsache, wenn sie der Allgemeinheit bekannt oder ohne besondere Fachkunde durch Information aus allgemein zugänglichen zuverlässigen Quellen wahrnehmbar ist¹¹.

Offenkundigkeit einer Tatsache im Sinne des § 727 ZPO – wie auch in anderen Zusammenhängen – kann nicht dadurch hergestellt werden, dass entsprechender Sachvortrag durch die Verfahrensbeteiligten oder durch den Insolvenzverwalter privatschriftlich erfolgt¹². Andernfalls wäre das Erfordernis einer öffentlichen Beglaubigung stets überflüssig, da durch schlichte privatschriftliche Behauptung eine Tatsache zu einer offenkundigen gemacht werden könnte. Solche privatschriftlichen Stellungnahmen stellen daher schlichte Tatsachenbehauptungen dar, die im Rahmen des § 727 ZPO grundsätzlich des qualifizierten Beweises bedürfen¹³.

c) Nachweis bei der Rechtsnachfolge durch den Insolvenzverwalter

Als Nachweis der Passivlegitimation des Insolvenzverwalters in öffentlicher Form ist die Bestallungsurkunde desselben in Ausfertigung vorzulegen, da nur aus dieser hervorgeht, wer zum Insolvenzverwalter bestellt wurde sowie dass das Amt fortbesteht¹⁴.

III. Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse

Häufig gibt der Insolvenzverwalter den mit dinglichen Rechten belasteten Grundbesitz aus der Insolvenzmasse frei, wenn dieser wertausschöpfend zugunsten der absonderungsberechtigten Gläubiger belastet ist, da in diesem Fall für die Insolvenzmasse keine Verwertungserlöse zu erwarten sind.¹⁵ Die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Gemeinschuldners geht, soweit die Freigabe reicht, wieder auf den Gemeinschuldner über.

1. Notwendigkeit der Klauselumschreibung

Wurde noch keine Vollstreckungsklausel hinsichtlich der Ansprüche aus der Grundschuld erteilt oder lautet diese noch auf den Gemeinschuldner, kann sodann der Gläubiger die Einzelvollstreckung in den freigegebenen Grundbesitz betreiben. Zwar erfasst das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO grundsätzlich auch das nicht zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners; dieses Verbot trifft jedoch nicht den gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG iVm § 49 InsO absonderungsberechtigten Grundschuldgläubiger.

Ist hingegen bereits eine Vollstreckungsklausel gegen den Insolvenzverwalter erteilt worden, ist diese wegen der wiederum gewechselten Passivlegitimation nunmehr (wieder) auf den Gemeinschuldner umzuschreiben, es sei denn, das Vollstreckungsverfahren wurde bereits gegen den Insolvenzverwalter eingeleitet; dann gilt § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO entsprechend¹⁶.

2. Nachweis der Freigabe

Auch hier ist – wie umgekehrt für den Übergang der Passivlegitimation auf den Insolvenzverwalter – ein

Nachweis der Rechtsnachfolge vom Insolvenzverwalter auf den Gemeinschuldner in die verfahrensrechtliche Schuldnerstellung zu erbringen. Es gelten die gleichen Prinzipien wie bei dem Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nunmehr in umgekehrter Richtung, da die Verfügungsbefugnis vom Insolvenzverwalter wieder auf den Gemeinschuldner übergeht und dieser seinerseits verfahrensmäßiger Rechtsnachfolger des Insolvenzverwalters ist¹⁷. Der Nachweis ist zu führen durch öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters und Nachweis der Zustellung der Freigabeerklärung an den Schuldner in öffentlicher Form (durch Gerichtsvollzieherprotokoll).

a) Reichweite des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs

Zunächst stellt sich hier die Frage, ob die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch dazu führt, dass die Freigabe offenkundig oder jedenfalls in öffentlicher Form nachgewiesen ist. Die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch hat jedoch keinen öffentlichen Glauben hinsichtlich der Freigabe eines Gegenstandes aus der Insolvenzmasse¹⁸; die Freigabe wird dadurch auch nicht offenkundig im Sinne des § 727 ZPO¹⁹, denn es fehlt an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, wonach die Löschung des Insolvenzvermerks Gutglaubenswirkungen erzeugt.

aa) Gutglaubenswirkungen gemäß § 891 BGB

Gemäß § 891 Abs. 1 BGB wird vermutet, dass demjenigen ein Recht zusteht, der als dessen Inhaber im Grundbuch eingetragen ist. Demgemäß besteht eine gesetzliche Vermutung, dass der im Grundbuch eingetragene Eigentümer der wirkliche Eigentümer ist. Wie oben bereits ausgeführt, bleibt die Eigentümerstellung durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohnehin unberührt, so dass es hier auf den guten Glauben nach § 891 Abs. 1 BGB gar nicht ankommt.

Nach § 891 Abs. 2 BGB wird hinsichtlich eines im Grundbuch gelöschten Rechtes vermutet, dass dieses Recht nicht (mehr) besteht. Allerdings sind hiervon Insolvenzvermerke nicht erfasst, da sich § 891 Abs. 2 BGB nur auf Rechte, nicht jedoch auf Verfügungsbeschränkungen, die grundbuchrechtlich nur Vermerke ohne Rechtsqualität sind, erstreckt²⁰.

11 BGH, Beschluss v. 5. 7. 2005 – VII ZB 23/05 – DNotZ 2005, 840 ff.

12 BGH, ebenda.

13 A.a.O.

14 BGH v. 5. 7. 2005 – VI ZB 16/05 – ZIP 2005, 1474; Reul/Heckschen/Wienberg, S. 160; Kessler, ZInsO 2005, 918, 920.

15 Kessler, DNotZ 2006, 84, 85.

16 BGH, Beschluss v. 14. 4. 2005 – V ZB 25/05, DNotZ 2005, 840 ff. = NotBZ 2005, 257, 258; Kessler DNotZ 2006, 84, 85 f.

17 BGH, Beschluss v. 14. 4. 2005 – V ZB 25/05 – DNotZ 2005, 840 ff.

18 LG Köln, Beschluss v. 26. 11. 2012 – 11 T 90/12 (in diesem Heft); LG Dessau-Röblau, NotBZ 2008, 351; LG Berlin v. 9. 9. 2003 – 86 T 856/03 – Rechtspfleger 2004, 158; Kessler, ZInsO 2005, 418; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rz. 44.35.

19 Kessler, ZInsO 2005, 418, 419 f.

20 LG Köln, Beschluss v. 26. 11. 2012 – Az. 11 T 90/12 – in diesem Heft; KG NJW 1973, 428; LG Dessau-Röblau, NotBZ 2008, 351; LG Berlin, Rechtspfleger 2003, 648; Staudinger/Gursky, § 891 Rz. 10; Palandt/Bassenge, § 891 Rz. 5.

Die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch erfolgt nur deswegen, um den guten Glauben an die Verfügungsberechtigung des Rechtsinhabers zu zerstören. Durch die Eintragung des Insolvenzvermerks soll – ebenso wie etwa durch die Eintragung eines Widerspruchs – verhindert werden, dass ein Dritter, der von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts weiß, vom Gemeinschuldner gutgläubig das Eigentum an einem Grundstück erwerben kann. Der Insolvenzvermerk soll aber nicht seinerseits eine eigene Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb bilden. Er wäre dazu auch gar nicht geeignet, da die Person des Insolvenzverwalters aus dem Grundbuch nicht hervorgeht. Daher hat der Insolvenzverwalter bei einer Veräußerung seine Bestallungsurkunde in Ausfertigung vorzulegen, aus der sich seine Legitimation, gemäß § 80 InsO Rechtswirkungen zulasten des Vermögens des Gemeinschuldners herbeizuführen, ergibt.

bb) Gutgläubenswirkungen gemäß § 892 BGB

Weitergehend als § 891 BGB bestimmt § 892 BGB, dass zugunsten des Erwerbers eines Rechts an einem Grundstück der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, sofern kein Widerspruch eingetragen ist oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Verfügungsbeschränkungen nach § 891 Abs. 1 Satz 2 BGB sind dem Erwerber gegenüber gemäß § 892 BGB nur dann wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind.

Allerdings stellt § 892 BGB anders als § 891 BGB keine allgemeine gesetzliche Vermutung hinsichtlich der Verfügungsbefugnis über Grundbesitz für den Rechtsverkehr auf, sondern schützt nur den Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Grundstück, ist also hinsichtlich des adressierten Personenkreises eingeschränkt („zugunsten des Erwerbers“). Durch die Regelung in § 892 BGB soll ein gutgläubiger Erwerb bei fehlender Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ermöglicht werden, also die Fungibilität des Grundstücksverkehrs erleichtert werden. Es wird aber keine allgemeingültige Vermutung dahingehend aufgestellt, dass solche Verfügungsbeschränkungen nicht doch außergrundbuchlich bestehen. Gegenüber der klauselerteilenden Stelle, der nach § 727 ZPO die verfahrensrechtliche Passivlegitimation des Vollstreckungsgegners nachzuweisen ist, erheischt § 892 BGB mithin keine Geltung.

Mit der Verlautbarung der insolvenzrechtlichen Verfügungsbeschränkung im Grundbuch und deren Löschung wird also lediglich der Gutgläubensschutz des Grundbuchs zerstört und keine verbindliche Entscheidung über die Zugehörigkeit des gebuchten Vermögensgegenstandes zur Insolvenzmasse getroffen²¹. Eine Offenkundigkeit der Freigabe ist damit nicht gegeben.

b) Geständnis des Schuldners

Entbehrlich ist der Nachweis der Rechtsnachfolge in entsprechender Anwendung des § 288 ZPO allerdings dann, wenn der Schuldner bei seiner Anhörung im Klauselerteilungsverfahren zugesteht, dass die Rechtsnachfolge eingetreten ist, und sich mit der Erteilung der

Vollstreckungsklausel einverstanden erklärt²². Eine solche Erklärung des Schuldners kann daher im Anhörungsverfahren eingeholt werden, falls der Nachweis der Freigabe nicht in anderer Form gelingt. Der Schuldner ist jedoch zur Abgabe einer solchen Einverständniserklärung nicht verpflichtet.

3. Vermeintliche Gegenargumente

Mitunter wird dem Notar von seiten der Gläubiger und/oder Insolvenzverwalter entgegengehalten, die Nachweisanforderungen bei der Erteilung von Vollstreckungsklauseln entsprängen einem übertriebenen Formalismus, von dem der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 38 GBO gerade Befreiung habe erteilen wollen. Bei den Freigabeerklärungen der Insolvenzgläubiger handele es sich um ein Massengeschäft, bei dem ein Nachweis in öffentlicher Form praktisch kaum durchführbar sei und unnötige Kosten entstünden.

a) Wirkungen des § 38 GBO und dessen Grenzen

In § 38 GBO ist bestimmt, dass in den Fällen, in denen nach gesetzlicher Vorschrift eine Behörde befugt ist, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, die Eintragung aufgrund des Ersuchens erfolgt, also keine Bewilligung in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO erforderlich ist. In Betracht kommt hier das Ersuchen des Insolvenzgerichts auf Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. Löschen des Insolvenzvermerks gemäß § 32 Abs. 1 und 3 InsO

Dem Grundbuchamt steht in diesen Fällen kein Prüfungsrecht hinsichtlich der Voraussetzungen, der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Eintragung des Insolvenzvermerks zu²³. Hierüber befindet allein das Insolvenzgericht, dem gegenüber jedoch auch kein Nachweis über Abgabe und Zugang der Freigabeerklärung zu erbringen ist²⁴.

Das Eintragungsersuchen des Insolvenzgerichts gemäß § 38 GBO ersetzt den sonst im Grundbuchverfahren erforderlichen Antrag und die Bewilligung des Betroffenen und die sonstigen Nachweise der Eintragungsvoraussetzungen²⁵. Die Eintragungsvoraussetzungen werden also von keiner staatlichen Stelle überprüft. Dies findet seine Rechtfertigung gerade in dem fehlenden öffentlichen Glauben des Vermerks. Die Eintragung oder Löschung des Insolvenzvermerks hat keine eigenständige konstitutive Bedeutung, führt also nicht zu einer Änderung der materiellen Rechtslage.²⁶ Vielmehr handelt es sich bei der Eintragung des Insolvenzvermerks lediglich um eine Sicherungsmaßnahme, um einen gutgläubigen Erwerb durch Dritte zu verhindern, und bei der Löschung des Vermerks um die Aufhebung dieser Sicherungsmaßnahme, die alleine dem Schutz der Insolvenz-

21 Schmahl, Münchener Kommentar zur InsO 2. Aufl. 2007 §§ 32, 33 Rz. 16.

22 Reul/Heckschen/Wienberg, a.a.O., S. 111; Kessler, ZInsO 2005, 418, 420; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rz. 46.74.

23 LG Halle, Beschluss v. 20. 2. 2008 – 2 T. 467/07; MünchKomm-InsO/Schmahl, § 32 Rz. 23 und 54.

24 MünchKomm-InsO/Schmahl, § 32 Rz. 33.

25 OLG Karlsruhe, OLGrspr. 11, 321, 322; BayObLGZ 1955, 314, 320 f.; MünchKomm-InsO/Schmahl, § 32 Rz. 26.

26 Reul/Heckschen/Wienberg, a.a.O., S. 168.

gläubiger dient. § 38 Grundbuchordnung stellt also eine rein verfahrensrechtliche Regelung dar, die keine Auswirkung auf die materielle Rechtslage hat.

Der Insolvenzvermerk im Grundbuch hat folgerichtig auch nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil²⁷. Er teilt lediglich eine außerhalb des Grundbuchs entstandene Verfügungsbeschränkung mit und verhindert so den gutgläubigen Erwerb von Massegegenständen durch Außenstehende. Dies ist der einzige Zweck der Eintragung des Insolvenzvermerks. Die Eintragung des Vermerks bei einem bestimmten Vermögensgegenstand enthält hingegen keine verbindliche Entscheidung über dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse, sondern gibt insoweit nur die Einschätzung des Insolvenzgerichts wieder²⁸.

Dementsprechend werden die Voraussetzungen der Eintragung des Insolvenzeröffnungsvermerks auch nicht vom Rechtspfleger, sondern lediglich vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle überprüft (§ 12 c Abs. 2 Nr. 3 Grundbuchordnung).

Eine Vermutung der Richtigkeit des Insolvenzvermerks wird durch dessen Eintragung nicht begründet, ebenso rechtfertigt die Löschung des Insolvenzvermerks nicht den Schluss, dass der Verwalter nunmehr die Verfügungsbefugnis verloren habe²⁹.

b) Gründe für den formgebundenen Rechtsnachfolgenachweis

In allen Fällen, in denen die Gesetze öffentliche Beglaubigung oder Nachweis durch öffentliche Urkunden verlangen (Grundbuchverfahren, Registerverfahren, Erbscheinsverfahren und eben Erteilung der Vollstreckungsklausel) stehen dabei nicht die Fragen der Bequemlichkeit für den jeweiligen Erklärenden im Vordergrund, ob dieser etwa die Mühe auf sich nehmen möchte, eine Beglaubigungsperson aufzusuchen oder nicht.

Die entsprechenden Vorschriften gelten auch unabhängig davon, ob die jeweiligen Erklärungen häufiger oder weniger häufig vorkommen. Nicht nur bei Freigabeerklärungen eines Insolvenzverwalters handelt es sich um ein Massengeschäft, sondern ebenso bei Handelsregisteranmeldungen einer Publikumsgesellschaft oder bei Löschungsbewilligungen für Grundpfandrechte.

Das Erfordernis des Nachweises durch notarielle Urkunden dient dazu, in Verfahren, die nicht der streitigen Gerichtsbarkeit und deren strengen Beweisverfahren unterliegen, zu gewährleisten, dass für den Betroffenen einschneidende Rechtsfolgen (hier: Zwangsvollstreckung ohne vorheriges gerichtliches Erkenntnisverfahren) nur unter den gesetzlich angeordneten tatbestandlichen Voraussetzungen, deren Vorliegen durch öffent-

liche Urkunde nachgewiesen werden kann, eintreten können.

IV. Fazit

Daher ist die (verfahrensrechtliche) Rechtsnachfolge auf Schuldnerseite im Falle der Freigabe eines Grundstücks, in welches die Zwangsvollstreckung durch einen dinglich gesicherten Gläubiger betrieben wird, durch den Insolvenzverwalter in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen durch eine öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung und Nachweis der Zustellung der Freigabe an den Schuldner in öffentlicher Form, also durch entsprechende Urkunde des Gerichtsvollziehers³⁰. Dies hat nun jüngst wieder das Landgericht Köln durch Beschluss vom 26. November 2012 entschieden³¹ und sich in diesem Beschluss fast wörtlich an eine Entscheidung des LG Dessau-Roßlau aus dem Jahr 2008 angelehnt³².

Es ist daher zu hoffen, dass diese Entscheidung auch bei den betroffenen Insolvenzverwaltern und Gläubigern Beachtung findet.

In der Praxis sind Insolvenzverwalter jedoch mitunter nicht bereit, die Voraussetzungen für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel zu schaffen, indem sie ihre Bestallungsurkunde in Ausfertigung vorlegen bzw. die Freigabe in notarieller Form erklären und dem Schuldner formell zustellen. Man wird den Vollstreckungsgläubiger in diesem Fall für berechtigt halten müssen, von dem Insolvenzverwalter klageweise die Abgabe der entsprechenden Erklärungen bzw. Vornahme der erforderlichen Rechtshandlungen zu verlangen. Den Gläubigern ist jedoch zwecks Beschleunigung des Verfahrens zu raten, vor Umschreibung von Vollstreckungsklauseln auf den Insolvenzverwalter zu klären, ob eine Freigabe in Betracht kommt, was bei wertausschöpfenden grundbuchlich gesicherten Belastungen häufig der Fall sein wird.

27 Schmahl, Münchener Kommentar zur InsO §§ 32, 33 Rz. 57; BayObLGZ 1970, Seite 182, 184; OLG Zweibrücken NJW 1990, 648.

28 Schmahl, Münchener Kommentar zur InsO §§ 32, 33 Rz. 62.

29 Schmahl, Münchener Kommentar zur InsO §§ 32, 33, Rz. 33 und 63; LG Berlin, Rechtspfleger 2004, 158 f.

30 Entgegen Wolfsteiner, Die vollstreckbare Ausfertigung, Rz. 46.24, der den Nachweis des Zugangs für entbehrlich hält, weil anzunehmen sei, dass der Gläubiger den Beweis der Abgabe der Erklärung ohne Zugang nicht führen könne. Dieses Argument ist jedoch bei der Freigabe durch den Insolvenzverwalter nicht treffend, da in diesem Fall der Zugang nicht bei dem Gläubiger, sondern beim Gemeinschuldner zu erfolgen hat.

31 In diesem Heft.

32 LG Dessau-Roßlau, Beschluss v. 12. 6. 2008 – 5 T 27/08, NotBZ 2008, 351 f.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Zur Auslegung einer Löschungsbewilligung für ein Grundpfandrecht (*OLG Hamm*, Beschluss vom 23. 10. 2012 – 15 W 66/12)

**BGB §§ 875; 876; 877
GBO § 19**

Die Auslegung einer Bewilligung zur Löschung eines Grundpfandrechts, die noch nicht durch Löschung des Rechts im Grundbuch vollzogen worden ist, führt im Regelfall zu dem Ergebnis, dass die Bewilligung auch eine nach den §§ 876, 877 BGB erforderliche Zustimmung zu einer Inhaltsänderung des Haftungsobjekts umfasst.

Zur Einordnung:

Die nachträgliche Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum bedarf der Einigung aller Miteigentümer in der Form der Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch (BGH MittRhNotK 1999, 64; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 261; BayObLG MittRhNotK 1988, 254; BeckOK-WEG/Hügel, Stand 1. 11. 2012, § 5 Rn. 18). Nach §§ 877, 876 BGB ist hierbei die Zustimmung der dinglich Berechtigten der einzelnen Sondereigentumseinheiten mit Ausnahme der Einheit, zu Gunsten derer umgewandelt wird, erforderlich. Etwaige Dienstbarkeitsberechtigte am Gesamtgrundstück oder auch Gläubiger eines Gesamtgrundpfandrechts an allen Sondereigentumseinheiten müssen nicht zustimmen, da sie von der Umwandlung nicht betroffen sind (vgl. zum Zustimmungserfordernis Schöner/Stöber, 15. Aufl. 2012, Rn. 2967 m. w. N.; OLG Düsseldorf RNotZ 2010, 198 m. Anm. der Schriftleitung; OLG Frankfurt DNotl-Report 1997, 138; BayObLG MittRhNotK 1991, 287).

Mit dem Beschluss des OLG Hamm liegt – soweit ersichtlich – nun erstmals eine gerichtliche Entscheidung dazu vor, dass die Vorlage einer Löschungsbewilligung eine gesonderte Zustimmungserklärung des Grundpfandrechtsgläubigers zu der konkreten Überführung von Gemeinschafts- in Sondereigentum entbehrlich macht. Die Zustimmung des Gläubigers kann somit zumindest nach dem OLG Hamm alleine durch die Vorlage einer Löschungsbewilligung (ggf. samt Briefs) dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen werden.

Für die Erteilung der Zustimmungserklärung verlangen Grundpfandrechtsgläubiger neben der Erstattung etwaiger Kosten der notariellen Beglaubigung ihrer Erklärung regelmäßig auch eine Bearbeitungsgebühr (vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, 5. Aufl. 2009, Rn. 103). Die so gerade bei größeren Wohnungseigentumsgemeinschaften entstehenden Vollzugskosten für die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum stehen oft in einem den Beteiligten nur schwer zu vermittelnden Verhältnis zum Wert des umzuwandelnden Gemeinschaftseigentums (oft nur ein Kellerraum oder ähnliches). Gerade bei schon länger bestehenden Wohnungseigen-

tümergeinschaften kann diese Entscheidung somit zur Vereinfachung und Kostenreduzierung bei entsprechenden Umwandlungen führen, da auf bereits bei einzelnen Eigentümern vorliegende Löschungsunterlagen zurückgegriffen werden kann.

Die Entscheidung des OLG Hamm ist aber auch sonst zu begrüßen, da sie auch für andere Fälle des Zustimmungserfordernisses nach §§ 877, 876 BGB, wie z. B. bei der nachträglichen Einräumung von Sondernutzungsrechten (vgl. hierzu u. a. BeckOK-WEG/Kesseler, Stand 1. 1. 2013, § 5 Rn. 55 ff.; BGH DNotZ 1984, 695; BayObLG DNotZ 1990, 381) oder auch bei der inhaltlichen Änderung eines Erbbaurechts (vgl. hierzu u. a. von Oefele/Winkler, 5. Aufl. 2012, Rn. 4.36; DNotl-Report 2012, 197) herangezogen werden kann.

Die Schriftleitung (PH)

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist überwiegend begründet.

Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des GBA, dass die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum gemäß §§ 877, 876 BGB der Zustimmung derjenigen Grundpfandgläubiger bedarf, die in den Grundbüchern derjenigen Sondereigentumseinheiten eingetragen sind, die durch die Umwandlung „verlieren“. Richtig ist weiter, dass die Grundpfandrechte durch die bloße Erteilung einer Löschungsbewilligung nicht erlöschen oder auf den Eigentümer der belasteten Immobilie übergehen, §§ 873, 875 BGB.

Eine Löschungsbewilligung umfasst auch die Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers zur Veränderung des belasteten Rechts i. S. v. §§ 877, 876 BGB

Hinsichtlich der im Tenor genannten Grundpfandrechte vertritt der Senat jedoch abweichend vom GBA die Auffassung, dass die vorgelegten Löschungsbewilligungen auch die erforderliche Zustimmung zu einer Veränderung der belasteten Rechte mit umfassen. Auch die beschränkte Auslegung dieser Erklärungen nach grundbuchrechtlichen Maßstäben führt zu diesem Ergebnis. Insoweit kommt es nicht entscheidend darauf an, ob man die Frage unter materiell-rechtlichen oder unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet. Maßgebend für die vom Senat befürwortete Auslegung ist, dass derjenige, der eine Erklärung abgibt, die auf die Aufgabe eines Rechts gerichtet ist, im Zweifel auch jede andere nachteilige Veränderung des Rechtsinhalts billigt. Denn mit der Erteilung einer Löschungsbewilligung (sowie ggf. der Übergabe des Grundschuldbriefes) legt der Grundpfandgläubiger das weitere Schicksal des Grundpfandrechts in die Hände des Eigentümers. Die Interessenssphäre des Grundpfandrechtsgläubigers wird nicht mehr dadurch berührt, dass statt der von ihm bewilligten Löschung des Rechts insgesamt in einem ersten Schritt nur eine dem Grundpfandrecht i. S. d. §§ 876, 877 BGB rechtliche nach-

teilige Veränderung des Haftungsobjekts vorgenommen wird.

Auch bei Vorlage einer Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht ist dessen Löschung nur hinsichtlich eines belasteten Grundstücks zulässig

In Anwendung desselben Gedankengangs hat der Senat bereits angenommen, dass die für ein Gesamtgrundpfandrecht erteilte Löschungsbewilligung auch deren Teilvollzug durch Löschung des Rechts nur an einem der belasteten Grundstücke deckt (FGPrax 1998, 208 = Rpfleger 1998, 511 = MittBayNot 1998, 446; ebenso Lotter, MittBayNot 1985, 8; Bauer/von Oefele/Mayer, GBO, 2. Aufl., AT IV Rn. 131). Derselbe Gedanke trifft hier zu: Die Balkonfläche wird durch die Übertragung in das Sondereigentum als Haftungsobjekt für Grundpfandrechte, die Miteigentumsanteile am Gemeinschaftseigentum belasten, entlassen. Die Grundpfandrechtsgläubiger haben durch die erteilte Löschungsbewilligung ihre Rechtsposition an den Grundpfandrechten insgesamt aufgegeben und werden deshalb auch durch die rechtliche Veränderung des Haftungsobjekts in ihren Rechten nicht mehr betroffen.

Ohne Erfolg bleibt die Beschwerde, soweit sich die Zwischenverfügung unter Punkt c) auf die Grundschuld Blatt 3 Abteilung III Nr. 8 bezieht. Hier liegt bislang keine Löschungsbewilligung, sondern lediglich eine Quittung vor, aus der sich jedoch keine Zahlung auf die Grundschuld ergibt. Eine lösungsfähige Quittung setzt bei Grundschulden jedoch eben dies voraus (Demharter, GBO, 27. Aufl., § 27 Rn. 22). Insoweit wäre also jedenfalls, wie angekündigt, die Löschungsbewilligung vorzulegen.

2. Liegenschaftsrecht – Nachweis der Erbfolge grundsätzlich nur durch inländischen Erbschein (KG, Beschluss vom 25. 9. 2012 – 1 W 270/12)

**FamFG § 108
GBO §§ 20; 35**

Der Senat hält daran fest, dass der Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren primär nur durch einen inländischen Erbschein geführt werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 25. 3. 1997, 1 W 6538/96, NJW-RR 1997, 1094 = DNotZ 1998, 303). Daran ändern die Regelungen in § 108 FamFG nichts. § 35 Abs. 1 GBO kommt insoweit Vorrang zu.

Zur Einordnung:

Im Grundbuchverfahren kann nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO der Nachweis der Erbfolge zum einen durch Vorlage eines Erbscheins geführt werden. Es entspricht hierbei der herrschenden Auffassung, dass nur ein von einem deutschen Gericht gemäß §§ 2353 ff. BGB erteilter Erbschein den Anforderungen des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO genügt und somit ein ausländisches Erbfolgezeugnis nicht als entsprechender Beleg der Erbfolge in Betracht kommt (so bereits KG DNotZ 1998, 303; Schöner/Stöber, 15. Aufl. 2012, Rn. 800; Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 35 Rn. 13; BeckOK/GBO-Hügel, Stand 1. 9. 2012, § 35 Rn. 154 ff. m. w. N.; Hertel, DNotZ 2012,

688; a. A. Ludwig, NotBZ 2003, 220; eingeschränkt auch MünchKomm-BGB/Birk, 5. Aufl., 2010, Art. 25 EGBGB Rn. 362). Zum anderen kann nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO die Erbfolge auch durch Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde samt Eröffnungsniederschrift nachgewiesen werden. Hier kommt nach fast einhelliger Meinung auch ein ausländisches Testament in öffentlicher Urkundenform als entsprechender Nachweis in Betracht (vgl. eingehend hierzu und den in der Praxis bestehenden Problemen im Umgang mit ausländischen Testamenten Hügel, a.a.O., § 35 Rn. 85 ff.; Böhringer, ZEV 2001, 387; Riering, MittBayNot 1999, 528).

Das KG bestätigt in seiner Entscheidung zunächst unter Bezugnahme auf seinen eigenen Beschluss aus dem Jahre 1997 (a.a.O.), dass auch nach dem Inkrafttreten des FamFG § 35 GBO als *lex specialis* zu § 108 FamFG nur inländische Erbscheine zulasse (so auch bereits das OLG Bremen, DNotZ 2012, 687 = RNotZ 2011, 507, für einen englischen Erbnachweis). Gleichzeitig erkennt das Gericht, dass ein Nachweis der Erbfolge durch letztwillige Verfügung in Form einer ausländischen öffentlichen Urkunde generell möglich sei (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO).

Die bereits in Kraft getretene und ab dem 17. 8. 2015 geltende EuErbVO (vgl. zu dieser allgemein u. a. Remde, RNotZ 2012, 65) wird durch die mit ihr erfolgte Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (Art. 62 ff.) grundlegende Neuerungen hinsichtlich des Nachweises einer Erbfolge oder auch des Bestehens einer Testamentsvollstreckung im Grundbuch- und auch Handelsregisterverfahren mit sich bringen. Das Europäische Nachlasszeugnis wird nach Art. 69 Abs. 2, 63 Abs. 1, Abs. 2 a) und c) EuErbVO in allen anderen EU-Mitgliedsländern u. a. den Beweis für den Eintritt einer Erbfolge und das Bestehen einer Testamentsvollstreckung erbringen. Somit wird anstelle des deutschen Erbscheins künftig auch ein Europäisches Nachlasszeugnis als Nachweis für die Erben- oder Testamentsvollstreckung im Grundbuch- und Handelsregisterverfahren genutzt werden können, soweit es sich bei ihm um eine öffentliche Urkunde handelt (vgl. eingehend hierzu und insbesondere zu den Vorbehalten des Art. 69 Abs. 5 i. V. m. Art. 1 Abs. 2 k) und l) EuErbVO hinsichtlich des nationalen Register- und materiellen Sachenrechts Hertel, DNotZ 2012, 689; Wilsch, ZEV 2012, 530; Buschbaum/Simon, ZEV 2012, 525).

Die Schriftleitung (PH)

Zum Sachverhalt:

I. Der eingetragene Eigentümer war ungarischer Staatsangehöriger. Er ist am . . . verstorben. Mit in B. . . am 1. 3. 2005 maschinenschriftlich vor zwei Zeugen errichtetem Testament bestimmte er die Bet. zu 2) und 3) zu je gleichen Teilen als seine Erben. Ausgenommen hiervon sollte das im Beschlusseingang näher bezeichnete Wohnungseigentum sein. Insoweit bestimmte er die Bet. zu 1) zur Erbin. In einem weiteren maschinenschriftlich vor zwei Zeugen in Berlin errichteten Testament setzte er die Bet. zu 2) und 3) als Erben ein.

Die Bet. schlossen am 2. 7. 2009 vor dem Gericht der Hauptstadt Budapest einen Vergleich. Danach waren sich die Bet.

darüber einig, dass das Testament vom 9. 5. 2005 im Hinblick auf einen 1/2-Anteil der Bet. zu 3) ungültig und insoweit das Testament vom 1. 3. 2005 zu Gunsten der Bet. zu 1) maßgeblich sein solle. In Bezug auf den Bet. zu 2) sollte das Testament vom 9. 5. 2005 gültig sein, so dass die Bet. zu 1) und 2) zu gleichen Teilen Erben des Wohnungseigentums seien. Das Gericht genehmigte den Vergleich und stellte am Ende des Protokolls dessen Rechtskraft fest.

Am 4. 4. 2011 erteilte das AG C. einen gegenständlich beschränkten gemeinschaftlichen Erbschein, der die Bet. zu 2) und 3) hinsichtlich des in Deutschland belegenen Nachlasses als Erben je zu 1/2 auswies. Mit nicht veröffentlichtem Beschluss vom 12. 6. 2012 wies der Senat im Beschwerdeverfahren zu 1 W 748/11 das AG zur Einziehung des Erbscheins an, weil auch die Bet. zu 1) Miterbin geworden sei.

Mit Schreiben vom 15. 7. 2011 hat die Bet. zu 1) ihre Eintragung als Eigentümerin zu 1/2 beantragt. Am 9. 7. 2012 hat sie die Berichtigung des Grundbuchs dahin beantragt, gemeinsam mit dem Bet. zu 2) in Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen zu werden. Diesen Antrag hat sie am 19. 7. 2012 geändert; nunmehr begehrte sie ihre sowie die Eintragung des Bet. zu 2) als Miteigentümer zu je 1/2.

Mit Beschluss vom 23. 7. 2012 hat das GBA u. a. die Anträge vom 9. bzw. 19. 7. 2012 und mit weiterem Beschluss vom selben Tag den Antrag vom 15. 7. 2011 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 6. 8. 2012 mit der in der Hauptsache der Antrag vom 19. 7. 2012 und hilfsweise der Antrag vom 9. 7. 2012 weiter verfolgt wird. Zugleich hat die Bet. zu 1) Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren beantragt. Am 20. 8. 2012 hat sie die Beschwerde auf den weiteren Beschluss vom 23. 7. 2012 erweitert. Das GBA hat der Beschwerde mit Beschluss vom 6. 9. 2012 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II. 1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind beide am 23. 7. 2012 ergangenen Beschlüsse des GBA, wie die Bet. zu 1) zwischenzeitlich klargestellt hat. Allerdings handelt es sich um ein einheitliches Verfahren. Sowohl der Antrag vom 15. 7. 2011 als auch diejenigen vom 9. bzw. 19. 7. 2012 sind auf Änderung der Eintragung in Abt. I des Grundbuchs wegen des Todes des dort noch gebuchten Eigentümers gerichtet. Dabei wird der Antrag vom 15. 7. 2011 letztlich von den weiter gestellten Anträgen umfasst. War jener darauf gerichtet, die Bet. zu 1) als hälftige Eigentümerin einzutragen, betrafen die weiteren Anträge das gesamte Eigentum, woran die Bet. zu 1) wiederum einen hälftigen Anteil für sich beansprucht.

2. Die nach dem vorstehenden zu verstehende Beschwerde ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

a) Zu Recht hat das GBA den Antrag der Bet. zu 1), sie und den Bet. zu 2) als jeweils hälftige Miteigentümer im Grundbuch einzutragen, zurückgewiesen.

Das Grundbuchverfahren richtet sich auch bei einer Auslandsberührung stets nach deutschem Recht – lex fori

Das Verfahren vor dem deutschen GBA richtet sich auch bei Auslandsberührung stets nach deutschem Recht – lex fori – (Senat, Beschluss vom 22. 5. 2012 – 1 W 163/11 – juris; BayObLG DNotZ 1987, 98, 99). Danach erfolgt eine Eintragung im Grundbuch auf Antrag, § 13

GBO, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen ist, im Grundbuch als der Berechtigte eingetragen ist, § 39 GBO, und er die Eintragung bewilligt hat, § 19 GBO. Die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen sind durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erbringen, § 29 Abs. 1 GBO.

Auf den dinglichen Erwerb von Grundbesitz findet bei Auslandsbezug auch das deutsche Recht Anwendung – lex rei sitae

Soweit die Bet. zu 1) mit ihrem Hauptantrag ihre sowie die Eintragung des Bet. zu 2) als Miteigentümer zu je hälftigem Anteil begehrt, findet auch materiell-rechtlich deutsches Recht auf den dinglichen Erwerb Anwendung – lex rei sitae, Art. 43 Abs. 1 EGBGB.

Daran ändern die Feststellungen des Senats im Verfahren auf Einziehung des Erbscheins vom 4. 4. 2011 nichts. Danach ist (auch) die Bet. zu 1) nach dem insoweit maßgeblichen ungarischen Recht, Art. 25 Abs. 1 EGBGB i. V. m. §§ 11 Abs. 1, 36 Abs. 1 und 2 der ungarischen Gesetzesverordnung Nr. 13/1979 über das internationale Privatrecht, Erbin nach dem eingetragenen Erblasser geworden. Offen lassen konnte der Senat dabei die Frage, ob das ungarische Erbrecht nur die Universalsukzession kennt oder auch eine Sondererfolge in einzelne Gegenstände. Auch vorliegend muss dies nicht abschließend entschieden werden. Im deutschen Sachenrecht gibt es keine Singulärsukzession von Todes wegen, sondern, von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, lediglich die Gesamterfolge, § 1922 Abs. 1 BGB. Selbst wenn also das (ungarische) Erbstatut eine Sondererfolge in einzelne Gegenstände zuließe, könnte sie im Rahmen der lex rei sitae nicht realisiert werden (Staudinger/Dörner, BGB, 2007, Art. 25 EGBGB, Rn. 286). Vor diesem Hintergrund hat der Senat entschieden, dass die Bet. zu 1) auch in diesem Fall als Miterbin zu behandeln wäre.

Der Erwerb von Bruchteilseigentum durch sie und den Bet. zu 2) bedurfte danach wie bei jeder anderen Erbengemeinschaft der Auflassung und Eintragung im Grundbuch, §§ 873, 925 BGB (BGH, Urteil vom 9. 7. 1956 – V BLw 11/56 – juris; NJW 2001, 2396, 2397 = DNotZ 2001, 637). Letztlich geht auch die Bet. zu 1) hiervon aus, wenn sie annimmt, der Vergleich vor dem ungarischen Gericht vom 2. 7. 2009 enthalte die entsprechenden Erklärungen.

Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist § 20 GBO. Die im gerichtlichen Vergleich vom 2. 7. 2009 enthaltenen Erklärungen sind als Auflassung nicht wirksam. Die Erklärungen entbehren der erforderlichen Form. Für diese gilt Art. 11 Abs. 4 EGBGB, der auf das Belegenheitsrecht verweist (Bamberger/Roth/Spickhoff, BeckOK BGB, 2011, Art. 43 EGBGB Rn. 9).

Die Erklärung der Auflassung im Wege eines gerichtlichen Vergleichs (§ 925 Abs. 1 S. 3 BGB) kann nur vor einem deutschen Gericht erfolgen

Allerdings kann die Auflassung auch in einem gerichtlichen Vergleich erklärt werden, § 925 Abs. 1 S. 3

BGB. Dieser muss aber vor einem deutschen Gericht geschlossen worden sein (MünchKomm/Kanzleiter, 5. Aufl., § 925 Rn. 15; Staudinger/Pfeifer, BGB, 2011, § 925 Rn. 82). Der gerichtliche Vergleich ersetzt die für die Auflassung grundsätzlich erforderliche notarielle Beurkundung, §§ 925 Abs. 1 S. 2, 127 a BGB, die nur vor einem deutschen Notar erfolgen kann (Senat, Beschluss vom 27. 5. 1986 – 1 W 2627/85 – DNotZ 1987, 44, 45). Nur dann wird der Zweck des § 925 BGB, nach deutschem Recht einwandfreie und unzweideutige Unterlagen als Grundlage für den Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu schaffen, gewährleistet (Kanzleiter, a.a.O., Rn. 14; Pfeifer, a.a.O., Rn. 82 und 80). Der Vergleich vom 2. 7. 2009 wurde hingegen vor einem ungarischen Gericht geschlossen.

b) Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das GBA den hilfsweise weiter verfolgten Antrag, die Bet. zu 1) und 2) in Erbengemeinschaft an Stelle des eingetragenen Eigentümers zu buchen, zurückgewiesen hat. Die Bet. zu 1) hat den ihr insoweit obliegenden Nachweis der Erbfolge nicht erbracht.

Soweit nach § 35 Abs. 1 S. 1 der Erbfolgenachweis durch einen Erbschein geführt werden soll, ist darunter vorbehaltlich zwischenstaatlicher Vereinbarungen bis zum Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung nur ein inländischer Erbschein zu verstehen

aa) Der Nachweis der Erbfolge kann nur durch einen inländischen Erbschein geführt werden, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO (Senat, Beschluss vom 25. 3. 1997 – 1 W 6538/96 – NJW-RR 1997, 1094 = DNotZ 1998, 303; OLG Bremen, FGPrax 2011, 217, 218 = DNotZ 2012, 687; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 35 Rn. 25; Hügel/Wilsch, GBO, 2. Aufl., § 35 Rn. 155; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 108 Rn. 35; Bamberger/Roth/Lorenz, BeckOK BGB, 2012, Art. 25 EGBGB Rn. 75). Zwischenstaatliche Vereinbarungen im Verhältnis zu Ungarn sind nicht ersichtlich (vgl. Lorenz, a.a.O., Rn. 74), die EU-Erbrechtsverordnung noch nicht anwendbar (vgl. Müller-Lukoschek, RpfLStud 2012, 105, 106).

Auch das Inkrafttreten des § 108 FamFG führt nicht dazu, dass ausländische Erbfolgezeugnisse den Anforderungen des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO genügen

Entgegen der Beschwerde ändern die Regelungen in § 108 FamFG daran nichts. Der Senat hat sich in seinem Beschluss vom 25. 3. 1997 (a.a.O., 1095 = DNotZ 1998, 303) mit dem Verhältnis von § 35 Abs. 1 GBO und § 16 a FG, der Vorgängerregelung des § 108 FamFG, auseinandergesetzt. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass § 35 Abs. 1 GBO insoweit als Sondervorschrift anzusehen ist, denn sie knüpft an die Legitimationswirkung des § 2365 BGB an, die nur einem inländischen Erbschein zukommt. Daran ist auch im Hinblick auf die Regelungen in § 108 FamFG festzuhalten, denn § 35 Abs. 1 ist durch das FG-RefG gerade nicht geändert worden. Ohnedies finden die Vorschriften des FamFG im grundbuchrechtlichen Verfahren nur Anwendung, soweit die Grundbuchordnung keine eigenständigen Regelungen enthält (Demharter, a.a.O., Einleitung, Rn. 82). Entgegen der Beschwerde kommt

deshalb nicht § 108 FamFG Vorrang im Verhältnis zu § 35 Abs. 1 GBO zu. Vielmehr ist es gerade umgekehrt (Wilsch, a.a.O.).

Es kommt danach nicht darauf an, ob der Vergleich vom 2. 7. 2009 nach § 108 FamFG im Inland Anerkennung finden könnte. Einem inländischen Erbschein kommt er hinsichtlich seiner Wirkungen nicht gleich. Einen solchen Erbschein hat die Bet. zu 1) aber nicht vorgelegt.

Ausländische letztwillige Verfügungen in Form einer öffentlichen Urkunde kommen grundsätzlich als Erbnachweis i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO in Betracht

bb) Die Bet. zu 1) kann sich auch nicht an Stelle eines Erbscheins auf die letztwilligen Verfügungen des eingetragenen Eigentümers berufen. Dies ist nur möglich, wenn die Verfügungen von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde enthalten sind, § 35 Abs. 1 S. 2 HS 1 GBO. Ausreichend können auch ausländische öffentliche Urkunden sein (Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 32). Das ist hier aber nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich sowohl bei dem Testament vom 1. 3. 2005 als auch bei dem vom 9. 5. 2005 um Privattestamente (vgl. Senat, Beschluss vom 12. 6. 2012 – 1 W 748/11), woran auch der schließlich zwischen den Bet. geschlossene gerichtliche Vergleich nichts ändert.

Ohnehin kann das GBA die Vorlage eines Erbscheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch öffentliche Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet. Das ist hier der Fall. Die Bet. zu 1) hat lediglich ihre sowie die Eintragung des Bet. zu 2) in Erbengemeinschaft beantragt. Nach den vorliegenden Testamenten kommt aber auch die Bet. zu 3) als Miterbin in Betracht, jedenfalls soweit das ungarische Recht auch von dem Grundsatz der Gesamterbfolge ausgehen sollte. Der Senat brauchte in seinem Beschluss vom 12. 6. 2012 hierzu keine Feststellungen zu treffen, weil es im dortigen Verfahren nur um die Einziehung des Erbscheins vom 4. 4. 2011 ging, der jedenfalls deshalb unrichtig war, weil er die Stellung der Bet. zu 1) als Miterbin nicht auswies.

3. Liegenschaftsrecht – Nachweis fortbestehender Vollmacht im Grundbuchverkehr

(*OLG München*, Beschluss vom 23. 11. 2012 – 34 Wx 319/12, mitgeteilt durch *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BeurkG §§ 47; 49 Abs. 2

BGB § 127

GBO § 29 Abs. 1

1. Zum Gebrauch einer möglicherweise widerrufenen Löschungsvollmacht.

2. Erkennbar interne Abreden zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem darf das Grundbuchamt zum Anlass von Beanstandungen im Hinblick auf das Legalitätsprinzip nur nehmen, wenn deren tatsächlicher Inhalt – ohne Möglichkeit anderweitiger Auslegung – eindeutig ist.

3. Der Nachweis (fort-)bestehender Vollmacht kann im Grundbuchverkehr nicht durch die einem an-

deren Urkundsbeteiligten erteilte Ausfertigung der Vollmachtsurkunde erbracht werden (siehe schon Senat vom 19. Mai 2008, 34 Wx 023/08; a. A. OLG Köln vom 9. Juli 2001, 2 Wx 42/01 = Rpfleger 2002, 197).

Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft mehrere Fragen zum Nachweis der fortbestehenden Löschungsvollmacht gegenüber dem GBA.

Der Senat hatte zunächst zu entscheiden, in welcher Form ein Widerruf der Vollmacht dem GBA gegenüber nachgewiesen werden muss. Er hat in Übereinstimmung mit der einhelligen Auffassung (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 19 Rn. 83; § 29 Rn. 4) entschieden, dass dieser zwar nicht in der Form des § 29 GBO belegt, wohl aber zur Überzeugung des GBA dargetan werden müsse. Diese Voraussetzung sah der Senat hier nicht als erfüllt an: Zwar hatte der Vollmachtgeber dem GBA gegenüber einen „Widerruf“ der von ihm erteilten Löschungsvollmacht erklärt. Ein solcher Widerruf müsse jedoch durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten erfolgen. Aus einer Äußerung gegenüber dem GBA allein könne daher jedenfalls nicht gefolgert werden, dass ein Widerruf auch tatsächlich erfolgt ist, es handele sich vielmehr um eine Absichtserklärung. Der Senat sah sich aufgrund dieser Einschätzung wohl auch nicht veranlasst, zur Vorschrift des § 173 BGB Stellung zu nehmen, wonach § 172 Abs. 2 BGB keine Anwendung findet, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss.

Die zweite Frage betrifft das Problem des Vollmachtmissbrauchs. Ein solcher ist nach ganz h. M. (vgl. BGHZ 135, 139 f.; 106, 108, 110) nur bei sicherer Kenntnis des GBA beachtlich. Jedenfalls dann, wenn wie im vorliegenden Fall eine vielleicht nicht naheliegende, aber doch mögliche Auslegung der Klausel in der Vollmacht, die das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten regelt, einen Gebrauch erlaubt, liege eine solche sichere Kenntnis nicht vor. Weitere Ermittlungen zum Klauselinhalt könnten im förmlichen Grundbuchverfahren auch nicht angestellt werden.

Ein letzter Aspekt betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Ausfertigung einer Vollmachtsurkunde für den Nachweis der Vertretungsmacht ausreichend ist. Nach Auffassung des OLG Köln (Rpfleger 2002, 197) kann der Vertreter den Nachweis seiner Vertretungsmacht auch dann erbringen, wenn er eine Ausfertigung vorlegt, die nicht ihm, sondern dem Vollmachtgeber erteilt wurde: Für eine einschränkende Auslegung des § 47 BeurkG dahingehend, dass nur derjenige sich auf die Beweiskraft der Ausfertigung berufen kann, dem diese erteilt worden ist, lasse der klare Wortlaut des Gesetzes keinen Raum. Auch die Bestimmung des § 49 Abs. 2 BeurkG, wonach der Ausfertigungsvermerk die Person bezeichnen soll, der die Ausfertigung erteilt wird, biete für eine abweichende Beurteilung keinen Anhalt. Dem ist der Senat hier wie bereits zuvor

(DNotZ 2008, 844) entgegengetreten: Die Vorschriften des Beurkundungsrechts regelten nicht den Umfang der von der mit der Urschrift gleichgestellten Legitimationswirkung. Zudem sei beispielsweise bei einem dem GBA bekannt gewordenen Zerwürfnis von Eheleuten die Verwendung der dem Partner erteilten Ausfertigung geeignet, Misstrauen zu erwecken. Daher könne im konkreten Fall die begehrte Löschung aufgrund der Vorlage der dem Vollmachtgeber erteilten Ausfertigung nicht erfolgen.

Die Entscheidung bringt ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit, soweit sie klarstellt, dass das GBA Beschränkungen der Vollmacht, die lediglich das Innenverhältnis betreffen, grundsätzlich nicht beachten darf und auch einem Widerruf nur dann Bedeutung zumessen darf, wenn es vom Zugang desselben beim Bevollmächtigten überzeugt ist. Hinsichtlich der Frage, ob der Bevollmächtigte seine Vertretungsmacht auch durch Vorlage einer nicht auf ihn lautenden Ausfertigung nachweisen kann, bestehen nach wie vor unterschiedliche obergerichtliche Auffassungen.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) gehört Grundbesitz (Wohnhaus mit Nebengebäude, Hofraum und Garten). In der Zweiten Abteilung des Grundbuchs sind Wohnmitbenutzungsrechte in Form beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für den Bet. zu 2), den Ehemann der Bet. zu 1), und für die Bet. zu 1) im Gleichrang (Ifd. Nrn. 5 und 6) eingetragen.

Die Bewilligungsurkunde vom 29. 3. 2005 enthält unter Ziffer II. 2. folgende Vollmacht des Bet. zu 2) für die Bet. zu 1) unter Befreiung von § 181 BGB und stets einzelberechtigt, das vorstehend bestellte Wohnmitbenutzungsrecht löschen zu lassen und alle dafür erforderlichen Erklärungen gegenüber Notar und GBA uneingeschränkt abzugeben. Im Innenverhältnis, ohne Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis darf die Bevollmächtigte davon nur Gebrauch machen, wenn Herr Sch. (Bet. zu 2)) nach einem ärztlichen Zeugnis entweder nicht in der Lage ist entsprechende Erklärungen abzugeben oder aber ernst zu nehmende Zweifel seiner Geschäftsfähigkeit oder Erklärungsfähigkeit bestehen. Ferner darf Frau Sch. (Bet. zu 1)) von der Vollmacht nur Gebrauch machen zum Zwecke der Bestreitung des Lebensunterhaltes von Herrn oder Frau Sch., sofern dies erforderlich ist.

Es folgt der Zusatz, der Notar habe darauf hingewiesen, dass die vorstehende Anweisung sehr vage und unpräzise sei und er nicht verpflichtet sei, die Einhaltung der vorstehenden Bindungen zu überprüfen.

Am 12. 1. 2012 erschien der Bet. zu 2) beim GBA und erklärte, die Vollmacht solle nicht mehr gelten. Dies wurde schriftlich festgehalten und vom Bet. zu 2) unterschrieben bestätigt. Er wurde bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam gemacht, dass zur Wirksamkeit des Widerrufs dieser der Bevollmächtigten zugehen müsse; der Widerruf sei durch die gegenständliche Erklärung noch nicht nachgewiesen.

Die Bet. zu 1) hat mit notariell beglaubigter Erklärung vom 4. 6. 2012 in eigenem Namen und namens des Bet. zu 2) „aufgrund der heute in Ausfertigung vorliegenden und dieser Urkunde in beglaubigter Abschrift beigefügten Vollmacht“ mit dem Zusatz, ein Widerruf der Vollmacht sei nicht erfolgt, die Löschung des Wohnmitbenutzungsrechts für den Bet. zu 2) bewilligt und beantragt. Sie hat zudem versichert, dass die

Voraussetzungen für die Ausübung der Vollmacht vorlägen. Die von der Bet. zu 1) vorgelegte Ausfertigung der die Vollmacht enthaltenden Urkunde vom 29. 3. 2005 war am 19. 3. 2005 dem Bet. zu 2) erteilt worden.

In einer Telefonnotiz vom 30. 7. 2012 hat der Rechtspfleger des GBA schriftlich festgehalten, dass die Bet. zu 1) sich in erregtem Ton über den noch nicht vollzogenen Löschantrag beschwert und sich erkundigt habe, ob der Widerruf denn formgemäß nachgewiesen wäre, woraus er – der Grundbuchbeamte – folgere, der Zugang des Widerrufs bei der Bet. zu 1) stehe mithin fest.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 30. 7. 2012 hat das GBA schließlich den fehlenden Nachweis der Vertretungsmacht im Innenverhältnis beanstandet. Dem Notar sei zwar eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegt worden. Jedoch habe das GBA positive Kenntnis davon, dass die aufgeführten Voraussetzungen der Vollmacht im Innenverhältnis nicht gegeben seien. Der Bet. zu 2) habe dem GBA gegenüber persönlich erklärt, dass die erteilte Vollmacht nicht mehr gelten solle. Aus dem Anruf der Bet. zu 1) beim GBA folge zwar nicht ein formgemäßer Nachweis des Vollmachtswiderrufs; jedoch sei anzunehmen, dass der Bet. zu 1) der gewollte Vollmachtswiderruf bekannt sei. Indirekt habe sie auch bestätigt, dass die Voraussetzungen der Vollmacht im Innenverhältnis nicht vorlägen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. zu 1), der das GBA nicht abgeholfen hat.

Die Beschwerde der Bet. zu 1) stützt sich auf folgende Erwägungen:

Es liege kein Eintragungshindernis vor, so dass die Löschung zu vollziehen sei. Die Voraussetzungen für den Gebrauch der Vollmacht seien erfüllt. Es genüge, dass eine der in der Erklärung genannten Voraussetzungen (hier: Gebrauchmachen zum Zwecke der Bestreitung des Lebensunterhalts) vorlägen. Materiell-rechtlich sei der dem GBA gegenüber erklärte Widerruf der Vollmacht nicht wirksam. So sei dieser der Bet. zu 1) zu keinem Zeitpunkt zugestellt oder sonstwie zur Kenntnis gebracht worden. Die Bet. zu 1) habe auch keineswegs erklärt, dass ihr der Widerruf vorliege.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1 und § 73 GBO, § 10 Abs. 2 S. 1 FamFG) hat insoweit Erfolg, als die beanstandete Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) aufzuheben ist. Denn das Eintragungshindernis des fehlenden Nachweises der Vertretungsmacht im Innenverhältnis besteht nicht (1.). Jedoch ist auch nach Auffassung des Senats der Vertretungsnachweis als solcher bisher nicht erbracht (2.).

1. Das GBA geht vom fehlenden Nachweis des Widerrufs der Vollmacht aus, meint jedoch, die Voraussetzungen für die Ausübung der Vollmacht im Innenverhältnis lägen nicht vor.

Was den fehlenden Widerruf angeht, folgt der Senat dem GBA (a). Die Auffassung, es sei hier – ausnahmsweise – das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigter zu berücksichtigen und die dafür niedergelegten Voraussetzungen für den Gebrauch der Vollmacht lägen nicht vor, teilt der Senat jedoch nicht (b). Deshalb kann auch die Zwischenverfügung keinen Bestand haben.

Ein Vollmachtswiderruf muss zwar nicht in der Form des § 29 GBO belegt werden, er muss jedoch zur Überzeugung des GBA dargetan werden

a) Der Widerruf der Vollmacht als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgt grundsätzlich durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten (§ 168 S. 2 und 3, § 167 Abs. 1 BGB; siehe Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 168 Rn. 5). Dass es dazu kam, ist zwar nicht in der Form des § 29 GBO zu belegen (vgl. Demharter, § 19 Rn. 83; § 29 Rn. 4), jedoch muss der Widerruf zur Überzeugung des GBA – im Beschwerdeverfahren des damit befassten Gerichts – dargetan sein (Demharter, a.a.O.). Daran fehlt es. Aus dem vom Bet. zu 2) am 12. 1. 2012 beim GBA unterschriebenen Vermerk ergibt sich nur eine entsprechende Absicht. Ob es tatsächlich zum Widerruf gegenüber der Bet. zu 1) als Bevollmächtigten kam, ist nicht belegt. Dagegen spricht, dass der Bet. zu 2) diesen ihn begünstigenden Umstand auch im gegenständlichen Beschwerdeverfahren nicht vorgebracht hat, obwohl ihn die Bet. zu 1) mit ihrer dem Bet. zu 2) bekannten Beschwerdebegründung vom 3. 8. 2012 gerade in Abrede gestellt hatte. Die Telefonnotiz des GBA vom 30. 7. 2012 über ein Gespräch mit der Bet. zu 1) erscheint demgegenüber nicht hinreichend aussagekräftig, weil nicht auszuschließen ist, dass die Bet. zu 1) zu diesem Zeitpunkt juristisch über die Notwendigkeit eines ihr gegenüber erfolgten – und belegten – Widerrufs aufgeklärt war. Die Bet. zu 1) hat schließlich in der Löschantragurkunde ausdrücklich bestätigt, ein Widerruf der Vollmacht sei nicht erfolgt. Es kann deshalb schon dahin stehen, ob die Vollmacht für die Bet. zu 1) nach der Interessenlage nicht ohnehin unwiderruflich ist und deshalb auch die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes für deren Widerruf vorliegen und dargetan werden müssen (siehe Palandt/Ellenberger, § 168 Rn. 6; Demharter, § 19 Rn. 83, je m. w. N.).

Ein etwaiger Vollmachtmissbrauch berechtigt das GBA nur bei entsprechend sicherer Kenntnis zu einer Beanstandung

b) Die Vollmacht ist für Zwecke des Grundbuchs – wie üblich, um dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen – ihrem ausdrücklichen Wortlaut zufolge im Außenverhältnis unbeschränkt erteilt. Schon die textlich klare Gegenüberstellung zu den internen Regelungen zwischen Vollmachtgeber und -nehmer, bezogen auf die Löschung des Wohnungsmitbenutzungsrechts, verbietet es, im Außenverhältnis eine Beschränkung, etwa abgeleitet aus den internen Absprachen, zu unterstellen.

Ein etwaiger Vollmachtmissbrauch, d. h. die Verletzung interner Abreden zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten, berechtigt das GBA nur im Rahmen des Legalitätsprinzips, also bei entsprechend sicherer Kenntnis, dass es sonst daran mitwirken würde, das Grundbuch unrichtig zu machen (vgl. BGHZ 35, 135, 139 f.; 106, 108, 110), zu einer Beanstandung (Schöner/Stöber, Rn. 3580 a). Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Es erscheint zwar – auch nach der Beschwerdebegründung, die darauf ersichtlich nicht abstellt – gesichert, dass von der Vollmacht nicht wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen des Vollmachtgebers Gebrauch gemacht werden konnte und auch

nicht wurde. Indessen legt die Bet. zu 1) die Vollmacht dahin aus, von dieser auch unabhängig vom Gesundheitszustand des Bet. zu 2) Gebrauch machen zu können, wenn dies „zum Zwecke der Bestreitung des Lebensunterhaltes“ erforderlich ist, und versucht dies mit einer entsprechenden Aufstellung über ihre Einkünfte und die Notwendigkeit einer Vermietung des Anwesens zu untermauern. Der Umfang der Vollmacht im Innenverhältnis ist, wie auch die Anmerkung des Notars („sehr vage und unpräzise“) ausweist, unklar und aufklärungsbedürftig. Die so gefasste Regelung ist offensichtlich auf ausdrücklichen Wunsch der Urkundsbet. aufgenommen worden. Die Möglichkeit, dass im Innenverhältnis der Bet. zu 1) ein Gebrauch der Vollmacht unabhängig vom durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen gesundheitlichen Zustand des Bet. zu 2) nur zum Zwecke der Bestreitung ihres Lebensunterhalts – durch Vermietung oder Veräußerung des ihr gehörenden Anwesens – erlaubt werden sollte, ist vielleicht nicht die nächstliegende, aber eine doch noch mögliche Auslegung der Klausel. Deren tatsächlicher Inhalt kann deshalb nur durch weitere Ermittlungen zu den Hintergründen der Bevollmächtigung geklärt werden. Diese sind aber dem GBA im förmlichen Eintragungsverfahren verwehrt.

2. Der Senat weist – ohne Bindungswirkung für das GBA – darauf hin, dass unabhängig von der Aufhebung der getroffenen Zwischenverfügung die Eintragung (Löschung) nicht stattfinden kann.

Die Legitimationswirkung der Ausfertigung einer Vollmacht erfasst nur den im Ausfertigungsvermerk namentlich benannten Empfänger

Zwar reicht es für den Nachweis der Vertretungsmacht (§ 172 BGB) aus, dass der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde in Ausfertigung dem Notar vorlegt, der unter Beifügung einer beglaubigten Abschrift hiervon die Tatsache des Besitzes in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO bescheinigt (BayObLG Rpfleger 2002, 194; vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 3584). Denn an die Stelle der Urschrift tritt im Rechtsverkehr die Ausfertigung. Jedoch erfasst nach der Rechtsprechung des Senats (siehe Beschluss vom 19. 5. 2008, 34 Wx 023/08 = DNotZ 2008, 844) die Legitimationswirkung der Ausfertigung nur den im Ausfertigungsvermerk namentlich benannten Empfänger (KG vom 3. 11. 2011, 1 W 495/10 Rpfleger 2012, 200, dort Leitsatz 2; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 19 Rn. 80; Schöner/Stöber, Rn. 3584; DNotI-Report 2012, 85). Jedenfalls für gegenseitig erteilte Vollmachten beurteilt dies das OLG Köln anders (Rpfleger 2002, 197 mit Anm. Waldner/Mehler; ebenfalls Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 172 Rn. 3). Der Senat hält jedoch an seiner Ansicht fest, zumal bei einem dem GBA bekannt gewordenen Zerwürfnis von Eheleuten die Verwendung nicht der eigenen, sondern der dem Partner erteilten Ausfertigung der Urkunde geeignet erscheint, Misstrauen zu wecken (siehe etwa die in der Anm. zu BayObLG Rpfleger 1986, 90 erwähnte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 31. 10. 1985, 3 Wx 205/85). Bedient sich hingegen die bevollmächtigte Person der weisungsgemäß ihr erteilten Ausfertigung, gilt wieder der allgemeine Erfahrungssatz, dass Vollmachtsurkunden üblicherweise zurückgegeben werden, sollte die Vollmacht widerrufen

worden sein. Andernfalls spricht der Besitz an der Urkunde regelmäßig für deren weiteren Fortbestand (siehe etwa BayObLGZ 1959, 297).

Die Auffassung des Senats zur Legitimationswirkung der „eigenen“ Ausfertigung steht nicht im Widerspruch zu beurkundungsrechtlichen Vorschriften. Zwar besagt § 47 BeurkG, dass die Ausfertigung der Niederschrift die Urschrift im Rechtsverkehr vertritt. Auf diese Gleichstellung beschränkt sich aber auch der Normgehalt. Die Bestimmung regelt darüber hinaus nicht den Umfang der von der mit der Urschrift gleichgestellten Ausfertigung ausgehenden Legitimationswirkung, die sich ihrerseits nur der materiellen Norm des § 172 BGB entnehmen lässt. Ausfertigungen können unzweifelhaft auch ohne Bezeichnung der Person, der sie erteilt werden, Urkundenwirkung entfalten (§ 49 Abs. 2 BeurkG). Jedoch steht ein der Vorschrift des § 49 Abs. 2 BeurkG entsprechender Ausfertigungsvermerk auch nicht der Überlegung entgegen, dass die Vorlage durch eine Person, der sie nicht erteilt wurde, diese gerade nicht als legitimiert i. S. v. § 172 BGB ausweist.

Nach der der Löschungsbewilligung beigefügten beglaubigten Abschrift der Urkundsausfertigung vom 29. 3. 2005 wurde diese dem Bet. zu 2) – nicht der Bet. zu 1) – erteilt. Mit der dem Bet. zu 2) erteilten Ausfertigung kann aber die Bet. zu 1) gegenüber dem GBA nicht Bestehen und Fortbestand der seinerzeit erteilten Vollmacht beweisen.

4. Liegenschaftsrecht – Nachweis der Nichtgeltendmachung eines Pflichtteils gegenüber Grundbuchamt durch eidesstattliche Versicherung

(*OLG München*, Beschluss vom 11. 12. 2012 – 34 Wx 433/12, mitgeteilt durch *RichterIn am Oberlandesgericht, Edith Paintner*)

BGB § 2075 GBO § 35 Abs. 1

Haben sich die Ehegatten in einem notariellen Erbvertrag zu Alleinerben und die gemeinsamen Abkömmlinge zu Schlusserben eingesetzt und bestimmt, dass ein Abkömmling bei Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden auch nach dem Letztversterbenden nur den Pflichtteil erhalten soll (Pflichtteilsstrafklausel), so ist einem Einzelkind bei der Grundbuchberichtigung nach dem letztverstorbenen Elternteil regelmäßig die Möglichkeit einzuräumen, durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung den Nachweis des Nichteintritts der auflösenden Bedingung und des Nichtvorhandenseins weiterer Abkömmlinge zu führen.

Zur Einordnung:

Die Frage, wie die unterbliebene Geltendmachung des Pflichtteils gegenüber dem GBA nachgewiesen werden kann, beschäftigt immer wieder die Gerichte (vgl. zuletzt etwa OLG Hamm RNotZ 2011, 350; OLG Köln RNotZ 2010, 263 m. Anm. Böttcher). Ausgangspunkt der Problematik ist § 35 Abs. 1 S. 2 GBO: Be-

ruht die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es danach, wenn dem GBA an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Der zweite Halbsatz dieser Vorschrift gestattet es dem GBA jedoch, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, wenn es die Erbfolge durch notarielles Testament oder Erbvertrag nicht für ausreichend erachtet. Problematisch ist dabei insbesondere der Nachweis sogenannter Negativtatsachen. Enthält die Verfügung von Todes wegen beispielsweise eine sog. Pflichtteilsstrafklausel, wonach eine automatische Enterbung des den Pflichtteil verlangenden Abkömmlings auch nach dem Zweitversterbenden eintreten soll, so stellt sich die Frage, wie der Nachweis der unterbliebenen Geltendmachung des Pflichtteils erbracht werden kann (dazu ausführlich Völzmann, RNotZ 2012, 380).

Während teilweise die Vorlage eines Erbscheins gefordert wird (LG Kassel Rpfleger 1993, 397; LG Mannheim BWNotZ 1985, 125 m. Anm. Pöschl; Meikel/Roth, 10. Aufl. 2009, § 35 GBO Rn. 120 f.) halten andere Gerichte die Vorlage des eröffneten Erbvertrages für ausreichend, wenn die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs offensichtlich sei (LG Köln MittRhNotK 1988, 177; LG Koblenz MittRhNotK 1995, 67; Meyer-Stolte, Rpfleger 1992, 195). Die h. M. gestattet und verlangt in diesem Fall, dass der Nachweis der Erbfolge durch die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen geführt werden könne bzw. müsse (OLG Hamm RNotZ 2011, 350; LG Bochum Rpfleger 1992, 427; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 790; Hügel/Wilsch, BeckOK, Stand: 1. 2. 2011, § 35 GBO Rn. 108). Dieser Auffassung hat sich der Senat nun auch für den Fall angeschlossen, dass es sich bei der potentiellen Alleinerbin um ein Einzelkind handelt. Dabei könne auch die negative Tatsache des Nichtvorhandenseins weiterer Kinder durch eidesstattliche Versicherung nachgewiesen werden. Zwar könne der eidesstattlichen Versicherung des einzigen Erbprätendenten ein verminderter Beweiswert zukommen, es komme jedoch stets auf die Umstände des Einzelfalls an.

Die Entscheidung bringt für die notarielle Praxis eine Erleichterung. Sie stellt klar, dass wenn die notarielle Verfügung von Todes wegen eine Pflichtteilsstrafklausel enthält, das GBA im Normalfall auch dann keinen Erbschein verlangen darf, wenn ein Einzelkind alleiniger Erbprätendent ist.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Im Grundbuch ist als Eigentümerin von Grundbesitz die am 14. 4. 2012 verstorbene Frau M. S. eingetragen. Die Bet. trägt vor, die einzige Tochter der eingetragenen Erblasserin zu sein. Diese hatte im Jahr 1964 mit dem vorverstorbenen Ehegatten einen Erbvertrag errichtet, wonach Erben des Zuletztversterbenden die Abkömmlinge aus der Ehe sein sollten. Wenn ein Abkömmling beim Tod des Zuerstversterbenden seinen Pflichtteil verlange, so solle er auch beim Tod des Zuletztversterbenden nur den Pflichtteil erhalten.

Die Bet. erklärte unter dem 29. 8. 2012 gegenüber dem Nachlassgericht, die Erbschaft anzunehmen und einen Antrag auf Grundbuchberichtigung zu stellen. Zudem gab sie an, dass ein Pflichtteil nach dem Tod des Vaters nicht geltend gemacht worden sei. Das Nachlassgericht leitete die Nachlassakte dem GBA zur Grundbuchberichtigung zu. Dieses hat am 24. 9. 2012 eine Zwischenverfügung erlassen und unter Fristsetzung die Vorlage eines Erbscheins verlangt, da die Nichtgeltendmachung des Pflichtteils nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden könne.

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 24. 10. 2012, mit der geltend gemacht wird, dass die Vorlage eines Erbscheins unverhältnismäßig erscheine und die Bet. statt dessen bereit sei, den Sachverhalt im Rahmen einer eidesstattlichen Versicherung zu bestätigen. Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des GBA ist statthaft (§ 11 Abs. 1 RPfIG mit § 71 Abs. 1 GBO) und in zulässiger Weise eingelegt. Die Einlegung durch einen nicht vertretungsberechtigten Bevollmächtigten (vgl. Beschluss vom selben Tag) führt nicht dazu, dass das Rechtsmittel selbst unzulässig wäre. Auch bei Zurückweisung des Vertreters bleiben die bis dahin vorgenommenen Verfahrenshandlungen wirksam, § 10 Abs. 3 S. 1 und 2 FamFG.

Nach dem Beschwerdevorbringen, in dem ausdrücklich die Beibringung einer eidesstattlichen Versicherung angeboten wird, wendet sich die Bet. gegen die Zwischenverfügung des AG nur insoweit, als mit ihr allein ein Erbschein zur Beseitigung des aufgezeigten Hindernisses zugelassen ist.

Die Beschwerde hat in der Sache im wesentlichen Erfolg.

1. Die Bet. beantragte die Berichtigung des Grundbuchs nach Erbfolge, §§ 13, 22 GBO. Gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge dem GBA gegenüber durch einen Erbschein zu führen (vgl. auch BGH NJW 1982, 2499). Allerdings kann nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO auch die Vorlage einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen – wie etwa des notariellen Erbvertrags – mit der Niederschrift über deren Eröffnung (Demharter, GBO, 28. Aufl., § 35 Rn. 31 ff.) oder ersatzweise die Verweisung auf die die entsprechenden Urschriften enthaltenen Nachlassakten desselben AG genügen (OLG Köln ZEV 2010, 97).

Bei einer sog. Pflichtteilsstrafklausel ist die Tatsache des Nichtverlangens des Pflichtteils nach dem Erstverstorbenen Wirksamkeitsvoraussetzung für die Erbeinsetzung

Aufgrund der in dem Erbvertrag enthaltenen Anordnung, dass jedes Kind auch aus dem Nachlass des zuletzt Versterbenden nur den Pflichtteil erhalten solle, wenn es aus dem Nachlass des zuerst Versterbenden seinen Pflichtteil verlangt, steht die Erbeinsetzung unter der (auflösenden) Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB), dass die Bet. nach dem Tod ihres Vaters keine Pflichtteilsansprüche gegen ihre Mutter geltend gemacht hat. Denn die getroffene Anordnung ist als „Strafklausel“ dahin

auszulegen, dass das sanktionierte Verhalten beim Tod des Erstversterbenden den Verlust des Erbrechts beim Tod des Überlebenden bewirkt. Der Abkömmling ist Schlusserbe nur unter der Bedingung, dass er das sanktionierte Verhalten unterlassen hat, wobei die Strafklausel in der Regel unter § 2075 BGB fällt (Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2269 Rn. 13, § 2075 Rn. 6). Damit ist die Tatsache des Nichtverlangens des Pflichtteils nach dem Erstverstorbenen Wirksamkeitsvoraussetzung für die Erbeinsetzung und damit für die Grundbuchberichtigung.

Die Anforderungen an den Nachweis des Nichtverlangens des Pflichtteils sind str.

2. Dies ist dem GBA gegenüber nachzuweisen. Das LG Stuttgart (BWNNotZ 1988, 163) sowie Meyer-Stolte (Rpfleger 1992, 195, 196) sind zwar der Ansicht, die Vorlage der letztwilligen Verfügung mit Verwirkungsklausel selbst reiche schon zum Nachweis aus, wenn der Nichteintritt der Bedingung, nämlich die Geltendmachung des Pflichtteils, offenkundig i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO sei. Dem folgt der Senat mit der herrschenden Meinung jedoch nicht, da das Fehlen einer Handlung als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht offenkundig sein kann. Es gibt schließlich keinen Erfahrungssatz, wonach Kinder in Fällen der vorliegenden Art den Pflichtteil nach dem erstverstorbenen Elternteil nicht verlangen (OLG Hamm ZEV 2011, 592, 593 m. w. N.).

a) In Literatur und Rechtsprechung ist jedoch umstritten, ob auch eine in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherung als Beweismittel für die unterbliebene Geltendmachung des Pflichtteils im Grundbuchverfahren Verwendung finden kann (so OLG Köln ZEV 2010, 97; OLG Hamm ZEV 2011, 592; Völzmann, RNotZ 2012, 380, 384; DNotI-Report 2002, 129, 130; Schöner/Stöber, GBO, 15. Aufl., Rn. 790; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl., § 29 Rn. 449; Hügel/Wilsch, GBO, 2. Aufl., § 35 Rn. 119; Bestelmeyer, Rpfleger 2012, 666, 677 bei Rn. 179) oder immer ein Erbschein zu verlangen ist (so Böhringer, ZEV 2001, 387, 388; Bauer/von Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl., § 35 Rn. 135; Meikel/Roth, § 35 Rn. 119; Demharter, § 35 Rn. 39: „grundsätzlich“). Das OLG Frankfurt hatte zunächst die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung nicht zwingend ausgeschlossen (NJW-RR 1994, 203), hält dies aber in seiner Entscheidung vom 20. 10. 2011 aufgrund der unzweifelhaft bestehenden Interessenlage der Bet. und dem damit verbundenen verminderten Beweiswert nicht für ausreichend, sondern verlangt durchwegs einen Erbschein (OLG Frankfurt FamRZ 2012, 1591).

Ein Nachweis durch eidesstattliche Versicherung ist möglich

b) Der Senat schließt sich der ersten Auffassung an, die eine Nachweisführung aufgrund einer eidesstattlichen Versicherung nicht ausschließt.

(1) Hinsichtlich des Umstands, dass ein Recht nicht ausgeübt wurde – einer sogenannten Negativtatsache –, besteht in Grundbuchverfahren zwangsläufig eine Nachweislücke. Nach herrschender Meinung kann in Fällen, in denen das Nachlassgericht ohne weitere

Ermittlungen eine eidesstattliche Versicherung gemäß § 2356 Abs. 2 BGB der Erbscheinserteilung zugrunde legen würde (BayObLG NJW-RR 2003, 736; Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 167), auch das GBA eine vor dem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung verlangen und verwerten. Das gilt namentlich für den Nachweis des Nichtvorliegens bestimmter Tatsachen. So hat der Senat beispielsweise eine eidesstattliche Versicherung für ausreichend erachtet, wenn es um die Frage geht, ob ein Rücktritt nicht erklärt worden ist (Senat vom 3. 11. 2011, 34 Wx 272/11 = FamRZ 2012, 1007; vgl. auch Bestelmeyer, Rpfleger 2012, 666, 677 bei Rn. 180).

(2) Auch im Fall einer Pflichtteilsstrafklausel scheidet die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung als Nachweis nicht schon von vorneherein aus. Es trifft zwar zu, dass einer eidesstattlichen Versicherung nach der Interessenlage der Bet. – zumal bei der Versicherung des einzigen Erbprätendenten (siehe DNotI-Report 2002, 129, 130) – ein verminderter Beweiswert zukommen kann. Dies lässt sich in dieser Allgemeinheit aber nicht schon vorab, also vor deren Abgabe und Vorlage, beurteilen. Vielmehr kommt es – wie immer bei einer Beweiswürdigung – auf die Umstände des Einzelfalles an, die nicht vorweggenommen gewürdigt werden können; denn bloß abstrakte Möglichkeiten, die das Erbrecht in Frage stellen könnten, vermögen das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins nicht zu rechtfertigen (OLG Frankfurt FamRZ 2012, 1591, 1594; Demharter, § 35 Rn. 39).

(3) Es kann daher zum Nachweis der Erbfolge genügen, wenn alle Erbprätendenten, hier also sämtliche Kinder aus der Ehe der Erblasserin, eidesstattliche Versicherungen dahin abgeben, aus denen der Schluss zu ziehen ist, dass die Bet. zu 1) Alleinerbin der Erblasserin ist.

3. Aufgrund des Unterschiedes zwischen dem Geburtsnamen der Bet. und dem Familiennamen der Erblasserin ist zudem der Nachweis erforderlich, dass die Erklärende aus der Ehe der Erblasserin mit K. S. stammt. Ein zu den Grundakten gebrachter Vermerk der Rechtspflegerin, sich an eine Umbenennung in Folge Adoption des Vaters der Bet. zu erinnern, genügt als Nachweis nicht. Dieser Nachweis kann aber außer durch Erbschein auch durch Vorlage von Abstammungsurkunden (etwa von beglaubigten Abschriften aus dem Familienstammbuch bzw. Personenstandsregister) erbracht werden (Schöner/Stöber, Rn. 790).

Auch die Tatsache, dass die Erbprätendentin das alleinige eheliche Kind ist, bedarf des Nachweises gegenüber dem GBA

4. Dass die Bet. das einzige eheliche Kind und damit Alleinerbin ist, bedarf – wenn kein Erbschein vorgelegt wird – ebenfalls des Nachweises gegenüber dem GBA (BayObLGZ 2000, 167, 170). Ein solcher Nachweis kann allerdings nicht durch Abschriften aus Familienbüchern oder Personenstandsregistern erbracht werden (OLG Frankfurt OLGZ 1981, 30, 31; ebenso OLG Hamm FGPrax 1997, 48, 49). Der Nachweis der (negativen) Tatsache des Nichtvorhandenseins weiterer Kinder kann jedoch ebenfalls nicht nur durch Vorlage eines

Erbscheins, sondern gegebenenfalls auch durch eidesstattliche Versicherung geführt werden (OLG Hamm a.a.O.).

5. Die Beweisführung durch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und durch Abstammungsnachweise muss nicht zwingend erfolgreich sein. Sollte sich nämlich herausstellen, dass die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung insgesamt oder teilweise fraglich erscheint, gelten die allgemeinen Grundsätze, nach denen das GBA die Vorlage eines Erbscheins stets verlangen kann, sofern Zweifel hinsichtlich der Erbfolge verbleiben, die sich nur durch weitere Ermittlungen tatsächlicher Art klären lassen (OLG Hamm ZEV 2011, 592, 594).

6. Der Senat hat die Frist zur Vorlage der Unterlagen bis 31. 1. 2013 bestimmt. Dem GBA bleibt es überlassen, erforderlichenfalls die Frist in eigener Zuständigkeit zu verlängern.

5. Liegenschaftsrecht – Zur Erteilung von Vollstreckungsklauseln im Insolvenzverfahren des Schuldners

(LG Köln, Beschluss vom 26. 11. 2012 – 11 T 90/12, mit Anmerkung von *Notar Ingo Schreinert, Wipperfürth*, S. 161 in diesem Heft)

InsO § 80 Abs. 1 ZPO § 727

- 1. Die Wirksame Freigabe eines Vermögensgegenstandes aus der Insolvenzmasse ist nicht aufgrund Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch offenkundig.**
- 2. Gemäß § 727 ZPO ist der Nachweis der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters und deren Zustellung an den Schuldner durch öffentliche Urkunden erforderlich.**

(RNotZ-Leitsätze)

Aus den Gründen:

Im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch von W. Blatt . . . sind die Bet. zu 2) und 3) als Eigentümer in Erbschaft italienischen Rechts in Abt. I eingetragen. In Abt. III des Grundbuchs von W. Blatt . . . ist unter lfd. Nr. 1 eine Grundschuld von 81 806,70 € für die Bet. zu 1) eingetragen unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 29. 1. 1988.

In lfd. Nr. 2 ist eine weitere Grundschuld von 35 790,43 € zugunsten der Bet. zu 1) eingetragen und unter laufender Nr. 3 eine Grundschuld in Höhe von 102 258,38 € zugunsten der Bet. zu 1).

Durch Beschluss des AG K. vom 14. 9. 2011 wurde über das Vermögen der Bet. zu 2) das Insolvenzverfahren eröffnet. Zum Insolvenzverwalter wurde Herr Rechtsanwalt . . . bestellt. Unter dem 23. 9. 2011 beantragte das Insolvenzgericht (AG K.) beim GBA des AG W. die Eintragung eines Insolvenzvermerks betreffend das Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch, Grundbuch des AG W., Gemarkung . . ., Blatt . . ., Flur . . ., Flurstücke . . .,

deren Eigentümerin unter anderem die Insolvenzschuldnerin, die Bet. zu 2) ist. Die Eintragung des Insolvenzvermerks erfolgte am 30. 9. 2011.

Unter dem 17. 11. 2011 wurde der Bet. zu 1) als Inhaberin von Grundschulden auf den Grundstücken der Insolvenzschuldnerin zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen des dinglichen Anspruchs, insbesondere zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz gegen Herrn Rechtsanwalt . . . in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen von Frau . . . eine vollstreckbare Ausfertigung von Herrn Notar . . . erteilt. Der Notar nahm unter dem 17. 11. 2011 die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Insolvenzverwalter, Herrn Rechtsanwalt . . . vor.

Am 1. 12. 2011 beantragte der Insolvenzverwalter, Herr Rechtsanwalt . . ., beim AG K. (Insolvenzgericht) die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch des AG W. Zur Begründung wies der Insolvenzverwalter darauf hin, dass die Immobilien wertausschöpfend belastet seien und er sie deshalb gegenüber der Insolvenzschuldnerin aus der Insolvenzmasse freigegeben habe.

Mit Schreiben vom 7. 12. 2011 beantragte das AG K. (Insolvenzgericht) beim GBA des AG W. die Löschung des Insolvenzvermerks im Bezug auf die streitgegenständlichen Grundstücke. Zur Begründung verwies das Insolvenzgericht darauf, dass der Verwalter die Immobilie aus dem Insolvenzverfahren freigegeben habe.

Am 12. 12. 2011 wurde vom GBA des AG W. die Löschung des Insolvenzvermerks betreffend die streitgegenständlichen Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Unter dem gleichen Datum hat das GBA des AG W. den Insolvenzverwalter, Herrn Rechtsanwalt . . ., angeschrieben und bat diesen, den Wortlaut und die Eintragung betreffend die Löschung des Insolvenzvermerks zu überprüfen. Die vollstreckbare Ausfertigung der UR-Nr. . . des Notars . . . wurde bereits am 29. 11. 2011 Herrn . . . dem Bet. zu 3), am 12. 12. 2011 Herrn Rechtsanwalt . . . als Insolvenzverwalter und am 13. 1. 2012 Frau . . ., der Bet. zu 2), per Gerichtsvollzieher zugestellt und damit erfolgte die Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens.

Die Bet. zu 1) beantragte beim Notar . . . mit Schriftsatz vom 6. 2. 2012, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen Frau . . . wegen des in der Urkunde vom 29. 1. 1988 – UR-Nr. . . des Notars . . . – begründeten Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz, eingetragen im Grundbuch von W. Blatt . . . und . . . zu erteilen.

Durch Beschluss vom 30. 5. 2012 wies der Notar . . . diesen Antrag zurück. Dies begründete er damit, dass am 17. 11. 2011 der Bet. zu 1) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen des dinglichen Anspruchs insbesondere zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz gegen Herrn . . . in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen von Frau . . . bereits eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden sei. Der Insolvenzverwalter habe mit Schreiben vom 13. 4. 2012 erklärt, dass er nicht bereit

sei, eine Freigabeerklärung in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Nachdem die Bet. zu 1) auf den fehlenden Nachweis der Rechtsnachfolge hingewiesen worden sei, habe sie mit Schreiben vom 25. 5. 2012 darum gebeten, eine Entscheidung im Wege des Vorbescheides zu erlassen. Zur weiteren Begründung führt der Notar aus, dass bereits bezüglich der Zulässigkeit des Antrags Bedenken bestünden. Eine Umschreibung des Titels sei nicht erforderlich, wenn eine gegen den Insolvenzverwalter zuvor bereits durch Zustellung des Titels eingeleitete Vollstreckung in ihrer Wirkung fortbestehe (vgl. BGH DNotZ 2005, 840). Es sei bereits die gegen den Insolvenzverwalter lautende vollstreckbare Ausfertigung diesem zugestellt worden. Im Übrigen hielt der Notar den Antrag für unbegründet, weil die Freigabe der mit den Grundschulden belasteten Immobilie aus der Insolvenzmasse nicht in öffentlich oder in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen worden sei.

Die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch reiche hierfür nicht aus (vgl. LG Berlin Ppfleger 2004, 158; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2010, Rn. 44, 35). Diesen Beschluss stellte der Notar . . . mit Rechtshilfebelehrung der Bet. zu 1) zu. Die Zustellung erfolgte am 4. 6. 2012.

Am 3. 7. 2012 legte die Bet. zu 1) per Telefax Beschwerde beim Notar gegen den Beschluss ein. Sie begründete dies damit, dass die vom Notar zitierte Entscheidung des BGH vom 14. 4. 2005 (DNotZ 2005, 840) vorliegend nicht anwendbar sei. In dem dort entschiedenen Fall habe die Zwangsvollstreckung bereits vor der Insolvenzeröffnung begonnen. Nachdem die Klausel auf den Insolvenzverwalter umgeschrieben worden sei, habe dieser dort die Freigabe des Objekts erklärt. Im vorliegenden Fall sei der Antrag auf Einleitung der Zwangsvollstreckung erst am 30. 1. 2012 und damit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt worden. Es sei daher die Umschreibung der Klausel auf den Insolvenzverwalter sehr wohl erforderlich gewesen. Aus diesen Gründen habe das AG W. auch am 30. 1. 2012 den gestellten Zwangsvollstreckungsantrag der Bet. zu 1) auf Vollstreckung aus der in Abt. I bestellten Grundschuld in Höhe von 81 806,70 € abgelehnt.

Die Bet. zu 1) hat den Notar aufgefordert, der Beschwerde abzuhelpen und die Klausel wie beantragt auf die Schuldnerin umzuschreiben.

Der Notar hat durch Beschluss vom 13. 7. 2012 der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Beschwerde sei zwar zulässig, aber in der Sache unbegründet. Dabei hat er sich auf die Gründe in seinem Beschluss vom 30. 5. 2012 berufen. Im Übrigen hat der Notar ergänzend noch geltend gemacht, dass unabhängig von der Frage der Erforderlichkeit der Umschreibung der Antrag der . . . auf Umschreibung der Vollstreckungsklausel in erster Linie deshalb zurückgewiesen worden sei, weil die Freigabe des von der Zwangsvollstreckung betroffenen Grundstücks aus der Insolvenzmasse vom Insolvenzverwalter nicht in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen worden sei. Da dieser Nachweis auch im Beschwerdeverfahren nicht erbracht worden sei, sei der Beschwerde nicht abzuhelpen und diese dem LG zur Entscheidung vorzulegen. Der Notar hat noch darauf hinge-

wiesen, dass der Insolvenzverwalter, Rechtsanwalt . . . , nicht bereit gewesen sei, in öffentlich beglaubigter Form die Freigabeerklärung abzugeben, was zwischen den Bet. unstrittig ist.

Die gemäß § 54 BeurkG i. V. m. den §§ 63, 71 FamFG statthafte Beschwerde der Bet. zu 1) hat in der Sache selbst keinen Erfolg.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat der Notar . . . die Erteilung einer erneuten vollstreckbaren Ausfertigung gegen die Bet. zu 2) wegen des in der Urkunde vom 29. 1. 1988 – UR-Nr. . . . – des Notars . . . begründeten Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz, eingetragen im Grundbuch von W. . . . und . . . zu erteilen, zurückgewiesen.

Die Rechtsnachfolge i. S. d. § 727 ZPO auf Schuldnerseite vom Insolvenzverwalter auf die Insolvenzschuldnerin und Bet. zu 2) ist weder in ausreichender Form nachgewiesen noch offenkundig (vgl. BGH DNotZ 2005, 840 ff.).

Zwar handelt es sich bei dem Wechsel in der Verfügungsbefugnis vom Insolvenzschuldner auf den Insolvenzverwalter und nach Freigabe erneut auf den Insolvenzschuldner nicht um eine Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne, da die Rechtsinhaberschaft während des gesamten Insolvenzverfahrens bei dem Insolvenzschuldner verbleibt. Nach gefestigter, auch höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH a.a.O.) ist § 727 ZPO jedoch auf diese Fälle zumindest entsprechend anzuwenden, so lange noch keine Zwangsvollstreckungsmaßnahme gegen den Verfügungsbefugten eingeleitet worden ist. Bei der Freigabe eines Vermögensgegenstandes aus der Insolvenzmasse ist es im Rahmen des § 727 ZPO notwendig, die Wirksamkeit der Freigabe seitens des Insolvenzverwalters als „Rechtsnachfolger“ im Sinne der Rückübertragung der Verfügungsbefugnis auf die Bekl. zu 2) in der entsprechenden Form nachzuweisen. Die Wirksamkeit der Freigabe tritt jedoch erst durch Zugang der Erklärung bei dem Schuldner ein. Der Nachweis der wirksamen Freigabe erfordert daher den Nachweis der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sowie ihres Zugangs in öffentlich beglaubigter Form bzw. in öffentlicher Urkunde. Bei der Freigabe eines Vermögensgegenstandes aus der Insolvenzmasse ist es im Rahmen des § 727 ZPO notwendig, die Wirksamkeit der Freigabe als „Rechtsnachfolge“ in der entsprechenden Form nachzuweisen. Erst mit dem Zugang der Erklärung bei dem Schuldner wird der Insolvenzbeschlagn aufgehoben und der Vermögensgegenstand gelangt in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners.

Im vorliegenden Verfahren liegt die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters als solche mit dem Nachweis ihres Zugangs nicht in öffentlich beglaubigter Form bzw. in öffentlicher Urkunde vor. Vielmehr hat der Insolvenzverwalter ausdrücklich erklärt, er sei nicht bereit, in öffentlich beglaubigter Form die Freigabeerklärung abzugeben.

Die Freigabe seitens des Insolvenzverwalters ist auch nicht offenkundig. Soweit teilweise in der notarrechtlichen Literatur (vgl. Wolfsteiner a.a.O.) eine Offenkun-

digkeit der Rechtsnachfolge für den Fall angenommen wird, dass der Insolvenzvermerk im Grundbuch gelöscht wurde, vermag sich die Kammer dieser Auffassung nicht anzuschließen. Der Umstand der Löschung als solche mag ausweislich des Grundbuchs zwar offenkundig sein. Daraus folgt aber nach Auffassung der Kammer nicht, dass damit auch die wirksame Freigabe durch den Insolvenzverwalter offenkundig wäre. Die Wirksamkeit der Freigabe tritt mit Zugang der Erklärung bei dem Schuldner ein. Die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch hat lediglich deklaratorischen Charakter. Insoweit schließt sich die Kammer der Auffassung des LG Berlin an, nach der die Funktion des Insolvenzvermerks in Abt. II des Grundbuchs sich darauf beschränkt, den nach § 892 Abs. 1 S. 2 BGB geschützten öffentlichen Glauben des Grundbuchs an die unbeschränkte Verfügungsmacht des eingetragenen Eigentümers zu zerstören. Aus dem Fehlen des Vermerks folgt nicht, dass die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht oder nicht mehr besteht.

Denn die Verfügungsbefugnis geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Verwalter über, ohne dass es dazu einer Eintragung im Grundbuch bedarf (vgl. LG Berlin a.a.O.). Für die Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite hat der BGH entschieden, dass der Nachweis der Rechtsnachfolge in der qualifizierten Form des § 727 Abs. 1 ZPO dann entbehrlich ist, wenn der Schuldner als Ag. die Rechtsnachfolge zugesteht (§ 288 ZPO) und der bisherige Gläubiger der Erteilung der Vollstreckungsklausel an den Rechtsnachfolger zustimmt. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall, weil die Bet. zu 2) sich ausdrücklich darauf berufen hat, dass eine Freigabe in der Form des § 727 Abs. 1 nicht vorliegt und sie mit der Entscheidung in dieser Form nicht einverstanden sei. Damit hat die Bet. zu 2) zumindest als Schuldnerin und Ag. die Rechtsnachfolge nicht zugestanden. Im Übrigen ist es Sache der Bet. zu 1), die Rechtsnachfolge darzulegen. Aus der Anwendung des § 288 ZPO im Rahmen des § 727 Abs. 1 ZPO folgt nicht, dass der Notar von Amts wegen verpflichtet wäre, die vorgenannten Erklärungen abzufordern oder auf deren Vorlage hinzuwirken. Außerdem hat der Insolvenzverwalter, Herr Rechtsanwalt . . ., ausdrücklich erklärt, dass er eine Freigabe in öffentlich beglaubigter Form nicht abgibt, so dass insoweit die Rechtsnachfolge sowie die mangelnde Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht nachgewiesen ist.

Nach alledem hat der Notar daher die Umschreibung der Klausel zu Recht abgelehnt.

6. Liegenschaftsrecht – Sondereigentumsfähigkeit der Bauteile eines Mehrfachparkers (LG München I, Urteil vom 5. 11. 2012 – 1 S 1504/12)

WoEigG § 5 Abs. 2

1. An Bauteilen einer Doppelstockgarage (Duplex-Parker) kann auch dann Sondereigentum bestehen, wenn die zugehörige Hydraulikanlage infolge des Betriebs mehrerer Garageneinheiten zwingendes Gemeinschaftseigentum darstellt.

- 2. Sind in einer Teilungserklärung Mehrfachparker als Sondereigentum aufgeführt, sind einzelne Bauteile des Mehrfachparkers nur dann sonder-eigentumsfähig, wenn sie ausschließlich einer Sondereigentumseinheit und nicht dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen.**
- 3. Das zur Hebebühne einer Doppelstockgarage gehörende Fahrblech ist – soweit es entfernt werden kann, ohne die Funktionsfähigkeit der Hebeanlage im Übrigen zu beeinträchtigen – sonder-eigentumsfähig.**

Zur Einordnung:

Bei Wohnungseigentümern stellt sich regelmäßig die Frage, inwieweit Bestandteile einer technischen Ausstattung, die an eine im Gemeinschaftseigentum befindliche Anlage angeschlossen sind, dem Sondereigentum unterfallen. Hintergrund ist zumeist die Frage nach der Kostentragungspflicht bei Reparaturen oder Erneuerungen solcher Einrichtungen.

Auch die vorliegende Entscheidung fügt sich in diese Problematik ein. Gem. § 16 Abs. 2 WEG haben die Wohnungseigentümer die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu tragen. Die Instandhaltung des Sondereigentums obliegt hingegen gem. § 14 Nr. 1 WEG dem jeweiligen Wohnungseigentümer auf eigene Kosten. Dies ist bereits ein schlagender Grund für die konstante Anzahl von Rechtsstreitigkeiten auf diesem Gebiet. Weiter hängt aber auch die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer für Verwaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen davon ab, ob eine Anlage zum Gemeinschafts- oder zum Sondereigentum zählt. Nur für Gemeinschaftseigentum liegt die Beschlusskompetenz nach §§ 21, 22 WEG bei der Eigentümerversammlung. Wie in vorliegender Entscheidung bestätigt, hat bereits die Unwirksamkeit eines Teils der Beschlussfassung durch die Eigentümerversammlung, weil beispielsweise über Sondereigentum beschlossen wurde, regelmäßig die Unwirksamkeit des ganzen Beschlusses zur Folge.

Was Inhalt des Sondereigentums ist, regelt bekanntermaßen § 5 WEG. Gem. § 5 Abs. 1 WEG sind Gebäudebestandteile, die zu im Sondereigentum stehenden Räumen gehören, kraft Gesetzes ebenfalls Sondereigentum, es sei denn die Anlagen dienen dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer (§ 5 Abs. 2 WEG). In diesem Zusammenhang zu nennen ist die vom BGH bestätigte Sondereigentumsfähigkeit von Heizkörpern, Thermostaten und Anschlussleitungen (BGH DNotZ 2012, 58, vgl. hierzu auch Schmitz, MittBayNot 2012, 180 und Hügel/Elzer, DNotZ 2012, 4). Im Anschluss hieran hat der BGH entschieden, dass sich das an einem Duplexparker gebildete Sondereigentum auch auf die dazugehörige Hebeanlage erstreckt, zumindest wenn durch diese keine weiteren Garageneinheiten betrieben werden (BGH NJW-RR 2012, 85). Nunmehr hat das LG München I hieran anschließend die Frage

der Sondereigentumsfähigkeit einzelner Bestandteile einer solchen Hebeanlage wie in den Leitsätzen geschildert entschieden. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Für die notarielle Praxis zeigt auch diese Entscheidung, das möglichst auf Aufzählungen in Teilungserklärungen, was nach Ansicht des Notars dem Sondereigentum angehört, verzichtet werden sollte (Hügel/Elzer, DNotZ 2012, 4, 11). Was Sondereigentum ist, bestimmt sich ausschließlich nach der gesetzlichen Vorgabe des § 5 WEG. Bei den Regelungen zur Sondereigentumsfähigkeit in Teilungserklärungen handelt es sich lediglich um beispielhafte Klarstellungen ohne konstitutive Wirkung (Schmitz, MittBayNot 2012, 180, 181).

Die Schriftleitung (TF)

Aus den Gründen:

I. Von einer Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 II, 313 a I 1 ZPO abgesehen, da ein Rechtsmittel gegen das vorliegende Urteil unzweifelhaft nicht in Betracht kommt: Die Revision wurde nicht zugelassen; eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nach § 62 Abs. 2 WEG n.F. ausgeschlossen, da es sich vorliegend um eine Streitigkeit nach § 43 Nr. 4 WEG handelt (Spielbauer/Then, WEG, § 62 Rz. 6). Die zulässige Berufung der Kl. hat insoweit Erfolg, als die Nichtigkeit der Beschlussfassung zu TOP 3.5 festzustellen war. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet.

1. Der unter TOP 3.5 (Finanzierung der Maßnahme; Instandsetzung an verschiedenen Duplex-Parkern) gefasste Beschluss ist nichtig, da es insoweit an der erforderlichen Beschlusskompetenz der Gemeinschaft fehlte. a) Für die Beschlussfassung unter TOP 3.5 fehlt zumindest teilweise die Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung, so dass der Beschluss insgesamt als nichtig anzusehen ist. Gegenstand der Beschlussfassung ist hier die Durchführung von Instandsetzungsarbeiten an Duplexparkern, und zwar im Wesentlichen die Erneuerung von Fahrblechen und die Instandsetzung bzw. der Austausch von Seiten- und Mittelträgern.

Die Vornahme und Organisation der Instandsetzung der Duplexparker fällt dabei nur in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum, nicht aber auch hinsichtlich des Sondereigentums in die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft. Vorliegend betrifft die Beschlussfassung jedoch jedenfalls auch die Fahrbleche und damit auch das Sondereigentum der Bruchteilseigentümer an den Duplex- bzw. Mehrfachparkern.

Duplexparker sind in ihrer Gesamtheit sondereigentumsfähig

aa) Zwar sind einzelne Stellplätze bei Doppel- oder Mehrfachparkern nicht sondereigentumsfähig (vgl. LG Dresden ZMR 2010, 979, Thüringer OLG BWNotZ 2006, 43; BayObLG NJW-RR 1995, 783), jedoch kann an einem Duplex- bzw. Mehrfachparker jeweils in seiner Gesamtheit nach h.M. Sondereigentum begründet werden (vgl. BGH NJW-RR, 2012, 85–86 m. w. N.; Jen-

nißen, WEG, 3. Aufl., § 3 Rn. 24 a, Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 65). Dies ist im vorliegenden Fall durch die Teilungserklärung vom 25. 5. 1979 in Verbindung mit dem Nachtrag zur Teilungserklärung vom 16. 7. 1979 geschehen. Im Nachtrag zur Teilungserklärung sind die in der Gemeinschaft vorhandenen Duplex- bzw. Mehrfachparker mit 2 bzw. 4 Stellplätzen jeweils in ihrer Gesamtheit dem Sondereigentum zugewiesen.

bb) Nicht einheitlich beantwortet wurde bisher die Frage, ob die Zuweisung der Duplex- bzw. Mehrfachparker zum Sondereigentum in der Teilungserklärung auch die im Sondereigentumsbereich befindlichen technischen Vorrichtungen der Duplex- bzw. Mehrfachparker erfasst, wenn – wie hier – mehrere Parkeinheiten eine gemeinsame Hydraulikanlage besitzen (gegen eine Zuweisung von Gebäudebestandteilen generell: Hügel/Elzer, DNotZ, 2012, 4).

Problematik der Zuweisung von Bestandteilen zum Sondereigentum

(1.) Auszugehen ist dabei zunächst davon, dass nach § 5 Abs. 1 WEG unter bestimmten Voraussetzungen auch diejenigen Gebäudebestandteile von Gesetzes wegen und sogar ohne weitere Bestimmung der Wohnungseigentümer dem Sondereigentum zugewiesen werden, welche zu den gem. § 3 Abs. 1 WEG zum Sondereigentum bestimmten Räumen gehören.

Die Zuweisung von Bestandteilen zum Sondereigentum ist dabei von der Erfüllung von drei Voraussetzungen abhängig:

(1.1) Zunächst muss der Bestandteil zu einem im Sondereigentum stehenden Raum „gehören“. Erforderlich ist dabei eine räumliche und/oder funktionale Zuordnung des Bestandteils. Diese Voraussetzung ist bei den technischen Einrichtungen des Duplex- oder Mehrfachparker unzweifelhaft gegeben. Die technischen Vorrichtungen befinden sich entweder bereits im räumlichen Bereich des Duplex- oder Mehrfachparker oder stehen zumindest mit diesem in einem funktionalen Zusammenhang.

(1.2) Die Regelung des § 5 Abs. 1 WEG erfasst dabei weiterhin nach einhelliger Meinung nur Gebäudebestandteile, welche als wesentliche Bestandteile gem. §§ 93, 94 BGB anzusehen sind (vgl. Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 5 Rn. 4; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 20, Jennißen/Grziwotz, 3. Aufl., § 4 Rn. 14). Nach §§ 93, 94 BGB ist ein Gebäudebestandteil wesentlich, wenn er mit dem Grund und Boden eines Grundstücks fest verbunden ist und nicht mehr abgetrennt werden kann, ohne dass er zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Auch diese Voraussetzung ist durch die technischen Einrichtungen des Duplex- bzw. Mehrfachparker, die in ihrer Gesamtheit fest mit dem Gebäude verbunden sind und nicht zerstörungsfrei aus diesem entfernt werden können, erfüllt.

(1.3) Schließlich ist erforderlich, dass der Bestandteil verändert, beseitigt oder eingefügt werden kann, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zuläs-

sige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird.

Diese in § 5 Abs. 1 WEG genannte Voraussetzung ist dabei in Zusammenhang mit der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 WEG zu sehen, wonach eine Zuordnung von wesentlichen Gebäudebestandteilen zum Sondereigentum kraft Gesetzes nicht erfolgt, wenn es sich um Teile des Gebäudes handelt, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie wenn es sich um Anlagen und Einrichtungen handelt, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen. Auch das Vorliegen dieser Voraussetzung hat der BGH im Rahmen seiner Entscheidung vom 21. 10. 2011 (NJW-RR 2012, 85–86 = RNotZ 2012, 186 (Ls.)) hinsichtlich der technischen Vorrichtungen von Duplex- oder Mehrfachparkern jedenfalls für den Fall bejaht, dass durch die Hydraulik einer Doppelstockgarage keine weitere Garageneinheit betrieben wird.

BGH: Technische Einrichtungen von Duplexparkern sind grundsätzlich sondereigentumsfähig

(1.3.1) Der BGH hat damit entgegen einer früheren Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Sondereigentumsfähigkeit der technischen Einrichtungen von Duplex- oder Mehrfachparkern grundsätzlich bejaht.

In Rechtsprechung und Literatur wurde zum Großteil vor der Entscheidung des BGH die Auffassung vertreten, dass die konstruktiven Bauteile der Duplex- bzw. Mehrfachparker in jedem Fall als zwingendes Gemeinschaftseigentum anzusehen sind (vgl. insbes. OLG Düsseldorf NZM 1999, 571–573; OLG Celle NJW-RR 2005, 1682; AG Rosenheim ZMR 2008, 923–925; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 5 Rn. 12 mit Fn. 108, wo auf Rechtsprechung verwiesen wird, die sich mit einer gemeinsamen Hydraulikanlage befasst; Riecke/Schmid/Schneider/Förth, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 5 Rn. 43).

Zur Begründung hat die frühere Rechtsprechung dabei darauf abgestellt, dass die Hebebühne nebst Antrieb notwendiger Bestandteil einer Doppelstockgarage sei (so z. B. OLG Celle NJW-RR 2005, 1682) bzw. konstruktiver Teil des Gebäudes i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG (so etwa OLG Düsseldorf NZM 1999, 571–573).

Dieser Auffassung hat sich der BGH in seiner Entscheidung vom 21. 10. 2011 (NJW-RR 2012, 85–86) jedoch nicht angeschlossen und die Sondereigentumsfähigkeit der technischen Einrichtungen eines Duplex- oder Mehrfachparkers grundsätzlich anerkannt (so auch Klimesch, IMR 2012, 112). Die technischen Einrichtungen einer Doppelstockgarage dienen dabei im Grundsatz nur dem Sondereigentümer der Doppelstockgarage bzw. den entsprechenden Bruchteilseigentümern.

Der BGH hat damit unmissverständlich klargestellt, dass nicht bereits aus der Tatsache, dass nur durch den Einbau der technischen Einrichtungen eine Doppelstockgarage entsprechend der Zweckbestimmung in der Teilungserklärung entsteht, eine zwingende Zuordnung der technischen Einrichtungen der Doppelstockgarage (wie hydraulischer Antrieb oder Hebebühne) zum Gemeinschaftseigentum i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG folgt.

Weiterhin ist damit unzweifelhaft, dass es sich bei den technischen Einrichtungen der Doppelstockgarage grundsätzlich nicht um für den Bestand oder die Sicherheit erforderliche Teile des Gebäudes bzw. um eine Anlage, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dient, handelt.

Eine Hebeanlage für mehrere Garageneinheiten ist zwingendes Gemeinschaftseigentum

(1.3.2) Zwingendes Gemeinschaftseigentum i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG liegt nach Ansicht des BGH jedoch dann vor, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Hebeanlage mehrere Garageneinheiten betreibt. Eine Anlage, die mehrere Hebevorrichtungen betreibt, dient demnach dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer.

Fraglich ist, welche Teile der Hydraulikanlage in einem solchen Fall zwingend Gemeinschaftseigentum sein müssen

Hiermit nicht beantwortet ist jedoch die Frage, ob im Falle des Betriebs mehrerer Garageneinheiten durch eine Hydraulikanlage sämtliche Bauteile der technischen Einrichtungen der Doppelstockgaragen einschließlich der Hebebühne, wie zum Beispiel Fahrbleche oder Seitenträger, ebenfalls zwingendes Gemeinschaftseigentum sind. Dies hatte der BGH im Rahmen der vorgenannten Entscheidung vom 21. 10. 2011 (NJW-RR 2012, 86–86) nicht zu entscheiden, da in der dortigen Fallkonstellation die Doppelstockgarage einschließlich der Hydraulikanlage insgesamt dem Sondereigentum zugewiesen war.

(2) Teile der Technik eines Duplex- oder Mehrfachparkers, welche nur einem Duplex- oder Mehrfachparker dienen und nicht für die Funktion der Gesamtanlage erforderlich sind, sind nach Auffassung der Kammer jedoch nicht zwingend Gemeinschaftseigentum i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG.

Nach der Ausnahmeregelung in § 5 Abs. 2 WEG stehen, unabhängig von ihrer Lage in Räumen des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums, solche Anlagen im Gemeinschaftseigentum, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen. Sondereigentum können nach § 5 Abs. 1 WEG demgegenüber diejenigen Bestandteile sein, welche ohne Beeinträchtigung fremden Sondereigentums oder des gemeinschaftlichen Eigentums verändert oder beseitigt werden können. Bei der Beurteilung der Frage der Sondereigentumsfähigkeit ist nach Ansicht der Kammer eine Differenzierung betreffend der einzelnen Bauteile einer technischen Anlage danach geboten, ob das jeweilige Bauteil dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dient oder nicht. Einer derartigen Auslegung des Gesetzes steht dabei weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck des § 5 Abs. 2 WEG entgegen.

Anlage i. S. d. § 5 Abs. 2 WEG

Entscheidend ist hierbei, was unter einer Anlage i. S. d. § 5 Abs. 2 WEG zu verstehen ist. Eine Legaldefinition enthält das Gesetz nicht. Nach h. M. sind Anlagen in der Regel technische Ausstattungen (vgl. Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 5 Rn. 12; Palandt/Bassenge, WEG,

71. Aufl., § 5 Rn. 7). Aus der Verwendung des Begriffs der „Anlage“ in § 5 Abs. 2 WEG ergibt sich dabei nicht, dass alle Bestandteile einer technischen Ausstattung, welche einer einheitlichen Funktion dienen, wie z. B. der Versorgung mit Heizwärme oder Elektrizität, einheitlich dem Sonder- oder dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet werden müssten.

Der Wortlaut steht einer differenzierten eigentumsrechtlichen Zuordnung der einzelnen Bestandteile einer technischen Anlage jedenfalls nicht entgegen. Auch der Sinn und Zweck der Regelung § 5 Abs. 2 WEG gebietet keine andere Auslegung. Durch § 5 Abs. 2 WEG soll eine Monopolisierung von Gebäudebestandteilen durch Sondereigentumszuweisung verhindert werden, wenn eine Vorenthaltung derselben den schutzwürdigen Interessen der Gemeinschaft zuwiderlaufen würde (vgl. Staudinger/Rapp, 13. Bearb. 2005, WEG, § 5 Rn. 40).

Dem Schutzbedürfnis der Wohnungseigentümer ist jedoch auch dann hinreichend Rechnung getragen, wenn man eine Sondereigentumsfähigkeit von Teilen einer technischen Einrichtung annimmt, welche für die Funktionsfähigkeit der gesamten Einrichtung nicht erforderlich sind und nur einem einzelnen Sondereigentümer dienen.

Die Kammer verkennt dabei nicht, dass eine einheitliche Zuordnung einer technischen Ausstattung zum Gemeinschafts- oder zum Sondereigentum in der Praxis einfacher handhabbar wäre, weil die Frage der eigentumsmäßigen Zuordnung einzelner Bestandteile nicht jeweils im Einzelfall geklärt werden müsste. Allerdings würde eine derartige Vereinfachung nicht im Einklang stehen sowohl mit dem in der Teilungserklärung ausgedrückten Willen der Wohnungseigentümer, die Doppelstockgaragen dem Sondereigentum zuzuweisen, als auch mit der gesetzgeberischen Grundwertung des § 5 Abs. 1 WEG, wonach Gebäudebestandteile im Bereich des Sondereigentums grundsätzlich dem Sondereigentum zugewiesen werden, wenn nicht ein Schutzbedürfnis der sonstigen Wohnungseigentümer besteht (gegen eine generalisierende Betrachtungsweise von Anlagen vgl. auch Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 82 zur Frage der „Einheitlichkeit des Heizungssystems“, a. A. Jennißen/Grziwotz, WEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 85).

(3) Dass Bestandteile einer technischen Ausstattung, welche an eine im Gemeinschaftseigentum befindliche Anlage angeschlossen sind, dennoch dem Sondereigentum zugewiesen sein können, ist durch die Rechtsprechung hinsichtlich anderer technischer Anlagen bereits anerkannt.

So steht eine im Bereich des Sondereigentums befindliche Sprechstelle einer gemeinschaftlichen Gegensprechanlage im Sondereigentum (vgl. OLG Köln NZM 2002, 865). Gleiches gilt für Heizkörper, Heizleitungen und Heizschlangen der Fußbodenheizung, auch wenn die Heizungsanlage im Übrigen im Gemeinschaftseigentum steht (vgl. BGH NJW 2011, 2958–2960). Im Rahmen der zuletzt genannten Entscheidung hat der BGH ausdrücklich ausgeführt, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 WEG im dortigen Fall nicht bei allen Bauteilen der Zentralheizungsanlage gegeben seien,

die aus einer Heizzentrale und einem Leitungssystem bestehe, das die Heizwärme in der Wohnanlage zur Abnahme durch die einzelnen Wohnungseigentümer verteile. Der BGH hat an dieser Stelle bei der Beurteilung der Sondereigentumsfähigkeit bereits eine Differenzierung danach vorgenommen, ob ein einzelnes Bauteil einer technischen Anlage dem gemeinschaftlichen Gebrauch dient, ob also durch dieses Bauteil die Funktionsfähigkeit der gesamten Anlage tangiert ist oder nicht (so auch Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 82).

Gleiches gilt für Ver- und Entsorgungsleitungen für Wasser, Gas, Strom und Telefon, wenn und soweit sie sich im Sondereigentumsbereich befinden und nur der Versorgung des jeweiligen Sondereigentums dienen, d. h. ab Abzweigung von der gemeinschaftlichen Hauptleitung (vgl. OLG Düsseldorf NZM 2001, 752; BayObLG WuM 1989, 35–36; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 5 Rn. 4; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 90).

Maßgeblich ist die Möglichkeit der Entfernung einzelner Bauteile, ohne dass dies Auswirkungen auf die gemeinschaftliche Anlage hat

(4) Die vorstehenden Grundsätze lassen sich ohne weiteres auf Doppelstockgaragen mit einer Hydraulikanlage, welche mehrere Garageneinheiten betreibt, übertragen. Maßgeblich muss daher auch hier hinsichtlich einzelner Bauteile der technischen Anlage sein, ob der jeweilige Teil einer technischen Einrichtung, der an eine gemeinschaftliche Anlage angeschlossen ist, entfernt werden kann, ohne dass dies Auswirkungen auf die gemeinschaftliche Anlage hat.

Hierbei steht nicht entgegen, dass die Hebebühnen nur dann zu betreiben sind, wenn sie an die Hydraulikanlage angeschlossen sind. Das AG Rosenheim hat in seinem Urteil vom 29. 5. 2008 (ZMR 2008, 923–925), auf welches der BGH im Rahmen seiner Entscheidung vom 21. 10. 2011 Bezug nimmt, ohne ihm im Ergebnis zu folgen, hierzu ausgeführt, dass die Hebebühnen mit der im Gemeinschaftseigentum befindlichen Hydraulikanlage fest verbunden seien, damit der Betrieb der Anlage überhaupt gewährleistet sei. Bei den Hydraulikanlagen und den Hebebühnen handele es sich daher um zwingendes Gemeinschaftseigentum.

Auch Heizkörper sind sondereigentumsfähig und können als Vergleichsmaßstab dienen

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Die bloße Verbindung mit zwingendem Gemeinschaftseigentum führt gerade nicht dazu, dass es sich bei dem verbundenen Teil ebenfalls um Gemeinschaftseigentum handelt. Wie bereits dargestellt, erstreckt sich der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 WEG von vornherein nur auf wesentliche Bestandteile des Gebäudes, was an sich schon eine feste Verbindung mit Gemeinschaftseigentum voraussetzt. Würde man also auf die feste Verbindung mit Gemeinschaftseigentum abstellen, bliebe für § 5 Abs. 1 WEG wohl kein Anwendungsbereich. Darüber hinaus würde dasselbe gelten z. B. für einen im Bereich des Sondereigentums eines Wohnungseigentümers befindlichen Heizkörper, der an eine

gemeinschaftliche Heizungsanlage angeschlossen ist. Auch der Heizkörper kann nur dann durch den jeweiligen Sondereigentümer betrieben werden, wenn er an die gemeinschaftliche Heizungsanlage angeschlossen ist. Der Heizkörper ist jedoch nach der herrschenden Meinung dennoch sondereigentumsfähig (vgl. BGH NJW 2011, 2958–2960).

Auch der Einwand, die Hebebühne sei in ihrer Gesamtheit zwingend Gemeinschaftseigentum, weil sie der gesamten Anlage insoweit diene, als nur durch deren Einbau überhaupt Duplex-Parker, wie in der Teilungserklärung vorgesehen, entstehen, verfährt nicht. Hierzu hat, wie oben ausgeführt, der BGH in seiner Entscheidung vom 21. 10. 2011 (NJW-RR 2012, 85–86) bereits ausgeführt, dass allein die Tatsache, dass die Hebebühne notwendiger Bestandteil einer Doppelstockgarage ist, die Zuweisung der Doppelstockgarage zum Sondereigentum nicht hindert.

Fahrbleche sind gem. § 5 Abs. 1 WEG Sondereigentum

cc) Nach den vorgenannten Grundsätzen sind daher zumindest die Fahrbleche gem. § 5 Abs. 1 WEG dem Sondereigentum zugewiesen. Es sind vorliegend keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass diese nicht durch die jeweiligen Sondereigentümer entfernt werden könnten, ohne dass dies Auswirkungen auf die Rechte der übrigen Wohnungseigentümer hätte. Die Fahrbleche dienen daher jeweils nur dem einzelnen Stellplatz innerhalb der Doppelstockgarage.

Die Unwirksamkeit eines Teils der Beschlussfassung durch die Eigentümerversammlung hat nach h. M. regelmäßig die Unwirksamkeit des ganzen Beschlusses zur Folge

Soweit die Wohnungseigentümer daher unter TOP 3.5 Maßnahmen bzgl. der Instandsetzung der Fahrbleche der Doppelstockgaragen beschlossen haben, bestand keine Beschlusskompetenz, da dies einen Eingriff in das Sondereigentum darstellt. Ob dies ebenfalls hinsichtlich des Austauschs der Mittel- und Seitenträger gilt, kann dabei offen bleiben, da nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB der gesamte Beschluss zu TOP 3.5 als nichtig anzusehen ist. Die Unwirksamkeit eines Teils der Beschlussfassung hat nach h. M. regelmäßig die Unwirksamkeit des ganzen Beschlusses zur Folge (vgl. Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 23 Rn. 32). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Wohnungseigentümer den mangelfreien Teil auch ohne den ungültigen Teil beschlossen hätten (Bärmann/Merle, WEG, 11. Aufl., § 23, Rz. 191, m. w. N.). Hierfür hat die Kammer jedoch keine Anhaltspunkte.

b) Ob darüber hinaus der Beschluss zu TOP 3.5 bereits wegen eines Ladungsmangels aufzuheben gewesen wäre oder er deshalb ordnungsgemäßer Verwaltung widersprach und für unwirksam zu erklären gewesen wäre, weil die Wohnungseigentümer in Folge des Fehlens einer ausreichenden Zahl von Vergleichsangeboten bei der Beschlussfassung nicht über eine hinreichende Entscheidungsgrundlage verfügt hätten, kann daher offenbleiben.

2. Im Übrigen ist die Berufung der Klagepartei unbegründet. Die Anfechtungsklage war bezüglich der Beschlüsse TOP 4 (Jahresabrechnung 2009) und TOP 7 b (Wirtschaftsplan 2010) abzuweisen. Das AG hat zu Recht angenommen, dass die Kosten für die Wartung des Autoaufzugs bzw. für die Instandhaltung der Duplexparker nach dem allgemeinen Kostenverteilungsschlüssel auf alle Wohnungseigentümer umzulegen waren.

Gemäß § 16 Abs. 2 WEG sind die Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums anteilig zu tragen.

Soweit die Klagepartei der Auffassung ist, dass in Ziffer III 6 der Teilungserklärung eine von § 16 Abs. 2 WEG abweichende Kostenverteilungsregelung zu sehen ist, mit dem Inhalt, dass die Kosten für die Tiefgarage und die Kfz-Abstellplätze im Untergeschoss nur von den Eigentümern eines Kfz-Abstellplatzes gleich in welcher Form zu tragen sind, kann dem nicht gefolgt werden. Die Regelung in Ziffer III 6 der Teilungserklärung stellt keine wirksame abweichende Regelung dar, so dass es bei der Kostenverteilung gem. § 16 Abs. 2 WEG verbleibt.

Unklare und undurchführbare Kostenregelungen vermögen deshalb den allgemein geltenden Verteilungsschlüssel nicht abzuändern

a) Die Teilungserklärung ist Grundlage der Grundbucheintragung (Niederführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 8 Rz. 9). Deshalb gelten für sie die Regeln des Grundbuchrechts. Vorzunehmen ist mithin eine objektive Auslegung: Entscheidend ist der Wortlaut der Erklärung und der Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGH NJW 2004, 3413, 3415 f.; Spielbauer/Then, WEG, § 13 Rz. 40; Bärmann/Becker, WEG, 11. Aufl., § 16 Rz. 44). Darüber hinaus gilt der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz: Eine Regelung, die von einer gesetzlichen Bestimmung abweicht, muss klar und eindeutig ihrem Inhalt nach feststellbar sein (OLG Hamburg ZMR 2004, 614; OLG Bremen ZMR 2007, 633; Spielbauer/Then, 2. Aufl., § 16 Rn. 13). Unklare und undurchführbare Kostenregelungen vermögen deshalb den allgemein geltenden Verteilungsschlüssel nicht abzuändern, es hat insoweit bei diesem sein Bewenden (OLG Hamburg ZMR 2004, 614; OLG München ZMR 2006, 955; OLG Bremen ZMR 2007, 633; Spielbauer/Then, WEG, § 16 Rz. 13; Bärmann/Becker, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 44). b) Nach diesen Grundsätzen stellt der in Ziffer III 6 geregelte Kostenverteilungsschlüssel keine wirksame von der gesetzlichen Regelung des § 16 Abs. 2 WEG abweichende Regelung dar. Denn die Regelung gemäß Ziffer III 3 der Teilungserklärung ist unklar und in sich widersprüchlich.

aa) Ihrem Wortlaut nach stellt die Regelung in Ziffer III 6 zunächst keine Kostenverteilungsregelung dar. Vielmehr wird die Erhebung von Wohngeld einschließlich der Zahlungen für die Zuführung zur Instandhaltungsrücklage geregelt. Dabei wird zunächst festgelegt, dass

das Wohngeld einschließlich der Zuführungen zur Instandhaltungsrücklage für das gemeinschaftliche Eigentum nach Quadratmeter Wohn- oder Gewerbefläche erhoben wird.

Weiterhin bestimmt Ziffer III 6 der Teilungserklärung, dass das Wohngeld/die Instandhaltungsrücklage für die Tiefgarage von den Stellplatzeigentümern und den Benutzern des Fahrrad- und Krafträderabstellplatzes und der Garagenstellplätze im Untergeschoss gemeinsam zu tragen sei, einschließlich aller Unkosten für den Autoaufzug. Nach Auffassung der Kammer stellt diese Regelung jedoch über die Regelung der Erhebung von Wohngeld und Instandhaltungsrücklage hinaus eine Kostenverteilungsregelung dar. Für eine solche Auslegung spricht bereits der Wortlaut der Regelung selbst. So wird die Tragung von Wohngeld für die Tiefgarage einschließlich der Unkosten für den Pkw-Aufzug geregelt. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Erhebung von Wohngeld einschließlich der Zahlungen für evtl. Zuführungen zur Instandhaltungsrücklage nach demselben Schlüssel erfolgen soll wie die spätere Kostenverteilung. Ziffer III 6 ist daher hinsichtlich der Kosten für die Tiefgarage so auszulegen, dass diese nach dem dort geregelten Erhebungsschlüssel für das Wohngeld verteilt werden sollen.

bb) Die Regelung in Ziffer III 6 der Teilungserklärung ist jedoch unklar und in sich widersprüchlich.

„Tatsächliche Benutzung“ kein geeignetes Kostenkriterium

(1) So ist bereits unklar, auf welche Wohnungs- bzw. Teileigentümer die Kosten der Tiefgarage verteilt werden sollen. Die Teilungserklärung spricht davon, dass diese Kosten von den Stellplatzeigentümern und den Benutzern des Fahrrad- und Krafträderabstellplatzes und der Garagenstellplätze im Untergeschoss gemeinsam getragen werden sollen. Hierbei ist schon nicht klar, wie zu bestimmen ist, wer zu den Benutzern des Fahrrad- und Krafträderabstellplatzes gehört. Zunächst ist festzustellen, dass die tatsächliche Benutzung nicht das maßgebliche Abgrenzungskriterium sein kann, da eine Kostenverteilung zum einen nur auf Wohnungs- bzw. Teileigentümer möglich ist und nicht auf einen nicht zu diesem Personenkreis gehörenden Benutzer, etwa einen Mieter. Darüber hinaus ist die tatsächliche Benutzung in der Praxis wohl nicht feststellbar. Soweit man nicht auf die tatsächliche Benutzung, sondern auf die rechtliche Möglichkeit der Benutzung abstellt, würden die Kosten insoweit sämtliche Wohnungseigentümer treffen, da der Fahrrad- und Krafträderabstellplatz unstreitig im Gemeinschaftseigentum steht. Eine Einschränkung der Benutzungsberechtigung für Wohnungseigentümer, welche nicht über einen Kfz-Stellplatz verfügen, lässt sich der Teilungserklärung insoweit nicht entnehmen.

Unerheblich ist hierbei, ob diejenigen Wohnungseigentümer, welche nicht über einen Tiefgaragenstellplatz verfügen, die tatsächliche Möglichkeit der Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums im Bereich der Tiefgarage bzw. ein Interesse an der Benutzung haben. Man könnte daher die Regelung so auslegen, dass unter den Benutzern des Fahrrad- und Krafträderabstellplatzes alle Wohnungseigentümer zu verstehen sind.

Auf diese Weise werden jedoch entgegen der offensichtlichen Zielrichtung der Regelung, dass die Kosten für die Tiefgarage nur von den Sondereigentümern der Tiefgaragenstellplätzen getragen werden sollen, wiederum alle Wohnungseigentümer mit Kosten der Tiefgarage belastet. Insoweit erscheint die Regelung gem. Ziffer III 6 der Teilungserklärung bereits als in sich widersprüchlich.

(2) Entscheidend ist jedoch, dass nach der Regelung in Ziffer III 6 der Teilungserklärung eine Verteilung von Gesamtkosten, d. h. Kosten, welche sowohl die Tiefgarage als auch das darüber befindliche Gebäude betreffen, nicht möglich ist. Insoweit müssten einheitliche Kostenpositionen nach zwei verschiedenen Kostenverteilungsschlüsseln verteilt werden, nämlich nach Quadratmetern Wohn- bzw. Gewerbefläche, soweit die Sondereigentumseinheiten Nr. 1–30 und 34–37 betroffen sind, und für die Sondereigentumseinheiten der Tiefgarage nach den in Ziffer III 6 bestimmten Zahlungseinheiten.

Völlig unklar ist auch, wie eine Verteilung der Gesamtkosten zwischen den Eigentümern der Sondereigentumseinheiten Nr. 1–30 und 34–37 sowie den Sondereigentümern der Tiefgaragenstellplätze erfolgen soll. Insoweit kann auch entgegen der Ansicht der Klagepartei nicht ergänzend auf den Kostenverteilungsschlüssel gem. § 16 Abs. 2 WEG zurückgegriffen werden. Die Wohnungseigentümer wollten durch die Regelung gem. Ziffer III 6 der Teilungserklärung offenbar eine vom gesetzlichen Kostenverteilungsschlüssel abweichende Regelung treffen. Daher kann nicht ohne Weiteres, wenn innerhalb der abweichenden Regelung Unklarheiten bestehen, wieder auf die Regelung des § 16 Abs. 2 WEG abgestellt werden, welche ja gerade abbedungen werden sollte.

Nachdem die Kostenverteilungsregelung in Ziffer III 6 der Teilungserklärung damit nicht durchführbar ist, verbleibt es hinsichtlich der Kosten für die Tiefgarage bei dem gesetzlichen Kostenverteilungsschlüssel gem. § 16 Abs. 2 WEG.

c) Es ist letztlich unerheblich, ob die in der Jahresabrechnung enthaltene Position (Duplexparker) auch Maßnahmen beinhaltet, welche das Sondereigentum der jeweiligen Bruchteilseigentümer betrafen. Wenn dies so wäre, würde es sich gegebenenfalls um unberechtigte Ausgaben handeln, die jedoch, da sie tatsächlich angefallen sind, auch in die Jahresabrechnung einzustellen und nach dem allgemeinen Kostenverteilungsschlüssel umzulegen wären (vgl. Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 28 Rn. 55). Eine Umlage der Kosten auf die betreffenden Sondereigentümer wäre nur dann möglich, wenn die Verpflichtung unstreitig oder bereits tituliert wäre (vgl. BGH NJW 2011, 1346). Gleiches gilt für die entsprechende Kostenposition im Rahmen des beschlossenen Wirtschaftsplans 2010. Nachdem wie dargestellt jedenfalls die Hydraulikanlagen der Duplex- bzw. Mehrfachparker im Gemeinschaftseigentum stehen und den Eigentümern ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Schätzung der einzelnen Beträge der zu erwartenden Ausgaben zusteht (vgl. Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 28 Rn. 15 m. w. N.), ist die Be-

schlussfassung über den Wirtschaftsplan insoweit nicht zu beanstanden.

Daher wurde sowohl im Rahmen der Jahresabrechnung 2009 als auch im Rahmen des Wirtschaftsplanes 2010 hinsichtlich der angefallenen bzw. voraussichtlichen Kosten für die Instandhaltung der Duplex-Parker und für die Wartung des Autoaufzugs der zutreffende Verteilungsschlüssel gewählt, so dass die Anfechtungsklage diesbezüglich abzuweisen war.

II. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 I, 97 ZPO.

2. Die Revision war gemäß § 543 I Nr. 1, II ZPO nicht zuzulassen, da die vorliegende Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erforderlich ist. Es ging nur um die Anwendung anerkannter Rechtsgrundsätze, insbesondere der Entscheidungen des BGH vom 21. 10. 2011 Az.: V ZR 75/11, NJW-RR 2012, 85 und vom 8. 7. 2011 Az.: V ZR 176/10, NJW 2011, 2958 auf einen reinen Einzelfall, nämlich auf die Auslegung einer konkreten Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung.

3. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit war nicht veranlasst, da ein Rechtsmittel gegen das Urteil nicht mehr gegeben ist. Die Revision wurde nicht zugelassen. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist gemäß §§ 62 II, 43 Nr. 4 WEG nicht gegeben.

4. Die Streitwertfestsetzung erfolgte bereits in der mündlichen Verhandlung.

7. Erbrecht – Geschäftsfähigkeit bei Rückgabe eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung (*OLG Hamm*, Beschluss vom 1. 8. 2012 – 15 W 266/12)

BGB §§ 104 Nr. 2; 2248; 2256; 2272

Auch die Rückgabe eines privatschriftlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung setzt die Geschäftsfähigkeit beider Ehegatten voraus.

Zur Einordnung:

Die Entscheidung nimmt zu der Frage Stellung, welche Voraussetzungen der Erblasser bei der Rücknahme eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung erfüllen muss. Hierbei ist umstritten, ob der Erblasser bei Äußerung des Rückgabeverlangens und/oder Vollzug der Rückgabe seines eigenhändigen Testaments testierfähig sein muss (MünchKomm/Hagena, 5. Aufl. 2010, § 2256 BGB Rn. 6).

Vorliegend stand ein gemeinschaftliches Ehegatten-testament in Rede, das privatschriftlich abgefasst war und in Verwahrung gegeben wurde. Entsprechend der herrschenden Literaturansicht (MünchKomm/Hagena, § 2248 BGB Rn. 24; Muscheler, Erbrecht, 2010, § 28 Rn. 1817 ff.) verneint das OLG Hamm in einem solchen Fall die Notwendigkeit, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Rücknahme testierfähig sein muss. Denn gem. § 2256 Abs. 3 Hs. 2 BGB gilt die

Widerrufsfiktion des § 2256 Abs. 1 S. 1 BGB nicht für das eigenhändige Testament, das der Erblasser gem. § 2248 BGB in amtliche Verwahrung gegeben hat. Während beim öffentlichen Testament die Rücknahme zur zwingenden Widerrufswirkung führt (§ 2256 Abs. 1 S. 1 BGB) und daher nach herrschender Meinung eine letztwillige Verfügung darstellt (BGHZ 23, 207 (211); Palandt/Weidlich, 71. Aufl. 2012, § 2256 BGB Rn. 4; a. A. Muscheler, a. a. O., § 28 Rn. 1817), ist das Rückgabeverlangen beim privatschriftlichen Testament nur als geschäftsähnliche Handlung einzuordnen, die bei ihrer Abgabe demnach aber zumindest Geschäftsfähigkeit voraussetzt. Andernfalls ist das Rückgabeverlangen gem. § 105 Abs. 1 BGB nichtig. Dem pflichtete auch das OLG Hamm bei und bekräftigte die Ansicht der Vorinstanz, dass das gemeinschaftliche Testament nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden könne, was vorliegend an der Geschäftsunfähigkeit des einen Ehegatten scheiterte. Das Recht des anderen Ehegatten, seine eigenen Verfügungen zu widerrufen, bleibt natürlich unter Einbeziehung des § 2270 BGB hiervon unberührt.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf einen in der Literatur umstrittenen Aspekt, der für die notarielle Praxis Bedeutung hat. Wird ein privatschriftliches Testament, das gem. § 2232 S. 1 Alt. 2 BGB an einen Notar übergeben wurde, hierdurch zu einem öffentlichen Testament, mit der Folge, dass die Rückgabe zur Fiktion des Widerrufs führen würde? Während ein Teil der Literatur den Standpunkt vertritt, das Testament sei nach wie vor rein privatschriftlich einzuordnen (Firsching, DNotZ 1955, 283, 294), vertritt die herrschende Meinung die Ansicht, das private Testament werde durch die öffentliche Errichtungsform überlagert, so dass sich die Fortgeltung des Testaments nur nach der „beweisstärkeren“ Testamentsform richte (Muscheler, § 28 Rn. 1 819 m. w. N.). Dies hat dann aber auch zur Folge, dass das öffentlich gewordene Testament mit seiner Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (für die dann konsequenterweise Testierfähigkeit vorliegen muss) nicht als eigenhändiges Testament weiter oder wieder auflebt.

Die Schriftleitung (TF)

Aus den Gründen:

Die nach §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde des Bet. zu 1) ist nicht begründet. Das AG hat im Ergebnis den Antrag des Bet. zu 1) auf Rückgabe des mit der Bet. zu 2) eigenhändig verfassten, gemeinschaftlichen Testaments zu Recht abgelehnt. Die von dem Bet. zu 1) im Rahmen der Beschwerdebeurteilung vorgebrachten Einwendungen gegen die Entscheidung führen nicht zu einer abweichenden rechtlichen Bewertung durch den Senat.

Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur mit dem Einverständnis beider Testierender

Aufgrund des nur von dem Bet. zu 1) geäußerten Rückgabeverlangens konnte das gemeinschaftliche Testament der Bet. zu 1) und 2) nicht aus der amtlichen Ver-

wahrung zurück gegeben werden. Nach §§ 2272, 2256 Abs. 3, 2248 BGB kann ein gemeinschaftliches Testament nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden. Eine Stellvertretung ist in diesem Zusammenhang nicht möglich. Dies entspricht der Gemeinsamkeit der Errichtung des Testaments und bedeutet zugleich einen Schutz des gemeinsamen Willens der Ehegatten. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur mit dem Einverständnis beider Testierender erfolgen kann. Damit gewährleistet die Regelung des § 2272 BGB die Verwahrungssicherheit für beide Ehegatten.

Die Bet. zu 2) hat zwar mit Schreiben vom 26. 2. 2012 ein Rückgabeverlangen geäußert, dieses ist jedoch aufgrund der fehlenden Geschäftsfähigkeit der Bet. zu 2) unbeachtlich.

Testierfähigkeit der Erblasser Voraussetzung für die Rückgabe eines notariellen oder eines Nottestaments

Da durch die Regelung des § 2256 Abs. 1 bei Rücknahme eines notariellen Testaments oder eines nach § 2249 BGB errichteten Nottestaments vor dem Bürgermeister einen Widerruf des Testaments zur Folge hat, ist jedenfalls in diesen Fällen die Testierfähigkeit der Erblasser Voraussetzung für die Rückgabe (vgl. u. a. BayObLG NJW-RR 2005, 957; Palandt/Weidlich, 71. Aufl., § 2256 Rn. 4; jurisPK-BGB/Reymann, 5. Aufl., § 2272 Rn. 3 m. w. N.). Vorliegend haben die Bet. zu 1) und 2) aber nur ein eigenhändiges, gemeinschaftliches Testament in Verwahrung gegeben.

Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung bei Rückgabe nach § 2248 BGB

Bei der Rückgabe eines nach § 2248 BGB verwahrten Testaments tritt die Wirkung des Widerrufs durch Rücknahme aus der Verwahrung nach § 2256 Abs. 2 und 3 BGB nicht ein. Das Rückgabeverlangen stellt daher in diesem Fall keine Willenserklärung, aber eine geschäftsähnliche Handlung dar, so dass der Erblasser jedenfalls bei Äußerung des Rückgabeverlangens geschäftsfähig sein muss (vgl. dazu insgesamt: MünchKomm-BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2248 Rn. 24 m. w. N.).

Der Bet. zu 1) trägt selbst vor, dass die Bet. zu 2) mindestens seit 2011 nicht mehr in der Lage war, selbständige Entscheidungen zu treffen. Aus dem von dem Bet. zu 1) beigebrachten, im Rahmen des Betreuungsverfahrens eingeholten ärztlichen Gutachten des Dr. C. vom 21. 3. 2012 geht hervor, dass die Bet. zu 2) im Februar 2012 aufgrund eines ausgeprägten, schweren dementiellen Syndroms bereits nicht mehr geschäftsfähig war. Die bestehende Symptomatik ist von so gravierendem Ausmaß, dass die Bet. zu 2) nicht einmal in der Lage ist, einfachste Angelegenheiten selbst zu besorgen.

Eine Herausgabe des verwahrten Testaments kommt daher nicht in Betracht. Entgegen der Auffassung des Bf. hat im Rahmen der Prüfung des Herausgabeverlangens keine Prüfung der Wirksamkeit der verwahrten letztwilligen Verfügung zu erfolgen.

Das Recht des Bet. zu 1), seine eigene in dem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügung zu widerrufen, wird durch diese Entscheidung nicht berührt. Die dabei einzuhaltende Form hängt vom Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments, insbesondere davon ab, ob dieses wechselbezügliche Verfügungen enthält. Der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung durch den Bet. zu 1) führt dazu, dass auch die korrespondierende Verfügung seiner Ehefrau unwirksam wird. Der Bet. zu 1) kann allein Einsicht in das hinterlegte Testament nehmen und sich eine Abschrift erteilen lassen. Zu einem von ihm etwa beabsichtigten Widerruf sollte er sich durch einen Notar beraten lassen.

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Eintragungsfähigkeit der deutschen Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens als Kommanditistin

(*OLG Bremen*, Beschluss vom 18. 12. 2012 – 2 W 97/12)

HGB § 13 e Abs. 2 S. 5 Nr. 3

- 1. Die deutsche Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens kann unter ihrer Firma als Kommanditistin im Handelsregister eingetragen werden.**
- 2. Für die Anmeldung zum Handelsregister ist die Vollmacht durch den ständigen Vertreter der deutschen Zweigniederlassung ausreichend, ohne dass es noch der Vollmacht durch die Directoren der ausländischen Hauptniederlassung in vertretungsberechtigter Zahl bedarf.**

Zur Einordnung:

Es ist allgemein anerkannt, dass ausländische Gesellschaften Komplementär oder Kommanditist einer Kommanditgesellschaft sein können, sofern ihre Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Bestimmungen des Internationalen Gesellschaftsrechts im Inland anzuerkennen ist (vgl. Eckhardt/Hermanns/Fleischauer, *Kölnener Handbuch Gesellschaftsrecht*, 2011, 1. Kap. Rn. 293; Krafka/Willer/Kühn, *Registerrecht*, 8. Aufl. 2010, Rn. 701). Nach § 40 Nr. 5 lit. c HRV sind dabei Kommanditisten, die Handelsgesellschaften oder juristische Personen sind, mit Firma, Rechtsform, Sitz oder Niederlassung und dem Betrag der Einlage in das Handelsregister einzutragen.

Abweichend von einer Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahr 1999 (NJW-RR 2000, 701) vertritt das OLG Bremen in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung die Auffassung, dass eine an einer Kommanditgesellschaft als Kommanditistin beteiligte ausländische Gesellschaft auch unter der Firma ihrer deutschen Zweigniederlassung als Kommanditistin in das Handelsregister eingetragen werden kann. Das Registergericht hatte die Eintragung zuvor mit der Begründung abgelehnt, dass eine Zweigniederlassung als unselbständiger Teil der Hauptniederlassung ohne eigene Rechtspersönlichkeit nicht Inhaber von Rechtsbeteiligungen werden und eine Eintragung die falsche Annahme vermitteln könne, dass die Zweig-

niederlassung Rechtsinhaberin und die Haftung auf ihr Vermögen beschränkt sei. Zur Begründung seiner Auffassung stützt sich der Senat im Wesentlichen darauf, dass eine Zweigniederlassung auch ohne eigene Rechtspersönlichkeit zu besitzen als Berechtigte in das Grundbuch eingetragen werden kann (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 243; MünchKomm-HGB/Krafka, 3. Aufl. 2010, § 13 HGB Rn. 20; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Pentz, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, § 13 HGB Rn. 65 jeweils m. w. N.). Danach erscheine es nach dem OLG Bremen nur konsequent und entspreche der Bedeutung und Funktion der Zweigniederlassung als mit selbständigen Befugnissen im Rechtsverkehr auftretendem Unternehmensteil, wenn sie als Kommanditistin im Handelsregister eingetragen werden kann. Das OLG Celle hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1999 die Eintragungsfähigkeit mit den identischen Bedenken des Registergerichtes abgelehnt. Ferner hat es ausgeführt, dass die aufgezeigten Grundsätze zur Grundbuchfähigkeit der Zweigniederlassung auf das Handelsregister nicht übertragen werden könnten. Die Eintragung im Grundbuch diene nämlich der Dokumentation der Verfügungsberechtigung des Eingetragenen, während die Eintragung einer Kommanditbeteiligung im Handelsregister gerade auch der Information der beteiligten Verkehrskreise über die Rechtspersönlichkeit des Gesellschafters und den Umfang seiner Haftung einschließlich des haftenden Vermögens diene (OLG Celle NJW-RR 2000, 701).

Soweit die entsprechende Anmeldung aufgrund Vollmacht erfolgt, reicht es nach dem entscheidenden Senat aus, wenn diese von dem ständigen Vertreter der Zweigniederlassung i. S. v. § 13 e Abs. 2 S. 5 Nr. 3 HGB erteilt sei. Eine Erteilung der Vollmacht durch die Geschäftsleiter der Hauptniederlassung in vertretungsberechtigter Form sei nicht notwendig.

Im Hinblick auf die Frage, ob eine ausländische Gesellschaft unter der Firma ihrer deutschen Zweigniederlassung als Kommanditistin in das Handelsregister eingetragen werden kann, dürfte die vorliegende Entscheidung dogmatisch zweifelhaft sein. Gleichwohl ist sie insoweit aber für die Praxis hilfreich, weil mit Eintragung der Zweigniederlassung als Kommanditist deren ständiger Vertreter Erklärungen im Hinblick auf die Kommanditgesellschaft abgeben kann, ohne dass die vertretungsberechtigten Personen der ausländischen Gesellschaft handeln müssten.

Die Schriftleitung (AW)

Zum Sachverhalt

I. Die Ast., eine Gesellschaft (limited) mit Sitz in Hong Kong, unterhält eine Zweigniederlassung in Bremen. Sie ist als Kommanditistin mit einer Einlage von € 3 579,04 in die beteiligte T. G.m.b.H Co. KG eingetreten. Das AG Bremen – Registergericht – hat mit Verfügung vom 26. 4. 2012 (dort zu Ziffer 1) und Zwischenverfügung vom 7. 8. 2012 angekündigt, dem Antrag auf Eintragung der Ast. auf Eintragung der Zweigniederlassung als Kommanditistin sei nicht zu entsprechen, weil die Zweigniederlassung als unselbständiger Teil der Hauptniederlassung ohne eigene Rechtspersönlichkeit nicht Inhaberin von Rechts-

beteiligungen werden könne. Insbesondere würde dies die falsche Annahme vermitteln, dass die Zweigniederlassung die Rechtsinhaberin sei und die Haftung auf ihr Vermögen beschränkt sei. Zudem müsse die Vollmacht durch die Directoren der Hauptniederlassung in vertretungsberechtigter Zahl ergänzt werden. Die Vollmacht durch den ständigen Vertreter der Zweigniederlassung sei nicht ausreichend.

Gegen die Zwischenverfügung vom 7. 8. 2012 hat die Ast. am 20. 8. 2012 Beschwerde eingelegt. Sie weist darauf hin, dass auch eine inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft – wenngleich bekanntermaßen ohne eigene Rechtspersönlichkeit – unter ihrer inländischen Firma auftreten und z. B. im Grundbuch eingetragen werden könne. Die Eintragung im Handelsregister gebe keine Hinweise darauf, dass etwa nur die Zweigniederlassung haften solle. Ein Rechtsschein werde insoweit nicht gesetzt. Für die Handelsregisteranmeldung befugt sei auch der im Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragene ständige Vertreter.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach § 382 Abs. 4 S. 2 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist sie frist- und formgerecht eingelegt (§§ 63, 64 FamFG).

Sie ist auch begründet.

Aus der Grundbuchfähigkeit einer Zweigniederlassung ist auf Eintragungsfähigkeit der Firma einer Zweigniederlassung als Kommanditistin in das Handelsregister zu schließen

1. Die Ast. ist unter der Firma ihrer deutschen Zweigniederlassung als Kommanditistin im Handelsregister einzutragen. Zwar weist die Zweigniederlassung keine eigene Rechtspersönlichkeit auf. Träger des ihr zugeordneten Vermögens ist der Träger des (gesamten) Unternehmens. Dennoch nimmt die Handelsgesellschaft mit ihrer Zweigniederlassung am Rechtsverkehr selbstständig teil (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 243). Letztere kann unter ihrer eigenen Firma (vgl. § 13 HGB) klagen und verklagt werden (BGHZ 4, 62), und sie kann unter ihrer Firma im Grundbuch eingetragen werden (Meikel/Böttcher, Grundbuchordnung 10. Aufl., Rn. 26 zu § 15 GBV m. w. Hinw.). Es erscheint danach nur konsequent und entspricht ihrer Bedeutung und Funktion als einem – wenngleich nicht rechtlich und vermögensmäßig, so doch in wirtschaftlicher Hinsicht – mit selbstständigen Befugnissen im Rechtsverkehr auftretenden Unternehmensteil, wenn die inländische Zweigniederlassung als Kommanditistin im Handelsregister eingetragen werden kann.

Eintragung der Firma der Zweigniederlassung kann keine irrtümliche Annahme hinsichtlich der Rechtsinhaberschaft der Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft und über das haftende Vermögen auslösen

Der Senat folgt nicht den insoweit erhobenen Bedenken des Registergerichts, wonach das Handelsregister in seiner Funktion als öffentliches Register nach § 15 HGB die falsche Annahme vermitteln könnte, die Zweigniederlassung sei selbst Rechtsinhaberin und hafte allein mit ihrem Vermögen (ebenso auch OLG Celle Beschl. v. 7. 6. 1999 – 9 W 56/99, NJW-RR 2000, 701). Anlass zu einer derartigen Befürchtung besteht nicht, weil in den beteiligten Verkehrskreisen allgemein be-

kannt ist, dass es sich bei einer Zweigniederlassung um einen unselbständigen Unternehmensteil handelt, dessen Verbindlichkeiten solche des Gesamtunternehmens sind. Ebenso besteht in den Verkehrskreisen kein Zweifel über die Tatsache, dass nicht die Zweigniederlassung, sondern die Gesellschaft als Unternehmensträgerin die Rechtsinhaberin der Beteiligung ist. Diese heute verbreiteten Kenntnisse der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge lassen die Grundlage einer möglichen Irreführung durch die Registereintragung, für deren Zulässigkeit im Übrigen die Bedürfnisse der Praxis sprechen, von vornherein entfallen. Da die Zweigniederlassung bei ihrer Eintragung als Gesellschafterin auch unter ihrer Registernummer bezeichnet ist, ist es zudem jedermann möglich, sich bei etwa noch vorhandenen Zweifeln Gewissheit über ihre Identität unschwer zu verschaffen.

Erteilung einer Vollmacht durch den ständigen Vertreter einer Zweigniederlassung zur Anmeldung zum Handelsregister ausreichend

2. Entgegen der Ansicht des Registergerichts ist die Vollmacht durch den ständigen Vertreter der Zweigniederlassung ausreichend, ohne dass es noch der Vollmacht durch die Directoren der Hauptniederlassung in vertretungsberechtigter Zahl bedarf. Der ständige Vertreter ist nach § 13 e Abs. 2 S. 5 Nr. 3 HGB befugt, die Gesellschaft für die Tätigkeit der Zweigniederlassung gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Damit ist er, worauf die Ast. zutreffend verweist, mit organ-schaftlichen Befugnissen ausgestattet. Für eine einschränkende, letztlich die Rechtssicherheit beeinträchtigende Auslegung, die sich allein aus der Begriffsverwendung „für die Tätigkeit“ herleiten ließe, besteht kein Raum. Es ist auch nicht einmal erkennbar, aus welchen Gründen die Vornahme einer Handelsregisteranmeldung für die Zweigniederlassung nicht mit deren „Tätigkeit“ im Zusammenhang stehen sollte.

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Grundsätzlich Dreiviertelmehrheit bei Beschluss über Verschmelzung von zwei Vereinen erforderlich

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 19. 9. 2012 – 8 AktG 2/12)

BGB § 33 Abs. 1 S. 2

UmwG §§ 16 Abs. 3 Nr. 2; 103; 275

- 1. § 16 Abs. 3 Nr. 2 UmwG ist im sog. Freigabeverfahren gegenstandslos, wenn dieses zum Ziel hat festzustellen, dass die Erhebung der Anfechtungsklage eines Vereinsmitglieds gegen einen den Verein betreffenden Verschmelzungsbeschluss der Eintragung nicht entgegensteht.**
- 2. Der Verschmelzungsbeschluss der Mitgliederversammlung eines Vereins bedarf, wenn nicht in der Satzung eine größere Mehrheit vorgeschrieben ist, gemäß § 103 UmwG einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. § 275 UmwG, § 33 Abs. 1 S. 2 BGB sind mangels Regelungslücke auf einen solchen Beschluss nicht analog anzuwenden.**

Zur Einordnung:

Nach § 103 S. 1 UmwG bedarf der Verschmelzungsbeschluss der Mitgliederversammlung eines an einer Verschmelzung beteiligten rechtsfähigen Vereines einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, sofern nach der Satzung hierzu nicht eine größere Mehrheit erforderlich ist (§ 103 S. 2 UmwG). Umstritten ist in der Lit., ob bei dem Umwandlungsbeschluss des übertragenden Vereins aufgrund einer analogen Anwendung von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB und § 275 Abs. 1 UmwG über die Mehrheit i. S. v. § 103 S. 1 UmwG hinaus die Zustimmung sämtlicher Mitglieder erforderlich ist (vgl. zusammenfassend zu dieser Frage Hager, RNotZ 2011, 565, 584 f.; Semler/Stengel/Katschinski, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 103 UmwG Rn. 15 ff.), wenn der übernehmende Verein einen anderen Zweck verfolgt als der übertragende. Höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung existiert zu dieser Frage bisher nicht.

Unstreitig ist hingegen in der Lit., dass die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB bei einem Beschluss des übernehmenden Vereins zu beachten sind, wenn im Zuge der Verschmelzung zur Aufnahme dessen Zweck tatsächlich geändert oder wesentlich erweitert werden soll (Semler/Stengel/Katschinski, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 103 UmwG Rn. 18; Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Stand Oktober 2012, § 99 UmwG Rn. 100).

Der vom OLG Hamm zu entscheidende Sachverhalt betraf im Rahmen eines Freigabeverfahrens nach § 16 Abs. 3 UmwG den Verschmelzungsbeschluss des übertragenden Vereins. In seiner Entscheidung schließt sich der Senat der in der Lit. vertretenen Auffassung an, dass eine analoge Anwendung von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB und § 275 Abs. 1 UmwG nicht geboten ist (vgl. hierzu Lutter/Winter/Henrichs, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 103 Rn. 11 m. w. N.; Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Stand Oktober 2012, § 99 UmwG Rn. 92 ff.) und das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Mitglieder des übertragenden Vereins nicht notwendig ist. Er verneint insoweit das Vorliegen der Analogievoraussetzungen, da bereits keine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke gegeben sei. Das Gesetz sehe nur für den Formwechsel eines Vereins in § 275 UmwG ein Einstimmigkeitserfordernis vor, nicht jedoch für die Verschmelzung. Es differenziere also danach, ob der übertragende Verein fortbestehe, was nur im Falle des Formwechsels (mit dem dann maßgeblichen Vereinszweck) der Fall sei. Bei der Verschmelzung erlösche der übertragende Rechtsträger hingegen nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG. Dies entspricht weitgehend der in der Lit. vertretenen Auffassung, die davon ausgeht, dass bei der Verschmelzung aus der Sicht des übertragenden Rechtsträgers ein der Auflösung vergleichbarer Fall vorliegt, die nach der allgemeinen Regelung des § 41 BGB bereits mit einer Mehrheit von dreiviertel der erschienenen Mitglieder beschlossen werden könne (vgl. hierzu Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Stand Oktober 2012, § 99 UmwG Rn. 95). Schließlich führt der Senat noch aus, dass im konkreten Fall keine Änderung des Vereinszwecks i. S. v. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB gegeben

sei. Dies sei vielmehr nur dann der Fall, wenn sich der Charakter eines Vereins ändere, also die Leitidee des Vereins ausgetauscht werde und so die Mitgliedschaft einen gänzlich anderen Charakter annehme (vgl. BGHZ 96, 245; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 33 Rn. 3).

Für die Praxis ist die vorliegende Entscheidung jedenfalls dann hilfreich, wenn im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses des übertragenden Rechtsträgers keine Einstimmigkeit zu erzielen ist. Zudem zeigt die Entscheidung, dass bei der Satzungsgestaltung darauf geachtet werden sollte, dass eine von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB, als nach § 40 BGB dispositive Vorschrift, abweichende Regelung bezüglich der zu erreichenden Mehrheit für Zweckänderungen eines Vereins vorgesehen wird. Dies gilt entsprechend für die Gestaltung der Satzung einer Aktiengesellschaft (vgl. zur Anwendung von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB neben § 179 Abs. 2 S. 1 AktG etwa KG NZG 2005, 88). Zudem ist durch die Praxis zu beachten, dass Satzungsregelungen zur Auflösung des Vereins ebenfalls auf die erforderlichen Mehrheiten für Verschmelzungen durchschlagen können, da jedenfalls nach Ansicht des OLG Hamm die Verschmelzung einer Auflösung ähnlich ist. Der Senat folgt in seiner Entscheidung dieser in der Lit. vertretenen Auffassung.

Die Schriftleitung (AW)

Zum Sachverhalt:

A. Bei dem Ast. handelt es sich um einen Arbeitgeberverband, dessen Zweck es ist, seine Mitglieder in allen sozial- und arbeitsrechtlichen Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung zu unterrichten, zu beraten und zu vertreten. Er ist nicht Partei von Tarifverträgen, vermittelt seinen Mitgliedern keine Tarifbindung und steht Unternehmen aller Branchen offen. Er ist hervorgegangen aus dem früheren N B, der Mitglieder mit und ohne Tarifbindung vereinigte. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2006 – Urt. v. 18. 7. 2006, Az. 1 ABR 36/05 – bestanden Bedenken, ob eine Tarifbindung auch nicht tarifgebundener Mitglieder sicher auszuschießen sei. Aufgrund dessen wurde der Antragsteller erichtet, der von dem N B abgespalten wurde und die Mitglieder ohne Tarifbindung übernahm. Die Mitglieder mit Tarifbindung blieben in dem N B. Dieser vermittelt Tarifbindung an Unternehmen der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie sowie in Verbindung damit der kunststoffverarbeitenden Industrie. Die Ag. sind Mitglieder der Ast.

Mit Schreiben vom 13. 2. 2012 berief der Vorstand des Ast. eine ordentliche Mitgliederversammlung für den 19. 4. 2012 ein, die als Tagesordnungspunkt 7 „Fusion mit dem N B“ die Beschlussfassung über die Annahme eines Verschmelzungsvertrages zwischen dem Ast. und diesem vorsah (gemäß Entwurf eines Verschmelzungsvertrages Anl. K 1). Die Ag. beantragten mit weiteren Mitgliedsunternehmen des Ast. die Durchführung einer Verschmelzungsprüfung gem. § 100 UmwG. Die vom LG Dortmund beauftragte Dr. T. legte in der Folgezeit ihren Bericht über die Prüfung der Verschmelzung vor, der zu dem Ergebnis kam, dass die Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft im N B denjenigen in dem Ast. gleichwertig seien. In der Mitgliederversammlung vom 19. 4. 2012 wurde der Verschmelzung des Ast. mit dem N B mit einer Mehrheit von 565 Ja- zu 163 Nein-Stimmen, d. h. mit einer Mehrheit von 77,61 % zugestimmt.

Die Ag. haben mit Klageschrift vom 16. 5. 2012, eingegangen am 18. 5. 2012, beim LG Hagen in dem Verfahren 8 O 141/12 Anfechtungsklage gegen diesen Beschluss der Mitgliederversammlung erhoben. Der Ast. hat hierauf mit Schriftsatz vom 2. 7. 2012 erwidert. Die Ag. haben mit Schriftsatz vom 29. 8. 2012 repliziert.

Der Ast. hat nunmehr unter dem 16. 8. 2012 Antrag auf Feststellung der Unbedenklichkeit der Klage für die Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses in das Vereinsregister nach § 16 Abs. 3 UmwG gestellt.

Er macht geltend, die Anfechtungsklage sei unzulässig, weil die Ag. mit der Rüge eines angeblichen Verlusts bzw. einer angeblichen Einschränkung ihres aktiven und passiven Wahlrechts zum Vorstand des Zielrechtsträgers nach § 14 Abs. 2 UmwG ausgeschlossen seien. Die Anfechtungsklage sei auch offensichtlich unbegründet, weil die Verschmelzung mit mehr als der erforderlichen Mehrheit von $\frac{3}{4}$ beschlossen worden sei. Eine Einstimmigkeit wegen einer Zweckänderung in Analogie zu § 275 UmwG, § 33 Abs. 1 S. 2 BGB sei nicht erforderlich gewesen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften komme nicht in Betracht. Ebenso wenig liege eine Zweckänderung vor. Der bisherige Vereinszweck würde nicht aufgegeben, ein neuer Vereinszweck würde nicht bestimmt. Das alsbaldige Wirksamwerden der Verschmelzung erscheine auch vorrangig, da ansonsten gravierende Nachteile für ihn und seine Mitglieder eintreten würden. Das seit 2007 mit ihm bestehende Mietverhältnis sei von der Eigentümerin, dem Verband der J. GmbH, gekündigt worden. Der N B habe die Bürogemeinschaft beider Vereine aufgekündigt und ihn zu einer vollständigen Entflechtung der Büroorganisation aufgefordert. Er müsse zum 30. 9. 2012 die Büroräume ohne Mobiliar und Büroorganisationsmittel verlassen. Sämtliche Mitarbeiter, insbesondere die langjährig vertrauten juristischen Partner, hätten die mit ihm bestehenden Beschäftigungsverhältnisse gekündigt. Ab dem 1. 10. 2012 verfüge er über keine Mitarbeiter mehr. Gemäß Bericht des Wirtschaftsprüfers S. vom 9. 8. 2012 würde durch den Wegfall von Quersubventionen des N B eine jährliche Unterdeckung von 459 000,- € entstehen. Diese Nachteile würden gegenüber den Nachteilen für die Ag. nach der Eintragung deutlich überwiegen.

Der Ast. beantragt, festzustellen, dass die Erhebung der Anfechtungsklage (vom 16. 5. 2012; LG Hagen 8 O 141/12) gegen den Verschmelzungsbeschluss in der Mitgliederversammlung des Ast. vom 19. 4. 2012 (Urkunde Nr. 239/2012 des Notars C., J2) der Eintragung der Verschmelzung im Vereinsregister nicht entgegensteht.

Die Ag. beantragen, den Antrag zurückzuweisen.

Sie sind der Auffassung, die von ihnen erhobene Anfechtungsklage sei zulässig. Soweit sie eine Beschränkung ihres aktiven und passiven Wahlrechts geltend machen, sei dies nur zur Verdeutlichung ihres Standpunktes erfolgt, dass die Mitgliedschaften in den beiden Verbänden nicht gleichwertig seien. Gerade deswegen ändere sich auch der Verbandszweck. Die Klage sei nicht offensichtlich unbegründet. Durch den Zustimmungsbeschluss zum Verschmelzungsvertrag werde gegen § 33 BGB verstoßen. Die Regelungen der § 33 Abs. 1 S. 2 BGB, § 275 Abs. 1 UmwG seien analog bei der Verschmelzung von Vereinen anwendbar. Die Zwecke beider Verbände seien diametral entgegengesetzt. Der ausdrückliche Zweck des N B sei es, seinen Mitgliedern Tarifbindung zu vermitteln. Der N B gewähre den Mitgliedern kein satzungsmäßiges Recht auf Unterstützungsleistungen. Den Mitgliedern werde kein passives und aktives Wahlrecht gewährt, wenn es darum ginge, den Vorstand zu wählen. Das alsbaldige Wirksamwerden der Verschmelzung sei nicht zur Abwendung wesentlicher Nachteile für die beteiligten Rechtsträger und Mitglieder erforderlich. Ihre Klage sei nicht offensichtlich unbegründet. Deshalb stehe bereits eine besondere Schwere des

Rechtsverstoßes fest. Zu berücksichtigen sei, dass die Folgen eines Vollzugs der Verschmelzung für sie, die Ag., nicht kompensierbar seien. Eine Abwägung gehe insoweit zu Lasten des Ast. Das Argument einer Quersubventionierung durch den N B sei ökonomisch unsinnig. Hieran ändere sich auch nichts durch die vom Ast. aufgezeigten Kündigungen von Beratern und des Geschäftsführers sowie der Räumlichkeiten. Dies führe aus Sicht des N B nur dazu, dass ihm jetzt keine Zahlungen mehr vom Ast. zufließen, mit denen er seine eigenen Aufwendungen verringern könne. Hinzu komme, dass die Kündigungen, auf die sich der Ast. zur Begründung seines Antrags stütze, selbst Folge der Klage seien und lediglich erklärt worden seien, um Druck auszuüben und um der erhobenen Anfechtungsklage auszuweichen. Ins Gewicht schließlich falle auch, dass der Ast. sich nicht ernsthaft um wirtschaftliche Alternativen zu einer Verschmelzung bemüht habe. Nichts hätte diesen an der eigenen Auflösung gehindert. Nichts hindere die einzelnen Mitglieder auch daran, Mitglieder beim N B zu werden. Es gehe im Kern vielmehr darum, dass auch das Vermögen des Ast. mitgenommen würde.

Aus den Gründen:

B. Der Freigabeantrag des Ast. ist zulässig und begründet. Er kann nach § 16 Abs. 3 UmwG die Feststellung verlangen, dass die Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss vom 19. 4. 2012 der Eintragung im Vereinsregister nicht entgegensteht.

I. Der Freigabeantrag des Ast. ist zulässig.

Das Umwandlungsgesetz ist zunächst auch auf eingetragene, nicht wirtschaftliche Vereine i. S. v. § 21 BGB, zu denen die hiesigen Arbeitgeberverbände gehören, anwendbar, § 3 Abs. 1 Nr. 4 UmwG.

Gegen den Verschmelzungsbeschluss vom 19. 4. 2012 haben die Ag. Anfechtungsklage eingereicht beim LG Hagen. Der Ast. kann insofern als Rechtsträger, gegen dessen Verschmelzungsbeschluss sich die Klage richtet, gemäß § 16 Abs. 3 UmwG in Bezug auf die Eintragung die Freigabe geltend machen. Der danach statthafte Antrag ist im Übrigen in zulässiger Weise gestellt worden.

II. Der Antrag ist begründet, weil die Anfechtungsklage offensichtlich unbegründet ist, § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 1, Alt. 2 UmwG. Insbesondere auf die Fragen der Unzulässigkeit der Anfechtungsklage i. S. v. § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 1, Alt. 1 UmwG und eines vorrangigen Vollzugsinteresses i. S. v. § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 UmwG kommt es nicht mehr an.

Das Bagatellquorum des § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 UmwG ist bei der Verschmelzung von Vereinen nicht anwendbar, da die Vereinsmitglieder nicht mit einer bestimmten Beteiligung kapitalmäßig erfasst sind

1. Der Begründetheit des Freigabeantrags steht zunächst nicht die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 UmwG entgegen, wonach der Kl. binnen einer Woche nach Zustellung des Antrags nachgewiesen haben muss, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von mindestens 1 000,- € hält (materielles Freigabekriterium, vgl. Senat AG 2011, 826; i. E. str.). Im Streitfall sind die Vereinsmitglieder nicht mit einer bestimmten Beteiligung kapitalmäßig erfasst. Von daher kann dieses Erfordernis vorliegend nicht als not-

wendige Freigabevoraussetzung zugrunde gelegt werden, zumal das vom Gesetz vorgesehene Freigabeverfahren ansonsten nicht durchgeführt werden könnte. Diese Regelung ist daher in der vorliegenden Konstellation nicht anwendbar (vgl. Widmann/Mayer/Fronhöfer, UmwG, § 16 Rn. 156.02).

2. Bei der Beurteilung einer offenkundigen Unbegründetheit i. S. v. § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 1, Alt. 2 UmwG ist nach überwiegender Auffassung eine vollständige rechtliche Würdigung vorzunehmen (vgl. OLG München WM 2011, 2287). Diese Würdigung führt zu der Annahme, dass der angefochtene Beschluss der Mitgliederversammlung vom 19. 4. 2012 nicht wegen einer von den Ag. geforderten Einstimmigkeit unwirksam ist.

Bei dem Verschmelzungsbeschluss eines Vereins als übertragendem Rechtsträger ist entgegen § 103 S. 1 UmwG aufgrund einer analogen Anwendung von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB und § 275 Abs. 1 UmwG keine Zustimmung sämtlicher Vereinsmitglieder notwendig

a) Die in § 103 S. 1 UmwG geforderte Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen war im Rahmen der Beschlussfassung erreicht. Es bedurfte nicht entsprechend § 33 Abs. 1 S. 2 BGB; § 275 Abs. 1 UmwG der Zustimmung aller Mitglieder. Eine analoge Anwendung dieser Regelungen im Falle der Verschmelzung von Vereinen ist nicht gerechtfertigt. Eine solche Einstimmigkeit war zudem auch von der Satzung des Ast. nicht gefordert.

aa) Ob in Bezug auf die Verschmelzung von Vereinen § 33 Abs. 1 S. 2 BGB analog anzuwenden ist, ist in der Literatur streitig. Maßgebliche höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung hierzu liegt, soweit ersichtlich, noch nicht vor.

Analoge Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB auf Verschmelzung von Vereinen in der Literatur umstritten – Analogie wegen des Fehlens einer Regelungslücke nicht geboten

Zum Teil wird angenommen (so Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Stand 2010, § 103 Rn. 21, § 99 Rn. 95; Lutter/Henrichs, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 103 Rn. 11), dass (jedenfalls im Fall des Erlöschens des übertragenden Vereins) eine Regelungslücke insoweit nicht existiere. Im Umwandlungsgesetz sei ein Zustimmungserfordernis aller Mitglieder gemäß § 275 Abs. 1 UmwG nur für den Fall des Formwechsels vorgesehen. Der Gesetzgeber stelle demgegenüber den Fall der Verschmelzung, bei dem der Ausgangsrechtsträger in dem Zielrechtsträger aufgehe, bei einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Stimmen zur Disposition. Insofern bestehe aus umwandlungsrechtlicher Betrachtung im Umkehrschluss keine Regelungslücke. Darüber hinaus handele es sich hierbei nicht um vergleichbare Sachverhalte. Die Verschmelzung sei aus Sicht des übertragenden Rechtsträgers einer Auflösung vergleichbar. Der Rechtsträger gehe unter (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Die Frage der Änderung des Vereinszwecks stelle sich nicht, weil der Rechtsträger nicht fortbestehe und der Zielrechtsträger Gesamtrechtsnachfolger sei. Die Auflösung des Vereins könne schon nach allgemeinen Regeln (§ 41 BGB) mit

einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der erschienen Mitglieder beschlossen werden, auch wenn sie den Vereinszweck entfallen lasse. Von einem anderen Teil des Schrifttums (Semler/Stengel/Katschinski, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 103 Rn. 17, 19; Kölner Kommentar zum UmwG/Leuering, 2009, § 103 Rn. 9; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 4463) wird das Bestehen einer in dieser Hinsicht auszufüllenden Regelungslücke bejaht. Die mit der Verschmelzung verbundene Umgestaltung des Charakters des Verbands und seiner Beteiligung könne dem einzelnen Mitglied nur zugemutet werden, wenn es dem ausdrücklich zustimme. Ein effektiver Minderheitenschutz im Rahmen des verschmelzungsrechtlichen Umwandlungsverfahrens lasse sich nur bei entsprechender Anwendung der § 33 Abs. 1 S. 2 BGB; § 275 UmwG begründen. Der Schutz des einzelnen Mitglieds vor Zweckänderungen könne, so die Ag., ansonsten leicht durch die Gründung eines weiteren Vereins und einer Verschmelzung mit diesem neuen Zielverein unterlaufen werden. Die Zustimmung aller Vereinsmitglieder des übertragenden Vereins sei jedenfalls erforderlich, wenn ein Verein auf einen Rechtsträger zur Aufnahme oder zur Neugründung verschmolzen werde, der einen grundlegend anderen Zweck verfolge, wie dies der Fall sei bei der Mischverschmelzung von eingetragenen Vereinen auf einen Rechtsträger anderer Rechtsform, wenn dieser ein Handelsunternehmen betreibe oder die wirtschaftlichen Zwecke seiner Mitglieder fördere (vgl. insbes. Katschinski, a.a.O.). Es liege nicht der Charakter einer Auflösung vor, da die Verschmelzung zur Folge habe, dass die Mitglieder des übertragenden Vereins Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers würden (§ 20 Abs. 2 Nr. 3 UmwG). Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass eine analoge Anwendung der § 33 Abs. 1 S. 2 BGB; § 275 Abs. 1 UmwG ausscheidet und ein Einstimmigkeitserfordernis nicht besteht. Eine im Wege der Analogie zu füllende Regelungslücke liegt nicht vor. Das Umwandlungsgesetz sieht ersichtlich von einer Berücksichtigung der bekannten Regelungen der § 33 BGB; § 275 UmwG in diesem Zusammenhang ab. Wenn eine Einstimmigkeit konkret auch für den Fall der Verschmelzung von Vereinen gewollt gewesen wäre, wäre dies vom Gesetzgeber in dieser Hinsicht mit geregelt worden. Das Gesetz sieht insoweit allerdings eine Unterscheidung vor, die sich an dem Fortbestand des übertragenden Vereins orientiert. Im Falle des Formwechsels besteht der Rechtsträger mit maßgeblichem Vereinszweck fort. Im Falle des Erlöschens soll es nach diesem Regelungsgefüge hierauf nicht mehr ankommen. Auch wenn der Minderheitenschutz nunmehr tangiert sein kann, weil die Mitgliedschaft in dem übertragenden Verein nicht endet, sondern in dem übernehmenden Rechtsträger fortbesteht, wird dies nach derzeitiger gesetzlicher Regelung (ob und inwieweit dies rechtspolitisch zu begrüßen ist, sei dahingestellt) in Kauf genommen. Alsdann haben es die Vereine gemäß § 103 S. 2 UmwG gerade auch selbst in der Hand, durch Satzung das Erfordernis einer größeren Mehrheit vorzusehen. Eine abweichende Hilfsregelung im Wege der Analogie zu § 33 Abs. 1 S. 2 BGB; § 275 Abs. 2 UmwG ist von daher de lege lata nicht geboten. Auch die Sicherstellung eines finanziellen Interessenausgleichs und eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses (im

Rahmen eines Spruchverfahrens, § 15 UmwG), wie es die Ag. letztlich fordern, kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht, da der Verein satzungsgemäß keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und auch keine Vermögensinteressen vermittelt.

bb) Abgesehen davon sieht auch die Satzung des Ast. in § 8 Ziff. 6; § 15 eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der vertretenen Stimmen für Beschlüsse über Satzungsänderungen, die Auflösung des Verbandes und gerade auch die Verwendung des Verbandsvermögens vor. Nach § 40 BGB ist das Einstimmigkeitserfordernis nach § 33 BGB nicht zwingend (BGHZ 96, 245; Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 33 Rn. 2). Von der Möglichkeit, größere Mehrheiten zu fordern, ist vorliegend kein Gebrauch gemacht worden. Vielmehr haben sich die Mitglieder des Vereins auf eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit in Bezug auf Beschlüsse über Satzungsänderungen und auch Auflösungsmaßnahmen verständigt, der in vergleichbarer Weise vorliegt, so dass der angefochtene Verschmelzungsbeschluss auch danach nicht von einer Einstimmigkeit der Mitglieder getragen sein musste.

Eine Änderung des Vereinszwecks i. S. v. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB liegt in diesem Fall nicht vor

b) Überdies wäre auch eine Änderung des Zwecks des Vereins i. S. v. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB zu verneinen. Als Vereinszweck ist – unter Berücksichtigung der grundsätzlich auf Dauer ausgerichteten Vereinstätigkeit und zu erwartender Änderungen der bei Vereinsgründung maßgeblichen Umstände – nur derjenige enge Satzungsbestandteil anzusehen, in dem der oberste Leitsatz für die Vereinstätigkeit zum Ausdruck gebracht wird, und mit dessen Abänderung schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen kann. Eine Zweckänderung liegt nur dann vor, wenn sich der Charakter eines Vereins ändert, also die Leitidee des Vereins ausgetauscht wird und so die Mitgliedschaft einen gänzlich anderen Charakter annimmt (BGHZ 96, 245 = DNotZ 1986, 276 = MittRhNotK 1986, 116; Reichert, a.a.O., Rn. 599 ff.; Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 33 Rn. 3). Keine Zweckänderung ist demgegenüber gegeben, wenn Art und Weise der Zweckverfolgung unter Aufrechterhaltung der bisher grundsätzlichen Zweckrichtung lediglich ergänzt werden. Auf dieser Basis ist eine Zweckänderung im Streitfall zu verneinen. Allein die Verschmelzung mit einem anderen Verein selbst kann nicht als Zweckänderung behandelt werden, da hierdurch der Leitsatz der Vereinstätigkeit, ihre Idee, noch nicht verändert wird. Auch die Verschmelzung auf den N B begründet keinen grundlegend anderen Zweck als zuvor beim Ast. Denn die maßgeblichen Vereinszwecke des Ast. werden gerade nicht aufgegeben oder im Rahmen der geänderten Verhältnisse nach der Fusion unmöglich gemacht. Beide Rechtsträger verfolgen den in übergeordneter Hinsicht gemeinsamen Zweck, als Berufsverband die gemeinsamen wirtschaftlichen, sozial- und arbeitsrechtlichen Interessen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern wie diese auch in entsprechenden Angelegenheiten zu vertreten (wie dies zudem auch bereits vor der Abspaltung vom N B der Fall war). Soweit sich der Zweck nun vor allem für tarifgebundene Mitglieder (wieder) auf eine Tarifvermittlung erstreckt, stellt dies wertungsmäßig

eine noch zu akzeptierende Ergänzung des bisherigen Zwecks dar, die die Identität als Interessenverband für seine Mitglieder grundlegend nicht verändert. Ein „diametraler“ Interessengegensatz, wie es die Ag. meinen, ist hiermit (wie etwa im Fall der Umwandlung in ein Handelsunternehmen) nicht verbunden. Im Kern sollen weiterhin die Mitglieder in allen sozial- und arbeitsrechtlichen Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung unterrichtet, beraten und vertreten werden. Es handelt sich an dieser Stelle nicht um Veränderungen, mit denen die Mitglieder von vornherein nicht rechnen mussten, zumal hierdurch eine „Reunion“ bereits einheitlich praktizierter Verbandstätigkeiten erfolgt.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Nichttarifmitglieder nach der Satzung des N B nicht mehr aktiv- und passivwahlberechtigt für den engeren Vorstand sein sollen (vgl. hierzu § 7 Ziff. 9; § 8 der Satzung). Diese Umstände (deren innere Legitimation nicht zu überprüfen ist) sind jedenfalls selbst nicht Gegenstand des „Leitsatzes“ und der „Idee“ der Vereinstätigkeit, sondern sind im Gesamtgefüge eines im Wesentlichen übereinstimmenden Vereinszwecks in erster Linie nur organisatorischer Natur im Rahmen der Selbstverfassung der Kooperation. Entsprechendes folgt aus der Wertung des § 14 Abs. 2 UmwG. Danach kann die gegen den Verschmelzungsbeschluss gerichtete Anfechtungsklage nicht darauf gestützt werden, dass die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert für die An-

teile oder die Mitgliedschaft bei dem übertragenen Rechtsträger sei. Der tragende Vereinszweck wird durch die von den Ag. beanstandete innere Organisationsstruktur nicht verändert. Da die Mitgliedschaft im Verein schließlich auch keine konkreten Vermögenswerte vermittelt, können die Ag. nicht damit gehört werden, sie erlitten wirtschaftliche Nachteile bzw. (nicht näher konkretisierte) Vermögensverluste.

Soweit sich die Ag. zur Untermauerung ihres abweichenden Standpunktes auf den (Vorlage-)Beschluss des 15. Zivilsenats des OLG Hamm vom 14. 4. 1980 (Az. 15 W 61/79 = NJW 1980, 1592) berufen, ist festzustellen, dass schon kein vergleichbarer Fall einer maßgeblichen Zweckerweiterung vorliegt (dort Errichtung und Verwaltung von Fonds zur Sicherung und Förderung genossenschaftlicher Einrichtungen bei landwirtschaftlichem Genossenschaftsverband). Zudem ist diese Entscheidung mit ihrer weiten Beurteilung der Zweckänderung ersichtlich vor der Klärung und engeren Fassung des Begriffs der Zweckänderung durch den BGH in 1985 (Beschl. v. 11. 11. 1985, II ZB 5/85; BGHZ 96, 245 = DNotZ 1986, 276 = MittRhNotK 1986, 116) ergangen. Der vormalige Beschluss kann insofern nicht mehr als maßstäblich zugrunde gelegt werden. Eine Zweckänderung liegt nicht vor. Die Anfechtungsklage gegen den streitgegenständlichen Verschmelzungsbeschluss verspricht auch aus diesem Grunde keine Aussicht auf Erfolg.

RNotZ – Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

- 1. Liegenschaftsrecht – Abschluss eines Wärmelieferungsvertrages durch den Verwalter einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft**
(*Brandenburgisches OLG*, Urteil v. 5. 3. 2012 – 1 U 14/11)

BGB §§ 164; 177

1. Schließt der Verwalter einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft in deren Namen einen Wärmelieferungsvertrag ab, so kommt der Vertrag auch dann mit der Wohnungseigentümergeinschaft zustande, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht rechtsfähig war und sie den Vertrag mit ihrer Entstehung und dem Eintritt ihrer Rechtsfähigkeit genehmigt. Auf den vor ihrer Entstehung in ihrem Namen geschlossenen Vertrag finden die §§ 177 ff. BGB entsprechende Anwendung (Anschluss LG Berlin, 5. Juli 2006, 28 O 508/05, CuR 2007, 21).
2. Die formularmäßige Vereinbarung der Laufzeit eines Fernwärmelieferungsvertrags von 19 Jahren und 1 Monat ist gemäß § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV unwirksam. Ein Wärmelieferungsvertrag mit einer über 10 Jahre hinausgehenden Laufzeit ist nur dann wirksam, wenn er individuell ausgehandelt wird. Eine Vertragsverhandlung mit dem Bauträger genügt insofern nicht, wenn die Eigentümergemeinschaft nicht in diesen Vertrag eintritt.

(Fundstellen: *juris*)

- 2. Liegenschaftsrecht – Zu Offenbarungspflichten des Grundstückskäufers bei einem Verdacht auf verdeckte Mängel**
(*Brandenburgisches OLG*, Urteil v. 21. 6. 2012 – 5 U 5/11)

BGB §§ 323; 326; 434; 437; 444

1. Ein Verkäufer handelt auch dann arglistig i. S. v. § 444 BGB, wenn er mit dem Auftreten von Schäden einer bestimmten Art rechnet bzw. rechnen muss und dies nicht offenbart.
2. Der Verkäufer muss mit Schäden an den Holzteilen eines Gebäudes rechnen, wenn in einem von ihm eingeholten Verkehrswertgutachten empfohlen wird, aufgrund des Gebäudealters und vor allem auch des Gebäudezustandes für alle Holzteile ein Holzschutzgutachten einzuholen.
(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: *Beck-Online; DNotI-Online-Plus; juris*)

- 3. Liegenschaftsrecht – Zum Schriftformgebot im Mietvertragsrecht**

(*OLG Düsseldorf*, Urteil v. 29. 11. 2012 – 10 U 34/12)

BGB §§ 307; 310; 550; 566

Eine Heilungsklausel, die Abhilfe im Falle eines Schriftformmangels eines Mietvertrags schaffen soll und auch den Erwerber des Mietobjektes verpflichtet, an der Nachholung der fehlenden Schriftform mitzuwirken, verstößt gegen den Schutzzweck des § 550 BGB und ist deswegen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, 3010 Abs. 1 BGB unwirksam.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: *juris; NRWEntscheidungen*)

- 4. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt**

(*OLG Hamm*, Beschluss v. 6. 9. 2012 – 15 W 260/12, mitgeteilt durch *Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt*)

BGB §§ 2197; 2231; 2232

GBO §§ 35; 52

Wird ein notarielles Testament hinsichtlich der Anordnung einer Testamentsvollstreckung geändert, kann die Erbfolge nur durch einen Erbschein nachgewiesen werden.

(Fundstellen: *Beck-Online; juris; NJW-Spezial 2012, 72; NRWEntscheidungen*)

- 5. Liegenschaftsrecht – Eintragung einer Zwangshypothek bei Eigentümerehegatten in Errungenschaftsgemeinschaft**

(*OLG München*, Beschluss v. 20. 11. 2012 – 34 Wx 404/12)

EGBGB Art. 15

GBO § 39

Sind Eheleute in Errungenschaftsgemeinschaft (nach dem Eherecht von Bosnien-Herzegowina) als Grundstückseigentümer eingetragen, kommt die Eintragung einer Zwangshypothek aufgrund eines nur gegen einen der beiden Gemeinschaftler lautenden Titels auch dann nicht in Betracht, wenn die Eheleute nachträglich zwar für ihr unbewegliches Vermögen in Deutschland das deutsche Recht und den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gewählt haben, eine Auseinandersetzung der Errungenschaftsgemeinschaft bislang aber noch nicht stattgefunden hat.

(Fundstellen: *Beck-Online; BayernRecht; juris*)

6. Erbrecht – Zum anwendbaren Recht für die Rechtsnachfolge eines in Deutschland verstorbenen, verheirateten, türkischen Erblassers mit Grundvermögen ohne letztwillige Verfügung
(BGH, Beschluss v. 12. 9. 2012 – IV ZB 12/12)

EGBGB Art. 14; 15; 25

1. Die erbrechtlichen Verhältnisse eines ohne Hinterlassen einer letztwilligen Verfügung in Deutschland verstorbenen türkischen Staatsangehörigen richten sich nach Ziff. 14 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrages zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reich vom 28. Mai 1929.
2. Hat der Erblasser im Inland unbewegliches Vermögen hinterlassen, so ist die Erbfolge nach deutschem Recht zu beurteilen.
3. Findet auf die güterrechtlichen Verhältnisse des Erblassers und seiner überlebenden Ehefrau ebenfalls deutsches Recht Anwendung (Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB), so beträgt gemäß § 1931 Abs. 1, 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB der Anteil der Ehefrau an dem unbeweglichen Vermögen neben Abkömmlingen des Erblassers 1/2. Auf die Frage der international-privatrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB kommt es in einem derartigen Fall nicht an.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Report 2012, 186; juris)

7. Kostenrecht – Zur Bewertung der Eintragung eines Vorkaufsrechts

(OLG München, Beschluss v. 4. 12. 2012 – 34 Wx 382/12, mitgeteilt durch Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner)

KostO §§ 20; 62; 63

1. Zur Bewertung der Eintragung eines Vorkaufsrechts.
2. Wird bei Grundstücken in verschiedenen Grundbuchbezirken die Eintragung von Vormerkungen für dieselben Berechtigten und mit gleichen Bedingungen beantragt, kommt eine Reduzierung der vollen Gebühr nicht in Betracht, da es sich bei den Vorkaufsrechten nicht um ein und dasselbe Recht i. S. v. § 63 Abs. 3 KostO handelt.

(Fundstellen: Beck-Online; BayernRecht; juris)

8. Kostenrecht – Zum Geschäftswert

(OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17. 7. 2012 – 10 W 43/12)

KostO §§ 23; 63; 68

Der Geschäftswert für die grundbuchrechtliche Löschung einer Globalgrundschuld bemisst sich auch dann nach deren Nennbetrag, wenn diese nur noch auf einer letzten Teilparzelle eines Gesamtgrundstücks lastet oder nur noch auf einer letzten Wohnungseigentumseinheit einer Wohnungseigentumsanlage.

(Fundstellen: Beck-Online; NRWEntscheidungen; juris)

9. Notarrecht – Zum beurkundungsrechtlichen Mitwirkungsverbot des Anwaltsnotars bei gleichzeitiger Tätigkeit im Scheidungsverfahren
(BGH, Beschluss v. 26. 11. 2012 – NotSt (Brfg) 2/12)

BeurkG § 3

BNotO § 97

1. Ein Anwaltsnotar, der einen Ehegatten in einem Scheidungsverfahren anwaltlich vertreten hat, darf als Notar an der Beurkundung eines Grundstücksübertragungsvertrags zwischen den vormaligen Ehepartnern nicht mitwirken, wenn in diesem auch geregelt ist, dass mit Erfüllung der Zahlungsverpflichtung des Erwerbers sämtliche wechselseitigen Zugewinnausgleichsansprüche erledigt sind. Das gilt auch, wenn das Anwaltsmandat die Regelung des Zugewinnausgleichs nicht zum Gegenstand und die Vertragsklausel lediglich deklaratorische Bedeutung hatte.
2. Zur Bemessung der bei einem Verstoß gegen dieses Mitwirkungsverbot zu verhängenden Disziplinarmaßnahme.

(Fundstellen: Beck-Online; juris)

10. Steuerrecht – Grunderwerbsteuerpflicht bei Übernahme von Gesellschaftsanteilen durch Miterbengemeinschaft

(FG Düsseldorf, Urteil v. 29. 8. 2012 – 7 K 3691/11 GE)

GrEStG § 1

1. Eine Miterbengemeinschaft kann in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit auch Erwerberin i. S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG sein. Die Grunderwerbsteuerrechtliche Selbständigkeit der Erbengemeinschaft – auch für den Erwerb nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG – folgt aus der bürgerlich-rechtlichen Selbständigkeit der Erbengemeinschaft als Zurechnungsobjekt des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens (Rn. 16).
2. Rechnen zum gesamthänderisch gebundenen Sondervermögen einer Erbengemeinschaft Anteile an einer Grundbesitz-GmbH, wird der Tatbestand der Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG durch die Erbengemeinschaft erfüllt, wenn diese den Anspruch auf Übertragung von insgesamt 97 v. H. der Anteile an der GmbH unmittelbar durch den auf den Erblasser entfallenden Anteil aus einer Kapitalerhöhung sowie mittelbar bei nicht fristgerechter Ausübung der Berechtigung zur Übernahme des auf einen weiteren Gesellschafter entfallenden Anteils aus der Kapitalerhöhung erwirbt (Rn. 15).
3. Revision eingelegt (Az. des BFH: II R 46/12).

(Fundstellen: Beck-Online; BB 2013, 149; NRWEntscheidungen)

11. Steuerrecht – Grunderwerbsteuerpflicht bei Übertragung einer Kommanditbeteiligung auf Schwestergesellschaft

(FG Münster, Urteil v. 28. 11. 2012 – 8 K 2285/09 F)

GrEStG §§ 1; 6

1. Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies als ein auf die Übertragung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft (Rn. 15).
2. § 6 Abs. 3 GrEStG ist auf den nach § 1 Abs. 2 a GrEStG steuerbaren Übergang einer 100 %igen Kommanditbeteiligung von einer Kapitalgesellschaft auf eine Gesamthandsgemeinschaft, an deren Vermögen ausschließlich der Alleingesellschafter der Kapitalgesellschaft beteiligt ist, nicht anwendbar; denn ist unmittelbar Beteiligte eine Kapitalgesellschaft, kann auf den dahinter stehenden Beteiligten nicht „durchgeschaut“ werden. Kapitalgesellschaften werden im Rahmen der §§ 5 und 6 GrStG nicht als transparent angesehen und ihnen wird als dinglich Berechtigte grunderwerbsteuerlich das Vermögen der Personengesellschaft zugeordnet (Rn. 18) (Rn. 19).
3. Revision wurde eingelegt (Az. des BFH: II R 1/13).

(Fundstellen: Beck-Online; juris; NRWEntscheidungen)

Hinweise

Seit Januar 2013 existiert das gemeinsame Vollstreckungsportal der Länder im Internet. Unter der Internetadresse www.vollstreckungsportal.de werden die bundesweiten Daten aus den Schuldnerverzeichnissen nach §§ 882 b ff. ZPO bereitgestellt. Die bisherigen Schuldnerverzeichnisse nach § 915 ZPO werden für eine Übergangszeit von maximal fünf Jahren weiter fortgeführt, so dass jedenfalls zunächst eine vollständige Information über die Kreditwürdigkeit einer Person nur aus der Zusammenschau der Schuldnerverzeichnisse alter und neuer Prägung zu erlangen ist.

Das BVerfG hat mit Urteil vom 19. 2. 2013 (1 BvL 1/11–1 BvR 3247/09) entschieden, dass indem § 9 Abs. 7 LPartG die Möglichkeit der Annahme eines adoptierten Kindes des eingetragenen Lebenspartners durch den anderen Lebenspartner (Sukzessivadoption) verwehrt, wohingegen die Möglichkeit der Annahme eines adoptierten Kindes des Ehepartners und die Möglichkeit der Annahme eines leiblichen Kindes des eingetragenen Lebenspartners (Stiefkindadoption) eröffnet sind, sowohl die betroffenen Kinder als auch die betroffenen Lebenspartner in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt werden (Art. 3 Abs. 1 GG). Das OLG Hamm hatte eine Sukzessivadoption in seinem Beschluss vom 1. 12. 2009 (RNotZ 2010, 204) noch abgelehnt und die Vorschrift für verfassungskonform erachtet (RNotZ 2010, 204).