

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst
Stefan Mattes, Vaihingen/Enz

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Notariatsdirektor, Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

6/2011

Dezember

Seiten 205-228

Inhalt

Abhandlung

Schaal

Aktuelle Praxisfragen des Nachlassverfahren
.....206

Rechtsprechung.....212

Aktuelles aus dem Steuerrecht
(Mensch).....223

Buchbesprechung.....228

**Schütz & Kleine
Rechtsanwälte und Notar**

Wir suchen zur Verstärkung unseres Teams eine(n)

Württembergische(n) Notariatsassessor(in)

möglichst mit Berufserfahrung zum baldigen Eintritt.

Zu Ihren Aufgaben gehören neben dem Entwerfen von Urkunden auch Besprechungen mit den Beteiligten sowie die Übernahme von Vertretungen gem. § 39 BNotO.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbung an:

Rechtsanwalt und Notar Gerhard Kleine
Deutschhofstr. 35, 74072 Heilbronn,
Tel. 071 31/99 53-10, Fax 071 31/99 53-87
E-Mail gkleine@schuetz-kleine.de
www.schuetz-kleine.de

Unsere gut eingeführte Notariatskanzlei mit drei Anwaltsnotaren ist für in- und ausländische Unternehmen in allen Bereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie dem Immobilienrecht tätig.

Wir suchen baldmöglichst eine/einen qualifizierte/n

Notarfachangestellte/n oder Notarfachassistent/in

gerne auch in Teilzeit, für unser schwerpunktmäßig im Handels- und Gesellschaftsrecht tätiges Referat. Wir sind ein Team von noch überschaubarer Größe und legen Wert auf ein gutes Arbeitsklima. Wir bieten eine interessante und vielseitige Tätigkeit, eine gut ausgestattete Bibliothek und ein mit allen Kommunikationsmitteln ausgestattetes Büro sowie eine den hohen Anforderungen entsprechende Vergütung.

Ihre aussagekräftige Bewerbung richten Sie bitte an:

**Dr. F. Oppenländer, Dr. J. Hägele, Dr. U. Hasper,
Dr. R. Hägele, Rechtsanwälte und Notare**
z. Hd. Dr. F. Oppenländer
Gänsheidestraße 1, 70184 Stuttgart

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Frau Wagner unter der Telefonnummer 07 11/24 83 83-520

Inhaltsverzeichnis

Abhandlung

Daniel Schaal, Notar im Landesdienst, Stuttgart

Aktuelle Praxisfragen des Nachlassverfahrensrechts 206

Rechtsprechung

1. Wohnungseigentumsrecht

BGH, 21.10.2011, V ZR 75/11

Zu den Eigentumsverhältnissen an der Hebeanlage eines Doppelparkers **(mit Anmerkung Stefan Mattes, Notarvertreter im Landesdienst, Vaihingen/Enz)** 212

2. Erbrecht

OLG Stuttgart, 04.10.2011, 8 W 321/11

Voraussetzungen der §§ 2279, 2077 BGB und Scheidung im Ausland 214

OLG München, 26.10.2011, 31 WX 30/11

Auslegung eines handschriftlichen Testaments mit nicht ausdrücklicher Vor- und Nacherbfolge. Ersatzberufung des Nacherben 218

OLG München, 26.05.2011 – 31 Wx 78/11

Erbrecht des deutschen Fiskus bei erbenlosem österreichischen Erblasser 221

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) 223

Buchbesprechung

Dr. Christof Münch, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich (Lutz) 228

Aktuelle Praxisfragen des Nachlassverfahrensrechts

(von Daniel Schaal, Notar im Landesdienst, Stuttgart)

1. Einleitung

Das FamFG ist nun seit über 2 Jahren in Kraft, mit ihm auch das neue Nachlassverfahrensrecht.

Das FGG-Reformgesetz hat das internationale Nachlassverfahrensrecht insbesondere durch Abschaffung des Gleichlaufgrundsatzes grundlegend umgestaltet.¹ In der nachstehenden Abhandlung sollen einige aktuelle Fragestellungen des (internationalen) Nachlassverfahrensrechtes, die in der Praxis der Nachlassgerichte regelmäßig klärungsbedürftig sind, mit Lösungsansatz dargestellt werden.

2. Örtliche Zuständigkeit

a) Belegenheit eines Erbteils im Sinne des § 343 Abs. 3 FamFG

Hin und wieder stellt sich die Frage, welches Gericht für die Nachlasssache eines ausländischen Erblassers ohne Wohnsitz und Aufenthalt im Inland nach § 343 Abs. 3 FamFG örtlich zuständig ist, wenn der **Erblasser selbst Erbe eines (deutschen) Erblassers war und die Erbengemeinschaft noch nicht oder nicht vollständig auseinandergesetzt ist**. Mit anderen Worten: Wo ist der Erbteil im Nachlass des (ausländischen) Erblassers belegen?

Beispiel

Der österreichische Staatsangehörige A stirbt in Wien mit letztem Wohnsitz und Aufenthalt dort. A war als Erbe seines deutschen Onkels X Mitglied einer Erbengemeinschaft. X ist mit letztem Wohnsitz im Jahr 2005 in Saarbrücken verstorben. Im Nachlass des X befinden sich noch ungeteilte Immobilien in Hamburg, Frankfurt und Stuttgart sowie Bankguthaben bei mehreren deutschen Privatbanken.

Der Erbteil ist dann, wenn deutsches Recht Erbstatut nach dem (Erst)Erblasser ist, ein Gesamthandsanteil. Es besteht keine unmittelbare dingliche Berechtigung des Erben an den zum Nachlass gehörenden Gegenständen.² Der (Gesamthands)Erbteil ist (was für die Ermittlung des Erbstatuts bedeutsam sein kann) - nach deutscher Beurteilung- bewegliches, kein unbewegliches Vermögen.³ Konsequenz hieraus ist, dass dem Grundbuchamt für die Grundbuchberichtigung auf die Erben des Zweiterblassers (in Fällen der Nachlassspaltung) ein Erbschein für bewegliches Vermögen vorzulegen ist.

Auch bei ausländischem Erbstatut kann ein Erbteil als Gesamthandsanteil ausgestaltet sein. Ist die Erbengemein-

schaft jedoch als echte Bruchteilsgemeinschaft ausgestaltet, stellen sich die hier besprochenen Fragen nicht. In diesem Fall sind die einzelnen Erben bereits unmittelbar an den einzelnen Nachlassgegenständen berechtigt.

Richtigerweise ist die Belegenheit eines (Gesamthands) Erbteils an die Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts für den Ersterblasser zu knüpfen. Der Erbteil ist dort belegen, wo eine örtliche und internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts für das Nachlassverfahren nach dem Ersterblasser besteht bzw. nach § 73 FGG bestanden hat.⁴ Zuständig ist damit das Nachlassgericht, das bereits für den Nachlass des Ersterblassers zuständig war/ist. Im vorliegenden Beispielfall wäre daher das Amtsgericht Saarbrücken nach § 343 Abs. 3 FamFG örtlich zuständig, weil es auch für den Ersterblasser nach § 343 Abs. 1 FamFG zuständig ist bzw. nach § 73 Abs. 1 FGG zuständig war.

Der Auffassung von Eule,⁵ wonach der Erbteil überall dort belegen ist, wo sich Nachlassvermögen des Ersterblassers befindet, kann nicht gefolgt werden. Diese Auffassung würde zu einer starken Erweiterung der nach § 343 Abs. 3 FamFG zuständigen Gerichte für das Nachlassverfahren nach dem Zweiterblasser führen. Zudem trägt die Begründung nicht, wonach insbesondere bei einem ausländischen Ersterblasser ohne Wohnsitz und Aufenthalt in Deutschland die Gefahr bestehe, dass der Erbteil nach diesem als nicht im Inland belegen anzusehen sei und daher eine Rechtsverweigerung der deutschen Gerichte drohe. Wenn in Deutschland Nachlassgegenstände des Ersterblassers vorhanden sind, gibt es auch immer ein örtlich und international zuständiges Gericht (ggf. ebenfalls unter Heranziehung des § 343 Abs. 3 FamFG), das dann auch für den Zweiterblasser zuständig ist und zwar auch dann, wenn der Ersterblasser kein unbewegliches Vermögen in Deutschland hinterlassen hat. Auf die Belegenheit der einzelnen Nachlassgegenstände des Ersterblassers kommt es daher nur mittelbar an.

Auch wenn zum Nachlass des Ersterblassers Grundvermögen gehört, ist m.E. nicht das Nachlassgericht nach § 343 Abs. 3 FamFG zuständig, in dessen Bezirk das betreffende Grundbuchamt seinen Sitz hat.⁶ Richtig ist zwar, dass § 2369 Abs. 2 S. 1 BGB auch für die Frage, wo ein Grundstück im Sinne des § 343 Abs. 3 FamFG belegen ist, angewandt wird.⁷ Allerdings setzt die Anwendung der Vorschrift voraus, dass **für den betreffenden Gegenstand** im Inland ein Register geführt wird.

Im Grundbuch wird nach dem Tod des Ersterblassers nicht der Erbteil, der dem Zweiterblasser zusteht, also der betreffende Gegenstand, eingetragen. Vielmehr wird das Grundbuch nur im Hinblick auf den eingetragenen Eigentümer berichtigt. Das Grundbuch wird somit nicht für den Erbteil

1 BT-Drucks. RegE 16/6308 S. 221; Heinemann ZFE 2009, 8, 10; Schaal BWNotZ 2007, 154, 155; Kroiß ZErB 2008, 301.

2 Palandt-Edenhofer, BGB, 69. Aufl., § 2032 Rn. 1; BGH v. 24.01.2001, ZEV 2001, 235.

3 BGH v. 24.01.2001, ZEV 2001, 335.

4 Staudinger-Dörner, BGB (2007), Art. 25 EGBGB, Rn. 879.

5 ZEV 2010, 508ff.

6 so aber DNotI-Gutachten vom 07.06.2010, AZ su-mo 103209-i-f.

7 Staudinger-Herzog, BGB (2010), § 2353 Rn. 60.

geführt, § 2369 Abs. 2 S. 1 BGB kann für die Frage der Belegenheit des Erbteils nicht angewendet werden.

b) Belegenheit von Forderungen gegen Kreditinstitute im Sinne von § 343 Abs. 3 FamFG

Praktisch häufig ist der Fall eines verstorbenen Ausländers ohne Wohnsitz und Aufenthalt im Inland, der in Deutschland ein Kontoguthaben hinterlassen hat. Fraglich ist, wo die Forderung gegen die Bank belegen ist.

Nach allg. Meinung wird § 2369 Abs. 2 S. 2 BGB auch für die Frage, wo in Deutschland eine Forderung im Sinne des § 343 Abs. 3 BGB belegen ist, weiterhin angewandt, obwohl § 343 Abs. 3 FamFG –anders als § 73 FGG a.F.– nicht auf § 2369 Abs. 2 BGB verweist.⁸ Die Forderung ist somit dort belegen, wo das für eine Klage (ohne Rücksicht auf den Streitwert) zuständige Gericht seinen Sitz hat. Das richtet sich –soweit die Belegenheit der Forderung im In- oder Ausland, also die internationale Zuständigkeit, in Frage steht nach der EuGVVO-, für die örtliche Zuständigkeit nach der ZPO.

Soweit für die Klage mehrere nicht ausschließliche Gerichtsstände eröffnet sind, ist die Forderung in mehreren Bezirken belegen. Die Lösung der Zuständigkeitskonkurrenz erfolgt in diesen Fällen nach § 2 Abs. 1 FamFG.

Der allgemeine Gerichtsstand einer juristischen Person richtet sich nach dem statutarischen Sitz derselben (§ 17 ZPO).⁹ Die Forderung aus einem Kontovertrag ist demnach im Bezirk des Nachlassgerichtes belegen, in dem das Amtsgericht, das für eine Klage gegen das Kreditinstitut am (statutarischen) Sitz desselben zuständig wäre, seinen Sitz hat.

Ob eine Filiale des Kreditinstitutes einen besonderen Gerichtsstand der Niederlassung eröffnet (§ 21 ZPO), ist im Einzelfall zu prüfen. § 21 ZPO begründet die örtliche Zuständigkeit des Gerichts, in dem sich die unternehmerische Niederlassung eines Unternehmens befindet. Erforderlich ist eine Niederlassung, von der aus unmittelbar Geschäfte abgeschlossen werden.

Es muss eine für eine gewisse Dauer angelegte Geschäftsstelle eingerichtet sein, die dem Geschäftsbetrieb dient.¹⁰ Allerdings ist nicht jede Geschäftsstelle ohne weiteres eine nach § 21 ZPO zuständigkeitsbegründende Niederlassung. Das in § 21 ZPO genannte Erfordernis des unmittelbaren Abschlusses von Geschäften setzt eine gewisse Selbstständigkeit der Niederlassung gegenüber der Hauptniederlassung voraus.

Daran fehlt es i.d.R. bei einer Geschäftsstelle, von der aus Geschäfte nur ausnahmsweise abgeschlossen werden oder die ihre Weisungen vom Hauptgeschäft empfängt und in der Regel Geschäftsabschlüsse nicht selbst tätigt, sondern lediglich Vertragsangebote weiterleitet und Verträge vermittelt.¹¹

Eine Filiale einer Bank, die keine eigene Entscheidungsbefugnis zum Abschluss von Kreditverträgen und sonstigen banküblichen Verträgen hat, sondern die Vertragsunterlagen an eine andere Filiale oder die Hauptstelle weiterleitet, ist demnach keine Niederlassung i.S. des § 21 ZPO und vermag die Belegenheit einer Forderung gegen das Kreditinstitut in ihrem Bezirk nicht zu vermitteln.

Zuständig ist somit in jedem Fall das Nachlassgericht, in dessen Bezirk das Amtsgericht, das für Klagen am Hauptsitz des Kreditinstituts ohne Rücksicht auf den Streitwert zuständig wäre, seinen Sitz hat.

Ob eine Niederlassung/Filiale des Kreditinstitutes eine Zuständigkeit nach § 343 Abs. 3 FamFG begründen kann, richtet sich danach, ob die Filiale eine Niederlassung im Sinne des § 21 ZPO ist.

3. Internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts für die Entgegennahme einer Ausschlagung nach § 344 Abs. 7 FamFG

Immer noch nicht zweifelsfrei geklärt ist die Frage, ob die besondere örtliche Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 auch die internationale Zuständigkeit nach sich zieht. Nach der allgemeinen Regel des § 105 und der wohl h.M. in der Literatur¹² ist das zu bejahen.

Der Wortlaut der Vorschrift nimmt zwar ausdrücklich Bezug auf §§ 1945 und 1955 BGB, geht somit von der Anwendung deutschen Sachrechts aus. Die Vorschrift ist auch eindeutig auf die kurze Ausschlagungsfrist von grds. 6 Wochen nach deutschem Sachrecht ausgerichtet. Bei ausländischem Erbstatut sind häufig längere Ausschlagungsfristen vorgesehen, teilweise gibt es überhaupt keine Ausschlagungsfristen, weil die Erbschaft durch Erklärung oder Annahmehandlung angenommen werden muss.¹³ Dennoch kann eine internationale Zuständigkeit nicht verneint werden, die von mir bisher vertretene abweichende Auffassung¹⁴ wird aufgegeben. Der Gesetzgeber hat die Problematik ausweislich der Gesetzesbegründung offenbar nicht erkannt und damit auch keine Aussage zur Frage der internationalen Zuständigkeit getroffen. Die Bezugnahme auf deutsche Sachvorschriften im Wortlaut des § 344 Abs. 7 FamFG soll lediglich der Verdeutlichung dienen, ein gesetzgeberischer Wille, die internationale Zuständigkeit auszuschließen, kann dem nicht entnommen werden.

Verneint man die internationale Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG, führt dies zu erheblichen praktischen Problemen. Kommt z.B. aufgrund einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB oder aufgrund Rückverweisung eines ausländischen Rechts für in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht, im übrigen aber aus-

8 Staudinger-Herzog, BGB (2010), § 2353 Rn. 60; Prütting/Helms-Fröhler, FamFG, 1. Aufl., § 343 Rn. 88; Wittkowski, RNotZ 2010, 102, 107.
 9 BeckOKZPO-Toussaint, § 17 ZPO Rn. 9.
 10 MünchKommZPO-Patzina § 21 Rn 2.
 11 BGH NJW 1987, 3081, 3081, 3082; OLG Naumburg BeckRS 2001, 30197002, II 1.

12 Prütting/Helms-Fröhler, FamFG, § 343 Rn. 151ff und § 344 Rn. 75ff; MüKo-ZPO-J.Mayer, § 344 FamFG Rn. 21; Keidel-Zimmermann, FamFG, § 344 Rn. 47; BeckOKFamFG-Schlögel, Stand 01.08.2011, § 344 Rn. 17; die Rspr. hat die Frage einstweilen offen gelassen, siehe OLG Hamm v. 22.03.2011, DNotZ 2011, 389.
 13 so z.B. im italienischen Recht.
 14 Schaal, notar 2010, 431ff m.w.N..

ländisches Recht zur Anwendung, wäre eine internationale Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz eines Erben zur Entgegennahme einer Ausschlagungserklärung nur für den nach deutschem Recht vererbten Nachlassteil begründet. Für den anderen Nachlassteil wäre ausschließlich das Nachlassgericht im Sinne des § 343 FamFG zuständig.

Ausserdem würde die Zuständigkeitsfrage von der Ermittlung des anwendbaren Erbstatuts abhängen, also von Ermittlungen, die das Wohnsitzgericht i.d.R. überhaupt nicht leisten kann. Dies widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, einfache und einheitliche Zuständigkeitsregeln zu schaffen.

Die örtliche Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG begründet somit auch eine internationale Zuständigkeit.¹⁵ Da diese Frage allerdings in der Literatur umstritten ist und eindeutige obergerichtliche Rspr. bisher fehlt, sollten Notare den sichersten Weg gehen und von einer Zuständigkeit ausschließlich des nach § 343 FamFG allgemein zuständigen Nachlassgerichts ausgehen.

In Fällen, in denen ausser dem Wohnsitz eines Erben ein Bezug zu Deutschland fehlt, insbesondere kein Wohnsitz des Erblassers in Deutschland bestand und auch keine Nachlassgegenstände im Inland liegen, fehlt es allerdings an der internationalen Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG.¹⁶ Sinn und Zweck der besonderen örtlichen Zuständigkeit ist eine Erleichterung für den ausschlagenden bzw. anfechtenden Erben im deutschen Nachlassverfahren. Besteht aber keine allgemeine Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts nach § 343 FamFG, kann dieser Sinn und Zweck nicht erfüllt werden, auch ist dann keine Weiterleitung der Erklärung an das allgemein zuständige Nachlassgericht möglich.

In jedem Fall fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Ausschlagung bzw. Anfechtung im Ausland nicht anerkannt wird.

Beispiel

Der kroatische Staatsangehörige E ist mit letztem Wohnsitz in Kroatien verstorben. Nachlassgegenstände befinden sich in Deutschland nicht. Der Erbe X wohnt in Stuttgart und möchte die Erbschaft ausschlagen. Grds. bestünde eine Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG auch bei Geltung serbischen Erbstatuts. Vorliegend fehlt es allerdings deshalb an der internationalen Zuständigkeit, weil es in Deutschland kein allgemein örtlich zuständiges Nachlassgericht gibt.

4. Erbscheinsverfahren

a) „Erweiterung“ eines territorial beschränkten Erbscheins?

Das Problem der „Erweiterung“ eines auf das in Deutschland belegene Vermögen beschränkten Erbscheins stellt sich in der Praxis in zwei Fallkonstellationen:

¹⁵ a.A. Heinemann, ZErb 2008, 293, 299; Bachmayer, BWNtZ 2010, 146, 153.

¹⁶ Prütting/Helms-Fröhler, FamFG, 1. Aufl., § 344 Rn. 78; Heinemann, ZErb 2008, 293, 299; BeckOKFamFG-Schlögel, Stand 01.08.2011, § 344 Rn. 17; a.A. wohl MüKo-ZPO-J.Mayer, § 344 FamFG, Rn. 21.

aa) **vor dem 01.09.2009 wurde nach altem Recht bei Geltung ausländischen Erbstatuts ein gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB a.F. erteilt bzw. beantragt.** Nach Inkrafttreten des FGG-RefG und der Möglichkeit eines Welterbscheins auch bei ausländischem Erbstatut soll dieser nun durch erneute Antragstellung auf im Ausland belegenes Vermögen erweitert werden.

Ähnliche Fragen stellen sich dann, wenn auf der Grundlage des bis 31.08.2009 geltenden Rechts ein Eigenrechtserbschein mit Geltungseinschränkungsvermerk aufgrund eines vorrangigen Sonderstatuts nach Art. 3a Abs. 2 EGBGB erteilt wurde. Kann der Geltungseinschränkungsvermerk nun „gestrichen“ bzw. ein neuer unbeschränkter Erbschein erteilt werden?

Nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RefG sind auf Verfahren, die vor dem 01.09.2009 eingeleitet wurden oder die vor diesem Datum beantragt wurden, weiterhin die vor dem 01.09.2009 geltenden Vorschriften anzuwenden. Dies muss erst recht für bereits abgeschlossene Erbscheinsverfahren gelten. Eine Erweiterung eines vor dem 01.09.2009 erteilten Erbscheins nach § 2369 BGB a.F. oder eines Eigenrechtserbscheins mit Geltungsbeschränkungsvermerk für bestimmte im Ausland belegene Gegenstände wegen Art. 3a Abs. 2 EGBGB aufgrund des neu gefassten § 2369 BGB kommt damit nicht in Betracht.¹⁷

Nach den bis 31.08.2009 geltenden Vorschriften war es nicht möglich, einen unbeschränkten Erbschein zu erteilen. Die Neufassung des § 2369 BGB wirkt nicht auf bereits abgeschlossene Verfahren zurück. Der nach dem alten Recht zulässige Erbschein wurde erteilt. Ist dieser richtig, kann er auch nicht eingezogen (und unter neuem Recht neu beantragt) werden. Die Erteilung eines neuen unbeschränkten Erbscheins ist nicht zulässig, da die Überleitungsbestimmungen ein neues Verfahren auf Grundlage des § 2369 BGB n.F. und des neuen Verfahrensrechtes nicht zulassen.

bb) **der Antrag auf Erteilung eines territorial beschränkten Erbscheins wurde nach dem 01.09.2009 gestellt und der Erbschein auch erteilt.** Nun stellt sich heraus, dass im Ausland noch weiteres Vermögen vorhanden ist, weshalb nunmehr ein unbeschränkter Welterbschein erteilt werden soll.

Der Antrag auf Erteilung eines unbeschränkten Welterbscheins ist zulässig. Da dieser Erbschein bereits bei der ersten Antragstellung hätte beantragt werden können, bestehen keine Bedenken dagegen, einen weiteren Antrag auf Erteilung eines Welterbscheins zuzulassen.

Fraglich ist allerdings, wie der neue unbeschränkte Erbschein zu erteilen ist und was mit dem erteilten territorial beschränkten Erbschein zu geschehen hat.

Der letztere ist nicht unrichtig i.S. des § 2361 BGB und kann daher nicht eingezogen werden. Die „Abänderung“ des territorial beschränkten Erbscheins durch simple Streichung des territorialen Beschränkungsvermerkes ist ebenfalls nicht vorgesehen und verbietet sich daher.

¹⁷ a. A. Prütting/Helms-Fröhler, FamFG (2011), § 352 Rn. 88.

Es kommt allein die Erteilung eines neuen unbeschränkten Erbscheins mit entsprechender Kostenfolge in Betracht.¹⁸ Örtlich zuständig für die Erteilung desselben ist **allein das Gericht, das den territorial beschränkten Ersterbschein erteilt hat**, es handelt sich um eine Angelegenheit i.S. des § 2 Abs. 1 FamFG. Würde man die Zuständigkeit weiterer (Belegenheits)gerichte bejahen, bestünde die Gefahr der Erteilung inhaltlich widersprechender Erbscheine.

Der territorial beschränkte Erbschein ist mangels Unrichtigkeit nicht einzuziehen. Da sich die Erbscheine nicht widersprechen, besteht auch keine Verpflichtung, die Ausfertigungen bzw. das Original zu den Nachlassakten zurückzufordern, wenngleich dies in der Praxis – soweit möglich – natürlich veranlasst werden sollte.

Wird der unbeschränkte Erbschein nur für bestimmte Grundstücke oder Schiffe im Ausland benötigt, kommt ggf. eine Kostenermäßigung nach § 107 Abs. 3, 4 KostO in Betracht.

b) Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nur für im Ausland befindliches Vermögen? Herausnahme bestimmter Gegenstände aus dem Geltungsbereich des Erbscheins?

Die Erteilung eines nur auf das Ausland beschränkten Erbscheins ist nicht zulässig.

Beispiel

Der deutsche Staatsangehörige X hat einen Erbvertrag hinterlassen. Neben Vermögen in Deutschland hinterlässt er Konten in der Schweiz und in Luxemburg. Die Banken verlangen einen Erbschein.

Nicht möglich ist es, einen Erbschein beschränkt nur auf das Vermögen in der Schweiz und in Luxemburg zu erteilen. Es muss ein unbeschränkter Erbschein beantragt werden mit entsprechender Kostenfolge.

Fraglich ist allerdings, ob bei Nachlassspaltung ein Erbschein gegenständlich beschränkt auf einen im Ausland belegenen Nachlassteil erteilt werden kann.

Beispiel

Der deutsche Erblasser X hat Grundvermögen in Belgien hinterlassen. Der Erbe beantragt auf Grundlage eines deutschen notariellen Testaments einen Erbschein, der auf das in Belgien belegene unbewegliche Vermögen beschränkt sein soll.

Nach h.M. kann für jeden Spaltnachlass nach § 2369 BGB n.F. ein eigenständiger Erbschein beantragt werden.¹⁹ Fraglich ist allerdings, ob das auch dann gilt, wenn sich der Erbschein ausschließlich auf einen im Ausland belegenen Spaltnachlass beziehen soll. M.E. ist aufgrund des klaren Wortlauts des § 2369 BGB n.F. eine gegenständliche

Beschränkung aber nur auf im Inland belegene Spaltnachlässe möglich. Für die Erteilung eines auf einen im Ausland belegenen Spaltnachlass belegenen Erbschein dürfte es i.d.R. auch an einem Rechtsschutzbedürfnis fehlen.²⁰

Fraglich ist auch, ob bestimmte im Ausland belegene Nachlassgegenstände aus dem Geltungsumfang des Erbscheins herausgenommen werden können.

Beispiel

Der deutsche StA hinterlässt Vermögen in Deutschland, Konten in der Schweiz und in Luxemburg sowie Grundvermögen in Frankreich.

Der Nachlass vererbt sich aus deutscher Sicht grds. nach deutschem Recht. Für das in Frankreich belegene Grundvermögen kommt aufgrund Art. 3a Abs. 2 EGBGB französisches Recht zur Anwendung.

Möglich ist es, das in Frankreich belegene unbewegliche Vermögen (da eigenständiger Spaltnachlass) aus dem Geltungsbereich des Erbscheins auszunehmen und im übrigen einen Welterbschein zu erteilen.²¹ Nicht möglich wäre es allerdings, einen Erbschein für das gesamte Weltvermögen mit Ausnahme des in der Schweiz und Luxemburg belegenen Vermögens zu erteilen, da insoweit keine Nachlassspaltung vorliegt.²²

c) Aufnahme von Angaben zu Auslandsvermögen im Erbscheinsantrag

Da der Erbschein nach neuem Recht grds. auch bei ausländischem Erbstatut für das gesamte Weltvermögen gilt, stellt sich die Frage, ob das Nachlassgericht, da auch aus deutscher Sicht die Erbfolge in ausländische Nachlassgegenstände von der Erbfolge in inländische Nachlassgegenstände abweichen kann (Art. 3a Abs. 2 EGBGB, abweichende Anknüpfung für im Ausland belegenes Vermögen aufgrund vorrangigen Sonderstatuts), die Angabe von Ausführungen des Antragstellers zum Vorhandensein von Nachlassgegenständen im Ausland verlangen kann.

Dies ist letztlich eine Frage der sog. Verfahrensförderlast.²³ Hiernach wird der Amtsermittlungsgrundsatz durch Mitwirkungspflichten der Beteiligten eingeschränkt. Die Aufklärungspflicht des Gerichts findet dort ihre Grenzen, wo die Verfahrensbeteiligten es allein oder in erster Linie in der Hand haben, die notwendigen Erklärungen abzugeben und Beweismittel vorzulegen, um eine ihren Interessen entsprechende Entscheidung herbeizuführen.²⁴ Kommt der Antragsteller hiernach seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, ist das Gericht trotz Amtsermittlungsgrundsatz berechtigt (nicht verpflichtet!), den Antrag zurückzuweisen.

In der Literatur wird vertreten, dass die Verfahrensförderpflichten im Erbscheinsverfahren durch die nach § 2354 bis

20 a.A. Staudinger-Herzog, BGB (2010), § 2369 Rn. 13;

21 a.A. MüKoBGB-J.Mayer, 5. Aufl., § 2369 BGB RN. 20.

22 so auch Staudinger-Herzog, BGB (2010), § 2369 Rn. 13.

23 zum Begriff MüKo-J. Mayer, BGB (2010), § 2358 Rn. 12ff.

24 BGHZ 16, 378, 383.

18 so auch Prütting/Helms-Fröhler, FamFG (2011), § 352 Rn. 87.

19 Fröhler, BWNNotZ 2008, 183, 187; Schaal, BWNNotZ 2007, 154, 157; Staudinger-Herzog, BGB (2010), § 2369 Rn. 13.

2357 BGB geforderten Erklärungen und Unterlagen begrenzt werden.²⁵ Nach dieser Ansicht treffen den Antragsteller substantiierte Darlegungspflichten nur nach den genannten Vorschriften. Zwar dürfe das Nachlassgericht den Antragsteller zu in den Vorschriften nicht genannten Angaben heranziehen, wird die Mitwirkung dann aber nicht erbracht, sei das Gericht nicht zur Zurückweisung berechtigt, sondern müsse den Sachverhalt selbst aufklären.

Nach a.A. erhöht sich die Verfahrensförderungslast des Antragstellers in dem Maße, in dem das Gericht auf die Mitwirkung desselben angewiesen ist. Dies gilt insbesondere für Vorgänge aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich.²⁶ Unterlässt der Antragsteller die Mitwirkung, kommt nach dieser Ansicht auch ohne Amtsermittlung eine Zurückweisung des Antrags in Betracht.²⁷

M.E. ist der letztgenannten Meinung zu folgen. Soweit es dem Antragsteller zumutbar ist, Angaben oder Unterlagen beizubringen und das Gericht auf diese Angaben angewiesen ist, besteht auch über §§ 2354 - 2357 BGB hinaus eine Verfahrensförderpflicht. Wird diese schuldhaft verletzt, kommt eine Zurückweisung des Antrags in Betracht.

Angaben zu vorhandenem Auslandsvermögen betreffen den höchstpersönlichen Lebensbereich des Erblassers. Das Nachlassgericht hat grds. kaum Möglichkeiten, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Nachlassgegenständen im Ausland von Amts wegen zu ermitteln. Daher können im Erbscheinsantrag Angaben zu Auslandsvermögen verlangt werden²⁸. Die Begründung des Antrags steht bei Fehlen entsprechender Angaben nicht zur Überzeugung des Nachlassgerichts fest.

Eine eidesstattliche Versicherung kann aber wohl nicht verlangt werden.

d) gegenständlich beschränkter Erbschein für den in Deutschland belegenen Nachlass auch dann, wenn unbekannt ist, ob im Ausland Vermögensgegenstände belegen sind?

Schließlich ist zweifelhaft, ob ein territorial beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n.F. auch dann erteilt werden kann, wenn zwar nicht positiv bekannt ist, dass im Ausland kein Vermögen vorhanden ist, das Vorhandensein solchen Vermögens aber unwahrscheinlich ist.

Nach der wohl h.M. in der Rechtsprechung und Literatur ist Zulässigkeitsvoraussetzung für einen territorial beschränkten Erbschein, dass sich Nachlassgegenstände zum Teil im Inland und zum Teil im Ausland befinden.²⁹

Sinn und Zweck der Schaffung des § 2369 BGB n.F. war auch eine Beschleunigung des Erbscheinsverfahrens. Die-

sem Zweck entspricht es, einen territorial beschränkten Erbschein auch dann zuzulassen, wenn nicht positiv bekannt ist, ob im Ausland Vermögensgegenstände liegen. Für diese Gegenstände kann wegen Art. 3a Abs. 2 EGBGB ein abweichendes Erbstatut gelten. Der Erbschein wäre – würde sich nachträglich herausstellen, dass doch solche Gegenstände vorhanden sind – unrichtig und nach § 2361 BGB einzuziehen. Das erkennt auch das OLG Brandenburg³⁰, geht jedoch fälschlicherweise davon aus, dass das Vorhandensein solcher Gegenstände praktisch selten ist.

Der einschränkende Wortlaut des § 2369 BGB lässt sich nur aus seiner Entstehungsgeschichte heraus begründen.³¹

Auch die Vertreter der erstgenannten Meinung verlangen für die Zulässigkeit des territorial beschränkten Erbscheinsantrags nur die Angabe, dass im Ausland Vermögen liegt, ohne weiteren substantiierten Vortrag. Nach dem OLG Brandenburg³² genügt das Vorhandensein eines einzigen im Ausland befindlichen Nachlassgegenstandes.

Folgt man der Meinung, wonach der Erbscheinsantrag unzulässig ist, wenn im Ausland kein Vermögen liegt, führt dies dennoch nicht zur Unrichtigkeit des auf einen solchen Antrag hin erteilten Erbscheins. Nur das gänzliche Fehlen eines Antrags oder der Antragsberechtigung oder das inhaltliche Abweichen des Gerichts vom Antrag führen zu solch schweren formalen Mängeln, dass der Erbschein einzuziehen ist.³³ Ein Verstoß lediglich gegen eine Antragszulässigkeitsvoraussetzung führt nicht zur Unrichtigkeit des Erbscheins.³⁴ Da der Erbschein auch nicht inhaltlich unrichtig ist, ist er nicht einzuziehen.

5. nachlassgerichtliche Genehmigung

Im Rahmen des nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahrens ist weiterhin unklar, ob die unbekannt Erben im Rahmen des § 41 Abs. 3 FamFG durch einen Verfahrenspfleger vertreten werden können oder ob die Bestellung eines Ergänzungsnachlasspflegers oder Pflegers für unbekannt Beteiligte erforderlich ist.³⁵

Jüngst werden in der Literatur Zweifel gegen die Annahme erhoben, im nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren könne ein Verfahrenspfleger bestellt werden.³⁶ Die vorgenannte Literaturansicht will §§ 340, 276 FamFG auf die Nachlasspflegschaft nicht anwenden und geht ungeachtet der Tatsache, dass auch die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft ist davon aus, die Verfahrenspflegerbestellung im nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren sei unzulässig.

Das OLG Hamm³⁷ hat in einem Grundbuchbeschwerdeverfahren entschieden, dass die Vertretung der unbekannt Erben auch im Rahmen des § 41 Abs. 3 FamFG durch einen nach §§ 340, 276 FamFG bestellten Verfahrenspfleger

25 MüKoBGB-J.Mayer, aaO, § 2358 RN. 15; § 2354 Rn. 5.

26 BayObLG FamRZ 1998, 1242, 1243.

27 so Lindacher, JuS 1978, 577, 581; Kolhossler, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1970, S. 138; wohl auch Hilger, BWNtZ 1992, 113, 119.

28 Schaal, notar 2010, 393, 399.

29 OLG Brandenburg, ZErB 2011, 277ff; Palandt-Edenhofer, aaO, § 2369 Rn. 1; Kroiß, Das neue Nachlassverfahrensrecht, 2009, Abschn. F Rn. 2; Wittkowski, RNotZ 2010, 102, 111; Staudinger-Herzog, BGB (2010), § 2369 Rn. 3.

30 ZErB 2011, 277, 279.

31 Schaal, notar 2010, 393, 399; Bachmayer, BWNtZ 2010, 172.

32 ZErB 2011, 277ff.

33 MüKoBGB-J.Mayer, aaO, § 2361 Rn. 9.

34 MüKoBGB-J. Mayer, aaO, § 2361 Rn. 9.

35 zur Problematik ausführlich Schaal, notar 2010, 431ff.

36 Damrau, ZErB 2011, 176, 180; Leipold, ZEV 2011, 192, 193.

37 DNotZ 2011, 223f.

erfolgen kann, ein Ergänzungsnachlasspfleger somit nicht erforderlich ist.

Dieser Aussage des Beschlusses ist uneingeschränkt zuzustimmen³⁸, da für den Verfahrenspfleger nach § 276 FamFG die Regelung des § 158 Abs. 4 FamFG gerade nicht gilt. Es gibt auch keine triftigen Gründe dafür, § 276 FamFG über § 340 FamFG auf die Nachlasspflegschaft nicht anzuwenden, wie die genannte Literaturansicht meint.³⁹

Weiterhin unklar ist ausserdem, ob die erteilte Genehmigung rechtskräftig und damit wirksam werden kann, wenn nicht alle materiell Beteiligten am Verfahren tatsächlich beteiligt worden sind bzw. diesen die Genehmigungsentscheidung nicht ordnungsgemäß zugegangen ist.

Das OLG Hamm⁴⁰ meint hierzu, dass die Genehmigung auch dann, wenn die Bestellung eines Verfahrenspflegers für die unbekanntem Erben unterblieben ist und nur der Nachlasspfleger selbst am Verfahren beteiligt wurde, rechtskräftig wird, wenn die Beschwerdefrist für den letzten (und im konkreten Fall einzigen) tatsächlich am Verfahren Beteiligten abgelaufen ist. Der Senat hat sich damit der wohl h.M. im Schrifttum angeschlossen, wonach § 63 Abs. 3 FamFG nur auf tatsächlich formell am Verfahren Beteiligte Anwendung findet.

Derjenige, der vom Gericht verfahrensfehlerhaft am Verfahren nicht formal beteiligt worden ist, hat nach dieser Ansicht zwar als materiell Beteiligter ein Beschwerderecht, kann aber die Beschwerde nur solange einlegen, wie die Beschwerdefrist für den letzten tatsächlich formell Beteiligten noch nicht abgelaufen ist.

Damit würde die Genehmigung im konkreten Fall 2 Wochen nach Bekanntgabe an den Nachlasspfleger rechtskräftig und damit unanfechtbar, obwohl weder die Erben noch ein Ver-

fahrenspfleger oder Ergänzungsnachlasspfleger am Verfahren beteiligt waren.

Letzteres kann nicht richtig sein, die Entscheidung und die mit dieser verbundene Gesetzesauslegung verstößt gegen Art. 19 Abs. 4 GG und die Grundsätze der bereits im Jahr 2000 ergangenen Entscheidung des BVerfG.⁴¹

Wird im Verfahren also kein Verfahrenspfleger bestellt bzw. werden bereits bekannte Erben nicht formell am Verfahren beteiligt, kann die Genehmigung nicht rechtskräftig werden. Dies gebietet der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung am Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG.

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der genannten Fragen empfiehlt es sich, als sichersten Weg einen Ergänzungsnachlasspfleger zur Gewährung rechtlichen Gehörs an die unbekanntem Erben und zur Entgegennahme der Genehmigungsentscheidung nach § 41 Abs. 3 FamFG zu bestellen.

6. Fazit

Erstaunlich viele Fragen des Nachlassverfahrens sind auch zwei Jahre nach Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes durch die Rechtsprechung ungeklärt.

Insbesondere die offenen Fragen im Zusammenhang mit dem Wirksamwerden nachlassgerichtlicher Genehmigungen bereiten in der Praxis erhebliche Probleme. Der Gesetzgeber sollte nun endlich für Rechtssicherheit in diesem Bereich sorgen. Im Rahmen des geplanten Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, in dem sowieso Änderungen des FamFG vorgesehen sind, besteht hierzu Gelegenheit.

38 siehe auch Schaal, notar 2010, 393, 404.

39 siehe Fn. 36.

40 DNotZ 2011, 223f.

41 BVerfG v. 18.01.2000 - 1BvR 321/96; in diese Richtung argumentierend auch Abicht, notar 2011, 235, 240.

Rechtsprechung

WEG § 3 Abs. 2 Satz 2; § 5 Abs. 2

Das an einer Doppelstockgarage gebildete Sondereigentum erstreckt sich auf die dazugehörige Hebeanlage, wenn durch diese keine weitere Garageneinheit betrieben wird.

BGH, 21. Oktober 2011 - V ZR 75/11

Der Kläger parkte seinen Pkw in der Zeit vom 2. bis 22. August 2009 mit Zustimmung des Berechtigten in einer zu einer Wohnungseigentumsanlage gehörenden Doppelstockgarage. Nach seiner Darstellung ist das Wagendach während dieser Zeit durch ein zu tiefes Absinken der hydraulischen Hebeanlage beschädigt worden.

Die von dem Kläger genutzte Doppelstockgarage besteht aus vier Stellplätzen und verfügt, wie auch die übrigen Garageneinheiten der Anlage, über einen eigenständigen, mit den anderen Einheiten nicht verbundenen Hydraulikantrieb. In der Teilungserklärung ist für jede der Doppelstockgaragen Sondereigentum gebildet und dieses jeweils vier Eigentümern zu je $\frac{1}{4}$ zugewiesen worden.

Mit der Behauptung, die Fehlfunktion der Hydraulikanlage gehe auf deren unzureichende Wartung zurück, nimmt der Kläger die Wohnungseigentümergeinschaft auf Zahlung von 2.064,03 Euro in Anspruch. Ferner möchte er festgestellt wissen, dass die Gemeinschaft verpflichtet ist, ihm alle weiteren aus der Beschädigung entstehenden materiellen Schäden zu ersetzen.

Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die Beklagte für nicht passivlegitimiert. Verkehrssicherungspflichtig für die Doppelstockgarage seien die jeweiligen Eigentümer der Garageneinheit. Ihnen stehe das Sondereigentum an dem Garagenraum einschließlich der darin befindlichen hydraulischen Hebeanlage zu. Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 WEG hindere die Annahme von Sondereigentum nicht. Die Hebeanlage diene weder dem Gebäude noch dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer, sondern nur dem sonderrechtsfähigen Raum „Doppelstockgarage“ und dessen Eigentümern.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsrecht nimmt ohne Rechtsfehler an, dass die Hebeanlage nicht im Gemeinschaftseigentum steht und die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft deshalb nicht nach § 823 Abs. 1 BGB für den Schaden haftet, den diese Anlage an dem Pkw des Klägers verursacht haben soll.

1. Es entspricht heute allgemeiner Auffassung, dass eine Garage, die mithilfe einer Hebebühne für zwei oder vier Pkw genutzt werden kann (sog. Doppelstockgarage), einen Raum im Sinne von § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 WEG bildet und daher als Ganze im Teileigentum einer Person oder mehrerer Personen in Bruchteilsgemeinschaft stehen kann (vgl. BayObLG, NJW-RR 1994, 1427; NJW-RR 1995, 783, 784; AG Rosenheim ZMR 2008, 923, 924; MünchKomm-BGB/Commichau, 5. Aufl., § 5 WEG Rn. 19; Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 3 WEG Rn. 7; Bamberger/Roth/Hügel, BGB, 2. Aufl., § 3 WEG Rn. 11; Armbrüster in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 65; Zimmer in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 3 Rn. 24 aE; Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 3 Rn. 34; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 43; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl., § 5 Rn. 29; Timme/Kessler, WEG, § 3 Rn. 49; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 3 Rn. 8; Schuschke, NZM 1999, 1121, 1122; Böttcher, RPFleger 2004, 21, 25; Noack, RPFleger 1976, 5; im Ergebnis auch OLG Jena, ZWE 2000, 232, 233). So liegt es nach der Teilungserklärung auch hier; die Doppelstockgarage Nr. 44 mit den Stellplätzen Nr. 62 bis 65 steht als Einheit zu je einem Viertel den in der Teilungserklärung genannten Personen bzw. deren Rechtsnachfolgern zu. Auf die umstrittene Frage, ob auch der einzelne Stellplatz innerhalb einer Doppelstockgarage sondereigentumsfähig ist (vgl. die Nachweise bei Armbrüster in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 65 Fn. 94 u. 95 sowie Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 3 Rn. 71), kommt es nicht an.

2. Zutreffend geht das Berufungsgericht ferner davon aus, dass das Sondereigentum an der Doppelstockgarage nach den hier gegebenen Verhältnissen auch die dazugehörige Hebebühne nebst Antrieb umfasst (§ 5 Abs. 1 WEG).

a) Betreibt eine Hebevorrichtung mehrere Einheiten (vgl. AG Rosenheim, ZMR 2008, 923, 924: Zehn Hydraulikanlagen zum Betrieb von 104 Stellplätzen), steht sie allerdings zwingend im Gemeinschaftseigentum. Denn nach § 5 Abs. 2 WEG sind Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, auch dann nicht Gegenstand des Sondereigentums, wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden. Eine Anlage, die mehrere Doppelstockgaragen betreibt, dient dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer im Sinne dieser Vorschrift. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass die Gesamtheit der Wohnungs- und Teileigentümer von ihr profitiert; ausreichend ist, dass mindestens zwei Wohnungs- oder Teileigentümer auf die Nutzung der Anlage angewiesen sind (vgl. Grziwotz in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 5 Rn. 27; Armbrüster in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 5 Rn. 33). Denn das Wohnungseigentumsgesetz sieht dinglich verselbständigte Untergemeinschaften an einzelnen Gebäudeteilen nicht vor, erlaubt es also nicht, eine mehreren Doppelstockgaragen dienende Hydraulikanlage dem Sondereigentum (nur) der Eigentümer dieser Garagen zuzuordnen (vgl. Senat, Urteil vom 30. Juni 1995 – V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 168 mwN).

b) Bei einer Hebevorrichtung handelt es sich aber dann nicht um Gemeinschaftseigentum, wenn durch sie ausschließlich eine Doppelstockgarage betrieben wird und wenn an dieser Garage Sondereigentum – ggf. wie hier in Bruchteilen – besteht (differenzierend auch MünchKomm-BGB/Com-michau, 5. Aufl., § 5 WEG Rn. 19; Häublein, MittBayNot 2000, 112, 113; Schmidt, ZWE 2005, 339). Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 WEG hindert die Bildung von Sondereigentum nicht, da die Anlage in einem solchen Fall nicht dem Gebrauch weiterer Wohnungseigentümer dient. Auch handelt es sich bei ihr nicht um einen Teil des Gebäudes, der für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich ist. Dass die Hebebühne nebst Antrieb notwendiger Bestandteil einer Doppelstockgarage ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung (aA OLG Celle, NJW-RR 2005, 1682; OLG Düsseldorf, MittBayNot 2000, 110, 111; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 43; Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 5 Rn. 31). Denn Gegenstand des Sondereigentums sind neben den gemäß § 3 Abs. 1 WEG bestimmten Räumen auch die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile, sofern sie verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird (§ 5 Abs. 1 WEG). Dies trifft auf die technische Einrichtung einer Doppelstockgarage zu, die – wie hier – als Ganzes im Sondereigentum steht und durch eine von den anderen Garageneinheiten unabhängige Einzelhydraulik betrieben wird.

**Anmerkung von Stefan Mattes,
Notarvertreter, Vaihingen/Enz:**

Sachverhalt:

Der BGH hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wer Anspruchsgegner des Klägers ist, dessen PKW durch eine Hebevorrichtung eines Doppelparkers beschädigt wurde. Der Kläger beehrte hierbei die Zahlung von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Feststellung, dass etwaige weitere Schäden von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer getragen werden müssen.

Ein Anspruch des Klägers gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wäre dann zu bejahen gewesen, wenn die Hebevorrichtung des Doppelparkers dem gemeinschaftlichen Eigentum aller Wohnungseigentümer zuzurechnen wäre.

Die betreffende Garage – mit insgesamt jeweils 4 Stellplätzen – wurde in der Teilungserklärung zu Sondereigentum erklärt und im Anschluss an 4 Miteigentümer zu je $\frac{1}{4}$ übertragen. Eine detaillierte Regelung bezüglich der Hebebühnenanlage war jedoch offensichtlich in der Teilungserklärung nicht vorhanden.

Entscheidung des BGH:

Der BGH stellt zunächst fest, dass an der gesamten Garage, d.h. nicht am jeweiligen Einzelstellplatz, bestehend aus insgesamt 4 Einzelstellplätzen wirksam Sondereigentum begründet wurde.

Hiervon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, in wessen Eigentum die Hebebühnenanlage steht. Der BGH sieht die Hebeanlage als Sondereigentum zur entsprechenden Miteigentumsquote der Miteigentümer der Garage und stellt hierbei darauf ab, dass die Hebeanlage nur die konkrete Garage betreibe und die Hebeanlage als Bestandteil „des Gebäudes“ verändert, beseitigt oder eingefügt werden könne, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert werde.

Anmerkung:

Der BGH ist in seiner Entscheidung konsequent und dogmatisch nachvollziehbar vorgegangen. Der BGH geht von der tatsächlichen Nutzbarkeit der Hebebühne aus und stellt hierzu fest, dass eine Hebebühnenanlage, die nur von den Eigentümern eines einzelnen Sondereigentums benutzt werden kann in deren (Mit-)Sondereigentum stehe. Der BGH geht hierbei – ohne dies ausdrücklich zu formulieren – davon aus, dass eine Zuordnung zum gemeinschaftlichen Eigentum nicht in Betracht kommt, da aus seiner Sicht kein Sondertatbestand vorliege, der die zwingende Zuordnung zum gemeinschaftlichen Eigentum nach § 5 Absatz 1 und 2 WEG zur Folge hat, da bei Veränderung, Beseitigung oder Einfügung der Hebeanlage kein anderer Wohnungseigentümer oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt werde.

Man könnte nun zwar argumentieren, dass die Veränderung oder Beseitigung der Hebeanlage die jeweiligen Mitsondereigentümer über das nach § 14 WEG zulässige Maß beeinträchtigen würde, allerdings ist hier denklogisch erforderlich, dass durch die Beeinträchtigung nur ein gegenstandsverschiedenes Sondereigentumsrecht gemeint sein kann. Da durch die einzelne Hebeanlage im konkreten Fall nicht gemeinschaftliches Eigentum beeinträchtigt wird und diese auch nicht unter § 5 Absatz 2 WEG zu subsumieren ist, ist dem BGH konsequenterweise in seiner Entscheidung zuzustimmen.

Für den gestaltenden Notar bedeutet die Entscheidung, dass dieser in der Planungsphase der Aufteilung nach § 3 oder § 8 WEG bei Vorhandensein von Doppelparkern die genaue Konstruktion der Doppelparker erfragen muss, um die von den Beteiligten gewünschte Regelung rechtlich korrekt umsetzen zu können. Sofern eine Hebeanlage nur einem einzelnen Doppelparker dient, d.h. jede einzelne Doppelparkereinheit eine eigene technisch unabhängig arbeitende Hebebühne besitzt, ist diese Sondereigentum der jeweiligen Eigentümer des Sondereigentums und nur von diesen Instandzuhalten bzw. ist es Sache dieser Eigentümer für Schäden aufzukommen, die durch die Hebebühne entstanden sind. Sofern eine Hebeanlage jedoch mehreren Doppelparkereinheiten, d.h. mehreren selbstständigen Sondereigentumsrechten dient, so ist diese gemäß § 5 Absatz 1 WEG zwingend gemeinschaftliches Eigentum und eine gegebenenfalls gewünschte Kostentragungspflicht nur der Benutzer der Hebeanlage müsste durch eine Ersatzkonstruktion, z.B. durch Begründung eines gemeinschaftlichen Sondernutzungsrechts mit Regelung der Kosten- und Lastentragung oder ausdrückliche Regelung in der Gemeinschaftsordnung gelöst werden.

BGB §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 Satz 2

1. Zu den Voraussetzungen der Unwirksamkeit der erbvertraglichen Alleinerbenerbensetzung eines Ehegatten gemäß §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn zurzeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser ihr zugestimmt hatte.

2. Zu dem anzuwendenden Recht, wenn die Eheleute ausschließlich deutsche Staatsangehörige sind und das Scheidungsverfahren in Liechtenstein anhängig ist, wohin sie ihren Wohnsitz verlegt hatten.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 04.10.2011 – 8 W 321/11**Gründe:****I.**

Im Streit zwischen den Beteiligten ist das erbvertragliche Alleinerbenrecht der Beschwerdeführerin, die am 27. April 2011 einen entsprechenden durch den Zurückweisungsbeschluss vom 12. Juli 2011 beschiedenen Erbscheinsantrag gestellt hatte.

Da zwischen dem Erblasser und der Beteiligten Ziff. 2 ein Scheidungsverfahren anhängig war, hatte das Nachlassgericht mit Beschluss vom 4. April 2011 Nachlasspflegschaft angeordnet und den Beteiligten Ziff. 1 zum Nachlasspfleger bestellt mit dem Wirkungskreis der Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie der Ermittlung der Erben. Das diesbezügliche Beschwerdeverfahren wurde durch den Beschluss des Senats vom 7. Juni 2011, Az. 8 W 167/11, abgeschlossen, auf den Bezug genommen wird.

Die Beschwerdeführerin hat gegen den am 25. Juli 2011 zugestellten Zurückweisungsbeschluss am 1. August 2011 Beschwerde eingelegt, auf deren Begründung verwiesen wird. Das Notariat hat mit Beschluss vom 23. August 2011 nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Zur Sachverhaltsdarstellung wird im Einzelnen Bezug genommen auf die vorgenannten Beschlüsse des Notariats sowie das schriftsätzliche Vorbringen der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt.

II.

1. Die Zuständigkeit des Nachlassgerichts Stuttgart-Bad Cannstatt ergibt sich aus § 1962 BGB i.V.m. § 343 Abs. 1 FamFG.

Der deutsche Erblasser hatte keinen inländischen Wohnsitz, hielt sich aber zurzeit des Erbfalls in Stuttgart-Bad Cannstatt auf. Der in Liechtenstein festgestellte Wohnsitz schließt die Aufenthaltszuständigkeit in der Bundesrepublik nicht aus.

Unter Aufenthalt im Sinne von § 343 FamFG ist ein tatsächliches Verhalten zu verstehen. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser nur ein vorübergehender, z.B. auf der Durchreise, oder ein auf längere Dauer berechneter, ein gewollter oder unfreiwilliger, ein bewusster oder unbewusster Aufenthalt war. Der Aufenthaltsort zurzeit des Erbfalls ist damit der

Sterbeort (Zimmermann in Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 343 FamFG Rn. 37 und 44-45, je m.w.N.), vorliegend das Krankenhaus Stuttgart-Bad Cannstatt.

2. a) Die befristete Beschwerde der Beteiligten Ziff. 2 ist zulässig gem. §§ 58 ff FamFG.

Zweifel an ihrer Beschwerdeberechtigung gem. § 59 Abs. 1 und 2 FamFG bestehen nicht, weil ihr Erbscheinsantrag zurückgewiesen wurde, wodurch ihre geltend gemachte erbvertragliche Alleinerbenstellung beeinträchtigt wird.

Der erforderliche Beschwerdewert (§ 61 Abs. 1 FamFG: über 600 Euro) ist gegeben und das Rechtsmittel wurde innerhalb der gesetzlichen Frist des § 63 Abs. 1 FamFG in der vorgeschriebenen Form (§ 64 Abs. 2 FamFG) beim Notariat (§ 64 Abs. 1 FamFG) eingelegt.

b) Die Fristsetzung für die Beschwerdebegründung gemäß § 65 Abs. 2 FamFG im Rahmen des vom Nachlassgericht zwingend durchzuführenden Abhilfeverfahrens (§ 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG) ist nicht zu beanstanden.

Dem Ausgangsgericht wird kein Wahlrecht zwischen Abänderung oder Nichtabänderung eingeräumt. Vielmehr ist es zu einer Selbstkorrektur seiner Entscheidung verpflichtet, wenn diese sich nach einer erneuten Prüfung als ungerechtfertigt erweist (Sternal in Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 68 Rn. 5 m.w.N.).

Im Hinblick auf die Ankündigung, dass die Beschwerde in einem gesonderten Schriftsatz begründet werden wird, war es zweckdienlich, der Beschwerdeführerin eine Frist zur Nachreichung ihrer Begründung zu setzen. Bei deren Vorlage hatte das Ausgangsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob eine Abänderung seiner Entscheidung erforderlich ist (Sternal, a.a.O., § 68 Rn. 11 m.w.N.). Im Übrigen ist bei einer in Aussicht gestellten oder vorbehaltenen Beschwerdebegründung ein Zuwarten von 2-3 Wochen angemessen, aber auch ausreichend (Sternal, a.a.O., § 65 Rn. 7 m.w.N.).

Die Beschwerdeeinlegung erfolgte am 1. August 2011. Bei einem Zuwarten von 2-3 Wochen durfte das Abhilfeverfahren zwischen dem 15. und 22. August 2011 abgeschlossen werden, was tatsächlich mit Beschluss vom 23. August 2011 nach Einreichung der Beschwerdebegründung vom 22. August 2011 erfolgte. In der vom Notariat begründeten Ablehnung einer Fristverlängerung bis zum 30. September 2011, wie beantragt, kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin gesehen werden.

Dennoch wurde nach der Nichtabhilfe und Vorlage an das Oberlandesgericht am 25. August 2011 vom Senat mit einer Entscheidung zugewartet bis einschließlich 30. September 2011, worüber die Beteiligten unterrichtet waren (Verfügung vom 8. September 2011). Sie haben weitere Stellungnahmen eingereicht, auf die Bezug genommen wird.

3. Die Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

a) Die Zurückweisung ihres Erbscheinsantrags mit Schriftsatz vom 26. April 2011 wird von der Beteiligten Ziff. 2 angefochten, weil sie die Voraussetzungen für die Unwirksamkeit

des Erbvertrags gemäß §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht für gegeben erachtet.

Der Erblasser und die Beschwerdeführerin, beide deutsche Staatsangehörige, seit 4. Juni 1986 kinderlos verheiratet, hatten am 10. Dezember 1987 vor dem Notar ... in ... (UR Nr. 221/1987) einen Ehe-/Erbvertrag geschlossen, mit dem sie Gütertrennung vereinbarten und sich gegenseitig zu Volterben einsetzten. Die Ergänzungserklärung vor demselben Notar vom 15. Juni 1989 (UR Nr. 100/1989) betraf den Ehevertrag, nicht aber die gegenseitige erbvertragliche Alleinerbeneinsetzung.

Ihren gemeinsamen Wohnsitz verlegten die Eheleute nach Liechtenstein. Dort reichte die Beschwerdeführerin bei dem Fürstlichen Landgericht 9490 Vaduz mit Schriftsatz vom 5. September 2008 Scheidungsklage ein, weil die Ehe der Parteien seit einigen Jahren zerrüttet sei, der Beklagte eine außereheliche Beziehung unterhalte und die Klägerin massiv mit Gewalt, teilweise sogar mit dem Tod bedrohe.

In der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 2008 bestritt der Erblasser zwar den Vortrag seiner Ehefrau, stimmte aber dem Scheidungsbegehren ausdrücklich zu.

In der Folgezeit kam es bis zum Ableben des Ehemannes nicht zu einer Einigung über die Nebenfolgen der Ehescheidung, weswegen die Beschwerdeführerin eine Unwirksamkeit ihrer erbvertraglichen Alleinerbeneinsetzung nicht für gegeben erachtet. Sie ist der Auffassung, dass das Recht Liechtensteins zur Anwendung kommt.

b) Da der Erblasser ausschließlich deutscher Staatsangehöriger war, unterliegt die Rechtsfolge von Todes wegen nach ihm dem deutschen Recht (Art. 25 Abs. 1 EGBGB), soweit es nicht um Nachlassgegenstände im Ausland geht (Art. 3a Abs. 2 EGBGB).

Danach beurteilt sich die Unwirksamkeit der erbvertraglichen Alleinerbeneinsetzung der Beschwerdeführerin nach §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB, d.h. der Auflösung der Ehe steht es gleich, wenn zurzeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte.

Ob die materiellen Scheidungsvoraussetzungen vorgelegen haben, ist entgegen der Auffassung der Beteiligten Ziff. 2 nicht nach dem Recht Liechtensteins zu beurteilen, sondern ebenfalls nach deutschem Recht (Art. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB; BayObLGZ 1980, 276, m.w.N.). Dass das Landgericht Vaduz seinerseits - ausgehend von dem gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten - für das bei ihm anhängige Scheidungsverfahren liechtensteinisches Recht zu Grunde gelegt hat, führt nicht zu dem Ergebnis der Anwendbarkeit dieses Rechts im hiesigen Verfahren, soweit das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Scheidung zu überprüfen sind. Denn wenn die Scheidung nicht in dem Staat beantragt worden ist, dessen Recht die Erbfolge beherrscht, dann entscheidet eine Auslegung der jeweiligen erbausschließenden Sachnorm (bei deutschem Erbstatut, wie hier, also des § 1933 BGB bzw. des § 2077 BGB) darüber, ob auch eine Antragstellung im Ausland bzw. eine Verwirklichung der im

ausländischen Recht vorgesehenen Scheidungsgründe einen Ausschluss des Ehegattenerbrechts bzw. der testamentarischen/erbvertraglichen Erbfolge bewirkt.

Es handelt sich dabei um ein Substitutionsproblem, d.h. aus der Sicht des deutschen Rechts muss die Einleitung eines Scheidungsverfahrens im Ausland dem inländischen Scheidungsantrag „funktionell äquivalent“ sein (Dörner in Staudinger, BGB/EGBGB, Neubearbeitung 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 152, m.w.N.). Setzt insoweit der Tatbestand einer Norm die Vornahme einer Prozesshandlung oder die Mitwirkung des Gerichts voraus, so sind vom fremden Recht geprägte und im Ausland vorgenommene Rechtshandlungen nur dann subsumierbar, wenn feststeht, dass der ausländische Vorgang nach seinen Merkmalen und Wirkungen die Begriffsmerkmale der betreffenden inländischen Norm ausfüllen kann (Dörner in Staudinger, a.a.O., Art. 25 EGBGB Rn. 801, m.w.N.). Ob die von deutschen Normen angesprochenen Rechtshandlungen durch ausländische Vorgänge substituiert werden können, hängt von deren Regelungsanliegen ab. Es ist festzustellen, ob von den Begriffen der deutschen Norm ein im Ausland vollzogener Rechtsvorgang erfasst wird. Deshalb wird als Kriterium für die Substituierbarkeit die „funktionelle Gleichwertigkeit“ von Rechtsvorgängen angegeben. Danach ist zu prüfen, ob die Funktion, die die ausländische Rechtshandlung in ihrer eigenen Rechtsordnung erfüllt, mit derjenigen übereinstimmt, die dem inländischen parallelen Vorgang nach dem Sinn und Zweck der anzuwendenden inländischen Norm zukommt (Dörner in Staudinger, a.a.O., Art. 25 EGBGB Rn. 802, m.w.N.).

Die Sachnorm der §§ 2077 Abs. 1, 2279 Abs. 2 BGB setzt die Auflösung der Ehe vor dem Tod des Erblassers voraus, um die Erbeinsetzung des Ehegatten durch Testament oder Erbvertrag unwirksam werden zu lassen. Dabei ist es der Auflösung der Ehe gleichgestellt, wenn zurzeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hat.

Die Beschwerdeführerin hatte beim Landgericht Vaduz in Liechtenstein Scheidungsklage eingereicht und der Erblasser hatte dem Scheidungsbegehren in der dortigen mündlichen Gerichtsverhandlung ausdrücklich zugestimmt. Dass diese im Ausland vorgenommenen Prozesshandlungen funktionell gleichwertig sind mit denen, die § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangt, wird von der Beteiligten Ziff. 2 nicht infrage gestellt und unterliegt auch keinem Zweifel. Sie ist jedoch der Auffassung, dass wegen der fehlenden Regelung sämtlicher Nebenfolgen die Scheidungsklage hätte abgewiesen werden müssen.

Insoweit besagt Art. 50 des Ehegesetzes Liechtensteins, dass zunächst der Richter zwischen den Ehegatten eine Einigung bezüglich der fehlenden oder mangelhaften Punkte herbeizuführen hat. Wenn eine Einigung nicht möglich ist, erfolgt das weitere Verfahren nach Art. 51 (Teileinigung) oder Art. 54 (Wechsel zur Scheidung auf Klage).

Entsprechend ihrer Zusage im Verhandlungstermin vom 29. Oktober 2008 befanden sich der Erblasser und die Beteiligte Ziff. 2 ausweislich der Schreiben vom 26. November 2009 und 1. Juni 2010 noch in außergerichtlichen Gesprächen über eine einvernehmliche Regelung der Nebenfolgen

des seit 29. September 2009 unterbrochenen Scheidungsverfahrens. Die Voraussetzungen für eine Abweisung des ursprünglichen gemeinsamen Scheidungsbegehrens nach Aufforderung durch das Gericht, innerhalb einer bestimmten Frist das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen, und nach fruchtlosem Fristablauf (Art. 54 EheG) waren deshalb nicht gegeben, zumal diese Vorschrift überhaupt nicht zur Anwendung kommt. Denn im Verhandlungstermin vom 29. Oktober 2008 hatte das Gericht beschlossen, dass das weitere Verfahren gem. Art. 59 EheG nach den Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren unter den dort geregelten Voraussetzungen durchgeführt wird. Wegen dieses Verfahrenswechsels war aber ein Rückwechsel nach Art. 54 EheG ausgeschlossen.

In Betracht kam also nicht die Abweisung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens nach Art. 54 Abs. 2 EheG, sondern das Herbeiführen einer Teileinigung nach Art. 51 EheG, woraus sich die unterbliebene Fristsetzung nach Art. 54 Abs. 1 EheG und die Anordnung der Unterbrechung des Verfahrens erklären.

Mithin hätte das Scheidungsbegehren nicht wegen der bis zum Tod des Erblassers fehlenden Regelung der Nebenfolgen abgewiesen werden können, worauf sich die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer geltend gemachten Alleinerbsetzung offensichtlich berufen will.

c) Die materiellen Voraussetzungen der Ehescheidung nach deutschem Recht, das gem. Art. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB - wegen der deutschen Staatsangehörigkeit der Ehegatten als Hauptanknüpfungspunkt für das Ehwirkungsstatut (Thorn in Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, Art. 14 EGBGB Rn. 2) - zur Anwendung kommt, lagen zum Zeitpunkt des Versterbens des Erblassers vor.

Eine Ehe kann gemäß § 1565 Abs. 1 BGB geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.

Ausreichend ist, dass die Voraussetzungen der Ehescheidung am Schluss der mündlichen Verhandlung gegeben sind (Brudermüller in Palandt, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 1, m.w.N.). Selbst wenn zum Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage durch die Beschwerdeführerin und der Zustimmung des Erblassers zur Scheidung das Trennungsjahr (§ 1565 Abs. 2 BGB) noch nicht abgelaufen war, wurde in der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 2008 in einem einstweiligen Vergleich die getrennte Benutzung der ehelichen Wohnung vereinbart. Dem Vergleichsangebot der Beschwerdeführerin vom 26. November 2009 ist zu entnehmen, dass der Erblasser in der ehelichen Wohnung verblieben ist, während sie nach ... verzogen war. Die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft vor dem Tod des Erblassers wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und ist auch dem vorgelegten Schriftwechsel der Ehegatten nicht zu entnehmen.

Auf ihre Behauptung der Versöhnung der Eheleute und deren Absicht, die eheliche Lebensgemeinschaft wiederherzustellen, sowie auf die diesbezüglichen Beweisantritte mit

Vernehmung der Zeugen ... und ... sowie durch Vorlage der Schreiben/E-Mails vom 1. Juni, 23. September und 3. November 2010 kommt es entscheidungserheblich nicht an. Denn angesichts der langen Trennungszeit von über zweieinhalb Jahren im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, auf den abzustellen ist (§§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 1933 Satz 1 BGB), war vorliegend das Scheitern der Ehe im Sinne des § 1565 Abs. 1 BGB nicht zu überprüfen, weil die Vermutung des § 1566 Abs. 1 BGB eingreift (BGH NJW 1978, 1810; OLG Koblenz FamRZ 2007, 590; - die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung BGH ErbR 2008, 397, betrifft nicht den Fall der einverständlichen Scheidung und damit nicht den Anwendungsbereich des § 1566 Abs. 1 BGB).

Nach dieser Gesetzesnorm wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.

Das einjährige, dem Willen der Eheleute entsprechende Getrenntleben im Sinne des § 1567 Abs. 1 Satz 1 BGB lag zum Todeszeitpunkt des Erblassers vor. Die von der Antragstellerin behauptete Annäherung der Eheleute und das Anstreben einer Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ändert hieran nichts. Selbst ein Zusammenleben über kürzere Zeit, das der Versöhnung der Ehegatten dienen soll, unterbricht oder hemmt die in § 1566 BGB bestimmten Fristen nicht (§ 1567 Abs. 2 BGB). Vielmehr beginnt die Trennungsfrist zu laufen, wenn alle Merkmale der Legaldefinition des § 1567 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt sind (Nichtbestehen der häuslichen Gemeinschaft und Trennungswille; Brudermüller in Palandt, a.a.O., § 1567 BGB Rn. 1 ff; Ey in MünchKomm zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 1566 BGB Rn. 4; Neumann in Beck'scher online-Kommentar BGB, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. März 2011, § 1566 BGB Rn. 3-4; je m.w.N.).

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Vaduz am 29. Oktober 2008 hatten die Eheleute in einem einstweiligen Vergleich die getrennte Benutzung der ehelichen Wohnung vereinbart. Nach § 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht die häusliche Gemeinschaft auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben.

Die Vermutung des Scheiterns der Ehe gemäß § 1566 Abs. 1 BGB greift nicht nur bei einem beiderseitigen Scheidungsantrag ein, sondern auch - wie vorliegend - wenn nur ein Ehegatte die Scheidung beantragt und der andere zustimmt (Ey in MünchKomm zum BGB, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 21a; Neumann, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 8; je m.w.N.), so wie auch §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 1933 Satz 1 BGB die Zustimmung des Erblassers zum Scheidungsantrag seines Ehepartners genügen lassen.

Dem Scheidungsantrag der Beschwerdeführerin hatte der Erblasser in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Vaduz am 29. Oktober 2008 ausdrücklich zugestimmt und bis zu seinem Tod die Zustimmung nicht widerrufen (vgl. hierzu Ey in MünchKomm zum BGB, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 22-30, m.w.N.). Auch die Antragstellerin hatte ihren Antrag bis zu diesem Zeitpunkt nicht zurückgenommen (Ey, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 31-32; Neumann, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 9; je m.w.N.).

Ob bei der einverständlichen Scheidung bis zur FGG-Reform die Regelung bestimmter Scheidungsfolgen gem. § 630 ZPO a.F. umfasst sein musste, was umstritten war (Müller-Christmann in Beck'scher online-Kommentar BGB, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. März 2011, § 1933 BGB Rn. 7; Hoeren in Schulze u. a., BGB, 6. Aufl. 2009, § 1933 BGB Rn. 4; Leipold in MünchKomm zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 1933 BGB Rn. 10-11; Stürner in Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 1933 BGB Anm. 1 a bb; die jeweils das Erfordernis einer Einigung über die Scheidungsfolgen verneinten und eine Übersicht über den damaligen Meinungsstreit geben), kann dahingestellt bleiben.

Denn mit dem Inkrafttreten des FamFG zum 1. September 2009 wird auf die Regelung der wichtigsten Scheidungsfolgen als Vermutung für das Scheitern der Ehe durch Wegfall des § 630 ZPO a.F. verzichtet (Ey, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 35-36; Neumann, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 10; je m.w.N.). Es sind nur noch bestimmte Angaben im Scheidungsantrag erforderlich (§ 133 FamFG; Brudermüller, a.a.O., § 1566 BGB Rn. 2, m.w.N.). Dabei verlangt § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG lediglich die Erklärung, ob die Ehegatten eine Regelung über die dort genannten Fragen getroffen haben. Den gesetzlichen Minimalanforderungen genügt bereits der Satz: „Regelungen i.S.d. § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG haben die Ehegatten – nicht – getroffen.“ Durch die Neuregelung ist es zum ersatzlosen Wegfall des § 630 Abs. 1 ZPO a.F. gekommen (Heiter in Münchner Kommentar, ZPO/FamFG, 3. Auflage 2010, § 133 FamFG Rn. 7 ff, m.w.N.), so dass eine Einigung über die Scheidungsfolgen nicht mehr verlangt werden kann (Müller-Christmann, a.a.O., § 1933 BGB Rn. 7; Hoeren, a.a.O., § 1933 BGB Rn. 4; Leipold, a.a.O., § 1933 BGB Rn. 10-11; Stürner, a.a.O., § 1933 BGB Anm. 1 a bb; je m.w.N.).

Da § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG lediglich eine Erklärung darüber verlangt, ob die Ehegatten eine Regelung der dort aufgezählten Scheidungsfolgen getroffen haben, nicht aber über deren Inhalt, soll das Gericht nur in die Lage versetzt werden, den Ehegatten gezielte Hinweise auf Beratungsmöglichkeiten zu den Fragen zu geben, über die sie sich noch nicht geeinigt haben. Angesichts dieses Gesetzeszwecks erscheint es ausgeschlossen, die Erklärungen nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG zu den Voraussetzungen der Scheidung i.S. von §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB zu rechnen (Leipold, a.a.O., § 1933 BGB Rn. 11).

Wegen der Unterbrechung des Scheidungsverfahrens seit dem 29. September 2009 kommen nach der Übergangsvorschrift des Art. 111 Abs. 3 FGG-RG die Neuregelungen des FamFG hinsichtlich der nach deutschem Recht zu beurteilenden materiellen Voraussetzungen der Ehescheidung zur Anwendung (Engelhardt in Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, Art. 111 FGG-RG Rn. 6), so dass auf die Einigung über die wichtigsten Scheidungsfolgen zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 1566 Abs. 1 BGB vorliegend nicht abgestellt werden kann – und nicht einmal auf die Abgabe der Erklärung nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG.

Danach wird gem. § 1566 Abs. 1 BGB unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe der Parteien gescheitert ist. Jegliche Untersuchung, ob die Ehe tatsächlich gescheitert ist, ist unzulässig. Die unwiderlegbare Vermutung des Scheiterns der Ehe als „zwingende Beweisregel“ kann theoretisch auch dazu

führen, dass eine tatsächlich nicht gescheiterte Ehe dennoch als gescheitert gilt. Diese Rechtsfolge hätte die Beschwerdeführerin durch die Rücknahme ihres Scheidungsantrags vor dem Versterben des Erblassers vermeiden können oder aber ihr Ehemann durch den Widerruf der Zustimmung, sofern tatsächlich eine Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen ihnen gewollt war.

Damit ist nicht zu beanstanden, dass das Nachlassgericht vom Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ehescheidung und damit von der Unwirksamkeit der erbvertraglichen Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten Ziff. 2 gem. §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2279 Abs. 2 BGB ausgegangen ist.

d) Die Beschwerdeführerin beruft sich weiterhin darauf, dass § 2077 Abs. 1 BGB eine Auslegungsregel beinhalte und der Erblasser im Jahre 2010 geäußert habe, dass der Erbvertrag trotz des Scheidungsverfahrens Bestand haben solle. Dieser Erblasserwille sei gem. § 2077 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen.

Die Beteiligte Ziff. 2 verkennt dabei, dass es sich lediglich um eine Regel der ergänzenden Testamentsauslegung handelt (Otte in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2003, § 2077 BGB Rn. 4 und 18 ff, m.w.N.).

Aus dem Erbvertrag selbst lässt sich der wirkliche Wille des Erblassers nicht entnehmen, so dass auf den hypothetischen (mutmaßlichen) Erblasserwillen abzustellen ist – und zwar auf den Willen bei Testamenterrichtung (Otte in Staudinger, a.a.O., § 2077 BGB Rn. 20; Leipold in Münchener Kommentar, BGB/Erbrecht, Bd. 9, 5. Auflage 2010, § 2077 BGB Rn. 23 ff; je m.w.N.).

Gegen eine unmittelbare Berücksichtigung des späteren Willens spricht die Formgebundenheit der letztwilligen Verfügung. Aus späteren Umständen können allenfalls Rückschlüsse auf den hypothetischen Erblasserwillen zurzeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung zugelassen werden. Ein gutes Verhältnis zwischen geschiedenen Eheleuten genügt dabei für sich genommen nicht, um einen auf Aufrechterhaltung der Verfügung gerichteten Willen zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung zu bejahen (Leipold in Münchener Kommentar, a.a.O., § 2077 BGB Rn. 25, m.w.N.).

Allein die von der Beschwerdeführerin behauptete Äußerung des Erblassers im Jahr 2010 bezüglich des Fortbestands des Erbvertrags trotz des Scheidungsverfahrens genügt nicht, um hieraus zu schließen, der Erblasser habe im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags den Willen gehabt, die dortige Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten Ziff. 2 während eines rechtshängigen einvernehmlichen Scheidungsverfahrens aufrecht zu erhalten. Ihm einen solchen differenzierten Willen beim notariellen Abschluss des Erbvertrags vom 10. Dezember 1987 – eineinhalb Jahre nach der Eheschließung – zu unterstellen, ist abwegig und findet in dem Vertrag keinerlei Rückhalt. Dies trifft gleichermaßen zu auf die Vertragsergänzung vom 15. Juni 1989, die ausschließlich den Ehevertrag betraf.

4. Nachdem damit von der Unwirksamkeit der erbvertraglichen Alleinerbeneinsetzung der Beschwerdeführerin ge-

mäß §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2279 Abs. 2 BGB ausgegangen werden muss, hat das Nachlassgericht zu Recht ihren entsprechenden Erbscheinsantrag vom 26. April 2011 zurückgewiesen. Ihre hiergegen gerichtete Beschwerde war demgemäß mit der Kostenfolge von § 84 FamFG und § 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO als unbegründet zurückzuweisen, ohne dass es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin weiterer Amtsermittlungen gem. § 26 FamFG bedurft hätte.

Das Gericht bestimmt nach pflichtgemäßem Ermessen den Umfang der Ermittlungen. Dabei kann es zwar einen Beteiligten anhören und Zeugen vernehmen. Es braucht aber nicht allen nur denkbaren Möglichkeiten nachzugehen, sondern darf Ermittlungen einstellen bzw. unterlassen, wenn deren Vornahme ein die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht (mehr) erwarten lässt (Gottwald in Bassenge/Roth, FamFG/RPflG, 12. Aufl. 2009, § 26 FamFG Rn. 16, m.w.N.). Von einer Beiziehung der liechtensteinischen Scheidungsakten waren keine über den bekannten Akteninhalt hinausgehende Erkenntnisse zu erwarten, die – soweit überhaupt relevant – nicht schon bei der Entscheidungsfindung zugrunde gelegt worden wären. Die weiteren Beweisantritte erfolgten entsprechend den obigen Ausführungen zu nicht entscheidungserheblichen Behauptungen, deren Richtigkeit unterstellt werden könnte, ohne dass hierdurch das Ergebnis der Entscheidung zu Grunde liegenden rechtlichen Beurteilung des Senats beeinflusst würde.

Auf die weitere Problematik der Unzulässigkeit einer Erteilung des beantragten Erbscheins ohne Beschränkung auf das Gebiet der BRD im Hinblick auf das vorhandene Auslandsvermögen (§ 2369 Abs. 1 BGB) kommt es ebenfalls nicht mehr entscheidungserheblich an.

5. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO.

Unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin in der vorangegangenen Beschwerdesache 8 W 167/11 in dem Schriftsatz vom 30. August 2011 zur Höhe des Nachlasswertes in Deutschland wurden 750.000 Euro in Ansatz gebracht.

6. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen gem. § 70 FamFG nicht vor.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle
des OLG Stuttgart

BGB §§ 2069, 2102, 2306, 2320

Schlägt einer von mehreren Vorerben die Erbschaft aus und verlangt den Pflichtteil, so kann sein als Nacherbe eingesetzter Abkömmling als Ersatzerbe zum Zuge kommen, wenn nicht ein anderer Erblasserwille feststellbar ist.

OLG München, Beschluss vom 26.10.2011 - 31 Wx 30/11, rechtskräftig

Gründe:

I.

Der am 4.3.2010 verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Seine Ehefrau ist am 12.5.2005 verstorben. Die Beteiligten zu 1, 2 und 4 sind die einzigen Kinder des Erblassers. Die Beteiligte zu 3 ist das einzige Kind der Beteiligten zu 4. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben keine Kinder. Der Erblasser hinterließ ein am 2.11.2002 verfasstes handschriftliches Testament, das wie folgt lautet:

„Das Erbe ist nicht zum verschwenderischen Verbrauch gedacht, sondern als Rücklage für unverschuldete Notzeiten:

1. a) Meine Frau M. erbt 34 % des Erbes, die drei Kinder je 22 %. Meine Tochter L. (= Beteiligte zu 1) erhält 10 % von der Wohnung an der Heßstr. 21/2 mi., EW 23, im Voraus, weil A. (= Beteiligte zu 4) und G. (= Beteiligter zu 2) beim Kauf der Wohnung bereits je 10 % erhalten haben. Von meinen Kindern sollen blutsverwandte Abkömmlinge erben. Wenn es gesetzlich zulässig ist, sollen die Ehegatten der Kinder von meinem Nachlass nicht erben.

b) Meiner Frau M. räume ich ein kostenloses Wohnrecht auf Lebenszeit in einer von ihr gewünschten Wohnung ein.

2. Für den Fall, dass einer der Erben in Gütergemeinschaft verheiratet ist oder in Gütergemeinschaft heiraten sollte, wird das Erbe zum Vorbehaltsgut erklärt.

3. a) Das Erbe wird für die Zeit von 10 Jahren nach dem Tode meiner Ehefrau M. oder, sollte meine Ehefrau vor mir versterben, für die Zeit von 10 Jahren nach meinem Tode unter Testamentsvollstreckung gestellt.

b) Der Testamentsvollstrecker ist in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nach § 2207 BGB nicht beschränkt.

c) Die Auseinandersetzung erfolgt erst nach dem Ablauf der Testamentsvollstreckung, also 10 Jahre nach dem Tode des zuletzt verstorbenen Elternteils: Vater (= Erblasser) und Mutter (= Ehefrau des Erblassers).

4. a) Zur Testamentsvollstreckerin ernenne ich meine Tochter L. (= Beteiligte zu 1).

b) Beim Ausfall der ernannten Testamentsvollstreckerin ernenne ich meinen Sohn G. (=Beteiligter zu 2) zum Testamentsvollstrecker.

(Ort), den 02. November 2002, Unterschrift“

Die Beteiligte zu 1 hat das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen. Ihr wurde am 1.9.2010 ein Testamentsvollstreckerverzeichnis erteilt. Die Beteiligte zu 4 hat am 24.6.2010 die Erbschaft form- und fristgerecht ausgeschlagen.

Die Beteiligte zu 1 hat am 30.9.2010 formgerecht einen Erbschein beantragt, der sie und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu je 1/2 ausweist mit dem Zusatz, dass Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Sie ist wie der Beteiligte zu 2 der Auffassung, dass durch die Ausschlagung der Erbschaft durch die Beteiligte zu 4 und deren Geltendmachung des Pflichtteils die Beteiligte zu 3 nicht an die Stelle der Beteiligten zu 4 getreten sei. Schlage ein Abkömmling aus und verlange den Pflichtteil, so sei § 2069 BGB nicht anzuwenden, sodass die Abkömmlinge des Ausschlagenden im Zweifel von der Erbfolge ausgeschlossen seien. Der Erblasser habe nicht gewollt, dass die Beteiligte zu 3 aufgrund der Ausschlagung der Beteiligten zu 4 an deren Stelle trete.

Auch Nacherbfolge sei von dem Erblasser nicht angeordnet worden. Durch die Formulierung „von meinen Kindern sollen blutsverwandte Abkömmlinge erben“ habe der Erblasser nur ausdrücken wollen, dass im Falle des Vorversterbens eines der Kinder nicht ersatzweise dessen Ehegatte oder dessen Stiefkinder erben sollten.

Die Beteiligte zu 3 ist der Auffassung, dass sie aufgrund der Ausschlagung der Beteiligten zu 4 Miterbin geworden sei. Einen Ausschluss der Abkömmlinge der Ausschlagenden habe der Erblasser nicht gewollt. Der Erblasser habe zudem Nacherbfolge angeordnet. Er habe sie nur deshalb nicht ausdrücklich als Nacherbe genannt, weil er nicht gewusst habe, ob die Beteiligten zu 1 und 2 noch Kinder bekommen würden.

Mit Beschluss vom 15.12.2010 wies das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurück und bewilligte einen Erbschein, der die Beteiligte zu 1, 2 und 3 als Miterben zu je 1/3 ausweist mit dem Zusatz, dass bezüglich der Beteiligten zu 1 und 2 Nacherbfolge angeordnet ist, die Nacherbfolge jeweils mit dem Tod des Vorerben eintritt, Nacherben jeweils die Abkömmlinge des Vorerben sind, ersatzweise die Abkömmlinge der anderen Kinder des Erblassers nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, das Nacherbenrecht nicht vererblich und Testamentsvollstreckung angeordnet ist.

Hiergegen wenden sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2. Mit Schriftsatz vom 20.2.2011 legte die Beteiligte zu 3 Anschlussbeschwerde ein und beantragte, den Erbschein hinsichtlich der Nacherbfolge dahingehend zu ergänzen, dass diese (lediglich) zugunsten von blutsverwandten Abkömmlinge angeordnet sei.

II.

Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2 haben in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beschwerdeführer nicht Miterben zu je 1/2 geworden sind. Allerdings ist der vom Nachlassgericht bewilligte Erbschein aus einem anderen Grund unrichtig, weshalb dieser Teil des amtsgerichtlichen Beschlusses aufzuheben ist (unten III).

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist zulässig. Seiner Beschwerdeberechtigung im Sinne des § 59 Abs. 2 FamFG steht nicht entgegen, dass er nicht selbst einen Erbscheinsantrag bei dem Nachlassgericht gestellt hatte. Denn bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten ist in Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach allgemeiner Ansicht aus verfahrensökonomischen Gründen auch derjenige beschwerdeberechtigt, der zwar den verfahrenseinleitenden Antrag nicht gestellt hat, aber einen solchen im Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung noch wirksam stellen könnte. Demgemäß sind bei der Versagung eines gemeinschaftlichen Erbscheins auch die anderen Miterben, die keinen Antrag gestellt haben, beschwerdeberechtigt. Dieser Grundsatz gilt auch nach Inkrafttreten des FamFG weiterhin (vgl. Burandt/Rojahn/Rojahn Erbrecht 1. Auflage § 59 FamFG Rn. 3). Der Beteiligte zu 2 als potentieller Miterbe ist daher beschwerdebefugt im Sinne des § 59 Abs. 2 FamFG.

2. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beteiligten zu 1, 2 und 4 durch den Erblasser jeweils als Vorerben zu je 1/3 eingesetzt wurden und die Beteiligte zu 3 durch die Ausschlagung der Beteiligten zu 4 hinsichtlich deren 1/3-Quote Vollerbin des Erblassers wurde.

a) Eine ausdrückliche Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft findet sich in dem Testament nicht. Zutreffend ist das Nachlassgericht jedoch im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis gelangt, dass sich eine solche dem Testament entnehmen lässt. Maßgebliches Kriterium für die Frage, ob der Erblasser eine Vor- und Nacherbfolge angeordnet hat, ist, ob er zumindest einen zweimaligen Anfall der Erbschaft bei Einsetzung mehrerer Personen nacheinander als Erben regeln wollte (Burandt/Rojahn/Lang Erbrecht 1. Auflage § 2100 BGB Rn. 34). Demgegenüber ist der Bedachte dann als Ersatzerbe eingesetzt, wenn dieser nicht in jedem Fall in den Genuss der Erbschaft kommen soll, sondern nur bei dem Wegfall eines anderen Erben.

aa) Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass der Erblasser nicht nur einen, sondern den zweimaligen Erbgang hinsichtlich seines Nachlasses geregelt hat. Zu Recht hat das Nachlassgericht hierfür als gewichtiges Indiz auf den Wortlaut des Testaments in Ziff. 1 a) Satz 2 und 3 abgestellt, wonach (lediglich) „blutsverwandte Abkömmlinge“ von seinen Kindern erben, nicht aber die Ehegatten der Kinder seinen Nachlass erben sollten, sofern dies gesetzlich zulässig sei. Diese Formulierungen und Regelungen legen den Schluss nahe, dass das Interesse des Erblassers in erheblichem Maße darauf gerichtet war, sicherzustellen, dass sein Nachlass in den Händen seiner Blutsverwandtschaft verbleibt. Insofern erkannte er einen weiteren Regelungsbedarf über den Fall hinaus, dass er seine Ehefrau und seine Kinder als Erben einsetzte. Dass er durch die Formulierungen lediglich eine Ersatzerbfolge bei Vorversterben eines seiner Kinder regeln wollte, ist nicht naheliegend. Denn zum einen hätte für ihn jederzeit die Möglichkeit einer erneuten Testierung bestanden, durch die er dem Vorversterben eines seiner Kinder hätte Rechnung tragen können. Eine Notwendigkeit einer Regelung bezüglich eines Ausschlusses nicht blutsverwandter Abkömmlinge bzw. der Ehegatten des vorverstorbenen Kindes bestand für ihn daher nicht. Zum anderen spricht der Wortlaut („von“) seiner Verfügung dafür, dass der Erblasser bei seiner Verfügung davon ausgegangen ist, dass die Kin-

der bereits seinen Nachlass erhalten haben und er aufgrund seines Interesses (s.o.) einen weiteren Regelungsbedarf erkannt hat, wer nach den bedachten Kindern seinen Nachlass erhalten sollte. Damit steht im Einklang, dass nach seinem Willen die Ehegatten der Kinder keine Teilhabe an seinem Nachlass haben sollten (Ziffer 1a Satz 3). Zu Recht hat daher das Nachlassgericht den Schluss gezogen, dass der Erblasser den Fall des Versterbens eines der Kinder nach Erhalt der Erbschaft und damit einen zweiten Erbgang geregelt hat. Die von ihm getroffene Regelung stellt in rechtlicher Hinsicht die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge dar.

Der Einwand der Beschwerdeführer, dass eine solche nicht dem Willen des Erblassers entsprochen habe, findet in dem Testament keine Stütze. Ein gegenteiliger Wille des Erblassers läßt sich auch nicht dem Einleitungssatz des Testaments entnehmen. Denn diesem kommt nur ermahrende, nicht aber gestaltende Bedeutung zu. Im Übrigen steht der Satz nicht in Widerspruch mit der Anordnung einer Vorerbschaft. Der Vorerbe hat nämlich im Rahmen des § 2112 i.V.m. §§ 2113 bis 2115 BGB grundsätzlich das Verfügungsrecht über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände inne wie ihm auch die Nutzungen aus dem Nachlass verbleiben. Im Hinblick auf die Möglichkeit der Vorerben, den Nachlass in wirtschaftlicher Hinsicht zu nutzen, ist die Ermahnung der Erblassers auch im Rahmen einer Vor- und Nacherbschaft von Bedeutung. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer steht auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung einer Auslegung der Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge nicht entgegen. Denn nach dem Willen des Erblassers sollte eine Auseinandersetzung des Nachlasses, die im Übrigen auch im Rahmen einer Anordnung einer Vorerbschaft grundsätzlich möglich ist, erst nach Ablauf der angeordneten Dauer der Testamentsvollstreckung erfolgen. Die angeordnete Testamentsvollstreckung dient daher dem Auseinandersetzungsverbot und sichert die Verwaltung des Nachlasses bis zu diesem Zeitpunkt.

bb) Entgegen dem Beschwerdevorbringen legen die Formulierungen des Erblassers hinsichtlich blutsverwandter Abkömmlinge nicht den Schluss nahe, dass der Erblasser dadurch keine Erbeinsetzung anordnen wollte, sondern lediglich allgemein die gesetzliche Erbfolge beschreiben wollte. Die Formulierung erschöpft sich gerade nicht in einer Beschreibung der Erbfolge nach § 1924 Abs. 3 BGB, sondern schließt – worauf die Beschwerdeführer selbst hinweisen – nicht blutsverwandte Abkömmlinge (also Adoptiv- und Stiefkinder) von seiner Erbfolge aus. Damit kommt aber gerade ein rechtsgestaltender Wille des Erblassers zum Ausdruck, nämlich dass sein Nachlass letztendlich einem eingeschränkten Personenkreis zu Gute kommen soll. Lediglich die blutsverwandten Abkömmlinge sollen an die Stelle ihrer Eltern treten und den vom Erblasser diesen zugewendeten Teil des Nachlasses erhalten. Damit hat der Erblasser entgegen dem Beschwerdevorbringen auch geregelt, was die Abkömmlinge erhalten sollen.

b) Der Senat teilt auch die Auffassung des Nachlassgerichts, dass sich die Rechtswirkungen der Ausschlagung der Beteiligten zu 4 nicht auf deren Stamm erstreckt hat und daher die Beteiligte zu 3 an die Stelle der Beteiligten zu 4 getreten ist. Zu Recht hat das Nachlassgericht die von den Beschwerdeführern angeführten Entscheidungen des BGH (NJW 1960,

1899) und des OLG München (FamRZ 2007, 767/769) für die hier vorliegende Fallgestaltung für nicht einschlägig erachtet. Beide Entscheidungen betrafen den Fall, dass ein als Nacherbe bedachter Abkömmling zur Erlangung seines Pflichtteils seine Berufung als (Nach-)Erbe ausschlägt (vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB) und die damit verbundene Frage, ob dann dessen Abkömmlinge als Ersatzerben durch Anwendung der Auslegungsregel des § 2069 BGB an die Stelle des Weggefallenen treten können. Ein solches Ergebnis wird deswegen verneint, da es nach der allgemeinen Lebenserfahrung in der Regel nicht angenommen werden kann, dass es dem Willen des Erblassers entspricht, den Stamm des Abkömmlings, der die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, doppelt zu berücksichtigen und ebenso wenig, den überlebenden Ehegatten als Vorerben durch die Auszahlung des Pflichtteils im uneingeschränkten Genuss des Nachlasses zu beeinträchtigen (OLG München FamRZ 2007, 767/768).

aa) Vorliegend ist die Auslegungsregel des § 2069 BGB bereits deshalb nicht anwendbar, da es bei der Ausschlagenden nicht um eine Nacherbin, sondern um eine Vorerbin handelt. Ein Wegfall des Vorerben – worunter auch die Ausschlagung fällt (vgl. Burandt/Rojahn/Lang Erbrecht a.a.O. § 2102 BGB Rn. 3) – ohne dass der Erblasser ausdrücklich eine Ersatzerbenregelung getroffen hat, wird hingegen von dem Regelungszweck des § 2102 Abs. 1 BGB erfasst, so dass es eines Rückgriffs auf § 2069 BGB nicht bedarf. Der Nacherbe soll nach dem Willen des Erblassers auf alle Fälle seinen Nachlass übernehmen, jedoch mit zeitlicher Verzögerung (Burandt/Rojahn/Lang a.a.O. § 2102 BGB Rn. 1). Da in der Einsetzung eines Nacherben bereits der Erblasserwille zum Ausdruck kommt, wer letztendlich seinen Nachlass erhalten soll, legt die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB daher den Schluss nahe, dass der vom Erblasser bestimmte Nacherbe bei Wegfall des Vorerben an dessen Stelle treten soll. Die Ausschlagung des Vorerben führt somit der Sache nach zur zeitlichen Vorverlagerung des Eintritts des Nacherbfalls. Für eine Anwendung der Auslegungsregel des § 2069 BGB ist daher kein Raum.

bb) Gemäß § 2102 Abs. 1 BGB tritt daher der von dem Erblasser eingesetzte Nacherbe als Ersatzerbe an die Stelle des weggefallenen Vorerben, sofern kein gegenteiliger Wille des Erblassers feststellbar ist. Dies wäre dann der Fall, wenn die Ausschlagung der Beteiligten zu 4 als Vorerbin zu einer wirtschaftlichen Bevorzugung ihres Stammes führen würde (zu diesem Gesichtspunkt für die Annahme eines gegenteiligen Erblasserwillens s.o.). Eine solche tritt aber, worauf das Nachlassgericht zutreffend hinweist, vorliegend nicht ein. Innerhalb der aus den Abkömmlingen des Erblassers bestehenden Miterbengemeinschaft ist nämlich die Beteiligte zu 3 entsprechend dem Rechtsgedanken des § 2320 Abs. 2 BGB mit dem Pflichtteilsanspruch der Beteiligten zu 4 belastet. Auch sind Anhaltspunkte für die Annahme eines Erblasserwillens, dass der Nachlass erst zu einem späteren Zeitpunkt an den Nacherben fallen soll und daher zunächst eine Anwachsung unter den weiteren Vorerben eintreten soll (vgl. hierzu NK-Erbrecht/Gierl 3. Auflage § 2102 Rn. 5), nicht ersichtlich.

c) Durch die formwirksame Ausschlagung der Beteiligten zu 4 (§ 1945 Abs. 1 BGB) gilt daher der Anfall zu ihren Gunsten als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB). Die Beteiligte zu

3 als blutsverwandter Abkömmling des Erblassers ist daher gemäß § 2102 Abs. 1 BGB an die Stelle der Beteiligten zu 4 getreten und Vollerbin des Erblassers geworden.

III.

Das von der Beteiligten zu 3 als Anschlussbeschwerde eingelegte Rechtsmittel hat keinen Erfolg, soweit die „Richtigstellung“ des Erbscheins durch das Oberlandesgericht beantragt ist. Es trifft allerdings zu, dass der von der Beteiligten zu 3 ursprünglich beantragte und vom Nachlassgericht bewilligte Erbschein insoweit unrichtig ist, als das Nachlassgericht den bedachten Personenkreis der Abkömmlinge des Erblassers nicht auf die blutsverwandten Abkömmlinge beschränkt hat. Denn nach dem Willen des Erblassers sollten nur die blutsverwandten Abkömmlinge erben. Insofern kann der Beschluss des Nachlassgerichts in Ziffer 2 keinen Bestand haben. Eine offenbare Unrichtigkeit, die auch von Amts wegen berichtet werden könnte (vgl. § 42 FamFG), liegt nicht vor. Vielmehr bedarf es eines entsprechend geänderten Erbscheinsantrags. Einen solchen geänderten Erbscheinsantrag hat die Beteiligte zu 3 bei dem Nachlassgericht nicht gestellt und ist hier nicht Verfahrensgegenstand. Demgemäß ist auch eine Anweisung des Nachlassgerichts durch den Senat zur Aufnahme der Beschränkung des Personenkreises der Nacherben auf blutsverwandte Abkömmlinge im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht möglich. Der Senat spricht andererseits auch keine Zurückweisung des als unrichtig erkannten Erbscheinsantrags aus, damit die Beteiligte zu 3 Gelegenheit hat, ihren Erbscheinsantrag kostenneutral umzustellen.

IV.

Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren fallen nicht an (§ 131 Abs. 3 KostO). Für eine Anordnung zur Erstattung außergerichtlicher Kosten sieht der Senat keinen Anlass (§ 81 FamFG). Weder haben die Beteiligten zu 1 und 2 ihr Rechtsschutzziel erreicht, noch ist die Beteiligte zu 3 mit ihren Anträgen vollständig durchgedrungen. Es entspricht billigem Ermessen, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München
Margaretha Förth

BGB § 1936; öIPRG § 29

Erbrecht des deutschen Fiskus hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens eines österreichischen Staatsangehörigen, dessen Nachlass erbenlos ist.

OLG München, Beschluss vom 26.05.2011 – 31 Wx 78/11, rechtskräftig

Gründe:

I.

Der Anfang 2008 verstorbene Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger und zuletzt in Österreich wohnhaft. In dem vor dem zuständigen österreichischen Bezirksgericht durchgeführten Verlassenschaftsverfahren wurde festgestellt, dass die Verlassenschaft erblös und deshalb die Republik Österreich aus dem Berufungsgrund des Gesetzes zur Gesamtrechtsnachfolge berechtigt sei. Diese hat mit Schriftsatz vom 18.10.2010 hinsichtlich der Bankkonten des Erblassers in Deutschland die Ausstellung eines Erbscheins beantragt. Auf den Bankkonten des Erblassers in Deutschland befinden sich Guthaben in Höhe von rund 21.400 Euro, während in Österreich kein nennenswerter Aktivnachlass vorhanden ist, sondern Passiva in Höhe von rund 14.000 Euro.

Das Nachlassgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 12.1.2011 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat zutreffend angenommen, dass der österreichische Staat nicht Erbe des in Deutschland belegenen Vermögens geworden ist und der beantragte Erbschein nicht erteilt werden kann.

1. Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB ist Erbstatut das Heimatrecht des Erblassers, hier also österreichisches Recht. Art. 25 Abs. 1 EGBGB enthält eine Gesamtrechtsverweisung, so dass Rück- oder Weiterverweisungen durch die Kollisionsnormen des Heimatrechts des Erblassers nach Art. 4 Abs. 1 EGBGB zu beachten sind. Nach den Vorschriften des österreichischen internationalen Privatrechts unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (§ 28 Abs. 1 öIPRG, § 9 Abs. 1 Satz 1 öIPRG). Das österreichische internationale Privatrecht nimmt somit die Verweisung an mit der Folge, dass als Sachrecht grundsätzlich das österreichische Recht zur Anwendung kommt.

2. Das österreichische IPRG enthält jedoch eine Sonderregelung für den Fall, dass der Nachlass erbenlos ist und damit das Heimfallrecht des österreichischen Fiskus eingreifen würde. Nach diesem Sonderstatut des § 29 öIPRG (Kaduzitätsstatut) – und nicht dem allgemeinen Erbstatut – richtet sich die Erbfolge für den Nachlass, der nach dem in § 28 öIPRG bezeichneten Recht erblös wäre bzw. einer „Gebietskörperschaft“ als gesetzlichen Erben zufallen würde. Zur Anwendung kommt in einem solchen Fall „das Recht

jeweils des Staates, in dem sich das Vermögen des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes befindet“. Durch die Berufung der jeweiligen *lex rei sitae* wird dem teilweise öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Art von Sondererbfolge Rechnung getragen, denn im Gegensatz zum deutschen Recht, in dem das Erbrecht des Fiskus als subsidiäres privates Erbrecht ausgestaltet ist, wird das „Heimfallsrecht“ des Staates (§ 760 öAGB) im österreichischen Recht von der herrschenden Meinung nicht als privates Erbrecht verstanden, sondern als besonderes öffentlich-rechtliches Aneignungsrecht (vgl. Posch, *Bürgerliches Recht Band VII Internationales Privatrecht* 5. Aufl. 2010 Seite 108 f.; Staudinger/Dörner *BGB* 2007 Art. 25 EGBGB Rn. 205; Burandt/Rojahn/Solomon *Erbrecht* 2011 Länderbericht Österreich Rn. 44; OLG Stuttgart *IPRax* 1987, 125 Ls. mit red. Anm.; Rauscher *IPRax* 2007, 269/271). In einem Fall wie dem hier vorliegenden kann deshalb Nachlassspaltung eintreten (vgl. Lorenz *Rpfleger* 1993, 433): Für den in Österreich belegenen Nachlass bleibt es bei der Anwendung österreichischen Rechts, für den außerhalb Österreichs – hier in Deutschland – belegenen Nachlass ist das Recht des Belegenheitsstaates – hier deutsches Recht – maßgeblich.

3. Das deutsche Recht nimmt die Rückverweisung des § 29 öIPRG an (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Die Rückverweisung auf das deutsche Belegenheitsrecht erfolgt unabhängig davon, ob das deutsche Belegenheitsrecht im konkreten Fall ebenfalls Erbenlosigkeit des Nachlasses annimmt. Sie bezieht sich also nicht lediglich auf das Erbrecht der öffentlichen Hand, sondern auf das Erbrecht des Lageortes im Ganzen (vgl. *öOGH Urteil vom 9.8.2001 IPrax* 2003, 262/264; Lorenz *Rpfleger* 1993, 433/434). Aus § 1936 BGB in der bis 31.12.2009 geltenden, hier maßgeblichen Fassung ergibt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nichts anderes. Diese Vorschrift sieht das Erbrecht des Fiskus des betreffenden Bundeslandes (§ 1936 Abs. 1 BGB a.F.) bzw. des Bundesfiskus vor (§ 1936 Abs. 2 BGB a.F.). Wegen des Wortlauts von § 1936 Abs. 2 BGB a.F. („War der Erblasser ein Deutscher ...“). konnte zweifelhaft erscheinen, ob bei Anwendung deutschen Erbrechts nach einem ausländischen Erblasser in Folge einer Zurückverweisung durch das ausländische Recht der ausländische oder der deutsche Fiskus berufen war (vgl. Palandt/Edenhofer 68. Aufl. 2009 § 1936 Rn. 4).

In der neueren Literatur, der sich der Senat anschließt, wird in entsprechender Anwendung von § 1936 Abs. 2 BGB a.F. angenommen, der deutsche Fiskus sei als Erbe berufen (vgl. *MünchKommBGB/Leipold* 4. Aufl. § 1936 Rn. 15). Insbesondere im Verhältnis zu österreichischen Staatsangehö-

rigen erscheint das überzeugend, denn zum einen erklärt das österreichische Recht in § 29 öIPRG einen „Verzicht“ auf im Ausland belegenen erbenlosen Nachlass (vgl. Lorenz *Rpfleger* 1993, 433/434), zum anderen widerspricht es dem Wesen des österreichischen Staatserbrechts als hoheitliches Aneignungsrecht, diesem außerhalb des eigenen Staatsgebiets Geltung zu verschaffen (vgl. Palandt/Weidlich *BGB* 70. Aufl. 2011 § 1936 Rn. 3 a.E.). Mit der Neufassung des § 1936 BGB zum 1.1.2010 stellt sich dieses Problem künftig nicht mehr, denn die Worte „war der Erblasser Deutscher“ sind gestrichen worden; § 1936 Satz 2 lautet jetzt: „Im übrigen erbt der Bund“.

4. Das widerspricht entgegen den Ausführungen der Beschwerde auch nicht dem Gleichlaufgrundsatz. Die Zuständigkeit der österreichischen Behörden für die Einleitung des Verlassenschaftsverfahrens steht außer Frage, ebenso das Erbrecht des österreichischen Staates für den in Österreich befindlichen Nachlass. Für den in Deutschland belegenen Nachlass ist hingegen deutsches Recht maßgeblich, eine Zuständigkeit der österreichischen Behörden für diesen Nachlassanteil kann weder aus Zuständigkeitsnormen noch aus dem Gleichlaufgrundsatz hergeleitet werden. Der Umstand, dass sich in Österreich im Wesentlichen die Passiva befinden, die Aktiva hingegen in Deutschland, ändert daran nichts. Auch stellt es keinen durchgreifenden Gesichtspunkt dar, dass ein erbenloser deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland auch hinsichtlich seines in Österreich belegenen Vermögens vom deutschen Fiskus beerbt würde. Die unterschiedliche Lösung ähnlich gelagerter Fallgestaltungen ist eine Folge des vom österreichischen internationalen Privatrecht vorgesehenen Sonderstatuts für erblose Nachlässe, das es im deutschen internationalen Privatrecht nicht gibt. Dieser Unterschied ist auch keineswegs systemwidrig, sondern auf die unterschiedliche Ausgestaltung des jeweiligen Staatserbrechts zurückzuführen. Ansprüche der Gläubiger können auch gegen den deutschen Fiskus als Erben geltend gemacht werden.

III.

Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 4 KostO i.V.m. § 30 Abs. 1 KostO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München
Margaretha Förth

Aktuelles aus dem Steuerrecht

(von Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter, Stuttgart)

I. Aktuelles aus der Verwaltung

1. Bewertung einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung

Mit Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26. September 2011¹ wurde eine neue Vervielfältigtabelle mit Wirkung ab dem 01. Januar 2012 veröffentlicht.

Diese dient, auf der Grundlage der Sterbetafel 2008/2010, der Kapitalisierung einer lebenslänglichen Nutzung und Leistung nach § 14 Abs. 1 BewG. Die bisher gültige Anlage 9 zu § 14 BewG wird mit Wirkung zum 01.01.2012 aufgehoben.

2. Bewertung von Unternehmen und Anteilen an Kapitalgesellschaften

Im Zusammenhang mit den Neuregelungen im Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht durch das Erbschaftsteuerreformgesetz² erging ein neuer Bewertungserlass³ zur Bewertung von Unternehmen und Anteilen an Kapitalgesellschaften.

Mit Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 22. September 2011⁴ wurden die damals getroffenen Verwaltungsanweisungen nun auch bei den Ertragsteuern für verbindlich erklärt. Hierzu wurde am 17. Mai 2011 ein neuer Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder erlassen⁵.

Veränderungen zu den bisher im Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht gültigen Regelungen sind nicht ersichtlich. Der neue Erlass regelt die Anwendung der §§ 11, 95 bis 109 und 199 ff. BewG für ertragsteuerliche Zwecke. Bereits durch das Erbschaftsteuerreformgesetz hatte sich die Bewertung im Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht an der Bewertung im Ertragsteuerrecht orientiert.

Es werden Ausführungen gemacht zu der Bewertung von Wertpapieren, Aktien, Schulden und nicht notierten Anteilen an Kapitalgesellschaften.

Weiterhin wird der Begriff und Umfang des Betriebsvermögens, inklusive der Qualifizierung als Betriebsgrundstück, dargestellt. Das vereinfachte Ertragswertverfahren⁶ wird am Beispiel der Bewertung von Betriebsvermögen erläutert. Der Basiszinssatz für das vereinfachte Ertragswertverfahren wurde für das Jahr 2011 auf 3,43 % festgelegt⁷.

1 BMF-Schreiben v. 26.09.2011, Geschäftszeichen IV D 4 - S 3104/09/10001, Dokumentennummer 2011/0756048; DStR 2011, 1858

2 BGBl. I 2008, S. 3018

3 Mensch/Haubold BWNNotZ 2010, 89; BStBl. I 2009, S. 698

4 BMF-Schreiben v. 22.09.2011, Geschäftszeichen IV C 6 - S 2170/10/10001, Dokumentennummer 2011/0723781; DStR 2011, 1858

5 BStBl. I 2011, S. 606

6 § 203 Abs. 2 BewG

7 Mensch BWNNotZ 2011, 88

3. Einbringung von Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft

Bei der Einbringung von Privatvermögen in eine betriebliche Gesamthandsgemeinschaft einer Personengesellschaft oder auch bei der erstmaligen Begründung der Anwendbarkeit des Steuerrechts der Bundesrepublik Deutschland stellen sich in der Steuerpraxis im Wesentlichen drei Fragen:

1. Stellt die Einbringung eine Veräußerung dar?
2. Welche Abschreibungen sind nach der Einbringung möglich?
3. Wie erfolgt der bilanzielle Ansatz bei der Personengesellschaft?

In der notariellen Urkunde wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass der Notar für steuerliche Zielvorstellungen der Beteiligten nicht haftet, jedoch auf das mögliche Entstehen eines privaten oder betrieblichen Veräußerungsgewinns hingewiesen hat. Für die beispielhafte Einbringung eines Grundstücks in das Betriebsvermögen einer Personengesellschaft aus dem Privatvermögen des Gesellschafters ist für die steuerliche Einordnung eine Differenzierung zwischen der sog. „offenen“ und „verdeckten“ Einlage notwendig.

In diesem Zusammenhang hat der Bundesfinanzhof durch mehrere Urteile⁸ eine Position eingenommen, die im Grundsatz bei der Einbringung in die Gesellschaft ein Veräußerungsgeschäft annimmt. Dies hat für den Einbringenden den positiven Effekt, dass die steuerliche Abschreibung⁹ vom Teilwert¹⁰ vorgenommen werden kann¹¹. Negativ zu betrachten ist die Gefahr eines zu versteuernden Veräußerungsgewinns¹². Der BFH hat sich damit teilweise gegen die bis dahin gültigen Verwaltungsanweisungen gestellt¹³.

Mit Schreiben vom 11. Juli 2011¹⁴ hat das Bundesministerium der Finanzen zu der vorgenannten Rechtsprechung Stellung bezogen und zum Teil im Wege des Nichtanwendungserlasses abweichende Grundsätze bestimmt.

In Bezug auf die vorgenannten Fragen ergeben sich demnach nachfolgende Ausführungen.

8 BFH v. 17.07.2008 DStR 2008, 2001; BFH v. 24.01.2008 DStR 2008, 761; BFH v. 19.10.1998 DStR 1999, 366

9 Gemäß § 7 EStG

10 Steuerlicher Begriff, der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG legal definiert wird mit: „Der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt.“ In der Praxis entspricht der Teilwert regelmäßig dem Verkehrswert oder Marktpreis eines Wirtschaftsgutes.

11 Keine Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG

12 § 23 Abs. 1 EStG (privates Veräußerungsgeschäft)

13 BMF-Schreiben v. 29.03.2000, Geschäftszeichen IV C 2 - S 2178 - 4/00; DStR 2000, 820

14 BMF-Schreiben v. 11.07.2011, Geschäftszeichen IV C 6 - S 2178/09/10001, Dokumentennummer 2011/0524044; DStR 2011, 1319

Die Einbringung eines Wirtschaftsgutes aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters in das Betriebsvermögen einer Personengesellschaft stellt stets und soweit eine Veräußerung dar wie dem Einbringenden Gesellschaftsrechte gewährt werden. Die Gewährung der Gesellschaftsrechte stellt die Gegenleistung der Gesellschaft im Wege eines tauschähnlichen Vorgangs dar. Maßgeblich für die Frage der Gegenleistung ist dabei grundsätzlich das handelsrechtliche Kapitalkonto. In der Praxis werden regelmäßig mehrere Kapitalkonten geführt. Dabei wird unterschieden zwischen einem festen Kapitalkonto I, welches die Beteiligung widerspiegelt, und beispielsweise einem Verrechnungs- und einem Verlustkonto. Auch die Aufgliederung in verschieden gestaltete Kapitalkonten ändert an der Annahme als vollentgeltliche Veräußerung nichts.

Auch ohne die Einräumung originärer Gesellschafterrechte liegt ein vollentgeltlicher Vorgang vor, wenn dem einbringenden Gesellschafter eine gleichwertige Gegenleistung, zum Beispiel eine Gesellschafterdarlehensforderung, gewährt wird.

Soweit das eingebrachte Wirtschaftsgut keine Gesellschafts- und keine sonstigen Rechte gewährt, liegt eine verdeckte Einlage und damit eine unentgeltliche Übertragung vor. Dies kann bei der Gegenbuchung über ein gesamthänderisch gebundenes Kapitalrücklagenkonto geschehen. Bei der verdeckten Einlage erfolgt der bilanzielle Ansatz mit den ursprünglichen Anschaffungskosten, gemindert um bereits erfolgte Abschreibungen¹⁵. Damit geht eine geminderte Berechnungsgrundlage der Abschreibung einher.

Die vorgenannten Grundsätze finden auf eine Umwidmung von steuerlichen gesamthänderischen Privatvermögen zu gesamthänderischen Betriebsvermögen, wie zum Beispiel im Rahmen einer Nutzungsänderung von Wirtschaftsgütern oder einer eintretenden gewerblichen Prägung¹⁶, keine Anwendung.

Sofern die Judikatur verschärfend zur bisherigen Verwaltungsauffassung eine vollentgeltliche Einbringung angenommen hatte und dies in betroffenen Fällen berücksichtigt wurde, gewährt die Finanzverwaltung auf Antrag die Möglichkeit der Anwendung bisheriger Verwaltungsrichtlinien. Dies gilt indes nur für Übertragungsvorgänge bis zum 30.06.2009 und dürfte in der Praxis keine Bedeutung erlangen.

4. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des geltenden ErbStG¹⁷ in der Fassung des ErbStRG¹⁸ und des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes¹⁹

Der Bundesfinanzhof befasst sich aktuell mit der Verfassungsmäßigkeit des derzeit gültigen Erbschaftsteuerrechtes²⁰. In

diesem Zusammenhang hat der BFH das Bundesministerium der Finanzen aufgefordert, dem Verfahren beizutreten²¹. Ausdrücklich weist der BFH auf die Möglichkeit der Vorlage der zu entscheidenden Fragen beim Bundesverfassungsgericht²² hin.

Maßgeblich für die Prüfung des BFH sind zwei Streitfragen:

1. Ist die durch das ErbStRG eingeführte Gleichstellung von Personen der Steuerklasse II und III in Bezug auf den persönlichen Steuersatz und Freibetrag verfassungsgemäß?
2. Verstößt es gegen den Gleichheitssatz²³, wenn die Vererbung gleichartigen Vermögens je nach Gestaltung zu unterschiedlichen Steuerbelastungen bis hin zur Steuerfreiheit führt?

Die erste Frage wurde durch die Vorinstanz noch eindeutig verneint²⁴. Sie bezieht sich allein auf Steuerentstehungzeitpunkte im Jahr 2009.

Die zweite Streitfrage bezieht sich auch auf mögliche kautelarjuristische Gestaltungen.

Im Privatvermögen gehaltene Vermögensgüter werden nach Abzug des persönlichen Freibetrags voll versteuert. Für Betriebsvermögen ist im Erbschaftsteuerrecht ein Besteuerungsprivileg festgelegt²⁵. Diese Privilegierung reicht von einer Steuerbefreiung zu 85 % bis zu einer umfassenden Steuerbefreiung, soweit es sich nicht um Verwaltungsvermögen handelt. Was zum Verwaltungsvermögen zählt, regelt § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG²⁶.

Wertpapiere und vergleichbare Forderungen gehören zum Verwaltungsvermögen²⁷. Sonstige Forderungen wie Spareinlagen, Festgeldkonten oder Forderungen an verbundene Unternehmen zählen indes nicht zum Verwaltungsvermögen. Durch die Gründung einer gewerblich geprägten vermögensverwaltenden Personengesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG²⁸, nebst Einbringung entsprechender Forderungen, ist es möglich, das Besteuerungsprivileg zu nutzen²⁹. Ein vergleichbares Ergebnis wird auch durch die Gründung einer GmbH erreicht, soweit die Kapitalbeteiligung mindestens 25 % beträgt und in die GmbH Forderungen eingebracht werden, die nicht dem Verwaltungsvermögen zugerechnet werden.

Auch die übrigen Voraussetzungen des Besteuerungsprivilegs, wie zum Beispiel die konstante Lohnsumme³⁰, lassen sich umgehen und sind daher im Sinne einer Ausrichtung der

15 § 4 Abs. 1 Satz 8 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG

16 § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

17 Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz v. 27.02.1997 BGBl. I 1997, S. 378

18 Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts v. 24.12.2008 BGBl. I 2008, S. 3018

19 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009 BGBl. I 2009, S. 3950

20 BFH Beschluss v. 05.10.2011 DStR 2011, 2193

21 § 122 Abs. 2 FGO

22 Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG

23 Art. 3 Abs. 1 GG

24 FG Düsseldorf Urf. v. 12.01.2011 Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2011, 1079

25 § 13a ErbStG

26 Siehe auch Gleichlautender Erlass der obersten Finanzbehörden zum ErbStRG (AE - ErbStG) v. 25.06.2009 Betriebsberater 2009, 1779, BStBl. I 2009, 713

27 § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ErbStG

28 § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

29 § 13b Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 13a Abs. 8 ErbStG

30 § 13a Abs. 2 Sätze 2 ff. ErbStG

Steuerlast an der finanziellen Leistungsfähigkeit und der Folgerichtigkeit umstritten.

Der Bundesfinanzhof führt hierzu das Beispiel der Betriebsaufspaltung an. Durch die Betriebsaufspaltung wird erreicht, dass die Lohnsumme bei einer Besitzgesellschaft mit weniger als zwanzig Mitarbeitern ohne Bedeutung bleibt³¹, während die Betriebsgesellschaft im Gegenzug kein maßgebliches Vermögen hält.

Inwieweit eine zukünftige Feststellung der fehlenden Verfassungsmäßigkeit der vorgenannten Gestaltungen Einfluss auf deren Wirksamkeit in der Zukunft hat, lässt sich noch nicht absehen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Rückwirkung einer festgestellten Verfassungswidrigkeit allerdings sehr unwahrscheinlich. Bisher ist noch kein Schreiben des BMF ergangen, wonach alle Bescheide vorläufig ergehen sollen.

In diesem Zusammenhang erscheint die Notwendigkeit eines Hinweises auf mögliche Verfassungsbedenken, bei einer entsprechenden kautelarjuristischen Urkundsgestaltung und einschlägig erkennbarer Motivlage, noch nicht gegeben.

II. Gesetzliche Neuregelungen

Steuervereinfachungsgesetz 2011³²

a) Verbindliche Auskunft³³

Die verbindliche Auskunft ist ein geeignetes Instrument, um vor einer Gestaltung Sicherheit über die steuerlichen Folgen zu erhalten. Bisher fiel für die verbindliche Auskunft ein nach Gegenstandswert³⁴ oder Zeitaufwand³⁵ gestaffelter Gebührensatz an.

Hier erfolgt nun eine teilweise Gebührenerleichterung. Bis zu einem Gegenstandswert von 10.000 Euro fällt nunmehr keine Gebühr an³⁶.

Falls ein Gegenstandswert nicht benannt ist und auch nicht geschätzt werden kann, erfolgt eine Gebührenerhebung nach Zeitaufwand. Mit Verkündung³⁷ des Steuervereinfachungsgesetzes entfällt die Gebühr, soweit die Bearbeitungszeit weniger als zwei Stunden beträgt³⁸.

Die Neuregelungen zur verbindlichen Auskunft gelten für alle Neuansprüche nach Verkündung des Steuervereinfachungsgesetzes.

b) Vereinfachung bei der elektronischen Rechnung

Im Umsatzsteuerrecht mussten auf elektronischen Weg übermittelte Rechnungen strenge Anforderungen erfüllen, um für den Vorsteuerabzug zu genügen. Diese Anforderungen wurden nun abgemildert. Bereits ab dem 01.07.2011 bedarf eine elektronische Rechnung keiner qualifizierten elektronischen Signatur mehr. Im Ergebnis wurde die elektronisch übermittelte Rechnung³⁹ der Papierrechnung gleichgestellt. Die Bestimmung im Umsatzsteuerrecht⁴⁰ wurde auf Grund einer entsprechenden Option in der EU-Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie⁴¹ neu gefasst.

Der Empfänger einer Rechnung hat sich weiterhin über die Herkunft und Unversehrtheit der Rechnung Gewissheit zu verschaffen. Beides gilt als gegeben, sofern eine qualifizierte elektronische Signatur Verwendung findet⁴².

c) Betriebsunterbrechung und -verpachtung

Eine Betriebsunterbrechung oder eine Betriebsverpachtung im Ganzen kann zu einer steuerlichen Betriebsaufgabe⁴³ mit entsprechender Versteuerung der aufgedeckten stillen Reserven führen.

Ohne Aufgabenerklärung war es teilweise schwierig festzustellen, ob und ggf. wann eine Betriebsaufgabe vorliegt. Dies kann auch nach einem längeren Zeitraum noch zu Problemen in der Urkundsgestaltung führen, sofern ein Wirtschaftsgut betroffen ist, welches möglicherweise früher Betriebsvermögen darstellte.

Mit Verkündung des Steuervereinfachungsgesetzes gilt die sog. Betriebsfortführungsfiktion⁴⁴. Damit kommt es erst nach erfolgter Betriebsaufgabenerklärung gegenüber dem Finanzamt zu einer Betriebsaufgabe im steuerlichen Sinn. Dies gilt unabhängig von der zwischenzeitlichen tatsächlichen Nutzung, solange dem Finanzamt keine Tatsachen bekannt werden, aus denen sich ergibt, dass die Voraussetzungen für eine Aufgabe vorliegen⁴⁵.

Die Versteuerung der stillen Reserven ist damit ohne Ansehung der Festsetzungsverjährung gesichert. Dem Steuerpflichtigen ist die Möglichkeit gegeben, den Zeitpunkt eigenverantwortlich zu gestalten.

31 § 13a Abs. 1 Satz 4 ErbStG

32 Steuervereinfachungsgesetz v. 01.11.2011 BGBl. I 2009, S. 2131; Paintner DStR 2011, 1877

33 § 89 Abs. 2 AO

34 § 89 Abs. 4 AO

35 § 89 Abs. 6 Satz 1 AO

36 § 89 Abs. 5 AO

37 25. November 2011

38 § 89 Abs. 6 Satz 2 AO

39 Rechnungen per E-Mail, im EDI-Verfahren, als PDF, als Textdatei oder Computer-Telefax

40 § 14 UStG

41 Art. 233 Abs. 1 Satz 2 MwStSystRL

42 § 14 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 UStG

43 § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG

44 § 16 Abs. 3b Satz 1 Nr. 1 EStG

45 § 16 Abs. 3b Satz 1 Nr. 2 EStG

III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

1. Grunderwerbsteuer

a) Keine Besteuerungsausnahme bei freiwilliger Baulandumlegung

Der Grunderwerbsteuer unterliegen grundsätzlich Rechtsvorgänge, die mit einem Übergang des Eigentums an einem inländischen Grundstück einhergehen. Eine Ausnahme hiervon bildet der Übergang des Eigentums im Umlegungsverfahren nach dem BauGB, wenn der neue Eigentümer in diesem Verfahren als Eigentümer eines im Umlegungsgebiet gelegenen Grundstücks Beteiligter ist⁴⁶.

In dem der Entscheidung durch den Bundesfinanzhof zugrundeliegenden Sachverhalt erwarb der Beteiligte von der Gemeinde mehrere Grundstücke. Im Gegenzug übertrug er Teilflächen von ihm bereits gehörenden Grundstücken zurück. Ausgangsbasis für den Tausch war eine freiwillige Baulandumlegung⁴⁷, wonach sich auch der Zahlungsausgleich für Mehr- oder Minderzuteilungen ermittelte.

Das Finanzamt setzte, bezogen auf den Wert der erhaltenen Grundstücke, Grunderwerbsteuer fest⁴⁸. Hiergegen richtete sich die Klage mit der Begründung, dass es ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz sei, wenn die Baulandumlegung⁴⁹ nach BauGB und die freiwillige Baulandumlegung nicht die gleiche Begünstigung nach sich ziehen würden.

Der BFH⁵⁰ bestätigte das Finanzamt und die Vorinstanz, indem er die Klage des Beteiligten als unbegründet zurückwies. Zur Begründung der Zurückweisung wurde ausgeführt, dass der Gesetzeswortlaut hinsichtlich der Besteuerungsausnahme eindeutig ist. Im Gesetz wird ausdrücklich nur die Umlegung nach Baugesetzbuch, nicht indes der freiwillige Tausch als steuerbegründender Tatbestand ausgenommen. Der BFH ist nicht in der Lage, den Anwendungsbereich einer Ausnahmegesetzvorschrift zu erweitern⁵¹.

Dem Argument der unberechtigten Ungleichbehandlung in der Zielstruktur gleichartiger Sachverhalte folgte der BFH nicht.

Das Umlegungsverfahren im Sinne der §§ 45 ff. BauGB ist ein förmliches und zwangsweises Grundstückstauschverfahren mit der Zielvorgabe einer städtebaulichen Neu- und Umstrukturierung. Dieses hoheitliche Verfahren unterscheidet sich damit von einer freiwilligen Umlegung. Bei der freiwilligen Umlegung stehen die Parteiinteressen auf der Ebene des Vertragshandels im Vordergrund. Die zwangsweise Durchsetzbarkeit der Umlegung stellt ein hinreichendes Anknüpfungsmerkmal für die Ausnahmeregelung dar.

Der Kläger machte im Verfahren auch die vollumfängliche Verfassungswidrigkeit des Grunderwerbsteuerrechts geltend⁵². Dies wurde mit der teilweisen Anknüpfung an Grundbesitzwerte begründet⁵³. Auf diesen Einwand ging der BFH nicht ein, da Grundbesitzwerte für die Festsetzung der Steuer in diesem Verfahren keine Bedeutung hatten.

b) Grunderwerbsteuerbefreiung beim Verkauf eines Kirchgrundstücks

Eine Religionsgemeinschaft orthodoxer Konfession erwirbt mit notariellem Vertrag von einer evangelisch-lutherischen Kirchengemeinde ein Grundstück. Dieses ist mit einer Kirche und einem Pastorat bebaut. Der Erwerber ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Das Finanzamt setzt Grunderwerbsteuer fest. Der Erwerber erhebt hiergegen Einspruch und Klage mit der Begründung, es handelt sich um einen Sachverhalt, der von der Besteuerung befreit ist⁵⁴. Dem folgte das Finanzgericht⁵⁵.

Der BFH gab in der Revision dem Finanzamt recht und hob die Vorentscheidung auf⁵⁶.

Die vom Erwerber geltend gemachte Befreiungsvorschrift gelangt zur Anwendung, wenn ein Grundstück aus Anlass des Übergangs öffentlich-rechtlicher Aufgaben von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts auf eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts übertragen wird. Die Befreiung knüpft sich an den Trägerwechsel einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe. Als öffentlich-rechtliche Aufgabe ist die Durchführung von Gottesdiensten und der Seelsorge anerkannt.

Ein Trägerwechsel liegt hier nicht vor. Der bisherige Grundstückseigentümer führt seine öffentlich-rechtlichen Aufgaben, unbeschadet der Abgabe des Grundstücks, weiterhin fort. Die bisher von der evangelisch-lutherischen Kirche wahrgenommenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben werden nicht durch die Religionsgemeinschaft orthodoxer Konfession fortgeführt. Jede Religionsgemeinschaft übt eigene Aufgaben aus⁵⁷.

Die Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung⁵⁸ zum Grundbuchvollzug ist in einem solchen Fall notwendig.

2. Einkommensteuer

Betriebsaufspaltung bei Einstimmigkeitsprinzip

Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn ein wirtschaftlich einheitlich zu betrachtender Gewerbebetrieb in zwei Gesell-

46 § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 Buchst. b GrEStG

47 § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB

48 Mangels anderslautender Darstellung wurde unterstellt, dass der Wert der erhaltenen Grundstücke der geleisteten Gegenleistung gleichwertig ist.

49 §§ 45 ff. BauGB

50 BFH Ur. v. 07.09.2011, Az. II R 68/09

51 Art. 20 Abs. 3 GG

52 Mensch BWNNotZ 2009, 217; ders. BWNNotZ 2010, 189 und BWNNotZ 2011, 171

53 § 8 Abs. 2 GrEStG

54 § 4 Nr. 1 GrEStG

55 FG Hamburg Ur. v. 05.11.2009, Az. 3 K 71/09, EFG 2010, 1154

56 BFH Ur. v. 01.09.2011, Az. II R 16/10

57 Art. 4 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV

58 § 22 Abs. 1 GrEStG

schaften aufgespalten wird. Voraussetzung für die Anerkennung einer Betriebsaufspaltung ist eine personelle und sachliche Verflechtung.

Dem BFH wurde zur Entscheidung der nachfolgende Sachverhalt vorgelegt: Ein Ehepaar erwarb und bebaute gemeinsam ein Grundstück. Dieses Grundstück wurde anschließend an eine GmbH vermietet, deren einziger Gesellschafter und auch Geschäftsführer der Ehemann war.

Die Ehegatten machten die Einnahmen aus der Vermietung als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung geltend⁵⁹.

Später übertrugen die Ehepartner das Grundstück auf ihren Sohn, gegen Übernahme der noch valutierten Verbindlichkeiten. Gleichzeitig wurde der Sohn mit fünfzig Prozent an der GmbH beteiligt.

Das Finanzamt unterstellte ein privates Veräußerungsgeschäft und setzte Einkommensteuer hieraus fest. Der Ehemann vertrat die Ansicht, dass bereits mit Beginn der Vermietung an die GmbH eine Betriebsaufspaltung vorlag und die Übertragung an den Sohn daher eine Betriebsveräußerung im Ganzen darstellt. Mit Hinweis auf das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen⁶⁰ wurde ein entsprechender Freibetrag begehrt⁶¹.

Dem folgte der BFH in seinem Urteil nicht⁶². Im Rahmen einer möglichen Betriebsaufspaltung kommt es für die Prüfung der personellen Verflechtung auf den einheitlichen Betätigungswillen in der Besitz- und Betriebsgesellschaft an. Hierzu ist eine beherrschende Stellung maßgeblich.

Der Ehemann ist an der vermietenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁶³ mit fünfzig Prozent beteiligt. Diese Beteiligung sichert keine beherrschende Stellung in der Besitzgesellschaft und lässt keine Betriebsaufspaltung entstehen.

Des Weiteren war umstritten, inwieweit unabhängig von der rechtlichen Beteiligung an der GbR eine personelle Verflechtung im Kontext des Einstimmigkeitsprinzips⁶⁴ vorliegen kann. Grundsätzlich steht das Einstimmigkeitsprinzip der beherrschenden Stellung eines Gesellschafters entgegen. Die Einstimmigkeit kann durch Übertragung der Geschäfts-

führungsbefugnis abbedungen werden⁶⁵. Dies führt zur Anerkennung einer Betriebsaufspaltung⁶⁶.

Eine Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis wurde durch die Ehegatten als konkludent vorgenommen dargestellt. Demnach hat der Ehemann alle Entscheidungen in Bezug auf den Grundbesitz getroffen, so dass eine „faktische“ Betriebsaufspaltung gegeben sei. Diese Behauptung ließ sich durch die Feststellungen der Vorinstanz nicht stützen⁶⁷.

Die Vorinstanz führte hierzu weiter aus, dass eine konkludente Übertragung zwischen den Ehegatten per se nicht wirksam sei, da Verträge zwischen nahen Angehörigen von vornherein klar und eindeutig geschlossen werden müssen⁶⁸.

In Bezug auf die letzte Feststellung hat der BFH, im Rahmen eines obiter dictum, Zweifel an der Richtigkeit der Einschätzung des Finanzgerichts geäußert.

IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Keine erbschaftsteuerliche Begünstigung für eine (noch) nicht im Handelsregister eingetragene Personengesellschaft und die damit fehlende gewerbliche Prägung⁶⁹.
2. Ein privates Veräußerungsgeschäft liegt auch vor, wenn das betroffene Grundstück zwischenzeitlich im Betriebsvermögen gehalten wurde. Durch Einlage und Entnahme steuerwirksam aufgedeckte stille Reserven sind abzuziehen⁷⁰.
3. Zu den Anforderungen an die organisatorische Eingliederung zur Annahme einer umsatzsteuerlichen Organschaft. Abberufung und Bestellung des Geschäftsführers der Organgesellschaft dürfen nicht von dieser maßgeblich beeinflusst werden können⁷¹.
4. Ein aufschiebend auf den Tod des vormals Berechtigten bedingter Nießbrauch an einem Mitunternehmeranteil begründet eine steuerliche Mitunternehmerstellung. Dies gilt trotz fehlender zivilrechtlicher Beteiligung und führt zur an die Mitunternehmerstellung gekoppelten Begünstigung⁷².

59 § 21 EStG

60 Mensch NotBZ 2009, 119, ders. BWNNotZ 2007, 140

61 § 16 Abs. 4 EStG

62 BFH Urt. v. 15.06.2011, Az. X B 255/10, BFH/NV 2011, 1859

63 Das Vorliegen einer GbR zwischen den Ehegatten wurde von allen Beteiligten anerkannt

64 § 709 Abs. 1 BGB

65 § 710 BGB

66 BFH Urt. v. 01.07.2003, Az. VIII R 24/01, DStR 2003, 1431; BFH Urt. v. 24.08.2006, Az. IX R 52/04, NJW-RR 2007, 612

67 FG München Urt. v. 11.11.2010, Az. 11 K 824/08

68 A.A. Mensch ZNotP 2010, 96

69 BFH Urt. v. 18.05.2011, Az. II R 10/10

70 BFH Urt. v. 23.08.2011, Az. IX R 66/10, DStR 2011, 2191

71 BFH Urt. v. 07.07.2011, Az. V R 53/10, DStR 2011, 2044

72 BFH Urt. v. 01.09.2011, Az. II R 67/09

Buchbesprechung

Dr. Christof Münch, Vereinbarungen zu neuen Versorgungsausgleich, C.H. Beck-Verlag, 235 Seiten, EUR 29,50 mit CD-Rom

Das in erster Auflage erschienene Buch von dem bayerischen Notar Dr. Christof Münch zum neuen Versorgungsausgleich ist in 5 Kapitel unterteilt.

Unter Teil A Grundzüge des Versorgungsausgleichs wird ein kurzer, jedoch sehr prägnanter, Überblick über die einzelnen Termini des Versorgungsausgleichsgesetzes gegeben.

Die Grundstrukturen des neuen Rechts, insbesondere die vorrangige interne Teilung (Realteilung als Grundsatz) der einzelnen Anrechte wird hervorragend dargestellt. Sehr angenehm für den Leser ist, dass der Autor die Neuerungen mit Beispielen und vor allem Praxishinweisen unterlegt.

Auch auf die Formfreiheit einer reinen Vereinbarung nach § 14 Abs.2 Nr.1 VErsAusglG geht der Autor ein und trifft zu Recht eine eher kritische Wertung.

Unter Teil B Grundlagen für Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich wird auf den Wegfall der bisherigen Unterscheidung zwischen ehevertraglichen Vereinbarungen und Scheidungsvereinbarung als auch das Genehmigungs-erfordernis nach § 1587 o BGB a.F. eingegangen.

Unter Teil C Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich werden dem Praktiker zahlreiche in der Praxis gut verwendbare

Muster mit Erläuterungen an die Hand gegeben. Besonders die Möglichkeit der Herausnahme einzelner Anrechte aus dem Versorgungsausgleich ist eine durch die Neuregelung des Versorgungsausgleichsrechts interessante und zu nutzende Möglichkeit.

Unter Teil Steuerliche Konsequenzen von Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich werden die steuerlichen Folgen dargestellt. Dieser Teil ist äußerst kurz gehalten, jedoch mit den wesentlichsten steuerlichen Auswirkungen ausreichend dargestellt.

Unter Teil E Schlussbemerkungen ist die Feststellung des Autors, dass Vereinbarungen nach neuem Recht erwünscht sind treffend und richtig.

Zusammenfassend kann die Anschaffung dieses Werkes in vollem Umfang empfohlen werden. Die Kombination aus Beispielen, Praxishinweisen und umfangreichen Muster ist dem Autor in hervorragender Art und Weise gelungen.

Aufgrund des sehr moderaten Preises und der detaillierten Ausführungen zum neuen Recht stellt dieses Werk einen unverzichtbaren Ratgeber für die notarielle Praxis dar und kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Timo Lutz
Amtsverwalter Filderstadt

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Franckstraße 20, 71665 Vaihingen/Enz (Tel. 07042/9742122), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).



Notar Dr. Andreas Frey

Württembergische(r) Notariatsassessor(in) gesucht.

Ich freue mich über Ihre Bewerbung, gerne auch per E-mail.

Rechtsanwalt und Notar Dr. Andreas Frey, Werastrasse 22, 88045 Friedrichshafen

Telefon 07541-3887770
www.notarfrey.de

Telefax 07541-3887780
le@notarfrey.de