

MITTEILUNGEN

der Rheinischen Notarkammer

Heft 7/8 · MittRhNotK · Juli/August 1996

	Seite
Aktuelle Fragen des Grundstücksnießbrauchs in der notariellen Praxis (von Notarassessor Josef Schippers, Hückelhoven)	197
 Rechtsprechung	
1. Allgemeines/Schuldrecht – Unwiderruflichkeit der Vollmacht nur bei Beurkundung des Grundverhältnisses (BayObLG, 14. 3. 1996 – ZZ BR 121/95)	217
2. Allgemeines – Auslegung einer Vollmacht (BayObLG, 21. 3. 1996 – ZZ BR 11/96)	218
3. Liegenschaftsrecht – Instandhaltung eines gemeinsamen Weges (OLG Köln, 5. 7. 1995 – 27 U 4/95)	220
4. Liegenschaftsrecht – Umfang des Mitbenutzungsrechts eines Wohnungsberechtigten (OLG Saarbrücken, 29. 8. 1995 – 5 W 160/95 – 18)	220
5. Liegenschaftsrecht/Sozialrecht – Überleitung eines Wohnungsrechts auf Sozialhilfeträger (OLG Braunschweig, 11. 9. 1995 – 2 W 118/95)	222
6. Liegenschaftsrecht – Altrechtliches Miteigentum an unvermessenen Wegeflächen (OLG Düsseldorf, 8. 11. 1995 – 9 U 74/95)	223
7. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Löschungserleichterungsvermerk bei Wohnungsrecht (OLG Hamm, 14. 12. 1995 – 15 W 424/95)	225
8. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Auflassung vor Ausführung des Flurbereinigungsplans (OLG Frankfurt/Main, 4. 1. 1996 – 20 W 548/95)	226
9. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Fehlende Übereinstimmung von Schuldvertrag und Auflassung (OLG Celle, 21. 2. 1996 – 4 W 294/95)	227

Fortsetzung nächste Seite

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 7/8

MittRhNotK

Juli/August 1996

Aktuelle Fragen des Grundstücksnießbrauchs in der notariellen Praxis

(von Notarassessor Josef Schippers, Hückelhoven)

- A. Einleitung
- B. Aktuelle Fragen des Grundstücksnießbrauchs
 - I. Abgrenzung zu den Benutzungsdienstbarkeiten
 - 1. Abgrenzungstheorien
 - a) Abgestufte formelle und materielle Abgrenzung
 - aa) Erste Stufe
 - bb) Zweite Stufe
 - b) Rein formelle Abgrenzung
 - c) Rein materielle Abgrenzung
 - d) Stellungnahme
 - 2. Nutzung von Grundstücks- oder Gebäudeteilen
 - II. Gesetzliches Schuldverhältnis
 - 1. Wesen und Wirkungen
 - 2. Inhalt und Abänderbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen
 - a) Allgemeine Grenzen der Abänderbarkeit
 - b) Einzelfragen
 - aa) Verbot der Umgestaltung oder wesentlichen Veränderung
 - bb) Ausbesserungen und Erneuerungen
 - (1) Allgemeine Erhaltungspflicht
 - (2) Gewöhnliche Unterhaltung
 - (3) Außergewöhnliche Unterhaltung
 - cc) Finanzielle Lasten
 - (1) Öffentliche Lasten
 - (2) Private Lasten
 - (3) Abweichende Lastenverteilung
 - dd) Verwendungen
 - (1) Ansprüche des Nießbrauchers
 - (2) Ansprüche des Eigentümers
 - ee) Leistungspflichten des Eigentümers
 - ff) Formulierungsvorschläge
 - (1) Nettonießbrauch
 - (2) Bruttonießbrauch
 - gg) Gestaltungskriterien
 - 3. Verdinglichung gesetzlich nicht geregelter Materien
 - a) Allgemeine Grenzen der Verdinglichung
 - b) Einzelfragen
 - aa) Entgeltlichkeit
 - bb) Verwendung gezogener Nutzungen
 - cc) Verkehrssicherungspflichten
 - (1) Übernahme durch den Nießbraucher
 - (2) Übernahme durch den Eigentümer
 - dd) Dispositionsnießbrauch
 - 4. Schuldrechtliche Vereinbarungen
 - III. Verhältnis zu alten und neuen Grundpfandrechten
 - 1. Alte Grundpfandrechte
 - 2. Neue Grundpfandrechte
 - a) Bestellung im Interesse des Nießbrauchers
 - b) Bestellung im Interesse des Eigentümers
 - IV. Mehrere Berechtigte
 - 1. Mehrere selbständige Nießbrauchsrechte
 - 2. Nießbrauch in Bruchteilsgemeinschaft
 - 3. Gesamtberechtigung nach § 428 BGB
 - a) Tod eines Berechtigten
 - b) Auswahlrecht des Eigentümers
 - c) Verzicht mit Gesamtwirkung
 - d) Konfusion mit Gesamtwirkung
 - e) Fehlen eines Gemeinschaftsverhältnisses
 - f) Formulierungsvorschlag
 - g) Gestaltungskriterien
 - 4. Gütergemeinschaft
 - 5. Sukzessivberechtigung
 - 6. Absetzungen für Abnutzung (AfA) bei mehreren Berechtigten
 - V. Pflichtteilergänzung
 - 1. Lauf der Zehnjahresfrist
 - a) Rechtsprechung des BGH
 - b) Folgerungen
 - aa) Uneingeschränkt vorbehalten Nießbrauch
 - bb) Ausschluß einzelner Nutzungen
 - cc) Wohnungsrecht
 - dd) Sonstige Benutzungsdienstbarkeiten
 - ee) Quantitative Einschränkungen
 - ff) Fristunschädliche Gestaltungsformen
 - 2. Abzugsfähigkeit des kapitalisierten Nießbrauchswertes
 - a) Rechtsprechung des BGH
 - b) Sonstiger Meinungsstand
 - c) Stellungnahme
 - d) Abstrakte oder konkrete Berechnung
 - VI. Lauf der Zehnjahresfrist gem. § 529 Abs. 1 BGB
 - VII. Ausgewählte Steuerfragen
 - 1. Einkommensteuer
 - a) Zurechnung von Einkünften
 - b) Laufende Erwerbsaufwendungen
 - c) Absetzungen für Abnutzung (AfA)
 - d) Wohneigentumsförderung
 - e) Totalvorbehalt der Erträge
 - f) Ablösung von Nießbrauchsrechten
 - g) Entnahme aus Betriebsvermögen
 - 2. Schenkungsteuer
 - a) Allgemeines
 - b) Ausführung der Schenkung
 - c) Zusatzverpflichtungen des Nießbrauchers als Zusatz-Schenkungen
 - d) Erbausschlagung gegen Nießbrauchsabfindung
 - 3. Grunderwerbsteuer
 - C. Zusammenfassung
 - A.
Einleitung

So wie ein ordentlicher Handwerker gut daran tut, wenn er von Zeit zu Zeit sein Werkzeug außerhalb der alltäglichen Routine einer allgemeinen Überprüfung unterzieht, so ist ein Notar gut beraten, wenn er gelegentlich über den Einzelfall hinaus seine vielfach erprobten und unbeanstandet gebliebenen Muster und Textbausteine einmal generell überprüft. Zum klassischen juri-

stischen Handwerkszeug des Notars gehört seit jeher¹ der Grundstücksnießbrauch, der in den §§ 1030 ff. BGB als Unterfall des Sachnießbrauchs eine detaillierte gesetzliche Regelung erfahren hat. Beim Nießbrauch bedarf es einer solchen Überprüfung um so mehr, als es kaum ein anderes Institut des Zivilrechts gibt, dessen Verwendung und Ausgestaltung in so starkem Maße vom sich rasch wandelnden Steuerrecht beeinflusst wird.

Auch die Vielfalt der Gestaltungsziele des Nießbrauchs erfordert kautelarjuristische Variabilität und verbietet jeden Schematismus. In der Form des Vorbehaltsnießbrauchs ermöglicht er z. B. eine gleitende, die Erbfolge vorwegnehmende Vermögensnachfolge durch die jüngere Generation unter Wahrung der lebzeitigen Versorgungs- und Sicherungsinteressen der älteren Generation. In der Form des Zuwendungsnießbrauchs ermöglicht er etwa die gezielte Versorgung naher Verwandter oder die steuersparende Verlagerung einer Einkunftsquelle auf einkommensschwache oder einkommenslose Abkömmlinge. In der Form des Vermächtnisnießbrauchs ermöglicht er u. a. die Erhaltung der Grundstückssubstanz für eigene leibliche Abkömmlinge, nicht selten Kinder aus früherer Ehe, unter Zuwendung der Erträge an den überlebenden Ehegatten zu dessen lebzeitiger Versorgung², um nur einige der dem Verfasser am häufigsten begegneten Gestaltungsziele des Grundstücksnießbrauchs zu nennen.

In neuerer Zeit hat Schön³ den Nießbrauch an Sachen einer grundlegenden wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen, die auch zahlreiche Anregungen für die notarielle Praxis enthält. Die nachfolgenden Ausführungen sollen es der notariellen Praxis ermöglichen, Verwendung und Ausgestaltung des Grundstücksnießbrauchs in wichtigen Fragen einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

B.

Aktuelle Fragen des Grundstücksnießbrauchs

I. Abgrenzung zu den Benutzungsdienstbarkeiten

Das Recht des Nießbrauchers, die Nutzungen⁴ der Sache zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB), kann durch Ausschluß „einzelner Nutzungen“ beschränkt werden (§ 1030 Abs. 2 BGB). Je umfangreicher von dieser Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, um so schwieriger ist es, die dem Nießbraucher verbleibenden (Rest-)Nutzungen von einer Benutzung „in einzelnen Beziehungen“ und damit vom Inhalt einer Benutzungsdienstbarkeit (§§ 1018 1. Fall, 1090 Abs. 1, 1. Fall BGB) abzugrenzen. Entsprechendes gilt umgekehrt bei einer weiten Ausgestaltung des Inhalts der Benutzungsdienstbarkeit.

1. Abgrenzungstheorien

a) Abgestufte formelle und materielle Abgrenzung

Die h. M. im Bereich der Benutzungsdienstbarkeiten und jedenfalls ein Teil des Schrifttums im Bereich des Nießbrauchs neh-

men die Abgrenzung anhand einer abgestuften Kombination aus formellen und materiellen Abgrenzungskriterien vor.

aa) Erste Stufe

Auf einer ersten Stufe⁵ ist nach dieser Ansicht die Abgrenzung formell nach dem Inhalt der Bestellungsurkunde vorzunehmen. Sind danach dem Berechtigten die Nutzungen grundsätzlich umfassend eingeräumt, so kommt nur ein Nießbrauch in Betracht⁶, sind ihm einzelne, genau spezifizierte Nutzungsarten eingeräumt, so kommt nur eine Dienstbarkeit in Betracht⁷. Sind Nießbrauch oder Dienstbarkeit bereits nach dem Inhalt der Bestellungsurkunde als unzulässig anzusehen, soll es auf die nachfolgende Frage einer materiellen Einschränkung des jeweiligen Anwendungsbereichs nicht mehr ankommen⁸.

bb) Zweite Stufe

Auf einer zweiten Stufe schränkt die h. M.⁹ den Anwendungsbereich der Dienstbarkeit zusätzlich materiell nach der tatsächlichen wirtschaftlichen Bedeutung der eingeräumten bzw. verbleibenden Nutzungen ein. Danach soll eine Benutzungsdienstbarkeit trotz inhaltlicher Spezifizierung der eingeräumten Nutzungen unzulässig sein, wenn dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung nicht mehr verbleibt.

Auch im Bereich des Nießbrauchs wird jedenfalls von einzelnen Stimmen im Schrifttum¹⁰ auf einer zweiten Stufe eine materielle Einschränkung befürwortet. Dem Nießbraucher müsse trotz des spezifizierten Ausschusses einzelner Nutzungen jedenfalls die „bestimmungsgemäße Nutzung“, d. h. die zwischen Eigentümer und Nießbraucher als vorherrschend anerkannte Nutzung eingeräumt werden. Überwiegend wird im Bereich des Nießbrauchs jedoch lediglich ausgeführt, daß durch den Ausschluß einzelner Nutzungen der Charakter des Nießbrauchs als grundsätzlich umfassendes Nutzungsrecht nicht beeinträchtigt werden dürfe; insbesondere sei es unzulässig, die Nutzungen von vornherein auf eine einzelne Nutzungsart oder auf verschiedene Nutzungsrechte zu beschränken¹¹. Auch dürfe der Ausschluß nicht darauf hinauslaufen, daß nur noch einzelne Nutzungen beim Nießbraucher verbleiben¹². Diese Formulierungen lassen nicht klar erkennen, ob auch materielle Kriterien bei der Abgrenzung zu berücksichtigen sind¹³.

b) Rein formelle Abgrenzung

Demgegenüber befürwortet eine im Vordringen befindliche Literaturmeinung¹⁴ für beide Bereiche einheitlich eine rein formelle Abgrenzung nur nach dem Inhalt der Bestellungsurkunde. Das BayObLG¹⁵ hat im Bereich der Benutzungsdienstbarkeiten ebenfalls in zwei neueren Beschlüssen zu erkennen gegeben, daß es einer rein formellen Abgrenzung zuneigt.

c) Rein materielle Abgrenzung

Die Gegenposition einer rein materiellen Abgrenzung wird insbesondere von Stürmer¹⁶ vertreten, der Dienstbarkeit und

1 Vgl. Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 1994, Rn. 106, der von einer 2000jährigen, vom Römischen Recht übernommenen Tradition der Übergabe unter Nießbrauchsvorbehalt spricht.
2 Vgl. die Gegenüberstellung von Nießbrauchsvormächtnis und Vor- und Nach-
erbschaft bei Schlieper, MittRhNotK 1995, 249.
3 Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992.
4 Vgl. zum Begriff der Nutzungen die §§ 100, 99 BGB.
5 Vgl. zur Unterscheidung der Prüfungsstufen die instruktiven Anmerkungen
von: Dietzel, Pflpfer 1987, 296; Kanzleiter, DNotZ 1986, 624.
6 BayObLG DNotZ 1982, 438; BayObLGZ 1979, 361 = DNotZ 1980, 478; Pa-
landt/Bassenge, 55. Aufl. 1996, § 1030 BGB, Rn. 6; MünchKommPezoldt,
2. Aufl. 1986, § 1030 BGB, Rn. 30; Erman/Michalski, 9. Aufl. 1993, § 1030
BGB, Rn. 10.
7 KG FGPrax 1995, 226; KG OLGZ 1991, 385 = DNotZ 1992, 673; BayObLG
DNotZ 1986, 622; OLG Zweibrücken DNotZ 1982, 444; LG Regensburg Pflpfer
1987, 295; Palandt/Bassenge, § 1018 BGB, Rn. 15.
8 Dazu insbesondere: KG OLGZ 1991, 385 = DNotZ 1992, 673; jetzt nochmals
bestätigt durch KG FGPrax 1995, 226.
9 Siehe Nachweise in Fn. 7.
10 Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 302 f.; ihm folgend Staudinger/
Frank, 13. Aufl. 1994, § 1030 BGB, Rn. 55.

11 BayObLG DNotZ 1982, 438, 440; BayObLGZ 1980, 479 = DNotZ 1980, 479,
480; Palandt/Bassenge, § 1030 BGB, Rn. 6; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch
im Zivil- und Steuerrecht, 5. Aufl. 1993, Rn. 8.
12 MünchKommPezoldt, § 1030 BGB, Rn. 30; Erman/Michalski, § 1030 BGB,
Rn. 10; Faber, BWNNotZ 1978, 151, 152.
13 Die Vertreter einer rein formellen Abgrenzung interpretieren diese Formulier-
ungen der h.M. im Bereich des Nießbrauchs i.S.d. von ihnen vertretenen
Ansicht, vgl. Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993,
Rn. 1362; Schöner, DNotZ 1982, 416, 419; Ertl, MittBayNot 1988, 53, 57.
14 Schöner, DNotZ 1982, 416 ff.; Ertl, MittBayNot 1988, 53 ff.; Haegeler/Schöner/
Stöber, Rn. 1130, 1362; Staudinger/Ring, § 1018 BGB, Rn. 44; Demharter,
FGPrax 1995, 227, 228; Demharter, Grundbuchordnung, 21. Aufl. 1995, An-
hang zu § 44 GBO, Rn. 16; tendenziell auch: Kanzleiter, DNotZ 1986, 624,
626; Beck'sches Notar-Handbuch/Amann, 1992, A. VII., Rn. 19, 27.
15 BayObLG DNotZ 1991, 254, und BayObLG DNotZ 1988, 313, jeweils obiter
dictum.
16 Soergel/Stürmer, 12. Aufl. 1989, § 1018 BGB, Rn. 12, und § 1030 BGB,
Rn. 10; Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl. 1992, 329 (§ 32
II 1 b); Hub, Der Inhalt von Dienstbarkeiten, 1966, 41 ff.; vgl. auch RGZ 67,
378.

Nießbrauch allein danach abgrenzen will, ob die „wirtschaftlich wesentlichen Nutzungen“ dem Eigentümer verbleiben – dann nur Dienstbarkeit – oder dem Berechtigten eingeräumt werden – dann nur Nießbrauch.

d) Stellungnahme

Der BGH hat die vorstehende Streitfrage jüngst im Grundsatz ausdrücklich offen gelassen¹⁷. M. E. ist eine rein formelle Abgrenzung einheitlich in beiden Bereichen zu befürworten.

Die Vertreter einer rein formellen Abgrenzung¹⁸ weisen zu Recht darauf hin, daß die Berücksichtigung außerhalb der Bestellungsurkunde liegender tatsächlicher, wirtschaftlicher Verhältnisse das grundbuchliche Eintragungsverfahren mit seinen eingeschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten¹⁹ überfordern und den Grundstücksverkehr mit den Unsicherheiten einer späteren materiellen Prüfung durch die Gerichte erheblich belasten würde. Zudem können bei einer Kombination aus formellen und materiellen Abgrenzungskriterien wichtige Nutzungsbereiche weder vom Nießbrauch noch von den Dienstbarkeiten erfaßt werden, während eine einheitliche rein formelle Abgrenzung eine lückenlose Zuordnung zu beiden Bereichen ermöglicht. Die mit einer rein formellen Abgrenzung u. U. verbundene Auflösung des Zusammenhangs zwischen Nutzungsmöglichkeit und Lastentragung zwingt nicht zur Einführung materieller Maßstäbe²⁰, da ein solcher Zusammenhang (wer den Nutzen hat, muß auch die Lasten tragen) nicht zu den zwingenden wesentypischen Normen des Nießbrauchs und der Dienstbarkeiten zählt²¹.

Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Streitfrage sollte bei Einräumung spezifizierbarer, aber wirtschaftlich weitreichender Nutzungen als sicherer Weg stets geprüft werden, ob nicht anstelle einer Dienstbarkeit ein formell umfassender Nießbrauch bestellt werden kann²². Umgekehrt sollte geprüft werden, ob nicht anstelle eines Nießbrauchs mit wirtschaftlich weitreichendem Nutzungsausschluß nur eine Dienstbarkeit mit formell spezifiziertem Nutzungsinhalt bestellt werden kann.

2. Nutzung von Grundstücks- oder Gebäudeteilen

Ein Nießbrauch kann – wie eine sonstige Dienstbarkeit – unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 GBO auch an einer realen Teilfläche eines Grundstücks bestellt werden; ebenso ist eine Belastung des ganzen Grundstücks mit einer Beschränkung der Ausübung auf eine Teilfläche möglich²³.

Dagegen können ein Gebäude ohne die zugehörige Grundstücksfläche, ein Gebäudeteil (Stockwerk, Wohnung, Räume)²⁴ oder eine Teilfläche eines Wohnungs- oder Teileigentums²⁵ als solche nicht gesondert mit einem Nießbrauch belastet werden. Als zulässige Gestaltungen bieten sich hier die Bestellung einer zu spezifizierenden Benutzungsdienstbarkeit, insbesondere eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB, oder die Bestellung eines Bruchteils- oder Quotennießbrauchs verbunden mit einer schuldrechtlichen Aufteilungsvereinbarung an²⁶.

Ein Nießbrauch an einem bebauten Grundstück kann nach dem BayObLG²⁷ auch nicht gem. § 1030 Abs. 2 BGB in der Weise beschränkt werden, daß ein realer Gebäudeteil, etwa eine Wohnung, aus dem Nießbrauch ausgeschlossen und dem Eigentümer vorbehalten wird. Als Lösungsmöglichkeit wird hier empfohlen, zunächst ein Eigentümer-Wohnungsrecht (§ 1093 BGB)²⁸ zu bestellen und im Range danach einen uneingeschränkten Nießbrauch²⁹. Ein Wohnungsrecht schließt die Eintragung eines nachrangigen Nießbrauchs nicht aus³⁰.

Umgekehrt ist bei einer Benutzungsdienstbarkeit an einer Grundstücksteilfläche folgendes zu beachten. Auch wenn die Dienstbarkeit sich auf eine Teilfläche beschränken soll, kann als ihr Inhalt in die Bestellungsurkunde (erste Stufe) nur eine spezifizierte Nutzungsart aufgenommen werden. Ohne weiteres unzulässig ist demnach eine Benutzungsdienstbarkeit mit dem Inhalt, einen Grundstücksteil „unter Ausschluß des Eigentümers unentgeltlich zu benutzen“³¹ oder „dauernd zu benutzen“³² oder „zu nutzen und nutzen zu lassen“³³. Ist die Dienstbarkeit dagegen inhaltlich auf eine spezifizierte Nutzungsart gerichtet, so ist sie auch dann zulässig (zweite Stufe), wenn die Art der Nutzung den Eigentümer von jeglicher Mitbenutzung des betroffenen Grundstücksteils ausschließt, da dem Eigentümer jedenfalls die volle Nutzung der Restfläche als sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt³⁴.

II. Gesetzliches Schuldverhältnis

1. Wesen und Wirkungen

Mit Eintritt seiner Wirksamkeit wird der Nießbrauch von einem gesetzlichen Schuldverhältnis begleitet, das eine begrenzte Drittwirkung entfaltet. Das gesetzliche Schuldverhältnis besteht und die in ihm angelegten Rechte und Pflichten entstehen zwischen dem jeweiligen Eigentümer und – soweit übertragbar³⁵ – dem jeweiligen Nießbraucher, ohne daß es insoweit eines gesonderten rechtsgeschäftlichen Bestellungs- oder Nachfolgeaktes bedarf³⁶. Ob auch bereits entstandene Rechte und Pflichten ohne Nachfolgeakt auf Rechtsnachfolger übergehen, wird differenziert zu beantworten sein³⁷.

2. Inhalt und Abänderbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen

Anerkannt ist, daß zahlreiche Bestimmungen des vom Gesetzgeber mit viel Liebe zum Detail geregelten gesetzlichen Schuldverhältnisses³⁸ rechtsgeschäftlich abgeändert, insbesondere abbedungen, werden können³⁹ und die Abänderung durch Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 874, 877 BGB) verdinglicht werden kann⁴⁰. Doch sind gewisse Grenzen zu beachten.

a) Allgemeine Grenzen der Abänderbarkeit

Nach nahezu einhelliger Ansicht können diejenigen Gesetzesbestimmungen nicht mit dinglicher Wirkung⁴¹ abgeändert

17 BGH DNotZ 1993, 55 = MittRhtNotK 1993, 78.

18 Insbesondere Schöner und Ertl, a.a.O.

19 Vgl. Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 152.

20 So aber Schön, a.a.O., 305 ff.; vgl. auch Stürmer, AcP 194 (1994), 265, 270 f.

21 Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 2; vgl. auch Kanzleiter, DNotZ 1986, 624, 626, und Ertl, MittBayNot 1988, 53, 58, mit der berechtigten Frage, warum die Wahrnehmung der Interessen des Eigentümers nicht ihm selbst überlassen werden sollte?

22 Vgl. BayObLG DNotZ 1982, 438, 442.

23 Allgemeine Ansicht: nur Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1365.

24 RGZ 164, 196; Palandt/Bassenge, § 1030 BGB, Rn. 2; MünchKomm/Petzoldt, § 1030 BGB, Rn. 7; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rn. 7; Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 4.

25 LG Nürnberg-Fürth Pflieger 1991, 148.

26 Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 4.

27 BayObLGZ 1979, 361 = DNotZ 1980, 479; LG Aachen Pflieger 1986, 468.

28 Vgl. auch zu den Bedenken bei der Bestellung einer vorrangigen Eigentümer-Dienstbarkeit: Ertl, MittBayNot 1988, 53, 63 f. (Fälle 19 und 20).

29 Ertl, MittBayNot 1988, 53, 63 f.; Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 56, und § 1060 BGB, Rn. 3; Schön, a.a.O., 308; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 143.

30 LG Aschaffenburg MittBayNot 1992, 206, 207.

31 KG OLGZ 1991, 385 = DNotZ 1992, 673.

32 BayObLG DNotZ 1986, 622.

33 OLG Zweibrücken DNotZ 1982, 444.

34 BGH NJW 1992, 1101 = DNotZ 1993, 55.

35 Vgl. zur eingeschränkten Übertragbarkeit des Nießbrauchs die §§ 1059, 1059 a BGB.

36 Dazu ausführlich: Amann, DNotZ 1989, 531, 534 (zur Dienstbarkeit allgemein).

37 Vgl. Amann, DNotZ 1989, 531, 550 ff.

38 Vgl. insbesondere die §§ 1034–1039 und 1041–1057 BGB.

39 Vgl. die Übersichten: Palandt/Bassenge, Einf. vor § 1030 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, Vorbem. vor §§ 1030 ff. BGB, Rn. 16; Soergel/Stürmer, Vorbem. vor §§ 1030 ff. BGB, Rn. 11a; Staudinger/Frank, Vorbem. vor §§ 1030 ff. BGB, Rn. 12 ff.; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1375; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 149 f.

40 Nur: BGHZ 95, 99 = DNotZ 1986, 23, 24.

41 Unbeschadet der Möglichkeit zu schuldrechtlichen Vereinbarungen; siehe unten Abschn. B II 4.

werden, die das „Wesen“ des Nießbrauchs prägen⁴² oder die „begriffswesentlichen Grenzen“⁴³ zwischen Eigentum und Nießbrauch bilden. Zu beachten sind insbesondere der Grundsatz der Substanzerhaltung der dienenden Sache⁴⁴ und der aus dem Dienstbarkeitscharakter des Nießbrauchs hergeleitete Grundsatz, daß dem Eigentümer keine positiven Leistungspflichten auferlegt werden können⁴⁵. Diese allgemeinen Grenzen der Abänderbarkeit gründen in den sachenrechtlichen Grundsätzen des Typenzwangs (numerus clausus der Sachenrechte) und der Typenfixierung, deren freiheitseinschränkende Bedeutung nach h. M.⁴⁶ durch das Interesse des Rechtsverkehrs an einer sicheren und leichten Information über den Gegenstand des Geschäfts legitimiert wird. Der Rechtsverkehr muß den wesentlichen Inhalt des dinglichen Rechts schon auf Grund seiner Bezeichnung überschlägig erkennen können⁴⁷.

Abweichend davon hat Schön⁴⁸ in neuerer Zeit den Versuch unternommen, im vorliegenden Zusammenhang Typenzwang und Typenfixierung materiell unter Hinweis auf eine in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende wirtschaftspolitische Konzeption des historischen Gesetzgebers zu legitimieren. Der historische Gesetzgeber habe die Rechtsstellung des Nießbrauchers anhand des objektiven Interesses der Rechtsgemeinschaft an einer optimalen Gesamtnutzung der Sache durch den Nießbraucher und den sich anschließenden Eigentümer definiert⁴⁹. Seine Rechtsstellung sei der privatautonomen Gestaltung in dem Umfang entzogen, in dem ein entsprechendes Interesse der Allgemeinheit geltend gemacht werden könne⁵⁰.

Der Ansicht Schöns kann nicht gefolgt werden. Sie legt das Gesetz dauerhaft auf die wirtschaftspolitischen bzw. volkswirtschaftlichen Motive des historischen Gesetzgebers fest und überschätzt damit deren Bedeutung⁵¹. Darüber hinaus schränkt sie den privatautonomen Gestaltungsspielraum ungerechtfertigt ein, indem sie dem Eigentümer und dem Nießbraucher einen bestimmten Bewirtschaftungserfolg, nämlich die Optimierung des mit der Sache verbundenen Gesamtertrages, im Interesse der Allgemeinheit zwingend vorschreibt. Ebenso wie der selbstnutzende Eigentümer bereits aus eigenem Interesse eine wirtschaftliche Nutzung der Sache anstreben wird, so werden Eigentümer und Nießbraucher jeweils aus Eigennutz bei der Bestellung eines Nießbrauchs darauf achten, daß es zu einer effizienten Verteilung von Nutzen und Lasten kommt, wobei zu vermuten ist, daß die auf Selbstbestimmung und Eigenverantwortung beruhende Vertragsgestaltung letztlich auch dem Gemeinwohl am besten dienen wird⁵². Mag auch der historische Gesetzgeber die Schaffung von Anreizen zur Optimierung des Gesamtertrages bezweckt haben. Eine Einschränkung der Privatautonomie (Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit) ist damit nicht zu rechtfertigen.

b) Einzelfragen

Im folgenden sollen Inhalt und Abänderbarkeit einzelner, für die notarielle Praxis bedeutsamer Vorschriften dargestellt werden.

aa) Verbot der Umgestaltung oder wesentlichen Veränderung

Der Nießbraucher ist nach § 1037 Abs. 1 BGB nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern.

Insbesondere das KG⁵³ und das BayObLG⁵⁴ sowie ein Teil der Literatur⁵⁵ bestimmen die in dieser Vorschrift geschützte Substanz der dienenden Sache ausschließlich nach ihrer objektiven Beschaffenheit im Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung und betrachten diesen Norminhalt als unabdingbar. So könne es einem Nießbraucher nicht mit dinglicher Wirkung gestattet werden, auf einem bei Nießbrauchsbestellung unbebauten Grundstück ein Gebäude zu errichten⁵⁶ oder die auf dem Grundstück bereits befindlichen Gebäulichkeiten in beliebiger Weise umzubauen und zu vergrößern⁵⁷.

Die Gegenmeinung⁵⁸ will mit beachtlichen Argumenten die geschützte Substanz der dienenden Sache auch nach ihrer durch den Willen der Parteien geprägten (subjektiven) Beschaffenheit bestimmen und befürwortet eine dinglich wirkende Abbedingung von § 1037 Abs. 1 BGB jedenfalls insoweit, als sich der Eingriff im Rahmen der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache und den Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft (§ 1036 Abs. 2 BGB) hält.

Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage kann wegen der o. a. Rechtsprechung der Nießbrauch nicht als geeignetes Institut zur dinglichen Absicherung der Errichtung oder des Umbaus eines Gebäudes angesehen werden. Als geeignete Gestaltungsformen bieten sich diesbezüglich das Erbbaurecht oder die Benutzungsdienstbarkeit⁵⁹ an.

bb) Ausbesserungen und Erneuerungen

Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen (§ 1041 S. 1 BGB); für Ausbesserungen und Erneuerungen jedoch nur insoweit, als sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören (§ 1041 S. 2 BGB).

(1) Allgemeine Erhaltungspflicht

Unter die allgemeine Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 S. 1 BGB) fallen z. B. die Fütterung eines Tieres, die Bestellung eines Ackers, die Pflege eines Gartens oder die Aufforstung eines kahlgeschlagenen Waldstücks⁶⁰.

Nach h. M.⁶¹ kann § 1041 S. 1 BGB jedenfalls insoweit nicht mit dinglicher Wirkung abbedungen werden, als es um die Erhaltung der körperlichen Beschaffenheit der Sache geht.

(2) Gewöhnliche Unterhaltung

Ausbesserungen und Erneuerungen (§ 1041 S. 2 BGB) gehören zur gewöhnlichen Unterhaltung und damit zum gesetzlichen Pflichtenkreis des Nießbrauchers, wenn sie nach dem Lauf der Dinge von Zeit zu Zeit, und zwar in kürzeren Abständen wiederkehren⁶²; bei der Abgrenzung sind die Vorhersehbarkeit, die Häufigkeit und das Maß des finanziellen Auf-

42 So z. B.: KG OLGZ 1992, 1 = DNotZ 1992, 675, 677; BayObLG DNotZ 1986, 151; BayObLGZ 1985, 6 = MittRhNotK 1985, 40 = MittBayNot 1985, 70.

43 So z. B. BGHZ 95, 99, 100 = DNotZ 1986, 23, 24.

44 Vgl. die Zusammenstellung bei: Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 13.

45 BayObLGZ 1985, 6, 9 = MittRhNotK 1985, 40 = MittBayNot 1985, 70 (Verpflichtung des Eigentümers, zur Finanzierung von Ausbesserungen und Erneuerungen ein Darlehen aufzunehmen); BayObLGZ 1972, 364, 367 = DNotZ 1973, 299 (Verpflichtung des Eigentümers, ein Waldgrundstück wiederaufzuforsten); Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8 (Verpflichtung des Eigentümers, ein zerstörtes Gebäude wiederaufzubauen); siehe auch unten Abschnitt B II 2 ee.

46 Palandt/Bassenge, Einl. vor § 854 BGB, Rn. 4; Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl. 1992, 3 f. (§ 1 II 2, 3).

47 Amann, DNotZ 1989, 531, 542.

48 Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 244 ff.

49 Schön, a. a. O., 247.

50 Schön, a. a. O., 253.

51 Ebenso Frank, MittBayNot 1993, 267.

52 A. A. Schön, a. a. O., 35, 258 f., unter Berufung auf steigende Transaktionskosten im bilateralen Monopol.

53 KG OLGZ 1992, 1 = DNotZ 1992, 675.

54 BayObLGZ 1977, 81 = DNotZ 1978, 99, 100.

55 Palandt/Bassenge, § 1037 BGB, Rn. 1; Soergel/Stürner, § 1037 BGB, Rn. 1; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1375.

56 KG OLGZ 1992, 1 = DNotZ 1992, 675.

57 LG Köln MittRhNotK 1986, 24.

58 Staudinger/Frank, § 1037 BGB, Rn. 1 ff.; Frank, DNotZ 1992, 678 ff.; Schön, a. a. O., S. 88 ff., 272; ähnlich MünchKomm/Petzoldt, Vorbem. vor §§ 1030 ff. BGB, Rn. 16; vgl. auch RGK/Rothe, 12. Aufl. 1977, § 1037 BGB, Rn. 1, der von § 1037 Abs. 1 BGB abweichende Vereinbarungen für zulässig hält.

59 Vgl. Ertl, MittBayNot 1988, 53, 61 m. w. N.

60 Vgl. nur MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 2.

61 BayObLGZ 1977, 205 = DNotZ 1978, 606 (Leitsatz) = MittBayNot 1977, 189 (Wiederaufforstung); vgl. auch BayObLGZ 1972, 364 = DNotZ 1973, 299; Soergel/Stürner, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 11a; Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 13; Erman/Michalski, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 17; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1375; dagegen für uneingeschränkte Abdingbarkeit: LG Ulm BWNotZ 1977, 173; LG Augsburg MittBayNot 1976, 139; vgl. auch Schön, a. a. O., 111.

62 Nur MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 2.

wandes von Bedeutung⁶³. Zur gewöhnlichen Unterhaltung werden z. B. Schönheitsreparaturen wie laufende Anstricharbeiten oder kleinere Reparaturen an der Dacheindeckung, am Verputz oder an zerbrochenen Fenstern gezählt⁶⁴.

Nach h. M.⁶⁵ kann der Nießbraucher von den gewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen (Vornahme- und Kostenlast) etwa im Rahmen eines Bruttonießbrauchs mit dinglicher Wirkung entlastet werden. Demgegenüber lehnt Schön⁶⁶ eine solche Entlastung ab, da die Pflicht des Nießbrauchers zu gewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen eine Konkretisierung der zwingend angeordneten Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft (§ 1036 Abs. 2 BGB) sei.

Der h. M. ist zuzustimmen. Eine Entlastung des Nießbrauchers von den gewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen verstößt nicht gegen das Wesen des Nießbrauchs mit dem Grundsatz der Substanzerhaltung. Das Gesetz selbst gibt zu erkennen, indem es den Nießbraucher von den außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen freistellt, daß deren Vornahme durch den Nießbraucher zur Substanzerhaltung nicht zwingend geboten ist. Aus dieser Wertung ist zu folgern, daß es dann auch den Parteien nicht verwehrt sein kann, den Nießbraucher von den die Substanz weitaus weniger berührenden gewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen zu befreien. Die Pflicht des Nießbrauchers zu gewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen beruht somit – ebenso wie § 1047 BGB – lediglich auf dem vom Gesetzgeber präsumierten Willen der Parteien über die wechselseitige Verteilung von Nutzen und Lasten und ist dinglich abdingbar.

(3) Außergewöhnliche Unterhaltung

Zu den außergewöhnlichen, nicht dem Nießbraucher aufgegebenen Ausbesserungen und Erneuerungen werden etwa gezählt die Generalrenovierung, der Austausch der Heizungsanlage oder von Fenstern und Türen, umfangreiche Innen- und Außenputzarbeiten, die vollständige Dachsanierung⁶⁷, die Erneuerung der elektrischen Anlage, Wärmedämmungsmaßnahmen⁶⁸ und jedenfalls all das, was unter Herstellungskosten i.S.d. EStG fällt⁶⁹.

Dem Nießbraucher können nach h. M.⁷⁰ über die gesetzliche Regel hinaus auch die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen mit dinglicher Wirkung auferlegt werden.

Das BayObLG⁷¹ hält jedoch die wesensmäßigen Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch dann für aufgehoben, wenn der Nießbraucher darüber hinaus auch für eine etwaige durch die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführte bloße Wertminderung der dienenden Sache (vgl. § 1050 BGB) aufkommen und dem Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs Ersatz leisten muß.

Ob die wesensmäßigen Grenzen bei einer Verpflichtung des Nießbrauchers zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes überschritten werden, ist ungeklärt⁷². Die Verdinglichung einer Verpflichtung des Nießbrauchers zur Wiederherstellung ist m. E. jedenfalls unter der Voraussetzung anzuerkennen, daß die Wiederherstellungskosten durch Versicherungsleistungen gedeckt sind und die Verwendung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung nach § 1046 Abs. 2 BGB verlangt werden kann⁷³. Wenn dem Nießbraucher die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen auferlegt werden, sollte klargestellt werden, ob dazu auch die Verpflichtung zur Wiederherstellung gehört oder nicht⁷⁴.

Weiter einschränkend ist Schön⁷⁵ der Ansicht, daß bei außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen nur die Vornahmepflicht, nicht aber die zugehörige Kostenlast auf den Nießbraucher mit dinglicher Wirkung abgewälzt werden könne, da sonst der Eigentümer den Nießbraucher ohne eigenes finanzielles Opfer zu Maßnahmen zwingen könne, an denen er selbst kein echtes Interesse habe, womit eine „ineffiziente Ordnung“ geschaffen wäre. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da – wie oben ausgeführt⁷⁶ – das volkswirtschaftlich motivierte Anliegen einer effizienten Wirtschaftsordnung als solches eine Einschränkung der Privatautonomie nicht zu rechtfertigen vermag.

cc) Finanzielle Lasten

Der gesetzlichen Lastenverteilungsregel in § 1047 BGB liegt der Gedanke zugrunde, daß dem Nießbraucher die Nutzungen nur insoweit verbleiben sollen, als sie bei ordnungsgemäßer Wirtschaft den Reinertrag der Sache bilden⁷⁷.

(1) Öffentliche Lasten

Der Nießbraucher hat im Verhältnis zum Eigentümer⁷⁸ von den auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten die ordentlichen, d. h. die regelmäßig wiederkehrenden Lasten, wie z. B. Grund- und Gebäudesteuern oder Gebühren für Kanalisation, Straßenreinigung, Müllabfuhr und Schornsteinfeger⁷⁹, stets zu tragen, die außerordentlichen Lasten jedoch nur, wenn sie nicht als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind.

Eine Last ist nach h. M.⁸⁰ als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen, wenn sie nach dem Sinn und Zweck der betreffenden Abgabenvorschrift und der in ihr getroffenen Regelung nicht aus den Erträgen, sondern aus der Substanz der Sache zu leisten ist. Außerhalb des gesetzlichen Pflichtenkreises des Nießbrauchers liegen deshalb z. B. Erschließungs-, Umlage- und Ausgleichsbeiträge nach dem BauGB⁸¹ und kommunale Anliegerbeiträge⁸².

63 Dazu ausführlich: Schön, a.a.O., 113 ff.

64 Vgl. die Zusammenstellungen: MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 2; Soergel/Stürmer, § 1041 BGB, Rn. 3.

65 LG Ulm BWNotZ 1977, 173; LG Stuttgart BWNotZ 1976, 170; Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8; Pikaio, DNotZ 1971, 389, 396; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl. 1992, Rn. 182; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 5. Aufl. 1993, Rn. 80; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, 1992, A. V. 150.

66 Schön, a.a.O., 278.

67 OLG Koblenz MDR 1994, 1115.

68 Vgl. die Zusammenstellungen: MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 2; Soergel/Stürmer, § 1041 BGB, Rn. 3; Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 10; Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 1994, 88, verwendet plastisch den Begriff der Großreparaturen; Schön, a.a.O., 199, spricht von Hauptreparaturen.

69 BFH BStBl. II 1983, 710; Soergel/Stürmer, § 1041 BGB, Rn. 3; Schön, a.a.O., 119.

70 BayObLGZ 1985, 6, 11 = MittRhNotK 1985, 40, 41 = MittBayNot 1985, 70; BayObLG DNotZ 1986, 151 ff.; Palandt/Bassenge, § 1041 BGB, Rn. 3; MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 1; Soergel/Stürmer, § 1041 BGB, Rn. 3; Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1375.

71 BayObLG DNotZ 1986, 151, 154; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1375; im Ergebnis ebenso Schön, a.a.O., 280 f.

72 Ausdrücklich offen gelassen in BayObLG DNotZ 1986, 151, 153; gegen die Zulässigkeit: Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 80; Schön, a.a.O., 280; eine gesetzliche Pflicht des Nießbrauchers zur Wiederherstellung wird auch von nachfolgenden Stimmen verneint, ohne daß jedoch zur Frage einer dinglich wirkenden Übernahme durch den Nießbraucher ausdrücklich Stellung genommen wird: Palandt/Bassenge, § 1041 BGB,

Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 3; Soergel/Stürmer, § 1041 BGB, Rn. 3; Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 10; Erman/Michalski, § 1041 BGB, Rn. 2; RGRK/Rothe, § 1041 BGB, Rn. 1.

73 A. A. Staudinger/Frank, § 1046 BGB, Rn. 6 m.w.N., der selbst im Kontext des § 1046 Abs. 2 BGB eine Verpflichtung des Nießbrauchers zur Wiederherstellung als Inhalt des Nutzungsrechts als zu weitgehend ablehnt.

74 Vgl. Soergel/Stürmer, § 1041 BGB, Rn. 3, der die Wiederherstellung unter die Kategorie der außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen ausdrücklich einordnet; ähnlich: Palandt/Bassenge, § 1041 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1041 BGB, Rn. 3; Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 10; Erman/Michalski, § 1041 BGB, Rn. 2.

75 Schön, a.a.O., 279 f.

76 Abschn. B II 2 a.

77 RGZ 153, 29, 32; Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1047 BGB, Rn. 1; Soergel/Stürmer, § 1047 BGB, Rn. 1; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 1; abweichend: Schön, a.a.O., 170 f. (Ausprägung der Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft).

78 Vgl. aber § 1088 Abs. 1 BGB.

79 Vgl. Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 179.

80 BGH NJW 1956, 1070; Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 5; MünchKomm/Petzoldt, § 1047 BGB, Rn. 14; Soergel/Stürmer, § 1047 BGB, Rn. 7; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 11; a. A. Schön, a.a.O., 171 ff., der darauf abstellt, ob durch die Begleichung der Last eine dauerhafte Werterhöhung abgegolten oder einer Wertminderung vorgebeugt wird.

81 Vgl. die §§ 127 ff., 64 Abs. 3, 154 BauGB.

82 Vgl. die Zusammenstellungen: Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 4; MünchKomm/Petzoldt, § 1047 BGB, Rn. 16; Soergel/Stürmer, § 1047 BGB, Rn. 8; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 9, 11.

Über den gesetzlichen Rahmen hinaus geben nach h. M.⁸³ auch die nicht auf der Sache ruhenden, sondern an die Person des Abgabeschuldners anknüpfenden öffentlichen Lasten, wie z. B. die Personalsteuern⁸⁴, zu denen insbesondere die Vermögensteuer⁸⁵ und die Einkommensteuer des Eigentümers⁸⁶ gerechnet werden. Der Nießbraucher hat mithin dem Eigentümer nach gesetzlicher Regel weder die auf den Nießbrauchsbelasteten Grundbesitz entfallende Vermögensteuer noch die auf ein etwaiges Nießbrauchsentgelt entfallende Einkommensteuer abzunehmen.

(2) Private Lasten

Das Gesetz bürdet dem Nießbraucher ferner diejenigen privatrechtlichen Lasten auf, die zur Zeit der Bestellung⁸⁷ des Nießbrauchs auf der Sache ruhen. Neben den bereits im Gesetz genannten Hypotheken- und Grundschuldzinsen sowie den laufenden Rentenschuldleistungen gehören hierzu z. B. die Leistungen aus Reallasten, Unterhaltungspflichten nach § 1022 BGB sowie Überbau- und Notwegrenten⁸⁸. Nicht dazu gehören insbesondere Tilgungsleistungen bei Grundpfandrechten⁸⁹, Verzugszinsen für verspätete Kapitaltilgung⁹⁰ und Zahlungen zur Kapitalablösung⁹¹.

(3) Abweichende Lastenverteilung

Nach nahezu allgemeiner Ansicht⁹² kann die gesetzliche Verpflichtung des Nießbrauchers zur Lastentragung rechtsgeschäftlich mit dinglicher Wirkung etwa im Rahmen eines Bruttonießbrauchs völlig abbedungen werden und umgekehrt etwa im Rahmen eines Nettonießbrauchs auf alle sonstigen, an sich den Eigentümer treffenden Lasten, namentlich auf Tilgungsleistungen⁹³, mit dinglicher Wirkung erstreckt werden.

Besondere Aufmerksamkeit ist der Formulierung im Rahmen eines Nettonießbrauchs zu widmen. Insbesondere empfiehlt sich eine explizite Regelung, wenn der Nießbraucher auch bestimmte, nicht auf der Sache ruhende öffentliche Lasten, also vor allem die Vermögensteuer oder die Einkommensteuer des Eigentümers, tragen soll⁹⁴ oder über die privatrechtlichen Lasten hinaus etwa Tilgungs- oder Ablösungsbeträge leisten soll⁹⁵. Auch ergeben sich bei den Grundpfandrechten in Gestalt des Sicherungs-, Eigentümer-, Höchstbetrags- und Gesamtrechts sowie bei Rangvorbehalten und nachträglichen Rang- oder Zinsänderungen zahlreiche Auslegungsfragen⁹⁶, die durch eine klarstellende Vereinbarung ausgeräumt werden können. So sollte klargestellt werden, ob der Nießbraucher nur die dinglichen Grundschuldzinsen – so jedenfalls der Wortlaut des § 1047 BGB – oder auch die zugrundeliegenden Darlehenszinsen – so wohl der Sinn und Zweck des § 1047 BGB und der regelmäßige Parteiwille – tragen muß.

Aber auch im Bereich der finanziellen Lasten müssen die allgemeinen Grenzen einer möglichen Verdinglichung beachtet werden⁹⁷. Zahlungspflichten des Nießbrauchers, die rein in den persönlichen Verhältnissen der Vertragsparteien gründen, wie etwa Gleichstellungsgelder an Geschwister sowie grundsätzlich alle Zahlungspflichten des Eigentümers, können grundsätzlich nicht verdinglicht werden⁹⁸.

dd) Verwendungen

(1) Ansprüche des Nießbrauchers

Der Nießbraucher hat nach § 1049 BGB Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen, und zwar nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Rechtsgrundverweisung auf die §§ 677 ff. BGB) und nur für überobligatorische, d. h. seine Verpflichtungen aus Gesetz (z. B. §§ 1041, 1045, 1047, 1048 BGB) oder Vereinbarung übersteigende Aufwendungen. Ein Aufwendungsersatz nach den Regeln der G.o.A. (§§ 677, 683, 670 BGB) setzt u. a. voraus, daß die Verwendung entweder vom wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers gedeckt ist (§ 683 S. 1 BGB) oder einer öffentlichen Pflicht oder gesetzlichen Unterhaltspflicht entspricht (§§ 683 S. 2, 679 BGB) oder vom Eigentümer genehmigt wurde (§§ 684 S. 2, 683 BGB); anderenfalls kann nur Herausgabe nach Bereicherungsgrundsätzen (§§ 684 S. 1, 812 ff. BGB) verlangt werden⁹⁹.

Der Aufwendungsersatzanspruch (§§ 677, 683, 670 BGB) kann nach h. M.¹⁰⁰ bereits zur Zeit der Vornahme der Aufwendung, also nicht erst bei Rückgabe der Sache, gegen den Eigentümer geltend gemacht werden, der Bereicherungsanspruch (§§ 684 S. 1, 812 ff. BGB) ggfls. nach § 822 BGB auch gegen spätere Eigentümer. Ob der Nießbraucher eine Verzinsung seiner Aufwendungen nach § 256 BGB verlangen kann, ist umstritten¹⁰¹.

Die Vorschrift des § 1049 BGB kann mit dinglicher Wirkung abgeändert werden¹⁰². So kann die Ersatzfähigkeit von Verwendungen etwa im Rahmen eines Nettonießbrauchs eingeschränkt oder ganz abbedungen werden. Ob umgekehrt die Ersatzfähigkeit von Verwendungen etwa im Rahmen eines Bruttonießbrauchs mit dinglicher Wirkung erweitert werden kann, ist zweifelhaft, da damit eine positive Leistungspflicht des Eigentümers erweitert wird¹⁰³.

(2) Ansprüche des Eigentümers

Für die Aufwendungen des Eigentümers, der im Verhältnis zum Nießbraucher grundsätzlich nicht zu Maßnahmen verpflichtet ist, enthält das Gesetz keine Ersatzvorschrift, die dem § 1049 BGB entspricht. Ein Ersatz seiner Aufwendungen kann der Eigentümer deshalb nur nach den allgemeinen Vorschriften,

83 Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 4; Münch/Komm/Petzoldt, § 1047 BGB, Rn. 13; Soergel/Stürner, § 1047 BGB, Rn. 7; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 9; abweichend Schön, a.a.O., 169 ff.

84 Vgl. zum Begriff: Tipke/Lang, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994, 184.

85 OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 13 = DB 1988, 2398; ausführlich zur Vermögensteuer: Petzoldt, Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, 5. Aufl. 1995, 29 ff.; anders als beim Sachnießbrauch ist beim Vermögensnießbrauch (§§ 1085 ff., 1088 BGB) die Lastentragung hinsichtlich der Vermögensteuer umstritten, dazu nur Schön, a.a.O., 198 f. m.w.N.

86 Davon zu unterscheiden sind die Vermögen- und Einkommensteuer des Nießbrauchers, die dieser bereits im Außenverhältnis trägt.

87 Nach Schön, a.a.O., 177 m.w.N., soll der Zeitpunkt der Eintragung des Nießbrauchs maßgeblich sein.

88 Vgl. die Zusammenstellungen: Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 6; Münch-Komm/Petzoldt, § 1047 BGB, Rn. 22; Soergel/Stürner, § 1047 BGB, Rn. 9; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 14 ff. und 30 zur Kosten- und Lastentragung beim Wohnungseigentum.

89 H. M.: OLG Düsseldorf OLGZ 1975, 341; Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 6; RGRK/Rothe, § 1047 BGB, Rn. 12; a. A. Schön, a.a.O., 180, der eine gesetzliche Pflicht des Nießbrauchers zu Tilgungsleistungen annimmt, soweit diese vorhersehbar sind und von einem ordentlichen Wirt – einem potentiellen Alleineigentümer – regelmäßig aus den Erträgen finanziert werden können.

90 Allgem. Ansicht: nur Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 6.

91 Schön, a.a.O., 175, 180.

92 BGH DNotZ 1974, 294; BayOblGZ 1979, 273, 277 = MittRfHNotK 1979, 172, 1783; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 31 f.; RGRK/Rothe, § 1047 BGB, Rn. 5; einschränkend Schön, a.a.O., 283 f.

93 Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 20; Soergel/Stürner, § 1047 BGB, Rn. 9.

94 Ebenso MünchKomm/Petzoldt, § 1047 BGB, Rn. 13; vgl. auch zur Abzugsfähigkeit der Vermögensteuererstattung durch den Nießbraucher als dauernder Last (Sonderausgabe) gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG: Petzoldt, Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, 29 ff.; Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 167 m.w.N.; einschränkend Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 306, der die Abzugsfähigkeit nur im Falle des Vermögensnießbrauchs bejaht.

95 Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 32.

96 Dazu ausführlich Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 14 ff.

97 Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 8.

98 Problematisch ist deshalb die dingliche Wirkung einer Vereinbarung, wonach beim Sicherungsnießbrauch der Eigentümer die über die Nutzungen hinausgehenden Lasten tragen soll; für die Zulässigkeit der Verdinglichung jedoch: Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 32; Soergel/Stürner, § 1047 BGB, Rn. 2; Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 7; siehe auch unten Abschn. B II 2 b ee. Vgl. zu den Voraussetzungen ausführlich: Schön, a.a.O., 120 ff.

99 Palandt/Bassenge, § 1049 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1049 BGB, Rn. 3; Soergel/Stürner, § 1049 BGB, Rn. 1; Erman/Michalski, § 1049 BGB, Rn. 1; a. A. Staudinger/Frank, § 1049 BGB, Rn. 9; Schön, a.a.O., 134 ff.

100 Generell gegen eine Verzinsung die bislang als herrschend bezeichnete Meinung: MünchKomm/Petzoldt, § 1049 BGB, Rn. 5; Erman/Michalski, § 1049 BGB, Rn. 1; Schön, a.a.O., 135; eine im Vordringen befindliche differenzierende Ansicht befürwortet eine Verzinsungspflicht nur bei entgeltlichem Nießbrauch: Palandt/Bassenge, § 149 BGB, Rn. 2; Soergel/Stürner, § 1049 BGB, Rn. 1; Staudinger/Frank, § 1049 BGB, Rn. 10.

102 Allgemeine Ansicht: Soergel/Stürner, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 11a; Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 14; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1375.

103 Siehe unten Abschn. B II 2 b ee.

insbesondere aus positiver Forderungsverletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses, G.o.A. sowie den §§ 823 ff., 812 ff. BGB verlangen¹⁰⁴.

Die Verdinglichung eines Aufwendungsersatzanspruchs des Eigentümers gegen den Nießbraucher muß m. E. jedenfalls insoweit möglich sein, als es um Maßnahmen des Eigentümers geht, deren Vornahme dem Nießbraucher mit dinglicher Wirkung hätte auferlegt werden können¹⁰⁵.

ee) Leistungspflichten des Eigentümers

Nach der gesetzlichen Regelung ist der Eigentümer im Verhältnis zum Nießbraucher grundsätzlich¹⁰⁶ nicht zu positiven Leistungen verpflichtet, insbesondere nicht zur Vornahme der außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen (vgl. §§ 1041 S. 2 ff. BGB), zur Wiederherstellung nach Zerstörung oder zur Begleichung der außerordentlichen, auf den Stammwert der Sache gelegten öffentlichen Lasten (vgl. § 1047 BGB)¹⁰⁷.

Aus dem Wesen des Nießbrauchs als einer Dienstbarkeit folgt ferner die h. M.¹⁰⁸, daß dem Eigentümer auch vertraglich keine positiven Leistungspflichten mit dinglicher Wirkung auferlegt werden können. So hat das BayObLG eine Verpflichtung des Eigentümers, ein Waldgrundstück nach Kahlschlag wieder aufzuforsten¹⁰⁹ oder zur Finanzierung von defizitären (die Erträge übersteigenden) Aufwendungen des Nießbrauchers ein Darlehen aufzunehmen¹¹⁰, nicht als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs zugelassen¹¹¹.

Demgegenüber halten einzelne Stimmen im jüngeren Schrifttum¹¹² auch verdinglichte Leistungspflichten des Eigentümers für zulässig, sofern diese nicht Hauptpflicht, sondern Nebenpflicht im Rahmen des Nutzungsverhältnisses sind. So könne der Eigentümer etwa zur Unterhaltung der nießbrauchsbelasteten Sache¹¹³ (vgl. §§ 1021 Abs. 1, 1022 BGB) oder zur Tragung der über die Nutzungen hinausgehenden Lasten¹¹⁴ verpflichtet werden. Dieser neueren Ansicht wird man auf dem Hintergrund zustimmen können, daß auch im Recht der Dienstbarkeiten¹¹⁵, insbesondere beim Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB¹¹⁶, auxiliäre Leistungspflichten des Eigentümers zunehmend Anerkennung gefunden haben. Danach sind Leistungspflichten des Eigentümers hinsichtlich Unterhaltung und Lastentragung jedenfalls dann anzuerkennen, wenn der Eigentümer sich gem. § 1030 Abs. 2 BGB einzelne Nutzungen vorbehalten hat¹¹⁷.

Ob der Eigentümer darüber hinaus zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes mit dinglicher Wirkung verpflichtet werden kann, ist ungeklärt¹¹⁸. Auch hier ist m. E. eine Verding-

lichung jedenfalls unter der Voraussetzung anzuerkennen, daß die Wiederherstellung durch Versicherungsleistungen gedeckt ist und die Verwendung der Versicherungssumme nach § 1046 Abs. 2 BGB zur Wiederherstellung verlangt werden kann.

Da die Zulässigkeit verdinglichter Leistungspflichten des Eigentümers nicht gesichert ist, ist stets zu prüfen, ob nicht als sicherer Weg eine Reallast bestellt werden kann.

ff) Formulierungsvorschläge

(1) Nettonießbrauch

Ein weitreichender Nettonießbrauch¹¹⁹ könnte folgenden verdinglichten Inhalt haben:

„Dem Nießbraucher werden hiermit im Verhältnis zum Eigentümer über seine gesetzlichen Pflichten hinaus für die Dauer seines Nießbrauchs auf seine Kosten mit dinglicher Wirkung auferlegt:

a) die über die gewöhnliche Unterhaltung hinausgehenden Ausbesserungen und Erneuerungen, nicht jedoch die Wiederherstellung von zerstörten Gebäuden oder sonstigen Bauwerken;

b) die auf dem Grundbesitz ruhenden außerordentlichen öffentlichen Lasten, die als auf dessen Stammwert gelegt anzusehen sind, sowie alle sonstigen im Zusammenhang mit dem nießbrauchsbelasteten Grundbesitz an die Person des Eigentümers anknüpfenden öffentlichen Lasten, insbesondere etwaige Vermögen- oder Einkommensteuer des Eigentümers;

c) die Zinsen und die Tilgung solcher Verbindlichkeiten, die bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs durch Grundpfandrechte auf dem Grundbesitz abgesichert sind, sowie solcher Verbindlichkeiten, die erst nach der Bestellung des Nießbrauchs durch alte oder neue Grundpfandrechte im Range vor dem Nießbrauch oder mit Zustimmung des Nießbrauchers auf dem Grundbesitz abgesichert werden und zu dessen Erhaltung und Verbesserung dienen.

Dem Nießbraucher stehen auch keine Verwendungsersatzansprüche und Wegnahmerechte zu.“

(2) Bruttonießbrauch

Ein weitreichender Bruttonießbrauch¹²⁰ könnte folgenden verdinglichten Inhalt haben:

„Der Nießbraucher wird hiermit im Verhältnis zum Eigentümer von nachfolgenden gesetzlichen Pflichten mit dinglicher Wirkung vollständig entbunden:

104 Vgl. dazu Schön, a.a.O., 158 ff.

105 Siehe oben Abschn. B II b bb (3).

106 Vgl. aber die positiven gesetzlichen Leistungspflichten des Eigentümers insbesondere in den §§ 1035, 1038, 1039 Abs. 1 S. 3, 1046 Abs. 2 S. 1, 1049 Abs. 1 BGB.

107 Allgemeine Ansicht: BGHZ 113, 179, 184 = NJW 1991, 837; BGH DNotZ 1965, 165.

108 Palandt/Bassenge, Einf. vor § 1030 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 16; Soergel/Stürmer, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 11a; Erman/Michalski, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 16; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 1375 und 1253; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 182.

109 BayObLGZ 1972, 364, 367 = DNotZ 1973, 299.

110 BayObLGZ 1985, 6, 9 = MittRhNotK 1985, 40 = MittBayNot 1985, 70.

111 Vgl. auch BGHZ 113, 179 = NJW 1991, 837 (Pflicht des Eigentümers zur außergewöhnlichen Unterhaltung nur dann, wenn er sich hierzu „schuldrechtlich“ verpflichtet hat).

112 So Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8; einschränkend Schön, a.a.O., 319 ff.; weitgehend allgemein zur Dienstbarkeit auch Amann, DNotZ 1989, 531 ff.

113 Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8.

114 Palandt/Bassenge, § 1047 BGB, Rn. 7; Soergel/Stürmer, § 1047 BGB, Rn. 2; Staudinger/Frank, § 1047 BGB, Rn. 32.

115 Nur: BGH DNotZ 1993, 57 (Pflicht zur Bestellung einer Baulast) m.w.N.; Palandt/Bassenge, § 1018 BGB, Rn. 5.

116 Nur: BayObLGZ 1980, 176 = DNotZ 1981, 124; Palandt/Bassenge, § 1093 BGB, Rn. 11.

117 So einschränkend Schön, a.a.O., 323.

118 Ablehnend: Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8; bejahend im Bereich des Wohnungsrechts: LG Heilbronn BWNotZ 1975, 124; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 1272; vgl. auch § 2 Nr. 2 ErbVO.

119 Vgl. auch die Muster bei: Petzoldt, Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, 5 f.; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 1356; Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 234; problematisch dagegen das Muster von Spiegelberger, Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, A. V. 255; ders., Vermögensnachfolge, 1994, Rn. 92; ders., ZEV 1994, 214, 215, das seinem Wortlaut nach „sämtliche auf dem Vertragsgegenstand ruhenden privaten und öffentlichen Lasten einschließlich der außerordentlichen öffentlichen Lasten“ dem Nießbraucher zuweist, also einerseits hinsichtlich der privaten Lasten zu weit geht, wenn davon auch Zinsen und Tilgung aller zeitlich nach dem Nießbrauch bestellten Grundpfandrechte unabhängig von den Rangverhältnissen, der Zustimmung des Nießbrauchers oder dem Finanzierungszweck erfaßt werden, und andererseits hinsichtlich der öffentlichen Lasten zu kurz greift, wenn davon an die Person des Eigentümers anknüpfende Abgaben, wie die Vermögensteuer und Einkommensteuer des Eigentümers, nicht erfaßt werden – in beiden Punkten läßt der Wortlaut zumindest Zweifel zu; sehr pauschal ebenfalls die Muster bei: Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 385; ders., ZEV 1995, 348, 349; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 153.

120 Vgl. auch die Muster: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht/Linde, Form. IV. 15; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 151, wobei letzteres Muster insoweit problematisch ist, als die Pflichten „anstelle des Nießbrauchers dem Eigentümer obliegen“ sollen, was bei juristisch nicht vorgebildeten Beteiligten, die den Unterschied zwischen „Pflicht“ und „Obliegenheit“ nicht kennen werden, leicht die Vorstellung einer positiven Leistungspflicht des Eigentümers hervorrufen könnte; vgl. auch das Muster von Nieder, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, Bürgerliches Recht, 2. Halbbd., 3. Aufl. 1992, Form. XVI. 21, § 2 Abs. 1.

a) von den zur gewöhnlichen Unterhaltung des Grundbesitzes gehörenden Ausbesserungen und Erneuerungen (§ 1041 S. 2 BGB);

b) von der Pflicht zur Versicherung des Grundbesitzes gegen Brandschäden und sonstige Unfälle und deren Kosten sowie bei bereits bestehender Versicherung von den dafür zu leistenden Zahlungen (§ 1045 BGB);

c) von allen ihm nach § 1047 BGB zugewiesenen öffentlichen und privatrechtlichen Lasten;

d) von der Pflicht zur Sicherheitsleistung gem. § 1051 BGB."

gg) Gestaltungskriterien

Ob und inwieweit zu einer von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Gestaltung des Nießbrauchs geraten werden kann, sollte in erster Linie nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten beurteilt werden. So ist etwa beim Vorbehaltsnießbrauch und beim Zuwendungsnießbrauch genau zu prüfen, ob nicht erforderliche Großinvestitionen die Finanzkraft und den Leistungswillen der zumeist älteren Vorbehaltsnießbraucher (Übergeber) oder der zumeist jüngeren Zuwendungsnießbraucher übersteigen.

Nur wenn Leistungskraft und -wille vorhanden sind, kann die steuerliche Erwägung, daß nur der Bezieher von Einkünften – also in der Regel der Nießbraucher – auch Werbungskosten geltend machen kann, die Abwälzung von Großinvestitionen auf den Nießbraucher rechtfertigen, wobei die damit verbundenen Risiken durch weitere Vereinbarungen limitiert werden können¹²¹.

Steuerliche Gründe fehlen überhaupt, wenn – wie etwa bei einem unentgeltlichen Nießbrauch an ausschließlich eigenem Grundbesitz – weder Nießbraucher noch Eigentümer Einkünfte erzielen, für die sie Werbungskosten geltend machen können.

An dieser Stelle ist der allgemeine Grundsatz hervorzuheben, daß steuerliche Motive die Vertragsgestaltung nicht zu Lasten höherwertiger zivilrechtlicher Belange der Beteiligten beeinflussen sollten.

3. Verdinglichung gesetzlich nicht geregelter Materien

Noch wenig untersucht ist die für die Praxis bedeutsame Frage, inwieweit Vereinbarungen über Gegenstände, die im Gesetz (§§ 1030 ff. BGB) nicht geregelt sind, durch Eintragung im Grundbuch verdinglicht werden können.

a) Allgemeine Grenzen der Verdinglichung

Innerhalb der auch insoweit geltenden allgemeinen Grenzen¹²² wird man mit Amann¹²³ dinglich wirkende Vereinbarungen jedenfalls über solche Materien zuzulassen haben, über die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung des Nießbrauchs zwischen Eigentümer und Nießbraucher Streit entstehen kann. Jedenfalls in diesem Umfang wird der Rechtsverkehr mit einer Regelung rechnen müssen. Einen entsprechenden unmittelbaren Zusammenhang wird man dahin zu konkretisieren haben, daß der Streitstoff sachbezogen, d. h. objektiv in den Eigenschaften der dienenden Sache oder der Ausübung des Nießbrauchs angelegt sein muß, und nicht ausschließlich seinen Grund in den persönlichen Verhältnissen oder subjek-

tiven Interessen der Vertragsparteien hat. Zudem wird man dinglich wirkende Vereinbarungen nur über solche Materien für zulässig halten können, die im Verhältnis zum Nutzungsrecht von vornherein nur unselbständige und wirtschaftlich untergeordnete Bedeutung haben.

b) Einzelfragen

aa) Entgeltlichkeit

Nach dem BayObLG¹²⁴ kann die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgeltes jedenfalls dann als Inhalt des Nießbrauchs vereinbart werden, wenn sie nur unter einer bestimmten Bedingung eintreten soll und hinreichend bestimmt ist. Diese Entscheidung wird von einer beachtlichen Literaturmeinung¹²⁵ zu Recht abgelehnt. Sie ist mit den Grundsätzen des Typenzwangs und der Typenfixierung nicht zu vereinbaren, da sie den Rechtsverkehr mit Nachforschungen über das Ob, die Höhe und die Modalitäten eines etwaigen Entgelts belastet, wesentliche Inhalte also, die anhand der bloßen Bezeichnung des Rechts nicht zu erkennen wären und die nicht nur wirtschaftlich untergeordnete Bedeutung hätten.

bb) Verwendung gezogener Nutzungen

Das BayObLG¹²⁶ hat des weiteren eine Verpflichtung des Nießbrauchers, die Nutzungen zu bestimmten Zwecken zu verwenden, insbesondere zur Tilgung von Schulden beim Grundstückseigentümer oder bei einer dritten Person, als eintragungsfähig angesehen. Mit der Gegenansicht¹²⁷ wird man solchen Vereinbarungen nur schuldrechtliche Wirkung beimessen können, da sie ihren Sinn nur im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien haben. Ein Nachfolger im Eigentum wird z. B. kein Interesse daran haben, daß aus gezogenen Nutzungen etwa Ausgleichsgelder an die Geschwister des Nießbrauchers gezahlt werden¹²⁸ oder Schulden des Nießbrauchers beim Voreigentümer getilgt werden.

cc) Verkehrssicherungspflichten

(1) Übernahme durch den Nießbraucher

In Rechtsprechung¹²⁹ und Literatur¹³⁰ bislang kaum behandelt ist die Frage, ob der Nießbraucher sich dem Eigentümer gegenüber (Innenverhältnis) mit dinglicher Wirkung verpflichten kann, die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten¹³¹ auf seine Kosten wahrzunehmen.

Dies ist m. E. zu bejahen, da die Verkehrssicherungspflichten – ähnlich wie die Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten (§ 1041 S. 2 BGB) – in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zustand der Sache als potentieller Gefahrenquelle und der Ausübung des Nießbrauchs, insbesondere der mit ihm verbundenen tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten, stehen. Wegen dieses unmittelbaren Zusammenhangs liegen entsprechende Vereinbarungen nicht außerhalb des Erwartungshorizontes des Rechtsverkehrs¹³².

Eine andere Frage ist, inwieweit durch solche Vereinbarungen die Haftung im Außenverhältnis, d. h. dem Geschädigten gegenüber, auf den Nießbraucher abgewälzt werden kann. Dies beurteilt sich nach den allgemeinen Haftungs- und Zurechnungsregeln¹³³, nach denen nicht ausgeschlossen werden kann, daß im Außenverhältnis eine Kontroll- und Überwachungspflicht und damit ein Resthaftungsrisiko beim Eigentümer verbleibt¹³⁴,

121 Vgl. Spiegelberger, Vermögensnachfolge, Rn. 90.

122 Siehe oben Abschn. B II 2 a.

123 Amann, DNotZ 1989, 531, 541 ff., dessen Ausführungen zur Dienstbarkeit m. E. auch für den Nießbrauch gelten.

124 BayObLGZ 1979, 273 = MittRhNotK 1985, 40, 42 und BayObLG DNotZ 1986, 151, 153; ebenso Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 1379.

125 Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 61; Soergel/Stürmer, Vorbem. zu §§ 1030 ff. BGB, Rn. 11a; Schön, a. a. O., 329 ff.

126 BayObLGZ 1979, 273, 277 = MittRhNotK 1979, 172, 173 (obiter dictum); ebenso Palandt/Bassenge, § 1030 BGB, Rn. 7.

127 Schön, a. a. O., 314 f., 341 ff.

128 Beispiel entnommen bei Schön, a. a. O., 343.

129 Vgl. zur Zulässigkeit einer Übernahme der Verkehrssicherungspflicht durch den Berechtigten einer Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht): BayObLG

DNotZ 1991, 257; vgl. auch zur Unzulässigkeit einer Übernahme der Verkehrssicherungspflicht durch den Berechtigten einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Gartenbenutzungsrecht): OLG Köln Pflieger 1990, 409, das jedoch in seiner Begründung auf die Besonderheiten des Rechts der Dienstbarkeiten abstellt.

130 Vgl. Amann, DNotZ 1989, 531, 546 ff., dessen primär zur Dienstbarkeit gemachten Ausführungen m. E. auf den Nießbrauch übertragen werden können.

131 Vgl. dazu Palandt/Thomas, § 823 BGB, Rn. 58 f.

132 Vgl. zu den Vereinbarungsmöglichkeiten: Amann, DNotZ 1989, 531, 547 f.

133 Vgl. Palandt/Thomas, § 823 BGB, Rn. 59.

134 Ebenso Amann, DNotZ 1989, 531, 547.

das bei entsprechender interner Delegation auf ein Restriktionsrisiko verringert werden kann¹³⁵.

(2) Übernahme durch den Eigentümer

Bedenken gegen eine dinglich wirkende Übernahme der Verkehrssicherungspflichten durch den Eigentümer ergeben sich aus dem für diesen geltenden Grundsatz der Unzulässigkeit von positiven Leistungspflichten¹³⁶. Eine Ausnahme wird man – wie oben ausgeführt¹³⁷ – jedenfalls für den Fall anzuerkennen haben, in dem der Eigentümer sich gem. § 1030 Abs. 2 BGB noch einzelne Nutzungen vorbehalten hat¹³⁸.

dd) Dispositionsnießbrauch

Von einem Dispositionsnießbrauch spricht man, wenn als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs vereinbart wird, daß der Nießbraucher auch zur Verfügung über die dienende Sache befugt sein soll. Legt man dabei die Vorstellung zugrunde, daß die Verfügungsbefugnis wie ein Eigentumssplitter aus dem Vollrecht abgespalten wird, so entspricht dem, daß der Nießbraucher allein unter Ausschluß des Eigentümers zur Verfügung befugt ist. Geht man indes von der Vorstellung aus, daß die Verfügungsbefugnis in Art einer verdinglichten Ermächtigung erteilt wird, so ergibt sich, daß der Eigentümer weiterhin neben dem Nießbraucher verfügungsbefugt ist, die verdinglichte Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers aber – im Unterschied zur Verfügungsermächtigung gem. § 185 BGB – auch gegenüber künftigen Eigentümern fortbesteht.

Die ganz h. M.¹³⁹ sieht in einem Dispositionsnießbrauch, gleich welche der Vorstellungen man zugrunde legt, einen kardinalen Verstoß gegen das Wesen des Nießbrauchs als eines Nutzungsrechts (Typenzwang), das dem Berechtigten die Verwertung der Substanz gerade nicht gestattet.

Demgegenüber folgert Schön¹⁴⁰ aus den an einzelnen Stellen des Gesetzes¹⁴¹ dem Nießbraucher eingeräumten Verfügungsbefugnissen, daß alleine die wirtschaftliche Bestimmung der Sache den Umfang festlege, in dem dem Nießbraucher Verfügungsbefugnisse mit dinglicher Wirkung übertragen werden könnten. Ausgehend von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs, sieht sich Schön jedoch veranlaßt, an die Verfügungen des Nießbrauchers eine Wertersatzpflicht i.S.v. § 1067 BGB als notwendiges Korrelat zu knüpfen¹⁴². Zudem rät auch er dazu, dem Nießbraucher keine eigene dingliche Befugnis zur Bestellung von Grundpfandrechten einzuräumen, sondern lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Bewilligung von Grundpfandrechten durch den Eigentümer zu geben¹⁴³.

Für die notarielle Praxis wird man weiterhin von der Unzulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs ausgehen müssen und Verfügungsbefugnisse außerhalb des Nießbrauchs etwa durch Vor- und Nacherbschaft, Testamentsvollstreckung, Verfügungsermächtigung gem. § 185 BGB oder Vollmacht zu begründen haben.

In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, daß auch eine Verpflichtung des Eigentümers zur Bestellung von Grund-

pfandrechten¹⁴⁴ oder zur Aufnahme von Darlehen¹⁴⁵ nicht dinglicher Inhalt des Nießbrauchs sein kann¹⁴⁶.

4. Schuldrechtliche Vereinbarungen

Mit nur schuldrechtlicher Wirkung können die Beteiligten in den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit (z. B. §§ 134, 138 BGB) Vereinbarungen treffen, die weit über den dinglichen Gestaltungsspielraum hinausgehen. So können etwa dem Eigentümer Leistungspflichten (z. B. zur Erhaltung, Unterhaltung, Finanzierung, Belastung, Versicherung und Lastentragung) auferlegt werden oder dem Nießbraucher Substanzeingriffe (z. B. Umgestaltung, wesentliche Veränderung, Raub- und Übermaßfrüchte, Verfügungen) gestattet oder nicht nießbrauchsfähige Verpflichtungen (Entgelt, Verwendung der gezogenen Nutzungen) aufgebürdet werden¹⁴⁷.

Es ist sinnvoll, die rein schuldrechtlichen Abreden mit der Verpflichtung zur Weitergabe an alle weiteren Rechtsnachfolger zu verbinden.

III. Verhältnis zu alten und neuen Grundpfandrechten

Breibt ein Vollstreckungsgläubiger die Zwangsversteigerung aus einem Grundpfandrecht, das dem Nießbrauch im Range vorgeht oder gleichsteht, so führt der Zuschlag regelmäßig¹⁴⁸ zum Erlöschen des Nießbrauchs (§§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG). An die Stelle des erloschenen Nießbrauchs tritt ein Anspruch auf Ersatz des Wertes als Geldrente aus dem Versteigerungserlös (§ 92 Abs. 2 ZVG), falls dieser hoch genug ist¹⁴⁹. Anlaß zu Hinweisen und ggfs. zu vorsorglichen Vereinbarungen kann in folgenden Fällen bestehen:

1. Alte Grundpfandrechte

Wenn bei einer Übergabe unter Nießbrauchsvorbehalt vom Übernehmer zugleich eine bestehende Grundschuld übernommen wird, so hat diese Grundschuld Rang vor dem neu einzutragenden Nießbrauch und mindert somit die Sicherheit des Übergebers. Sind oder werden die dieser Grundschuld zugrunde liegenden Verbindlichkeiten ganz oder teilweise getilgt, so besteht für den Übergeber die Gefahr, daß der Übernehmer etwaige freie Teile der Grundschuld unkontrolliert neu valutiert und daß Gläubiger des Übernehmers Eigentümerrechte oder Rückgewähransprüche pfordern und so in eine vorrangige Rechtsposition schlüpfen. Hierüber sollte zumindest belehrt werden¹⁵⁰. Scheut der Übergeber diese Gefahren, so kommen außer einem Rangrücktritt der Grundschuld, der in der Regel nicht erreichbar sein wird, oder einer vom Übernehmer bewilligten Löschungsvormerkung, die dem Übergeber nur wenig Schutz bietet, gleichwohl sinnvoll ist¹⁵¹, folgende Vorkehrungen in Betracht.

Weitergehender Schutz kann dadurch erreicht werden, daß der Übergeber seine Rückgewähransprüche (Ansprüche auf Abtretung, Verzicht oder Löschung der Grundschuld) zurückbehält, also jedenfalls nicht mit sofortiger Wirkung an den Übernehmer abtritt, und sich auch vorsorglich etwaige Rückgewähransprüche des Übernehmers abtreten läßt¹⁵². Damit die Rück-

135 Vgl. Amann, DNotZ 1989, 531, 548, der auch eine (interne) Verteilung des (externen) Resthaftungsrisikos mit dinglicher Wirkung für zulässig hält.

136 Vgl. aber Amann, DNotZ 1989, 531, 547 ff. (allgemein zur Dienstbarkeit), der die Übernahme der Verkehrssicherungspflichten auch durch den Eigentümer mit dinglicher Wirkung für zulässig hält.

137 Siehe oben Abschn. B II 2 b ee.

138 Vgl. zur ähnlichen Problematik bei den Unterhaltungspflichten: Schön, a.a.O., 323.

139 BGH NJW 1982, 31, 32; OLG Celle DNotZ 1974, 731, 732; Palandt/Bassenge, § 1030 BGB, Rn. 8; MünchKommPetzoldt, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 4; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rn. 19; Erman/Michalski, § 1030 BGB, Rn. 11; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1376; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 141.

140 Schön, a.a.O., 292 ff., vgl. auch 137 f. und 324; für die Zulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs ebenfalls: RGRK/Rothe, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 4; mit Bezug auf RG WarnR 1908 Nr. 168; tendenziell ebenso Friedrich, NJW 1996, 32.

141 Vgl. die §§ 1048, 1074, 1087 Abs. 2 S. 2 BGB.

142 Schön, a.a.O., 294.

143 Schön, a.a.O., 296.

144 In diesem Sinne wohl auch: Staudinger/Frank, § 1041 BGB, Rn. 8 und § 1043 BGB, Rn. 5; a. A. Schön, a.a.O., 324, 137 f.

145 BayObLGZ 1985, 6, 9 = MittRhNotK 1985, 40 = MittBayNot 1985, 70.

146 Siehe oben Abschn. B II 2 b ee.

147 Vgl. auch das Muster bei Faßbender, in: Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter, Notariatskunde, 11. Aufl. 1996, Rn. 497.

148 Vgl. aber die §§ 59 Abs. 3, 91 Abs. 2 ZVG.

149 Palandt/Bassenge, Einf. vor § 1030 BGB, Rn. 4; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 145.

150 Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 389.

151 Vgl. dazu Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 2619.

152 Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 391; vgl. auch Spiegelberger, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4 Bürgerliches Recht, 2. Halbbd., 3. Aufl. 1992, Form. VII. 2, § 9 mit Anm. 5, der eine Abtretung der Rückgewähransprüche durch den Übernehmer an den Übergeber vorsieht; vgl. auch zum Gläubiger der Rückgewähransprüche: Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 2335.

gewähransprüche nicht in den Nachlaß des Übergebers fallen, empfiehlt es sich jedoch, sie aufschiebend befristet¹⁵³ für den Fall des Todes des Übergebers an den Übernehmer abzutreten. Die Rückgewähransprüche des Übergebers können durch Vormerkung gesichert werden, jedoch nur auf Bewilligung des Gläubigers¹⁵⁴. Daneben kann zwischen Übergeber, Übernehmer und Gläubiger mit allseitiger Bindung vereinbart werden, daß die Grundschuld künftig nur noch Verbindlichkeiten des Übernehmers sichert, und zwar nur noch solche Verbindlichkeiten, deren Sicherung der Übergeber zugestimmt hat¹⁵⁵.

Soll weiter der Übernehmer davor geschützt werden, daß Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche von Gläubigern des Übergebers bei diesem gepfändet werden, so schlägt Wegmann¹⁵⁶ vor, diese Rechte auf den Übernehmer unter der auflösenden Bedingung abzutreten, daß beim Übernehmer Maßnahmen zu deren Pfändung eingeleitet werden sowie die Sicherungsabrede mit allseitiger Bindung dahin zu ändern, daß die Grundschuld in Zukunft nur noch mit Zustimmung von Übergeber und Übernehmer neu valutiert werden kann.

2. Neue Grundpfandrechte

a) Bestellung im Interesse des Nießbrauchers

Nicht selten möchte sich der Vorbehaltsnießbraucher über die Nutzungen hinaus auch die Möglichkeit vorbehalten, den Grundbesitz weiterhin als Belastungsobjekt zur Verfügung stellen zu können. Trotz der Unzulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs kann diesem Anliegen im wirtschaftlichen Ergebnis weitgehend Rechnung getragen werden.

Der Grundbesitz ist als Belastungsobjekt sofort mit gesicherter Rangstelle verfügbar, wenn der Übergeber sich vor oder bei der Übergabe eine Eigentümergrundschuld bestellt¹⁵⁷. Damit diese Grundschuld später nicht in den Nachlaß des Übergebers fällt, sollte sie bereits bei der Übergabe aufschiebend befristet durch den Tod des Übergebers und ihre Nichtvaluierung an den Übernehmer abgetreten werden. Auch sollten die aus einer etwaigen Valuierung resultierenden Verbindlichkeiten bis zur Höhe des Grundschuldbetrages aufschiebend befristet durch den Tod des Übergebers vom Übernehmer übernommen werden¹⁵⁸. Neben diesem nicht unbeträchtlichen Regelungsbedarf sprechen gegen eine Eigentümergrundschuld ihre Pfändbarkeit durch Gläubiger des Übergebers, die Entstehung zusätzlicher und bei Nichtvaluierung unnötiger Eintragungs- und Löschungskosten sowie die Ungewißheit, ob der festgelegte Inhalt der Grundschuld den Wünschen künftiger Finanzierungsgläubiger genügt.

Dem Übergeber kann die Möglichkeit zur Belastung ferner durch Einräumung einer Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB¹⁵⁹, durch Bestellung einer unwiderruflichen Belastungsvollmacht und durch eine schuldrechtliche Verpflichtung des Übernehmers zur Bestellung von Grundpfandrechten verschafft werden.

Vorzugswürdig dürfte eine Kombination von schuldrechtlicher Bestellungsverpflichtung und Belastungsvollmacht sein. Eine schuldrechtliche Bestellungsverpflichtung kann durch eine Vormerkung mit rangsichernder Wirkung ausgestattet werden. Etwaige Verzögerungen bei der Durchsetzung werden durch eine zusätzliche Belastungsvollmacht vermieden¹⁶⁰. Allerdings soll nach einem nicht unumstrittenen Beschluß des OLG Bremen¹⁶¹

der Einzelanspruch auf Bestellung einer Grundschuld pfändbar sein. Auch soll nach ebenfalls nicht unumstrittener Ansicht¹⁶² eine Vollmacht dann pfändbar sein, wenn sie im Interesse des Bevollmächtigten, unwiderruflich und mit Überlassungsmöglichkeit an Dritte erteilt wurde. Um das Pfändbarkeitsrisiko zu minimieren, sollten deshalb Bestellungsverpflichtung und Belastungsvollmacht – letztere jedenfalls im Innenverhältnis – betragsmäßig oder sonst ihrer Höhe nach begrenzt werden, und es sollten Art und Zweck der sicherungsfähigen Verbindlichkeiten so genau wie möglich bestimmt werden, wie z. B. Kredite zur Erhaltung oder Verbesserung bestimmten Grundbesitzes. Ferner empfiehlt es sich, Bestellungsanspruch und Belastungsvollmacht höchstpersönlich, nicht übertragbar und nicht vererblich auszugestalten. Schließlich können vorsorglich Bestellungsanspruch und Belastungsvollmacht unter der auflösenden Bedingung ihrer Pfändung vereinbart bzw. erteilt werden.

b) Bestellung im Interesse des Eigentümers

Der Eigentümer kann sowohl beim Vorbehaltsnießbrauch als auch beim Zuwendungsnießbrauch, z. B. wegen nicht vom Nießbraucher übernommener Ausbesserungen und Erneuerungen oder finanzieller Lasten, ein anerkennenswertes Interesse daran haben, daß die nachträgliche Bestellung von Grundpfandrechten nicht am Vorrang des Nießbrauchs scheitert. Zur Sicherstellung des in der Regel von den Geldinstituten geforderten Vorrangs ihrer Sicherungsgrundpfandrechte stehen die Bestellung einer Eigentümergrundschuld, der Rangvorbehalt (§ 881 BGB), die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Erklärung des Rangrücktritts und die schuldrechtliche Verpflichtung des Nießbrauchers zur Erklärung des Rangrücktritts zur Verfügung.

Auch hier ist eine Kombination aus Rangrücktrittsverpflichtung und -vollmacht als einfache, flexible und kostengünstige Gestaltungsform vorzuziehen. Der Versorgungs- und Sicherungszweck verlangt jedoch insbesondere beim Vorbehaltsnießbrauch, daß der Rangrücktritt des Nießbrauchs an bestimmte Kautelen zum Schutze des Nießbrauchers gebunden wird. Das Muster einer Rangrücktrittsverpflichtung mit zahlreichen Sicherungen findet sich bei Faßbender¹⁶³. Bei den meisten Geldinstituten dürfte ein Teil der in diesem Muster vorgesehenen Kautelen kaum durchzusetzen sein¹⁶⁴. Dennoch wird man über eine betragsmäßige Begrenzung des Umfangs der vorgehenden Grundpfandrechte, eine genaue Bestimmung der Art und des Zwecks der diesen zugrunde liegenden Verbindlichkeiten, die Bestellung von Löschungsvormerkungen, die Zuordnung der Rückgewähransprüche, allseitig bindende Sicherungsabreden sowie schuldrechtliche Bindungen im Innenverhältnis einen praxisgerechten Sicherungsgrad erreichen können.

IV. Mehrere Berechtigte

Die Frage, ob und in welchen Gestaltungsformen mehrere Berechtigte neben-, mit- oder nacheinander Nießbraucher desselben Grundstücks sein können, ist durch zwei jüngere Beschlüsse des BayObLG¹⁶⁵ zur Problematik der Sukzessivberechtigung wieder aktuell geworden. Diese Problematik stellt sich beim Nießbrauch als grundsätzlich nicht übertragbarem (§§ 1059, 1059a BGB) und nicht vererblichem (§ 1061 BGB) Nutzungsrecht mit besonderer Schärfe, da hier eine Lösung der Sukzessionsfrage über den Weg der Erbfolge, der Abtretung oder der Vertragsübernahme nicht möglich ist¹⁶⁶.

153 Vgl. zur Unterscheidung von Bedingung und Befristung: Palandt/Heinrichs, Einf. vor § 158, Rn. 1 f., § 163, Rn. 1.

154 Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 2345.

155 Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 384 f., 391 ff.

156 Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 195 ff.

157 Vgl. Langenfeld, Grundstücszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl. 1992, Rn. 345 ff.

158 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 152.

159 Vgl. OLG Celle DNotZ 1974, 731.

160 Vgl. zu den Problemen, die bei der Durchsetzung einer Bestellungsverpflichtung auftreten können: BGH NJW 1993, 1577.

161 OLG Bremen NJW 1984, 2478; a. A. Dubischar, NJW 1984, 2440.

162 Vgl. zum Meinungsstand: Vortmann, NJW 1991, 1038 m.w.N.

163 Faßbender, in: Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmer/Peter, Notariatskunde, 11. Aufl. 1996, Rn. 497; das für den Rangrücktritt einer Rentenrealast vorgesehene Muster ist auf den Rangrücktritt eines Nießbrauchs übertragbar: so Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 146; vgl. auch Wegmann, Grundstücksüberlassung, 193 f., der das Muster auf den Rangrücktritt einer Rückübertragungsvormerkung überträgt; vgl. auch Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 1603 und 1610a.

164 Weser, ZEV 1995, 353, 359, Fn. 52.

165 BayObLGZ 1995, 149 = MittRhNotK 1995, 179; BayObLG DNotZ 1991, 892 (beide zur Vormerkung).

166 Vgl. dazu Amann, MittBayNot 1990, 225 f.

1. Mehrere selbständige Nießbrauchsrechte

Soll der Nießbrauch etwa dem Längerlebenden von zwei Berechtigten allein und in vollem Umfang verbleiben, so können ohne weiteres zwei selbständige, inhalts- und ranggleiche, neben- oder nacheinander bestehende Nießbrauchsrechte auf die jeweilige Lebensdauer der Berechtigten bestellt werden. Hierbei ist jeder Berechtigte im Verhältnis zum Eigentümer aus selbständigem Recht ungeschmälert bis zu seinem Tod zur vollen Nutzung berechtigt. Ein Sukzessionsproblem besteht nicht. Sonstige in der Person oder dem Verhalten eines Berechtigten liegende Umstände, wie z. B. ein Verzicht, berühren das Recht des anderen nicht.

Im Innenverhältnis kann bei gleichrangigen, nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausübbareren Nießbrauchsrechten jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen (§§ 1060, 1024 BGB). Bei inhalts- und ranggleichen Nießbrauchsrechten wird man im Zweifel die Nutzungen analog den §§ 742, 743 Abs. 1 BGB¹⁶⁷ sowie die Lasten analog § 748 BGB intern zu gleichen Teilen zu verteilen haben. Zurückhaltung ist indes geboten hinsichtlich einer analogen Anwendung der Verwaltungs- und Benutzungsregeln der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 744 ff. BGB)¹⁶⁸, da jeder Nießbraucher nicht nur einen Bruchteil, sondern das volle Nutzungs- und Verwaltungsrecht hat. Jedenfalls gehen die §§ 1060, 1024 BGB als Spezialvorschriften insoweit vor.

2. Nießbrauch in Bruchteilsgemeinschaft

Ein Nießbrauch kann mehreren Berechtigten, insbesondere Ehegatten, in Bruchteilsgemeinschaft¹⁶⁹ (§§ 741 ff. BGB) zustehen¹⁷⁰. Beim Tod eines Berechtigten erlischt dessen Bruchteil wegen seiner Unvererblichkeit (§ 1061 BGB), so daß nun die übrigen Berechtigten mit dem Eigentümer eine Nutzungsgemeinschaft bilden¹⁷¹.

Soll hingegen dem Längerlebenden der volle Nießbrauch zustehen, so muß zusätzlich für jeden Berechtigten noch ein weiterer komplementärer, auf den Fall des Längerlebens aufschiebend bedingter Quotennießbrauch bestellt werden, oder jedenfalls muß schuldrechtlich ein Anspruch auf einen solchen ergänzenden Quotennießbrauch – vorzugsweise vormerkungsgesichert¹⁷² – begründet werden.

Das gleiche Ergebnis wird man durch mehrere selbständige inhalts- und ranggleiche Nießbrauchsrechte mit weniger Aufwand erreichen können.

3. Gesamtberechtigung nach § 428 BGB

Weiter ist anerkannt¹⁷³, daß der Nießbrauch auch für mehrere Berechtigte als „Gesamtgläubiger“ oder besser als „Gesamt-

berechtigte nach § 428 BGB¹⁷⁴ bestellt werden kann. In neuerer Zeit haben jedoch Schön¹⁷⁵ und Rütten¹⁷⁶ die im älteren Schrifttum¹⁷⁷ vereinzelt gebliebene Kritik an der Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Übertragung der für das Schuldrecht konzipierten Figur der Gesamtgläubigerschaft auf dingliche Nutzungsrechte neu belebt. Wegen der zu vermutenden¹⁷⁸ Häufigkeit dieser Gestaltung in der Praxis ist nachfolgenden Fragen besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

a) Tod eines Berechtigten

Beim Tod eines gesamtberechtigten Nießbrauchers erlischt nach heute ganz h. M.¹⁷⁹ der Nießbrauch der übrigen Berechtigten nicht, sondern besteht ungeschmälert fort.

Demgegenüber soll nach einer m. M.¹⁸⁰ beim Tod eines Berechtigten gem. den §§ 429 Abs. 3, 422 BGB Erfüllungswirkung auch gegenüber den übrigen Berechtigten eintreten. Der Eigentümer bewirke die in § 428 BGB gemeinte „Leistung“ in Gestalt der Duldung der Nutzung (vgl. § 241 S. 2 BGB) bereits dadurch einmal ganz, daß er die Nutzung durch einen der Berechtigten auf dessen Lebensdauer dulde.

Nur die h. M. wird dem regelmäßig erklärten oder im Wege der Auslegung ermittelten Willen der Beteiligten gerecht. Der Nießbrauch für Gesamtberechtigte nach § 428 BGB wird in der Praxis üblicherweise mit der Maßgabe bestellt, daß er dem oder den Längerlebenden ungeschmälert weiter zustehen soll. Fehlt eine entsprechende explizite Maßgabe, so wird man diese jedenfalls beim Vorbehaltsnießbrauch aus dessen Versorgungs- und Sicherungszweck herleiten können, wenn nicht eindeutige Anhaltspunkte gegen diese Auslegung sprechen. Die Leistung des Eigentümers (Duldung der Nutzung) soll somit nach dem maßgeblichen Parteiwillen in aller Regel erst mit dem Tod des letzten Gesamtberechtigten vollständig erbracht sein. Die darin liegende Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 428 ff. BGB beseitigt den Typus der Gesamtgläubigerschaft nicht¹⁸¹.

Um Zweifel am Umfang der Duldungspflicht des Eigentümers auszuräumen, sollte der ungeschmälerte Fortbestand des Nießbrauchs für den oder die Längerlebenden im Urkundstext zum Ausdruck kommen.

b) Auswahlrecht des Eigentümers

Dem Eigentümer steht nach dem regelmäßigen Willen der Beteiligten auch nicht das in § 428 S. 1 BGB enthaltene Recht zu, nach seinem Belieben an den einen oder anderen der Nießbrauchsberechtigten zu leisten, also die Nutzung wahlweise nur durch den einen oder anderen zu dulden¹⁸². Vielmehr hat der Eigentümer nach zutreffender Ansicht¹⁸³ die gleichzeitige und nebeneinander – nicht notwendig gemeinsam¹⁸⁴ – erfol-

167 So auch: Staudinger/Frank, § 1060 BGB, Rn. 1; Soergel/Stürmer, § 1060 BGB, Rn. 1.

168 Für eine analoge Anwendung der Verwaltungs- und Benutzungsregeln der §§ 743 ff. BGB hingegen: Schön, a.a.O., 312.

169 Vom Nießbrauch in Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft mehrerer Nießbrauchsberechtigter sind der Bruchteilsnießbrauch (Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers, § 1066 BGB) und der Quotennießbrauch (Recht nur auf einen Anteil der Nutzungen) zu unterscheiden; letztere können auch einem einzelnen Berechtigten bestellt werden; vgl. dazu: LG Wuppertal MittRhNotK 1994, 317; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 141; Schön, a.a.O., 308 ff.

170 Allgemeine Ansicht: nur MünchKomm/Petzoldt, § 1030 BGB, Rn. 16; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rn. 4; Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 37; Schön, a.a.O., 310.

171 BayObl.GZ 1955, 155 = DNotZ 1956, 209; Palandt/Bassenge, § 1061 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1030 BGB, Rn. 16; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rn. 4; Staudinger/Frank, § 1061 BGB, Rn. 4.

172 Vgl. auch LG Traunstein DNotZ 1963, 345 (Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs für die Erben des längerlebenden Ehegatten).

173 BGH NJW 1981, 176 = DNotZ 1981, 121; BGHZ 46, 253 = DNotZ 1967, 183 (obiter dictum); BayObl.GZ 1975, 191 = DNotZ 1975, 619, 620 (obiter dictum); BayObl.GZ 1955, 155 = DNotZ 1956, 209; Palandt/Bassenge, § 1030 BGB, Rn. 4; MünchKomm/Petzoldt, § 1030 BGB, Rn. 17; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rn. 4; Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 42.

174 Der Zusatz „als Gesamtberechtigte“ genügt nicht den Anforderungen des § 47 GBO; BGH DNotZ 1981, 121 (Vormerkung); Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1371.

175 Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 312 ff.

176 Rütten, Mehrheit von Gläubigern, 1989, 260 ff.

177 Zum Teil zur entsprechenden Problematik beim Wohnungsrecht: Reinicke, JZ 1967, 413; Weitnauer, DNotZ 1968, 706; Bader, DNotZ 1965, 673; Woelki, Rpfleger 1968, 208.

178 Vgl. z. B. Meder, BWNotZ 1982, 36.

179 BayObl.GZ 1955, 155 = DNotZ 1956, 209, 212; Palandt/Bassenge, § 1061 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1030 BGB, Rn. 17; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rn. 4; Staudinger/Frank, § 1061 BGB, Rn. 5; RGRK/Rothe, § 1061 BGB, Rn. 2; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1370.

180 Rütten, a.a.O., 267, 273; Bader, DNotZ 1965, 673, 677; tendenziell auch OLG Köln DNotZ 1965, 686, 688 und OLG Oldenburg DNotZ 1957, 317, 319.

181 A. A. Rütten, a.a.O., 266 („Das Prinzip der Befriedigungsgemeinschaft paßt für solche Berechtigungen schon im Ansatz nicht.“); Woelki, Rpfleger 1968, 208, 209 („Beseitigung des Wesensmerkmals und der typischen Wirkung“); Bader, DNotZ 1965, 673, 677 („Damit ist aber das Wesensmerkmal des § 428 BGB, nämlich die Befriedigungsgemeinschaft, abbedungen.“).

182 A. A.: Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 260; Meikel/Böhringer, 7. Aufl. 1993, § 47 GBO, Rn. 108; Reinicke, JZ 1967, 415.

183 So deutlich: Faßbender, DNotZ 1965, 662, 667 f. und DNotZ 1967, 187, 188 f. (zum Wohnungsrecht); Selb, Mehrheit von Gläubigern und Schuldner, Handbuch des Schuldrechts, 1984, 250 (zum Wohnungsrecht); BayObl.GZ 1975, 191 = DNotZ 1975, 619, 620 (zum Altenteilsrecht); im Ergebnis wohl ebenso BGHZ 46, 253 = DNotZ 1967, 183, 187 (zum Wohnungsrecht).

184 Dies unterscheidet die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB von der Gesamthand oder der Mitberechtigung nach § 432 BGB.

gende Nutzung durch alle gesamtberechtigten Nießbraucher zu dulden und kann umgekehrt jeder Berechtigte nicht nur die Duldung der Nutzung durch sich, sondern auch die gleichzeitige und nebeneinander erfolgende Nutzung durch die übrigen Berechtigten verlangen. Auch dadurch wird der Typus der Gesamtgläubigerschaft nicht derogiert¹⁸⁵. Eine entsprechende Klarstellung sollte im Urkundstext nicht fehlen.

c) Verzicht mit Gesamtwirkung

Nach der Rechtsprechung¹⁸⁶ und ganz überwiegenden Literatur¹⁸⁷ kann ein Gesamtberechtigter nicht ohne weiteres gem. den §§ 429 Abs. 3, 423 BGB – wie man nach dem Gesetzeswortlaut annehmen könnte – auf das volle Recht mit Gesamtwirkung gegen alle übrigen Berechtigten verzichten (§ 875 BGB). Eine solche gesamtwirkende Verfügungsbefugnis folge jedenfalls nicht zwingend aus den vorbezeichneten Vorschriften, sondern werde von ihnen vorausgesetzt. Eine solche Befugnis komme nicht in Betracht, wo sie nach der Natur des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses nicht bestehe und auch nicht besonders vereinbart worden sei¹⁸⁸.

Die Gegenansicht hält einen Verzicht mit Gesamtwirkung für möglich¹⁸⁹ und darüber hinaus für nicht ausschließbar (ohne gleichzeitige Derogation der Gesamtgläubigerschaft als solcher)¹⁹⁰. Die Befugnis zum gesamtwirkenden Erlaß (Verzicht) sei eine vom Gesetz gewollte Folgerung aus der Prämisse, daß bei der Gesamtgläubigerschaft jeder Gläubiger Inhaber einer Forderung im vollen Sinne sei und folge somit bereits aus der Gläubigerstellung als solcher¹⁹¹.

Der Gegenansicht kann nicht gefolgt werden, da sie den Besonderheiten des Leistungsinhalts (Duldung) bei dinglichen Nutzungsrechten nicht hinreichend Rechnung trägt. Nach dem hier vertretenen Leistungsinhalt¹⁹² kann keiner der gesamtberechtigten Nießbraucher für die Dauer seines Lebens oder gar für die Zeit danach den Ausschluß der übrigen Berechtigten von den Nutzungen verlangen, insoweit also auch nicht verfügen. Dieser besondere, im Zweifel aus dem Versorgungszweck und Sicherungszweck des Nießbrauchs folgende Leistungsinhalt schließt die Möglichkeit eines gesamtwirkenden Verzichts aus. Die Gesamtgläubigerschaft als solche wird dadurch nicht beseitigt¹⁹³. Wenn – wie § 423 2. HS BGB zeigt – bei der Erklärung des Verzichts eine Gesamtwirkung auch eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, so muß dies auch im voraus bei der Begründung der Gesamtgläubigerschaft durch allseitige Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und allen Berechtigten möglich sein.

So wie der Verzicht, so sind auch Inhaltsänderungen, Rangrücktritt¹⁹⁴ oder sonstige Verfügungen durch einen der Berechtigten in aller Regel nicht mit Gesamtwirkung gegenüber den übrigen Berechtigten möglich.

Auch hier ist eine entsprechende Klarstellung im Urkundstext dringend anzuraten¹⁹⁵.

d) Konfusion mit Gesamtwirkung

Vereinigen sich Eigentum und Nießbrauch in der Person eines gesamtberechtigten Nießbrauchers¹⁹⁶, so hat dies nach zutreffender Ansicht¹⁹⁷ nicht das Erlöschen der Rechte der übrigen Berechtigten gem. § 429 Abs. 2 BGB zur Folge. Soweit sich nämlich Grundeigentum und Nießbrauch in der Person eines Gesamtberechtigten vereinigen, besteht der Nießbrauch insoweit als Eigentümerrecht fort (§ 889 BGB)¹⁹⁸. Erst recht müssen dann auch die Rechte der übrigen Berechtigten fortbestehen.

e) Fehlen eines Gemeinschaftsverhältnisses

Gegen eine Gesamtberechtigung beim Nießbrauch wird ferner eingewendet, daß in den §§ 428 ff. BGB Regelungen über die gemeinsame aktive Ausübung eines Rechts zur unmittelbaren Sachherrschaft, wie des Nießbrauchsrechts, fehlten; eine gemeinsame Sachherrschaft sei aber notwendigerweise mit einem solchen Gemeinschaftsverhältnis verbunden¹⁹⁹.

In der Tat ist die Regelung der §§ 428 ff., 430 BGB insoweit unzureichend. Dieses Defizit kann m. E. im Bereich der Nutzungsrechte durch eine analoge Anwendung der §§ 1024, 1060, 1090, 1093 BGB sowie – mit Zurückhaltung²⁰⁰ – der §§ 741 ff. BGB geschlossen werden²⁰¹. Da jeder Gesamtgläubiger die „ganze Leistung“ fordern kann, tritt zwischen den Gesamtberechtigten bei der Ausübung (Ausnutzung) des Rechts die gleiche Konfliktslage auf wie zwischen den Inhabern mehrerer selbständiger, inhalts- und ranggleicher Rechte, die entsprechend aufzulösen ist.

f) Formulierungsvorschlag

Um die aufgezeigten Auslegungsfragen auszuschließen, könnte etwa folgender Zusatz in die Eintragungsbewilligung aufgenommen werden:

„Der Eigentümer hat die Nutzung durch beide Berechtigte, auch wenn sie gleichzeitig und nebeneinander erfolgt, und durch den Längerlebenden von ihnen allein und in vollem Umfang bis zu dessen Tod zu dulden. Keiner der Berechtigten kann den Nießbrauch mit Wirkung gegen den anderen aufheben, inhaltlich abändern, im Range zurücktreten lassen oder sonst über ihn verfügen.“

g) Gestaltungskriterien

Die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB ist somit auch beim Nießbrauch eine zulässige Gestaltungsform. Sie ist jedoch nur zweckmäßig, wenn zahlreiche Bestimmungen des gesetzlichen Leitbildes derogiert werden. Da die Bestellung mehrerer inhalts- und ranggleicher Nießbrauchsrechte mit wesentlich geringerem Regelungsaufwand verbunden und unbelastet von den aufgezeigten Rechtsfragen der Gesamtgläubigerschaft ist, wird diese Gestaltung häufig als sicherste und einfachste auch unter Berücksichtigung ihres Kostennachteils vorzuziehen sein²⁰². In jedem Falle empfiehlt sich eine ausführliche Formulierung des Inhalts und Umfangs der Gesamtberechtigung.

185 Ebenso Rütten, a.a.O., 195; a. A. Woelki, Rpfleger 1968, 208, 210 („Teil des Wesens der Gesamtgläubigerschaft“).

186 BGH NJW 1986, 1861, 1862 f. (zum Schuldrecht); BayObLGZ 1975, 191 = DNotZ 1975, 619 (zum Allenteilsrecht).

187 Palandt/Heinrichs, § 429 BGB, Rn. 1; RGRK/Weber, § 429 BGB, Rn. 6; MünchKomm/Selb, § 429 BGB, Rn. 2; Selb, Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern, 250 f.

188 BayObLGZ 1975, 191 = DNotZ 1975, 619, 621 (zum Allenteilsrecht).

189 Rütten, a.a.O., 267 ff.; Staudinger/Frank, § 1066 BGB, Rn. 19, vgl. aber auch § 1030 BGB, Rn. 42; Reinicke, JZ 1967, 415, 416; tendenziell auch Schön, a.a.O., 313.

190 Rütten, a.a.O., 197.

191 Rütten, a.a.O., 197.

192 Siehe oben Abschn. B IV 3 b.

193 Für Abdingbarkeit: BayObLGZ 1975, 191 = DNotZ 1975, 619, 622 (zum Allenteilsrecht); Meikel/Böhringer, § 47 GBO, Rn. 111 (allgemein); Meder, BWNotZ 1982, 36 (allgemein).

194 Zum Rangrücktritt ebenso: Meikel/Böhringer, § 47 GBO, Rn. 112 (zum Wohnungsverrecht); Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1245, Fn. 21 zum Wohnungsverrecht.

195 Ebenso: Meder, BWNotZ 1982, 36, 39 f.; Rastätter, BWNotZ 1994, 27, 30.

196 Fall aus der Praxis: Tochter (Übernehmerin) bittet um Rückübertragung eines übergebenen Grundstücks auf Mutter (Übergeberin und Vorbehaltsnießbraucherin), um Vorbehaltsnießbrauch des gesamtberechtigten Vaters (Übergeber und Vorbehaltsnießbraucher) zu beseitigen. Der umgekehrte Fall einer Vereinigung in der Person des Eigentümers ist wegen der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des Nießbrauchs grundsätzlich nicht möglich.

197 Rütten, a.a.O., 268 f.; a. A. Woelki, Rpfleger 1968, 208, 212.

198 Anders bei schuldrechtlichen Rechten und Pflichten, bei denen in der Regel die Konfusion das Erlöschen zur Folge hat: nur Palandt/Heinrichs, Überbl. vor § 362 BGB, Rn. 4.

199 Schön, a.a.O., 313; ähnlich auch Woelki, Rpfleger 1968, 208, 212; vgl. auch Rütten, a.a.O., 249 f., 251.

200 Siehe oben Abschn. B IV 1.

201 So Selb, Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern, 251.

202 Ebenso: Staudinger/Frank, § 1060 BGB, Rn. 3; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1372; Koenen, MittRhNotK 1994, 329, 335, Fn. 71; Faber, BWNotZ 1978, 151, 153; tendenziell auch: Hertzberg, MittRhNotK 1988, 55, 60 (zur Reallast); Meder, BWNotZ 1982, 36, 39 (zum Leibgeding).

4. Gütergemeinschaft

Bestellen Ehegatten, die in Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) leben, einen Nießbrauch von vornherein für beide gemeinsam, so wird der Nießbrauch nach h. M.²⁰³ nicht wegen seiner Unübertragbarkeit gem. den §§ 1417 Abs. 2, 1059 BGB vom Gesamtgut ausgeschlossen, sondern zwingend gesamthänderisches Vermögen der Ehegatten. Beim Tod eines Ehegatten gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut, nicht jedoch an einzelnen Gegenständen²⁰⁴, zum Nachlaß (§ 1482 BGB). Wie sich der Tod eines Ehegatten auf den im Gesamtgut befindlichen Nießbrauch auswirkt, ist unklar. Denkbare Möglichkeiten sind, daß der Nießbrauch beim Tod eines Ehegatten wegen seiner Unvererblichkeit (§ 1061 BGB) ganz oder teilweise erlischt, daß er als Gegenstand der Auseinandersetzungsgemeinschaft zwischen dem längerlebenden Ehegatten und den Erben fortbesteht oder daß er allein und in vollem Umfang dem längerlebenden Ehegatten verbleibt. Zumeist wird nur die letzte Möglichkeit dem Willen der Beteiligten entsprechen und deshalb Gestaltungsziel sein.

Nach einer auf Amann²⁰⁵ zurückgehenden und inzwischen vom BayObLG²⁰⁶ gebilligten Ansicht kann insbesondere bei nicht übertragbaren Rechten unabhängig von dem im Einzelfall gegebenen Gemeinschaftsverhältnis – hier also unabhängig von der Gütergemeinschaft – zusätzlich eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB in der Weise vereinbart werden, daß sie zunächst von dem in erster Linie, allerdings auflösend bedingt, maßgebenden Gemeinschaftsverhältnis überlagert wird und erst unter gewissen Voraussetzungen, nämlich dem Vorversterben eines Ehegatten, rückwirkend wirksam wird.

So begrüßenswert die vorstehende Ansicht insbesondere zur Rettung von Altfällen ist, so ist bislang nicht geklärt, in welchem Verhältnis diese Ansicht zu der gegenläufigen herkömmlichen Auffassung steht, daß Gegenstände des Gesamtguts Ehegatten nicht gleichzeitig als Gesamtberechtigten nach § 428 BGB zustehen können²⁰⁷. Wenn demnach die Gütergemeinschaft eine parallel vereinbarte Gesamtberechtigung bis zum Vorversterben eines Ehegatten ausschließt (oder auch nur überlagert), so kann die Gesamtberechtigung zu Lebzeiten beider Ehegatten ihre Rechtswirkungen nicht einmal für eine juristische Sekunde entfalten. Ob sie dennoch Rechtswirkungen nach dem Tod eines Ehegatten, also zu einer Zeit, in der sie nicht mehr besteht, entfalten kann, ist zumindest zweifelhaft. Eine Begründung für die rückwirkende Geltung der Gesamtberechtigung ist nicht ersichtlich.

Angesichts dieser Zweifel kann die vorstehende Ansicht nicht als gesichert angesehen werden. Als einfacher und sicherer Weg empfiehlt sich, für jeden Ehegatten einzeln ein selbständiges, inhalts- und ranggleiches Nießbrauchsrecht zu bestellen, wobei dann beide voneinander unabhängigen Rechte Bestandteil des jeweiligen Sonderguts werden²⁰⁸ und vorbehaltlich vorgenannter²⁰⁹ Bedenken auch über eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB verbunden werden können²¹⁰. Diese Gestaltung schafft auch für den Fall einer Scheidung oder einer ehevertraglichen Aufhebung der Gütergemeinschaft klare Rechtsverhältnisse.

5. Sukzessivberechtigung

Ob über die im BGB vorgesehenen Möglichkeiten einer Sicherung des ungeschmälernten Fortbestandes eines Rechts zugunsten einer längerlebenden Person (Abtretung, Vertragsübernahme, Gesamtberechtigung, Erbfolge) hinaus eine besondere Nachfolgemöglichkeit in Gestalt einer Sukzessivberechtigung besteht, ist zweifelhaft. Die Problematik spitzt sich zu in der Frage, ob ein unübertragbares und unvererbliches Recht wie der Nießbrauch zunächst einem Berechtigten und nach dessen Tod einem anderen Berechtigten unter Wahrung der Identität des Rechts zustehen kann?

Trotz der Anerkennung bestimmter Formen der Sukzessivberechtigung in der älteren Judikatur²¹¹ sollte die Gestaltungspraxis jedenfalls bei unübertragbaren und unvererblichen Rechten wie dem Nießbrauch künftig nicht auf diese Rechtsfigur zurückgreifen. Jedenfalls beim Nießbrauch steht einer derartigen Sukzessivberechtigung die Unvererblichkeit sowie die Unzulässigkeit einer Bestellung als subjektiv-dinglichem Recht entgegen, gesetzliche Entscheidungen gegen eine „Verewigung“ des Nießbrauchs, die durch eine Sukzessivberechtigung der vorgenannten Art unterlaufen werden könnten²¹².

6. Absetzungen für Abnutzung (AfA) bei mehreren Berechtigten

Immer wenn ein Übergeber Alleineigentümer des übergebenen Grundbesitzes ist und bei der Übergabe nicht nur sich, sondern auch Dritten, in der Regel seinem Ehegatten, den Nießbrauch einräumen will, droht der Verlust von AfA-Volumen, da das dem Dritten zugewandte Recht, egal ob als selbständiges Recht, in Bruchteils- oder Gesamtberechtigung, steuerlich als Zuwendungsnießbrauch behandelt wird, der beim Übergeber zur hälftigen Kürzung seines AfA-Volumens führt²¹³.

Der BFH hat jedoch zur Nießbrauchsbestellung in Gesamtberechtigung nach § 428 BGB entschieden, daß dem alleinveräußernden Übergeber die Gebäude-AfA in voller Höhe weiterhin zustehen, wenn er die Anschaffungs- und Herstellungskosten getragen hat und nur er allein den Nießbrauch ausübt und die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. In diesem Fall sei der Zuwendungsnießbrauch des Dritten (Ehegatten) bis zum Tode des Übergebers tatsächlich nicht durchgeführt und deshalb steuerlich unbeachtlich²¹⁴. Diese Begründung läßt sich ohne weiteres auf die Bestellung mehrerer selbständiger Nießbrauchsrechte übertragen.

Sicherer kann die hälftige Kürzung von AfA-Volumen dadurch verhindert werden, daß der allein veräußernde Übergeber seinem Ehegatten einen Zuwendungsnießbrauch nur unter der aufschiebenden Bedingung seines Vorversterbens bestellt²¹⁵.

Allerdings geht auch bei diesen Gestaltungen ein etwaiges beim Tod des Übergebers noch nicht genutztes AfA-Volumen verloren²¹⁶. Um auch diesen Verlust zu verringern, wird von Spiegelberger²¹⁷ vorgeschlagen, vor der Übergabe durch eine Zwischenübertragung zunächst hälftiges Miteigentum beider Ehegatten herzustellen. Der Ehegatte, dem das hälftige Miteigentum übertragen wird, kann dann beim Vorversterben des anderen Ehegatten (ursprünglich Alleineigentümers) die AfA

203 MünchKomm/Petzoldt, § 1030 BGB, Rn. 18; Soergel/Stürner, § 1030 BGB, Rn. 5; Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 47; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1370; vgl. auch BayObLGZ 1967, 480 = DNotZ 1968, 493 (zum Wohnungsrecht).

204 Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rn. 203.

205 Amann, MittBayNot 1990, 225, 228; ihm folgend: Rastätter, BWNotZ 1994, 27, 30 f.; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 261 h und 934 unter 2. und 3.

206 BayObLGZ 1995, 149, 152 = MittRhNotK 1995, 179, 180.

207 BayObLGZ 1967, 480 = DNotZ 1968, 493, 495; Meikel/Böhringer, § 47 GBO, Rn. 104 m.w.N.

208 Zur Zuordnung des Nießbrauchs zum jeweiligen Sondergut in diesem Fall: Staudinger/Frank, § 1030 BGB, Rn. 47; Meder, BWNotZ 1982, 36, 38; vgl. auch zum Wohnungsrecht: BayObLG DNotZ 1968, 493, 494 f.; Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 1246; Meikel/Böhringer, § 47 GBO, Rn. 104.

209 Siehe oben Abschn. B IV 3.

210 Vgl. zum Wohnungsrecht: BayObLG DNotZ 1968, 493, 495; Meikel/Böhringer, § 47 GBO, Rn. 104.

211 Vgl. die Nachweise bei Haegeler/Schöner/Stöber, Rn. 261 a; vgl. auch die Begründung des LG Göttingen Nds.Rpf. 1995, 270 (zur Vormerkung).

212 Kritisch ebenfalls: Liedel, DNotZ 1991, 855, 866; Amann, MittBayNot 1990, 225, 228 (5. Beispiel) und 230 unter Ziff. 3.

213 BFH BStBl. II 1984, 266; BFH MittRhNotK 1983, 25.

214 BFH BStBl. II 1986, 12, 13; BFH BStBl. II 1986, 713, 714; vgl. auch zur Zuordnung von Einkünften ähnlich: BFH BStBl. II 1988, 938, 939.

215 Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 228; Spiegelberger, Vermögensnachfolge, Rn. 104; ders., Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. 259.

216 Petzoldt, Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, 25 bei Fn. 51.

217 Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. 259; ders., Vermögensnachfolge, Rn. 104; ders., ZEV 1994, 214, 218; ebenso Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 228.

zwar nicht voll, immerhin aber zur Hälfte weiter beanspruchen²¹⁸. Umgekehrt ist jedoch zu bedenken, daß beim Vorversterben des Ehegatten, dem das hälftige Miteigentum übertragen wurde, gegenüber der Variante ohne Zwischenübertragung ein Teil des AfA-Volumens vorzeitig verloren geht. Folglich ist eine Zwischenübertragung jedenfalls dann nicht sinnvoll, wenn der ursprüngliche Alleineigentümer die höhere Lebenserwartung hat, ein Vorversterben seines Ehepartners also wahrscheinlich ist²¹⁹.

V. Pflichtteilsergänzung

Der Wunsch von Eltern, die Pflichtteilsrechte insbesondere von unliebsamen Kindern auf ein Minimum zu reduzieren, wird nicht selten in der Besprechung von Übergabeverträgen an den Notar herangetragen. Ob dieses Gestaltungsziel mit einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt erreicht werden kann, entscheidet sich im Pflichtteilsergänzungsrecht (§§ 2325 ff. BGB).

1. Lauf der Zehnjahresfrist

Der Pflichtteilsberechtigte kann eine Ergänzung seines Pflichtteils wegen einer lebzeitigen Schenkung des Erblassers nicht mehr verlangen, wenn zur Zeit des Erbfalles zehn Jahre seit der „Leistung“ des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3 1. HS BGB).

a) Rechtsprechung des BGH

Nach der jüngsten²²⁰ Rechtsprechung des BGH²²¹ ist der verschenkte Gegenstand mit der Folge des Fristbeginns erst geleistet, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgegeben hat, sondern auch darauf verzichtet hat, den verschenkten Gegenstand – sei es auf Grund vorbehaltener dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im wesentlichen weiterhin zu nutzen. Nach den bereits in einer früheren Entscheidung²²² zitierten Protokollen habe der historische Gesetzgeber nur solche Schenkungen vom Pflichtteilsergänzungsrecht ausnehmen wollen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher einzugewöhnen hatte bzw. deren Genuß der Erblasser schon zehn Jahre vor dem Erbfall tatsächlich entbehren mußte. Zum Genuß eines Hausgrundstücks gehöre neben der Möglichkeit, es zu veräußern (oder seine Veräußerung zu verbieten), auch die Befugnis, es zu nutzen (anderen die Nutzung einzuräumen oder zu verwehren). Der BGH entschied im konkreten Fall, daß ein uneingeschränkt vorbehaltener Nießbrauch den Lauf der Zehnjahresfrist verhindert.

Im neueren²²³ Schrifttum²²⁴ haben die Ausführungen des BGH zum Lauf der Zehnjahresfrist zu Recht nahezu allgemeine Zustimmung gefunden. Der historische Gesetzgeber sah darin, daß der Erblasser selbst noch längere Zeit die Folgen der Schenkung zu tragen habe, eine Sicherheit dafür, daß der Erblasser sich bei der Schenkung von „guten Gründen“ leiten lasse und nicht von einer Benachteiligungsabsicht²²⁵. Die Zehnjahresfrist in ihrer Funktion als Hürde gegen dolose Schenkungen könnte ohne weiteres unterlaufen werden, wenn der Erblasser nicht im wesentlichen auf den Genuß der Substanz und der Nutzungen der Sache verzichten muß. Die neuere Rechtsprechung des BGH schließt ein solches Unterlaufen entsprechend der gesetzgeberischen Intention konsequent aus.

b) Folgerungen

Wann der Erblasser „im wesentlichen“ auf die Nutzungen des verschenkten Gegenstandes verzichtet hat, wurde vom BGH nicht weiter ausgeführt. Aus den vorstehenden Formulierungen des BGH sowie aus dem hohen Stellenwert, den der BGH dem Schutz des Pflichtteilsrechts in der Vergangenheit beigemessen hat, wird man in der notariellen Beratungspraxis auch unter dem Gesichtspunkt des sicheren Weges einen strengen Maßstab anwenden müssen. Man wird daher nur den Vorbehalt unwesentlicher Rand- oder Nebennutzungen für fristunschädlich halten können.

aa) Uneingeschränkt vorbehaltener Nießbrauch

Bei uneingeschränkt vorbehaltenem Nießbrauch ist ein Lauf der Zehnjahresfrist generell als ausgeschlossen anzusehen. Selbst bei Grundstücken, bei denen ein wirtschaftlich meßbarer Ertragswert absolut oder in Relation zum Substanzwert verschwindend gering oder nicht vorhanden ist, wie z. B. bei brachliegendem Ödland bzw. bei brachliegenden, bebaubaren Flächen im Innenstadtbereich, kann jedenfalls die vom BGH ausdrücklich erwähnte Befugnis des Nießbrauchers, anderen die Nutzung einzuräumen oder „zu verwehren“, nicht als unwesentlich bewertet werden²²⁶. Dies wird sich spätestens beim Verkauf des Grundbesitzes am eingeschränkten Interessentenkreis und der nicht realisierbaren Kaufpreishöhe zeigen. Auch kann die Eigennutzung eines Grundstücks ohne wirtschaftlich meßbaren Ertragswert von großem persönlichen Genuß für den Erblasser sein, wie z. B. der Spaziergang durch ein forstwirtschaftlich völlig ertragloses Waldgrundstück.

bb) Ausschluß einzelner Nutzungen

Der Ausschluß einzelner Nutzungen (§ 1030 Abs. 2 BGB) scheidet ebenfalls als Gestaltungsmittel aus, um einen Lauf der Zehnjahresfrist zu erreichen²²⁷. Selbst wenn bei der Bestellung eines Nießbrauchs die Hauptnutzungsarten ausgeschlossen werden und dem Nießbraucher tatsächlich nur noch Rand- bzw. Nebennutzungen oder nur noch potentielle Nutzungsmöglichkeiten verbleiben, was nach der hier vertretenen Ansicht²²⁸ einen Nießbrauch nicht ausschließt, so hat der Nießbraucher immer noch die Befugnis, anderen (Spezial-)Nutzern alle nicht aus seinem Nießbrauchsrecht ausgeschlossenen Nutzungsarten und damit eine grundlegende Nutzungsänderung zu verwehren. Auch potentielle Nutzungsmöglichkeiten wird man jedenfalls insoweit zu berücksichtigen haben, als deren Realisierung innerhalb der Zehnjahresfrist nicht auszuschließen ist. Ein Nießbrauch, bei dem auch die vorgenannten Gesichtspunkte tatsächlich für den Erblasser keine oder nur unwesentliche Bedeutung haben, wird in der Praxis kaum vorkommen.

cc) Wohnungsrecht

Auch der Vorbehalt eines Wohnungsrechts (§ 1093 BGB) am gesamten Wohnraum des überlassenen Hausgrundstücks ist als fristschädlich anzusehen, und zwar unabhängig davon, ob die Ausübung des Wohnungsrechts Dritten überlassen werden kann oder nicht, da die Nutzung zu Wohnzwecken häufig die einzige, alle anderen Nutzungen ausschließende Nutzungsart ist und im übrigen nicht generell als unwesentlich angesehen werden kann²²⁹. Ob ein Fristlauf angenommen werden kann, wenn die vorbehaltene Wohnfläche nur einen Teil der Wohn-

218 BFH NV 1994, 539, 540 unter Aufhebung von FG Düsseldorf EFG 1991, 73, das dem überlebenden Ehegatten noch die vollen AfA zugesprochen hatte.

219 Vgl. auch Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rn. 616 mit Bedenken unter dem Gesichtspunkt des steuerlichen Gestaltungsnißbrauchs bei bloß steuerlich motivierter Kettenschenkung.

220 Einen Überblick über die Entwicklung der Rspr. ist zu finden bei Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 159 f.

221 BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784.

222 BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122 = DNotZ 1987, 315.

223 Vgl. die Nachweise zum älteren Schrifttum bei Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 159 f.

224 Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 160 f.; Siegmann, DNotZ 1994, 787, 789; Leopold, JZ 1994, 1121, 1122; Draschka, Pflieger 1995, 71; Meyding, ZEV 1994, 202, 204; abweichend: Reiff, NJW 1995, 1136.

225 Vgl. die insoweit wörtlich zitierten Protokolle in BGHZ 98, 226 = DNotZ 1987, 315, 317.

226 Abweichend Mayer, FamRZ 1994, 739, 745; ähnlich Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 161, der eine „verschwindend geringe Möglichkeit“ für einen Fristlauf sieht.

227 Im Ergebnis ebenso: Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 161 f.; Mayer, ZEV 1994, 325, 327 f.

228 Siehe oben Abschn. B I 1.

229 Wie hier: Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 163; a. A.: Siegmann, DNotZ 1994, 787, 791; Wegmann, DNotZ 1994, 307, 308; Meyding, ZEV 1994, 202, 205; Reithmann/Albrecht/Basty, Rn. 610; Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbauseinandersetzung, Rn. 26.

fläche des übertragenen Hausgrundstücks ausmacht, etwa nur eine von zwei oder mehr Wohnungen in einem nicht nach WEG aufgeteilten Objekt, ist ungeklärt. Reiff²³⁰ will in diesem Fall die Frist nur für den Wertanteil des Gebäudeteiles nicht anlaufen lassen, in dem sich die vorbehaltene Wohnung befindet. Dies würde jedoch dazu führen, daß für verschiedene Wertanteile einer selbständigen rechtlichen Einheit, wie z. B. eines Hausgrundstücks, unterschiedliche Zehnjahresfristen laufen könnten. In der Konsequenz der pflichtteilsfreundlichen Rechtsprechung des BGH liegt es daher eher, den Lauf der Zehnjahresfrist einheitlich für das gesamte rechtlich selbständige Objekt nach dem quantitativen Verhältnis der vorbehaltenen zur überlassenen Wohnfläche mittels einer Wesentlichkeitsgrenze zu bestimmen²³¹.

dd) Sonstige Benutzungsdienstbarkeiten

Der Vorbehalt sonstiger Benutzungsdienstbarkeiten, die zwar spezifizierte, tatsächlich aber die einzigen oder wesentlichen Nutzungsarten zum Inhalt haben und sich auf das ganze oder nahezu ganze Grundstück erstrecken, werden ebenfalls den Lauf der Zehnjahresfrist hindern. So wird man etwa ein Gartenutzungsrecht an einem reinen Gartengrundstück, ein Recht zur Errichtung und Belassung eines Bauwerks auf einem unbebauten Grundstück oder ein Recht zur gewerblichen Nutzung eines Gebäudes z. B. als Kaufhaus oder Lager als fristschädlich anzusehen haben.

Zu berücksichtigen ist jedoch, daß dem Dienstbarkeitsberechtigten nur spezifizierte Nutzungsarten eingeräumt werden können. Rand- oder Nebennutzungen stehen deshalb dem Lauf der Zehnjahresfrist nicht entgegen, wie z. B. ein Wegerecht, ein Gartenbenutzungsrecht oder ein Stellplatzbenutzungsrecht an einer Teilfläche eines Hausgrundstücks.

ee) Quantitative Einschränkungen

Bei einer quantitativen Einschränkung des Nießbrauchs, z. B. im Rahmen eines Bruchteils- oder Quotennießbrauchs²³², wird man nicht nur das Verhältnis der vorbehaltenen und übertragenen Ertragsanteile, sondern auch den absoluten Betrag des vorbehaltenen Ertragsanteils im Auge behalten müssen. Prozentzahlen können hier ebenso wie bei der Bestimmung des „wesentlichen“ Vermögens i.S.d. §§ 419 und 1365 BGB nur Orientierungshilfe geben. Bei wertvollen Immobilien können bereits 20 % des Ertragswertes beträchtliche Beträge ausmachen²³³. Ob die Rechtsprechung bei Ein- und Mehrfamilienhäusern und kleineren Mietobjekten Nutzungsvorbehalte unter 20 oder 15 % als unschädlich ansehen wird, bleibt abzuwarten, wäre jedoch im Interesse der Gestaltungssicherheit wünschenswert. Die Ansicht²³⁴, die bereits einen Ertragsvorbehalt von unter 50 % als fristschädlich ansieht, verkennt, daß nach der Rechtsprechung des BGH der Übergeber nicht nur überwiegend, sondern „im wesentlichen“ auf die Nutzungen verzichten muß.

ff) Fristunschädliche Gestaltungsvarianten

Wenn der Erblasser auf eine Eigennutzung nicht angewiesen ist, bieten sich als mögliche fristschädliche Gestaltungsvarianten zum Nießbrauch nach bislang unbestrittener Ansicht²³⁵ die Bestellung einer Leibrente oder einer dauernden Last an. Auch dürfte die nachträgliche Ablösung eines Nießbrauchs

durch eine Leibrente oder eine dauernde Last die Frist in Gang setzen.

Dagegen bestehen Zweifel am Lauf der Frist, wenn dem Erblasser (Übergeber) das umgekehrte Wahlrecht eingeräumt wird, jederzeit ohne Angabe von Gründen anstelle primär vereinbarter wiederkehrender Zahlungen die Einräumung eines Nießbrauchs verlangen zu können, da er in diesem Falle nicht endgültig auf den Genuß der Sache verzichtet. Es reicht m. E. auch nicht aus, die Ausübung dieses Wahlrechts für die ersten zehn Jahre nach der Eigentumsumschreibung auszuschließen. Ein endgültiger Verzicht auf den Genuß der Nutzungen dürfte jedoch dann gegeben sein, wenn von dem Wahlrecht nur aus bestimmten, vom Willen des Erblassers unabhängigen Gründen, wie z. B. bei Zahlungsverzug, Gebrauch gemacht werden kann.

Möglich ist auch, das Übertragungsobjekt in rechtlich selbständige Einheiten aufzuteilen und einen Teil davon ohne Nießbrauchsvorbehalt zu übertragen. Auch wenn die Übertragung aller Einzelobjekte dann in einer Urkunde zusammengefaßt wird, läuft die Zehnjahresfrist für jedes Einzelobjekt gesondert²³⁶. So kommt etwa die Aufteilung in Wohnungseigentumseinheiten oder die Abvermessung von Teilflächen in Betracht. Demgegenüber ist, wenn ein Nießbrauch nur an einem Miteigentumsanteil vorbehalten wird (Bruchteilsnießbrauch), der Fristlauf nach der quantitativen Wesentlichkeitsgrenze²³⁷ zu beurteilen.

2. Abzugsfähigkeit des kapitalisierten Nießbrauchswertes

a) Rechtsprechung des BGH

Die inzwischen als gefestigt anzusehende Rechtsprechung des BGH²³⁸ zur Abzugsfähigkeit des kapitalisierten Nießbrauchswertes von dem der Pflichtteilergänzung unterliegendem Grundstückswert stützt sich auf das Niederwertprinzip in § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB. Danach ist in einem ersten Schritt der maßgebliche Bewertungsstichtag durch Gegenüberstellung des Grundstückswertes zur Zeit der Schenkung (inflationbereinigt auf den Erbfall) und des Grundstückswertes zur Zeit des Erbfalls festzustellen, wobei der Nießbrauch zunächst unberücksichtigt bleiben soll. Ist danach der Wert zur Zeit der Schenkung der niedrigere von beiden und damit der maßgebliche, so ist nach dem BGH in einem zweiten Schritt der kapitalisierte Nießbrauchswert vom Grundstückswert zur Zeit der Schenkung abzuziehen und der Pflichtteilergänzungsanspruch nur vom Grundstückswert (inflationbereinigt auf den Erbfall) zu berechnen. Bei der Ermittlung des Grundstückswertes soll die Aussicht des Beschenkten auf unbelastetes Eigentum nach dem Tode des Erblassers zu berücksichtigen sein.

b) Sonstiger Meinungsstand

Ein Teil des Schrifttums²³⁹ befürwortet ebenfalls die Abzugsfähigkeit des kapitalisierten Nießbrauchswertes im Grundsatz, wobei Heinrich²⁴⁰ und Dingerdissen²⁴¹ den Abzug des kapitalisierten Nießbrauchswertes vom Grundstückswert zur Zeit der Schenkung bereits im ersten Schritt bei der Feststellung des maßgeblichen Bewertungsstichtages vornehmen wollen und Mayer²⁴² den Abzug des kapitalisierten Nießbrauchswertes zwar erst im zweiten Schritt, jedoch auch für den Fall befürwortet, daß der Erbfall maßgeblicher Bewertungsstichtag ist. Ein anderer Teil des Schrifttums²⁴³ und das OLG Hamburg²⁴⁴ leh-

230 Reiff, NJW 1995, 1136, 1137.

231 Vgl. unten Abschn. B V 1 b ee.

232 Vgl. zu Begriff und Zulässigkeit: LG Wuppertal MittRhNotK 1994, 317.

233 Ähnlich Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 162 (auch 10 % oder 20 % können schädlich sein).

234 Wegmann, MittBayNot 1994, 307, 308 (Quote unter 50 % unschädlich); Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbauseinandersetzung, Rn. 26.

235 Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 164; Wegmann, MittBayNot 1994, 307, 308; Mayer, ZEV 1994, 325, 328; Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbauseinandersetzung, Rn. 26; Reiffmann/Albrecht/Basty, Rn. 611

236 Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 163; Mayer, ZEV 1994, 325, 329; einschränkend Wegmann, MittBayNot 1994, 307, der eine Gesamtbetrachtung bei einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang der Gegenstände auf seiten des Übertragenden befürwortet.

237 Siehe oben Abschn. B V 1 b ee.

238 BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784; BGHZ 118, 49 = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122; BGH FamRZ 1991, 552 = NJW-RR 1990, 1158 = DNotZ 1991, 902.

239 Siegmann, DNotZ 1994, 787, 790; Spiegelberger, ZEV 1994, 214, 216 f.

240 Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 167.

241 Dingerdissen, JZ 1993, 402, 404.

242 Mayer, FamRZ 1994, 739, 743 f.; insoweit zustimmend Behmer, FamRZ 1994, 1375.

243 Staudinger/Frank, Vorbem. vor §§ 1030 ff. BGB, Rn. 80; Leipold, JZ 1994, 1121, 1122; Reiff, NJW 1992, 2857; ders., FamRZ 1992, 363; ders., FamRZ 1991, 553; Custodis, MittRhNotK 1992, 31; Liedel, MittBayNot 1992, 238.

244 OLG Hamburg FamRZ 1992, 228.

nen die Abzugsfähigkeit des kapitalisierten Nießbrauchs generell ab.

c) Stellungnahme

Trotz der mehrfach in Kenntnis der Kritik bestätigten und deshalb für die notarielle Praxis maßgeblichen Rechtsprechung des BGH soll zu dieser nachfolgend Stellung genommen werden, weil die Kritik auch nach dem jüngsten Urteil des BGH nicht verstummt ist.

Ein Abzug des kapitalisierten Nießbrauchs ist mit dem BGH im Ergebnis zu bejahen, jedoch mit Heinrich und Dingerdissen bereits im ersten Schritt bei der Feststellung des maßgeblichen Bewertungsstichtages (§ 2325 Abs. 2 S. 2 BGB) vorzunehmen.

Leipold – selbst Kritiker der BGH-Rechtsprechung – liefert für dieses Ergebnis den maßgeblichen Grundgedanken, zieht jedoch nicht die richtigen Schlüsse daraus. Das Niederstwertprinzip beruht nach seiner Ansicht auf dem Gedanken des pflichtteilsneutralen Alternativverhaltens. Der Pflichtteilsberechtigte kann danach nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei der für ihn ungünstigsten Variante pflichtteilsunschädlichen Verhaltens des Erblassers stünde²⁴⁵. Der Erblasser hätte die Sache in seinem Vermögen und damit schließlich im Nachlaß belassen können. Er hätte sie aber auch voll entgeltlich veräußern können, und zwar nicht nur unbelastet, sondern auch – was Leipold nicht erkennt – belastet. Pflichtteilsunschädlich wäre also auch die Variante, daß der Erblasser etwa ein Hausgrundstück unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs an einen fremden Käufer zu einem rein unter kaufmännischen Gesichtspunkten bemessenen Kaufpreis, also voll entgeltlich, verkauft, etwa um den Substanzwert des Grundstücks selbst noch zu verleben. Bei dieser pflichtteilsneutralen Verhaltensweise würde niemand auf die Idee kommen, die mit zunehmendem Alter des Nießbrauchers beim Eigentümer (Käufer) eintretenden Steigerungen des Grundstückswertes als ergänzungspflichtige Schenkungen anzusehen. Ist der Pflichtteilsberechtigte aber nur so zu stellen, wie er bei einem voll entgeltlichen Verkauf unter Nießbrauchsvorbehalt stünde, weil dies für ihn die ungünstigste Variante pflichtteilsneutralen Verhaltens ist, so kann er bei einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt auch nur die Berücksichtigung des Wertes des nießbrauchsbelasteten Grundstücks verlangen. Dieser Wert ist aus Sicht eines fremden Käufers zu bestimmen, wobei der kapitalisierte Nießbrauchswert als Abzugsposten sowie die Aussicht des Käufers, eines Tages unbelastetes Eigentum zu haben, als Korrekturposten angemessen zu berücksichtigen sind.

Berücksichtigt man den kapitalisierten Wert des Nießbrauchs bereits im ersten Schritt bei der Festlegung des maßgeblichen Stichtages, so wird auch ein in der Rechtsprechung des BGH angelegter Wertungswiderspruch vermieden. Der BGH könne – so wird ihm entgegengehalten²⁴⁶ – nämlich den Wert des Nießbrauchs dann nicht abziehen, wenn etwa wegen stark gefallener Grundstückspreise der Erbfall maßgeblicher Bewertungsstichtag sei. Dies würde in der Tat zu dem zweckwidrigen Ergebnis führen, daß sich das Niederstwertprinzip auch zugunsten des Pflichtteilsberechtigten auswirken kann, nämlich in dem Fall, in dem der gefallene Grundstückswert zur Zeit des Erbfalls ohne Abzug des Nießbrauchswertes höher ist als der Grundstückswert zur Zeit der Schenkung abzüglich des kapitalisierten Nießbrauchswertes. Dieser Wertungswiderspruch ist nach der hier vertretenen Ansicht ausgeschlossen.

d) Abstrakte oder konkrete Berechnung

Aus dem Gedanken des pflichtteilsneutralen Alternativverhaltens folgt weiter, daß der Kapitalwert des abzuziehenden Nießbrauchs abstrakt aus Sicht des Tages der Schenkung (*ex ante*) und nicht konkret aus Sicht des Tages des Erbfalls (*ex post*) zu berechnen ist²⁴⁷. Ein hypothetischer Käufer des nießbrauchsbelasteten Grundstücks kann den Wert des Nießbrauchs nur anhand der statistischen Lebenserwartung des Nießbrauchs schätzen, wenn und soweit nicht bereits im Zeitpunkt des hypothetischen Verkaufs konkrete Umstände auf eine andere Lebenserwartung des Nießbrauchers, wie etwa eine schwere und unheilbare Krankheit, schließen lassen. Auch der BGH²⁴⁸ hat erkennen lassen, daß er den Nießbrauchswert „unter Berücksichtigung der Lebenserwartung des Nießbrauchers“ bestimmen will. Die Gegenansicht²⁴⁹ muß selbst einräumen, den Wert des Nießbrauchs in Fällen, in denen der Nießbrauch etwa Ehegatten nach § 428 BGB und dem Längerlebenden von ihnen allein zusteht, hinsichtlich des längerlebenden Ehegatten nur abstrakt berechnen zu können. Auch ist nicht einzusehen, warum die Zufälligkeit des Todeszeitpunktes – man denke etwa an einen tödlichen Verkehrsunfall des Nießbrauchers – über die Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs entscheiden soll²⁵⁰. Gewiß hängt der Umfang der Vermögenswerte, die dem Nießbraucher auf Grund des Nießbrauchs etwa in Form von Mieteinnahmen oder ersparten eigenen Aufwendungen für Mieten zufließen und noch im Nachlaß vorhanden sein könnten, von der konkreten Lebensdauer des Nießbrauchers ab. Indes kommt es auf den Umfang der ggfls. im Nachlaß noch vorhandenen Vermögenswerte nach dem Gedanken des pflichtteilsneutralen Alternativverhaltens gerade nicht an, wenn der hypothetische Verkauf des nießbrauchsbelasteten Grundstücks die nach § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB maßgebliche ungünstigste Verhaltensvariante ist.

Zur Berechnung der statistischen Lebenserwartung wird auf § 24 Abs. 2 KostO²⁵¹ und § 14 BewG (i.V.m. der Anlage 9 zum BewG)²⁵² zurückgegriffen, wobei m. E. die Regelung im BewG wegen der feineren Abstufungen vorzugswürdig ist.

VI. Lauf der Zehnjahresfrist gem. § 529 Abs. 1 BGB

Der verarmte Schenker kann die Herausgabe des Geschenkes nach § 529 Abs. 1 BGB u. a. dann nicht mehr verlangen, wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit zehn Jahre seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes verstrichen sind.

Nach h. M.²⁵³ ist die Leistung i.S.v. § 529 Abs. 1 BGB mit der Folge des Fristbeginns vollzogen, wenn der Schenker alles getan hat, was er zum Vollzug der Schenkung tun muß. Es genüge der Eingang des Umschreibungsantrags beim Grundbuchamt; die Eigentumsumschreibung sei nicht erforderlich.

Es ist zweifelhaft, ob die vorstehende Ansicht für die Frage des Fristlaufs beim Vorbehaltsnießbrauch aussagekräftig ist. Eine explizite Auseinandersetzung mit dieser Frage hat bislang nicht stattgefunden. Die vorstehende Ansicht stützt sich auf ein Urteil des OLG Köln²⁵⁴ aus dem Jahre 1985, also auf ein Urteil, das vor der Änderung der BGH-Rechtsprechung zum Fristlauf nach § 2325 Abs. 3 BGB ergangen ist. Auch ging das OLG Köln aus damaliger Sicht davon aus, den Fristlauf in § 529 BGB ebenso wie in § 2325 BGB zu bestimmen.

M. E. hindert ein Vorbehaltsnießbrauch – anders als bei § 2325 Abs. 3 BGB – den Lauf der Zehnjahresfrist nach § 529 Abs. 1 BGB nicht. Nach der in § 529 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung verdient der Schutz des Be-

245 Ähnlich BGHZ 118, 49 = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122, 123, wonach der Pflichtteilsberechtigte so stehen muß, „als sei der Gegenstand zur Zeit der dinglichen Vollziehung der Schenkung in Geld umgesetzt worden“.

246 Leipold, JZ 1994, 1121, 1123, Fn. 12; Reiff, FamRZ 1992, 803, 804; ders., NJW 1992, 2857, 2861; Dingerdissen, JZ 1993, 402 f.; Mayer, FamRZ 1994, 739, 743.

247 So Behmer, FamRZ 1994, 1375 f.; Dingerdissen, JZ 1993, 402, 404.

248 BGH DNotZ 1991, 902, 903 = FamRZ 1991, 552, 553; ebenso bereits BGH NJW 1995, 1832.

249 Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 168; Mayer, FamRZ 1994, 739, 744; ders., FamRZ 1994, 1376 f.

250 Behmer, FamRZ 1994, 1375, 1376.

251 Dingerdissen, JZ 1993, 402, 404.

252 Vgl. Mayer, FamRZ 1994, 739, 744 m.w.N.

253 OLG Köln FamRZ 1986, 988, 989; Palandt/Putzo, § 529 BGB, Rn. 3; Münch-Komm/Kollhossor, § 529 BGB, Rn. 3; Staudinger/Cremer, 13. Bearb. 1995, § 529 BGB, Rn. 1.

254 FamRZ 1986, 988.

schenken in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs nach zehn Jahren den Vorrang vor dem Schutz des Schenkers vor Verarmung. Die gesetzliche Gewichtung der gegenläufigen Schutzzwecke spricht dafür, die Leistung trotz vorbehaltenen Nießbrauchs als vollzogen anzusehen, sobald der Beschenkte eine vom Schenker unabhängige Erwerbsposition erlangt hat, was jedenfalls mit Eigentumsumschreibung der Fall ist. Von diesem Zeitpunkt an richtet sich der Beschenkte darauf ein, daß das Eigentum seiner Substanz nach bereits Bestandteil seines Vermögens ist. Im Hinblick darauf wird er etwa persönliche und finanzielle Leistungen an den Schenker erbringen, Investitionen in die Substanz tätigen, den Grundbesitz belasten und persönliche Verbindlichkeiten eingehen. Das Vertrauen des Beschenkten in die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs erscheint auf diesem Hintergrund bei einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt nicht minder schutzwürdig als bei einer vorbehaltlosen Schenkung.

Der bei § 2325 Abs. 3 BGB maßgebliche Gedanke, daß eine dolose Schenkung, also eine Schenkung zur gezielten Verkürzung der (Pflichtteils-)Rechte Dritter, nur dann wirksam verhindert wird, wenn der Schenker selbst den Genuß der Sache für zehn Jahre im wesentlichen entbehren muß, kann m. E. auf die §§ 528 f. BGB nicht bzw. nicht generell übertragen werden, da diese Vorschriften jedenfalls primär der Unterhaltssicherung des verarmten Schenkers dienen. Gemessen an diesem primären Schutzzweck ist nicht zu erkennen, warum der Schenker bei einer „kleinen“ Schenkung in Gestalt nießbrauchsbelasteten Eigentums weitergehenden Schutz (kein Lauf der Zehnjahresfrist) gegen Verarmung genießen sollte als bei einer „großen“ Schenkung, d. h. der Schenkung unbelasteten Eigentums. Ob den §§ 528 f. BGB daneben als selbständiger Schutzzweck die Entlastung der Allgemeinheit (Sozialhilfeträger) zugrunde liegt, ist zweifelhaft, da diese Vorschriften nicht unmittelbar, sondern erst durch die Überleitungsvorschrift des § 90 BSHG zur Entlastung der Allgemeinheit führen²⁵⁵. Auf den Schutz der in § 528 Abs. 1 BGB genannten Unterhaltsgläubiger des Schenkers (Verwandte, Ehegatte oder früherer Ehegatte) kann jedenfalls nur in den Fällen abgestellt werden, in denen solche Personen mit entsprechenden Unterhaltsansprüchen existieren.

Angesichts der jüngeren Rechtsprechung des BGH zum Fristlauf nach § 2325 Abs. 3 BGB ist ungewiß, ob die Gerichte der hier vertretenen abweichenden Bestimmung des Fristlaufs nach § 529 Abs. 1 BGB folgen. Wenn es den Beteiligten gerade auf den Lauf der Zehnjahresfrist nach § 529 Abs. 1 BGB ankommt, sollte als sicherer Weg eine der im Bereich des § 2325 Abs. 3 BGB anerkannten fristunschädlichen Ausweichgestaltungen²⁵⁶ in Betracht gezogen werden.

VII. Ausgewählte Steuerfragen

An dieser Stelle²⁵⁷ können nur einzelne Steuerfragen in Grundzügen skizziert werden.

1. Einkommensteuer

a) Zurechnung von Einkünften

Nach der jüngeren Rechtsprechung des BFH²⁵⁸ sind dem Nießbraucher (und nicht dem Eigentümer) die Erträge eines Grundstücks als Einkünfte zuzurechnen, wenn er selbst den

Tatbestand der jeweiligen Einkunftsart²⁵⁹ erfüllt. So setzt z. B. die Erfüllung des Tatbestandes der Vermietung und Verpachtung i.S.v. § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG voraus, daß der Nießbraucher im privaten Bereich²⁶⁰ selbst in die Rechtsstellung eines Vermieters oder Verpächters eintritt²⁶¹. Ein gesetzlicher Eintritt in bestehende Miet- oder Pachtverhältnisse (§§ 571, 577 BGB) ist den Mietern bzw. Pächtern anzuzeigen; außerhalb der §§ 571, 577 BGB ist eine Vertragsübernahme erforderlich; neue Miet- oder Pachtverträge müssen durch den Nießbraucher abgeschlossen werden. Unbare Mietzahlungen sind auf Konten des Nießbrauchers zu leisten²⁶².

Ein dem Eigentümer für die Bestellung des Nießbrauchs zufließendes Entgelt ist bei diesem als Einkunft aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen²⁶³.

b) Laufende Erwerbsaufwendungen

Laufende mit dem Grundbesitz verbundene Aufwendungen, insbesondere Ausbesserungen und Erneuerungen sowie öffentliche und private Lasten, kann nur derjenige als Werbungskosten (vgl. § 9 EStG) oder Betriebsausgaben (vgl. § 4 Abs. 4 EStG) geltend machen, der aus dem Grundbesitz Einkünfte erzielt. Erzielt weder Nießbraucher noch Eigentümer entsprechende Einkünfte, scheiden insoweit steuerliche Gestaltungsmotive aus. Erzielt, wie in aller Regel, nur der Nießbraucher Einkünfte, so kann es – vorbehaltlich höherwertiger zivilrechtlicher Belange²⁶⁴ – steuerlich sinnvoll sein, auch die den Eigentümer an sich treffenden Aufwendungen dem Nießbraucher aufzuerlegen.

Dem Umfange nach können der Vorbehalts-, der Zuwendungs- und der Vermächtnisnießbraucher alle laufenden Aufwendungen absetzen, die sie nach der Nießbrauchsvereinbarung – einschließlich etwaiger nicht beurkundeter Nebenabreden – oder nach der gesetzlichen Regelung zu tragen haben²⁶⁵. Auch Aufwendungen, zu denen der Nießbraucher nicht verpflichtet, aber nach § 1043 BGB berechtigt ist, kann der Nießbraucher nach neueren Urteilen des BFH²⁶⁶ jedenfalls absetzen, wenn und soweit kein Verwendungersatzanspruch (§ 1049 Abs. 1 BGB) besteht. Erst wenn der Nießbraucher auf einen solchen Verwendungersatzanspruch verzichtet, kann nach dieser Rechtsprechung eine nicht abzugsfähige Zuwendung i.S.v. § 12 Nr. 2 EStG vorliegen.

c) Absetzungen für Abnutzung (AfA)

Nur die Anschaffungs- und Herstellungskosten von abnutzbaren Wirtschaftsgütern können als Werbungskosten²⁶⁷ abgeschrieben werden. Abschreibungsfähig sind deshalb nur Gebäude, u. U. Gebäudebestandteile, nicht jedoch der Grund und Boden. Auch das Nießbrauchsrecht selbst ist ein selbständig abschreibungsfähiges Wirtschaftsgut²⁶⁸.

Grundsätzlich²⁶⁹ ist derjenige zur Vornahme von AfA befugt, der mit dem Wirtschaftsgut Einkünfte erzielt und die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Wirtschaftsgut selbst getragen hat; zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum ist dafür nicht erforderlich²⁷⁰.

So kann der Vorbehaltsnießbraucher etwa bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung AfA weiterhin auch für diejenigen Anschaffungs- und Herstellungskosten geltend machen,

255 Vgl. aber MünchKomm/Kollhoser, § 528 BGB, Rn. 3 m.w.N.

256 Siehe oben Abschn. B V 1 b ff.

257 Vgl. zu den steuerlichen Fragen ausführlich: Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 97 ff.; Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 106 ff.

258 BFH BSIBl. II 1981, 295 = MittRhNotK 1981, 177; BFH BSIBl. 1981, 297 = MittRhNotK 1981, 178; BFH BSIBl. 1981, 299 = MittRhNotK 1981, 179.

259 Vgl. § 2 Abs. 1 i.V.m. §§ 13–24 EStG.

260 Zur Zurechnung im betrieblichen Bereich: Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 161.

261 BFH BSIBl. II 1983, 502; BFH BSIBl. II 1986, 605.

262 Vgl. zum Vorstehenden insgesamt: Schreiben des BMF vom 15. 11. 1984 (im folgenden kurz: 2. Nießbrauchserlaß), BSIBl. I 1984, 561 (Tz. 1–4 und 10–12) = MittRhNotK 1984, 224.

263 BFH BSIBl. II 1979, 332; 2. Nießbrauchserlaß, BSIBl. I 1984, 561, 564 (Tz. 31–33) = MittRhNotK 1984, 224.

264 Siehe oben Abschn. B II 2 b gg.

265 Vgl. ausführlich dazu Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 162 ff.

266 BFH BSIBl. II 1990, 462 = NJW-RR 1990, 1034; BFH NV 1991, 740.

267 Vgl. insbes. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 i.V.m. den §§ 7 ff. EStG.

268 Vgl. zum Vorstehenden nur Tipke/Lang, Rn. 387.

269 Vgl. aber auch zur Fortsetzung von AfA, die der Rechtsvorgänger getragen hat, durch den Rechtsnachfolger bei unentgeltlichem Eigentumserwerb Tipke/Lang, Rn. 400.

270 Nur: BFH BSIBl. II 1994, 319, 320; BFH MittRhNotK 1982, 91; Tipke/Lang, Rn. 398 m.w.N.

die er vor der Bestellung des Nießbrauchs aufgewendet hat²⁷¹. So kann der Zuwendungsnießbraucher nur für die von ihm selbst auf das Nießbrauchsrecht aufgewendeten Anschaffungs- und Herstellungskosten, z. B. ein Nießbrauchsentgelt, AfA in Anspruch nehmen, nicht jedoch für die vom Eigentümer auf die Gebäude aufgewendeten Anschaffungs- und Herstellungskosten²⁷²; für diese kann auch der Eigentümer AfA nur vornehmen, wenn ihm Einkünfte, z. B. ein Nießbrauchsentgelt, zufließen²⁷³. Beim unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch geht mithin das den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Eigentümers entsprechende AfA-Volumen endgültig verloren²⁷⁴.

Nach gewandelter BFH-Rechtsprechung²⁷⁵ kann auch der Vermächtnisnießbraucher für die Anschaffungs- und Herstellungskosten, die der Erblasser getragen hat, keine AfA mehr beanspruchen. Vielmehr wird das entsprechende AfA-Volumen nunmehr den Erben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§ 1922 BGB) zugerechnet. Ein unentgeltlicher Vermächtnisnießbrauch kann deshalb – ebenso wie ein unentgeltlicher Zuwendungsnießbrauch – zum endgültigen Verlust von AfA-Volumen führen.

AfA-Volumen kann ferner verlorengehen, wenn ein Erbe die Erbschaft gegen Einräumung eines unentgeltlichen Grundstücksnießbrauchs ausschlägt²⁷⁶. Der Verlust wird vermieden, wenn der Erbe die Erbschaft annimmt und das Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt weitergibt; diese Gestaltung kann jedoch im Vergleich zur Ausschlagungsvariante gravierende schenkungsteuerliche Nachteile haben²⁷⁷.

d) Wohneigentumsförderung

Die Abzugsbefugnis nach § 10e EStG steht nach der Rechtsprechung des BFH²⁷⁸ und den Verwaltungsanweisungen²⁷⁹ nur dem zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentümer (§ 39 Abs. 2 AO) zu²⁸⁰. Da der bloße Vorbehaltsnießbrauch als solcher nicht als wirtschaftliches Eigentum anerkannt wird²⁸¹, kann es empfehlenswert sein, eine geplante Übergabe unter Nießbrauchsvorbehalt erst nach Ablauf des Abzugszeitraums des § 10e EStG vorzunehmen. Das gleiche gilt für die Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs zu Wohnzwecken des Nießbrauchers, da der Nießbraucher mangels wirtschaftlichen Eigentums und der Eigentümer mangels eigener Bewohnung nicht zum Abzug nach § 10e EStG berechtigt sind. Dagegen kann der Nießbraucher abzugsbefugt sein, soweit er ein Gebäude zu eigenen Wohnzwecken selbst errichtet und nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB dessen Eigentümer wird²⁸².

Für die an die Stelle des § 10e EStG getretene neue Wohneigentumsförderung nach dem Eigenheimzulagengesetz²⁸³ gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend, da auch insoweit nur der zivilrechtliche oder wirtschaftliche Eigentümer begünstigt ist²⁸⁴.

e) Totalvorbehalt der Erträge

Nach dem X. Senat des BFH²⁸⁵ können in einem Übergabevertrag vereinbarte wiederkehrende Versorgungszahlungen, namentlich dauernde Lasten, nicht als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG abgezogen werden, wenn der Übergeber sich zugleich sämtliche Erträge des übergebenen Vermögens in Form eines Nießbrauchs vorbehält. In diesem Falle seien die zusätzlichen Versorgungszahlungen nicht mehr als zurückbehaltenen Vermögenserträge anzusehen. Der Vorbehalt von Vermögenserträgen sei aber konstitutiv für das – vom Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG allein ausgenommene – steuerrechtliche Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen.

Demgegenüber beurteilen der IV.²⁸⁶, VIII.²⁸⁷ und XI.²⁸⁸ Senat des BFH, die ganz herrschende Literatur²⁸⁹ sowie die Verwaltungsanweisungen²⁹⁰ zu Recht die Abzugsfähigkeit nicht nach einem engen Deckungszusammenhang zwischen Erträgen und Versorgungszahlungen, sondern nach einem weiten Wertzusammenhang zwischen dem übergebenen Vermögen und den Versorgungszahlungen. Ein wesentliches Indiz gegen eine abzugsfähige Versorgungsleistung i.S.v. § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG und für eine Unterhaltsleistung oder sonstige nicht abzugsfähige Zuwendung i.S.v. § 12 Nr. 2 EStG sei erst dann gegeben, wenn der Wert des übergebenen Vermögens bei überschlägiger und großzügiger Betrachtung weniger als die Hälfte des Wertes der wiederkehrenden Versorgungszahlungen betrage.

Solange der X. Senat des BGH nicht von seinem Sonderweg abgegangen ist, ist es erwägenswert, anstelle eines Nießbrauchs am gesamten übergebenen Vermögen nur ein Wohnrecht²⁹¹, einen Quotennießbrauch oder einen Nießbrauch nur an einem Teil des übergebenen Vermögens zu vereinbaren, um die Abzugsfähigkeit zusätzlicher Versorgungszahlungen sicherzustellen²⁹².

f) Ablösung von Nießbrauchsrechten

Nach der neuen Rechtsprechung des BFH²⁹³ sind die einkommensteuerlichen Auswirkungen von Zahlungen zur Ablösung von Nießbrauchsrechten selbständig nach dem Ablösungsvorgang und nicht – wie bisher²⁹⁴ – nach dem Vorgang der Nießbrauchsbestellung zu beurteilen. Der BFH greift dabei u. a. auf die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Veräußerungs- und Versorgungsrente zurück²⁹⁵.

Wiederkehrende Zahlungen zur Ablösung eines Nießbrauchs bilden danach beim Verpflichteten abziehbare (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG) und beim Empfänger steuerbare (§ 22 Nr. 1 S. 1 und 3 EStG) Versorgungsleistungen (dauernde Lasten oder Leibrenten²⁹⁶), wenn sie an die Stelle eines Nießbrauchs treten, der bei einer unentgeltlichen Vermögensübergabe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vorbehalten wurde, oder wenn sie selbst Bestandteil einer (zweiten) unentgeltlichen Vermögensübergabe sind, deren Gegenstand nunmehr das Nießbrauchsrecht ist²⁹⁷. Die Ablösung braucht nicht bereits im

- 271 BFH BSIBl. II 1992, 67; BFFH BSIBl. II 1994, 319, 320; 2. Nießbrauchserlaß, BSIBl. I 1984, 561, 564 (Tz. 41) = MittRhNotK 1984, 224.
- 272 BFH NJW 1995, 3143 m.w.N.; 2. Nießbrauchserlaß, BSIBl. I 1984, 561, 563 (Tz. 19, 28) = MittRhNotK 1984, 224.
- 273 2. Nießbrauchserlaß, BSIBl. I 1984, 561, 564 (Tz. 31) = MittRhNotK 1984, 224.
- 274 Beck'sches Notar-Handbuch/Spiegelberger, E. 82.
- 275 BFH BSIBl. II 1994, 319, 320 = MittBayNot 1994, 264; BFH NV 1996, 22; nach dem Schreiben des BMF vom 22. 4. 1994, BSIBl. I 1994, 258 = MittBayNot 1994, 282, ist die neue Rspr. auf den Vermächtnisnießbrauch anzuwenden, der nach dem 31. 5. 1994 notariell beurkundet worden ist.
- 276 FG Düsseldorf EFG 1994, 914 (nicht rechtskräftig).
- 277 Dazu mit ausführlichem Vergleich der Gestaltungsvarianten Hannes, ZEV 1996, 10 ff.
- 278 BFH DSiR 1995, 1956.
- 279 Schreiben des BMF vom 31. 12. 1994, BSIBl. I 1994, 887 (Tz. 2, 5).
- 280 A. A. Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbaueinandersetzung, Rn. 153 m.w.N. zum Meinungsstand.
- 281 BFH BSIBl. II 1991, 909; BFH BSIBl. II 1989, 764; ausführliche Darstellung der Rspr. bei Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 103 ff.
- 282 Vgl. Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 138.
- 283 Gesetz zur Neuregelung der steuerrechtlichen Wohneigentumsförderung vom 15. 12. 1995, BGBl. I 1995, 1783 = BSIBl. I 1995, 775.
- 284 So Wacker, Eigenheimzulagengesetz, § 2 EigZulG, Rn. 50 f., 66; Stephan, DB 1996, 240.
- 285 BFH BSIBl. II 1994, 19 = ZEV 1994, 59; BFH BSIBl. II 1992, 803 = MittBayNot 1993, 53 = NJW 1993, 285.
- 286 BFH BSIBl. II 1993, 546 und 548.
- 287 BFH BSIBl. II 1992, 809.
- 288 BFH NV 1992, 382 und 734.
- 289 Spiegelberger, MittBayNot 1995, 104; Jansen/Wrede, Renten, Raten, Dauermde Lasten, 11. Aufl. 1995, Rn. 123 ff.; jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
- 290 Schreiben des BMF vom 13. 1. 1993, BSIBl. I 1993, 80, 82 (Tz. 6) = MittBay-Not 1993, 100.
- 291 Vgl. BFH BSIBl. II 1992, 1012, 1015.
- 292 Vgl. Wegmann, Grundstücksüberlassung, Rn. 230 ff.; Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbaueinandersetzung, Rn. 42.
- 293 Zusammenfassend BFH NV 1994, 848.
- 294 Vgl. 2. Nießbrauchserlaß, BSIBl. I 1984, 561 (Tz. 25, 34 f., 43, 46) = MittRh-NotK 1984, 224.
- 295 Eine Zusammenstellung der einschlägigen Rspr. findet sich bei Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbaueinandersetzung, Rn. 29 f.
- 296 Leibrenten sind nur mit dem Ertragsanteil steuerbar und als Sonderausgabe abziehbar (§§ 22 Nr. 1 S. 3 lit. a, 10 Nr. 1a S. 2 EStG).
- 297 BFH NV 1994, 848, 849; BFH BSIBl. II 1993, 89 = MittBayNot 1993, 234.

Übergabevertrag vereinbart worden zu sein²⁹⁸. Einmalzahlungen können nicht als Versorgungsleistungen anerkannt werden²⁹⁹.

Wiederkehrende oder einmalige Zahlungen zur Ablösung eines Nießbrauchs sind dagegen als entgeltliches Veräußerungsgeschäft und damit als Anschaffungskosten des Erwerbers anzusehen, wenn Leistung und Gegenleistung wie unter Fremden nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen worden sind³⁰⁰.

Schließlich besteht die Möglichkeit, daß Zahlungen insbesondere zur Ablösung eines unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauchs zwischen Eltern und Kindern wegen ihres Unterhaltscharakters (§ 12 Nr. 2 EStG) oder wegen Gestaltungsnißbrauchs (§ 42 AO) die steuerliche Anerkennung versagt wird³⁰¹.

g) Entnahme aus Betriebsvermögen

Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück, das zu einem Betriebsvermögen gehört, kann als Entnahmevergänger (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 EStG) zu einer Realisierung erheblicher Gewinne führen. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Vorgangs sowie der damit verbundenen schwierigen steuerrechtlichen Fragen sollte der Notar ohne besondere Steuerkenntnisse hier eine steuerliche Beratung nicht übernehmen und die Beteiligten an einen Steuerberater verweisen³⁰², zumal eine Entnahme grundsätzlich nicht rückgängig gemacht werden kann³⁰³.

Praktisch bedeutsam dürfte folgender Fall³⁰⁴ sein: Behält sich der Eigentümer (Betriebsinhaber) bei einer in Vorwegnahme der Erbfolge vorgenommenen unentgeltlichen Übertragung eines Betriebsgrundstücks auf ein Kind den unentgeltlichen Nießbrauch vor und setzt er anschließend die betriebliche Nutzung fort, so entnimmt er damit das Grundstück als Ganzes zum Teilwert³⁰⁵, also auch den vorbehaltenen Nutzungswert³⁰⁶. Der Vorbehaltsnießbrauch entsteht erst nach der Entnahme im privaten Bereich und kann dann vom Vorbehaltsnießbraucher nicht wieder mit dem Teilwert in das Betriebsvermögen eingelegt werden, sondern nur mit dem Wert seiner eigenen Aufwendungen, insbesondere der von ihm getragenen Anschaffungs- und Herstellungskosten, die im Zusammenhang mit dem betrieblich genutzten Grundstück stehen³⁰⁷.

2. Schenkungsteuer

a) Allgemeines

Ist ein Nießbrauch selbst Gegenstand der Schenkungsteuer, so kann der Nießbrauchserwerber die Steuer nach seiner Wahl entweder vom Kapitalwert³⁰⁸ des Nießbrauchs oder jährlich im Voraus vom Jahreswert mit Ablösungsmöglichkeit entrichten (§ 23 ErbStG).

Ist ein Nießbrauchsbelastetes Grundstück Gegenstand der Schenkungsteuer, so kann der Grundstückserwerber (bzw. der Erbe) den Kapitalwert des Nießbrauchs vom Steuerwert des zugewendeten Grundstücks nur dann abziehen, wenn der Nießbrauch anderen Personen als dem Schenker oder dem Ehegatten des Schenkers (bzw. des Erblassers) zusteht³⁰⁹. In den meisten Fällen führt somit der Nießbrauch wegen § 25 Abs. 2 ErbStG nicht zu einer Verringerung der Schenkungsteuer, sondern nur zu einer zinslosen Stundung der auf den Kapitalwert des Nießbrauchs entfallenden Schenkungsteuer³¹⁰.

b) Ausführung der Schenkung

Bei Schenkungen unter Lebenden entsteht die Schenkungsteuer mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Nach ständiger Rechtsprechung des BFH³¹¹ ist die Schenkung eines Grundstücks ausgeführt, wenn Schenker und Beschenkte die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen (Auflassung und Eintragungsbewilligung des Schenkers) in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte auf Grund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim Grundbuchamt die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken. Nicht erforderlich ist, daß der Beschenkte den Umschreibungsantrag gestellt hat³¹².

Ein Vorbehaltsnießbrauch hindert nach dem BFH³¹³ die Ausführung einer Schenkung nicht, auch wenn der Nießbrauch mit einem Veräußerungsverbot nebst vormerkungsgesichertem Rücküberweisungsanspruch gekoppelt ist. Selbst ein freier Widerrufsvorbehalt verbunden mit einer Verfügungsvollmacht zugunsten des Schenkers hindern nach dem BFH³¹⁴ die schenkungsteuerliche Ausführung nicht. Dies gilt nach richtiger Ansicht³¹⁵ auch dann, wenn ein Vorbehaltsnießbrauch, ein freies oder eingeschränktes Widerrufs-, Rücktritts- oder Rücküberweisungsrecht und eine Verfügungsvollmacht kumuliert oder kombiniert werden³¹⁶. Auch von Seiten der Finanzverwaltung³¹⁷ ist inzwischen eingeräumt worden, daß eine Kumulation solcher Rechte die schenkungsteuerliche Ausführung nur in „ganz besonders gelagerten Einzelfällen“ hindert, insbesondere wenn konkret erkennbar wird, daß das Vereinbarte nicht ernsthaft gewollt ist. Zivilrechtlich reichen auch weitreichende Vorbehaltsrechte als solche nicht zur Annahme eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) aus³¹⁸. Der sog. „Celler Wamschuf“³¹⁹ der Erbschaft- und Schenkungsteuerreferenten vom Herbst 1995 hat sich somit als entlarvender bloßer Schreckschuß herausgestellt.

Dennoch wird der vorsichtige, auch etwaige künftige Änderungen der Finanzrechtsprechung prognostizierende Notar zur Beschränkung von Widerrufs-, Rücktritts- oder Rücküberweisungsrechten auf bestimmte Gründe raten.

298 BFHE 170, 76 = NJW 1984, 679.

299 BFH BStBl. II 1993, 488.

300 BFH NV 1994, 848, 849 f.; BFH BStBl. II 1993, 486 = MittRfHNotK 1993, 297; zur allgemeinen Abgrenzung zwischen Veräußerungsentgelt und Versorgungsleistung: BFH BStBl. II 1992, 465, 466 f.; vgl. auch das Schreiben des BMF vom 13. 1. 1993, BStBl. I 1993, 80, 81 (Tz. 2, 4) = MittBayNot 1993, 100.

301 BFH NJW 1994, 680 = DB 1993, 1906 = DSiZ 1993, 664; Hessisches FG EFG 1994, 92.

302 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Spiegelberger, E. 50.

303 BFH BStBl. II 1983, 736.

304 Vgl. zu weiteren Fallgestaltungen: Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 212 ff.; Obermeier, Vorweggenommene Erbfolge und Erbauseinandersetzung, Rn. 401 ff.

305 Vgl. zum Begriff des Teilwertes: § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG.

306 BFH BStBl. II 1974, 481; BFH BStBl. II 1983, 736.

307 BFH BStBl. II 1989, 763.

308 Vgl. die §§ 13–16 BewG.

309 BFH BStBl. II 1989, 524 = MittBayNot 1989, 232; so auch die gleichlautenden Ländererlasse, BStBl. I 1993, 1002; Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, A. V. 39 f.

310 Vgl. zu steuersparenden Ersatzlösungen: Faßbender, in: Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter, Notariatskunde, Rn. 518 f.

311 Nur BFH BStBl. II 1991, 320, 321.

312 Ganz h. M.: BFH BStBl. II 1991, 320, 321; ebenso die Finanzverwaltung, DSiR 1991, 384; Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 11. Aufl. 1994, § 9 ErbStG, Rn. 71; Spiegelberger, DSiR 1995, 1702, 1703; Meyding, ZEV 1995, 397, 400 f.; Knöchlein, MittBayNot 1995, 345, 346 bei und mit Fn. 6; a. A. Klein-Blenkers, DSiR 1991, 1549, 1553 ff.; vgl. auch Schreiben der OFD München und Nürnberg vom 27. 11. 1995, MittBayNot 1996, 134, wonach eine schuldrechtliche Verpflichtung des Beschenkten, von der Eintragungsbewilligung vorerst keinen Gebrauch zu machen, die Ausführung der Schenkung hindert.

313 BFH BStBl. II 1983, 179, 180 = BFHE 137, 188 = NJW 1983, 904.

314 BFH BStBl. II 1989, 1034, 1036 = MittBayNot 1990, 127 = NJW 1990, 1750 unter Aufgabe seiner abweichenden Ansicht in BStBl. II 1985, 159.

315 So einhellig die neuere Lit.: Spiegelberger, DSiR 1995, 1702, 1703 f.; Jütte, ZEV 1995, 403; Meyding, ZEV 1995, 397, 401 ff.; Knöchlein, MittBayNot 1995, 345, 346.

316 So auch das Schreiben der OFD München vom 27. 12. 1993, MittBayNot 1994, 87, 88.

317 Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums vom 11. 10. 1995, NJW 1995, 3373 f. = ZEV 1995, 407 = DSiR 1995, 1714; nahezu gleichlautend auch das Schreiben des Saarländischen Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen vom 24. 10. 1995, B/5 – 414/95 – S 3806.

318 So bereits OLG Celle DNotZ 1974, 731, 732.

319 Der Begriff ist von Jütte, ZEV 1995, 403.

c) Zusatzverpflichtungen des Nießbrauchers als Zusatz-Schenkung

Übernimmt ein Vorbehaltsnießbraucher über das Gesetz hinaus im Rahmen zulässiger Abänderung des gesetzlichen Schuldverhältnisses weitere Leistungspflichten, etwa auch außergewöhnliche Erhaltungsaufwendungen oder finanzielle Sonderlasten, so kann in diesen verdinglichten Zusatzpflichten nach richtiger Ansicht³²⁰ keine gesondert steuerbare Zusatz-Schenkung gesehen werden. Bei einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt ist der Wille der Beteiligten auf eine einheitliche Auflagenschenkung gerichtet. Eine Aufspaltung in eine Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt mit gesetzlichem Inhalt und eine Zusatz-Schenkung der Sonderleistungen steht mit der auch für das Schenkungssteuerrecht maßgeblichen zivilrechtlichen Rechtslage nicht im Einklang. Etwas anderes kann nur gelten für besondere schuldrechtliche Zusatzpflichten des Vorbehaltsnießbrauchers, die über die Grenzen zulässiger Verdinglichung hinausgehen.

d) Erbausschlagung gegen Nießbrauchsabfindung

Möchte ein Erbe ein geerbtes Grundstück unmittelbar nach dem Erbfall an seine Kinder weitergeben, so kann im Einzelfall die Ausschlagung der Erbschaft gegen Geld- oder Nießbrauchsabfindung gegenüber einer Annahme der Erbschaft mit anschließender Übergabe unter Nießbrauchsvorbehalt zur Ersparnis von Schenkungssteuer führen³²¹.

Eine Ausschlagung kann bei den nächstberufenen Erben zu einer niedrigeren Progression und zu einer mehrfachen Ausnutzung von Freibeträgen führen, aber auch mit einem Wechsel in eine ungünstigere Steuerklasse verbunden sein. Die nächstberufenen Erben können eine für die Ausschlagung gewährte Geld- oder Nießbrauchsabfindung von ihrem steuerpflichtigen Erwerb nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abziehen, so daß sich in diesem Umfang ein etwaiger Wechsel in eine ungünstigere Steuerklasse nicht auswirkt. Diese Abzugsmöglichkeit besteht allerdings gem. § 25 Abs. 1 ErbStG nicht, wenn der Ehegatte des Erblassers die Erbschaft gegen Nießbrauchsabfindung ausschlägt.

Der ausschlagende Erbe hat eine Geld- oder Nießbrauchsabfindung nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG nur so zu versteuern, als sei sie ihm vom Erblasser selbst zugewendet worden.

3. Grunderwerbsteuer

Nur wenn der Kapitalwert eines vorbehaltenen Nießbrauchs bei der Bemessung der Schenkungssteuer vom Wert der Zuwendung abgezogen werden kann, also nur außerhalb des Anwendungsbereichs des § 25 ErbStG, kann Grunderwerbsteuer wegen der Nießbrauchsaufgabe (vgl. § 3 Nr. 2 S. 2 GrEStG) erhoben werden³²².

C.

Zusammenfassung

1. Nießbrauch und Benutzungsdienstbarkeiten sind nach zutreffender Ansicht rein formell nur nach dem Inhalt der Bestellungsurkunde abzugrenzen.
2. Die rechtsgeschäftliche Ausgestaltung des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Nießbraucher findet ihre Grenzen an den Grundsätzen der Substanzerhaltung der dienenden Sache und der Unzulässigkeit von positiven Leistungspflichten des Eigentümers. Bei Vereinbarung eines Brutto- oder NettoNießbrauchs sind differenzierte, auf die gesetzliche Regelung abgestimmte Formulierungen zu empfehlen. Vor allzu knappen und pauschalen Formeln ist zu warnen. Steuerliche Motive dürfen die Vertragsgestaltung nicht zu Lasten höherwertiger zivilrechtlicher Belange der Beteiligten beeinflussen.
3. Der Vorbehaltsnießbraucher kann vor den Gefahren, die von alten (vorrangigen) Grundpfandrechten für seine Sicherheit ausgehen, durch die richtige Zuordnung der Rückgewähransprüche und eine zweckentsprechende Gestaltung der Sicherungsabrede geschützt werden. Dem Nießbraucher kann außerhalb des Nießbrauchs auch die Belastungsmöglichkeit eingeräumt werden, vorzugsweise durch eine Kombination aus schuldrechtlicher Bestellungsverpflichtung und Belastungsvollmacht. Umgekehrt kann der Eigentümer sein Interesse, auch nach der Bestellung des Nießbrauchs noch vorrangige Grundpfandrechte bestellen zu können, sichern, vorzugsweise durch eine Kombination aus schuldrechtlicher Rangrücktrittsverpflichtung und Rangrücktrittsvollmacht.
4. Soll ein Nießbrauch dem oder den Längerebenden von mehreren Berechtigten allein und in vollem Umfang weiter zustehen, so empfiehlt sich die Bestellung mehrerer selbständiger, inhalts- und ranggleicher Nießbrauchsrechte auf die jeweilige Lebensdauer der Berechtigten.
5. Ein uneingeschränkt vorbehaltener Nießbrauch hindert den Lauf der Zehnjahresfrist im Pflichtteilsergänzungsrecht (§ 2325 Abs. 3 BGB). Der kapitalisierte Nießbrauchswert ist jedoch vom Grundstückswert zur Zeit der Schenkung abzuziehen, und zwar nach richtiger Ansicht bereits bei der Feststellung des maßgeblichen Bewertungsstichtages i.S.d. Niederstwertprinzips (§ 2325 Abs. 2 S. 2 BGB).
6. Ein uneingeschränkt vorbehaltener Nießbrauch hindert dagegen nicht den Lauf der Zehnjahresfrist im Schenkungsrecht (§ 529 Abs. 1 BGB).
7. In jüngerer Zeit sind die steuerlichen Vorteile des Nießbrauchs weiter eingeschränkt worden.

320 Knöchlein, MittBayNot 1995, 345, 348 ff.; Spiegelberger, ZEV 1994, 214, 220, Ziff. 3.3.

321 Dazu und zum Nachstehenden ausführlich Hannes, ZEV 1996, 10. ff.

322 BFH BStBl. II 1992, 420; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 335; Staudinger/Frank, Vorbem. vor § 1030 BGB, Rn. 177.