

## OLG Dresden, 06.03.2009, 20 U 928/08

### Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung durch den Insolvenzverwalter eines Ehegatten

<b>Gericht:</b>	OLG Dresden
<b>Datum:</b>	06.03.2009
<b>Aktenzeichen:</b>	20 U 928/08
<b>Entscheidungsform:</b>	Urteil
<b>LexisNexis Fundstelle:</b>	LNR 2009, 29617
<b>Fundstellen:</b>	EWiR 2009, 749 FamRZ 2010, 588-592 <u>ZInsO 2009, 1161-1167</u> ZIP 2009, 1017-1021
<b>Rechtsgrundlagen:</b>	<u>§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB</u> <u>§ 26 EStG</u> <u>§ 10d EStG</u>
<b>Verfahrensgang:</b>	vorgehend: LG Dresden - 22.05.2008 - AZ: 7 O 3073/07

### Amtlicher Leitsatz:

1. Wenn über das Vermögen des aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Abgabe einer Zustimmungserklärung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG verpflichteten Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet ist, hat der Insolvenzverwalter die notwendigen Erklärungen abzugeben.

Dies gilt auch für Veranlagungszeiträume vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens (wie BGH FamRZ 2007, 1320).

2. Der Insolvenzverwalter hat wie der insolvente Ehegatte selbst die Interessen des solventen Ehegatten zu berücksichtigen, solange die Ehepartner in intakter Ehe zusammenleben.

3. Der Verlustvortrag nach § 10d EStG gehört nicht zur Insolvenzmasse. Er ist lediglich eine Chance, zukünftig die Steuerlast zu senken.

4. Wie der in Anspruch genommene Ehegatte kann der Insolvenzverwalter seine Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung davon abhängig machen, dass der solvente Ehegatte sich verpflichtet, alle steuerlichen Nachteile, die der Masse, aber auch dem Ehegatten durch die gemeinsame Veranlagung entstehen, auszugleichen.

Zu diesen Nachteilen ist auch der Verlust des Verlustvortrags nach § 10d EStG zu zählen.

5. Der Insolvenzverwalter kann die Zustimmungserklärung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG davon abhängig machen, dass der solvente Ehegatte im Verhältnis zur Masse in Höhe der zu erwartenden steuerlichen Nachteile Sicherheit leistet.

### Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 22.05.2008 wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt,

a) für die Veranlagungszeiträume 2002 und 2003 der Zusammenveranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer zuzustimmen und ihre Anträge vom 09.05.2007 auf getrennte Veranlagung zurückzunehmen,

b) für den Veranlagungszeitraum 2004 der Zusammenveranlagung der Eheleute zuzustimmen, jeweils Zug um Zug gegen die Erklärung der Klägerin gegenüber der Beklagten, für alle durch die gemeinsame Veranlagung der Eheleute der Masse und/oder dem Schuldner entstehenden steuerlichen Nachteile aufzukommen, sowie gegen Stellung einer Sicherheit zur Absicherung der Verpflichtung der Klägerin aus dieser Erklärung gegenüber der Masse in Höhe von 28.000,00 EUR.

Die Sicherheit wird erbracht durch Verpfändung eines Festgeldkontos der Klägerin bei der Deutschen Bank.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/5 und die Beklagte 4/5 zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung aus dem Urteil durch die Gegenseite abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt bis zu 110.000 EUR.

In Abänderung des erstinstanzlichen Streitwertbeschlusses vom 22.05.2008 wird der Streitwert für den ersten Rechtszug auf bis zu 110.000 EUR festgesetzt.

## Gründe

A.

Die Klägerin ist seit 1974 mit verheiratet.

Über dessen Vermögen wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Dresden - Insolvenzgericht - vom 21.01.2004 (Az.: 533 IN 1011/03) zum 22.01.2004 das Insolvenzverfahren eröffnet und zugleich die Beklagte zur Insolvenzverwalterin bestellt. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung zur Einkommensteuer mit ihrem Ehemann für die Jahre 2002 bis 2004 in Anspruch.

Die Klägerin ist als selbständige Rechtsanwältin tätig und erzielt neben Einkünften aus ihrer selbständigen Tätigkeit noch Kapitaleinkünfte sowie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Ihr Ehemann erzielte in den streitgegenständlichen Veranlagungszeiträumen Einkünfte aus selbständiger und nichtselbständiger Tätigkeit sowie aus Vermietung und Verpachtung.

In den Veranlagungszeiträumen 2002 und 2003 wurden die Eheleute mit Zustimmung der Beklagten zunächst gemeinsam zur Einkommensteuer veranlagt. Das zuständige Finanzamt erließ gegenüber der Klägerin am 12.03.2007 Bescheide über Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag. Für das Jahr 2004 erstellte die Klägerin ebenfalls ihre Einkommensteuererklärung und beantragte bei dem zuständigen Finanzamt die Zusammenveranlagung mit ihrem Ehemann. Die Beklagte

nahm die für den Ehemann der Klägerin erforderlichen Ergänzungen vor, reichte die gemeinsame Einkommensteuererklärung der Eheleute mit Schreiben vom 25.11.2005 bei dem zuständigen Finanzamt ein und teilte dies mit Faxschreiben vom 02.12.2005 der Klägerin mit. Am 09.05.2007 beantragte die Beklagte bei dem zuständigen Finanzamt, die getrennte Veranlagung gemäß § 26 EStG für die Veranlagungszeiträume 2002 bis 2004 durchzuführen. Dem trat die Klägerin mit Schreiben vom 08.06.2007, auf das verwiesen wird (Anlage K 12 der Anlagenmappe), entgegen. Mehrfach erklärte sie gegenüber der Insolvenzverwalterin, Nachteile, die durch die Zusammenveranlagung mit ihrem Mann für die Insolvenzmasse entstehen könnten, ausgleichen zu wollen.

Der Ehemann der Klägerin hat vor seiner Insolvenz mit einer Immobilie in hohe Verluste erwirtschaftet. Mit Bescheid vom 12.02.2007 stellte das Finanzamt (unter dem Vorbehalt der Nachprüfung) für ihn den verbleibenden Verlustvortrag nach § 10d EStG für die Einkünfte aus Gewerbebetrieb zum 31.12.2003 auf über 2,5 Mio. EUR fest.

Die Klägerin war der Ansicht, dass die Beklagte aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet sei, für die Veranlagungszeiträume 2002 bis 2004 einer gemeinsamen Veranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer zuzustimmen, da die gemeinsame Veranlagung für sie, die Klägerin, nur Vorteile habe und sie sich bereits verpflichtet habe, die steuerlichen Nachteile, die der Masse und ihrem Ehemann durch die gemeinsame Veranlagung entstünden, auszugleichen. Etwas anderes ergebe sich nicht aus dem Umstand, dass über das Vermögen ihres Ehemannes das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Sie wollte insbesondere auch an dem Verlustvortrag nach § 10d EStG aus dem Gewerbebetrieb ihres Ehemannes partizipieren. Sie hat weiter vorgetragen: Einen Ausgleich für die entstehenden Rechtsanwalts- und Steuerberaterkosten könne die Beklagte nicht verlangen. Denn es handele sich schon nicht um einen Nachteil, der ihrem Ehemann durch die begehrte Zusammenveranlagung entstehe. Im Übrigen habe sie - unstrittig - bisher die erforderlichen Steuererklärungen sowie die erforderlichen Bilanzen der KG fertigen lassen und die Steuerberaterkosten zu 100 % getragen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. für die Veranlagungszeiträume 2002 und 2003 der Zusammenveranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer zuzustimmen und ihre Anträge vom 09.05.2007 auf getrennte Veranlagung zurückzunehmen,
2. für den Veranlagungszeitraum 2004 der Zusammenveranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer zuzustimmen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen: Die Klage sei schon deshalb abzuweisen, weil die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Zusammenveranlagung gem. § 26 EStG in den Jahren 2002 bis 2004 nicht vorgelegen hätten. Denn die Klägerin und ihr Ehemann hätten getrennt gelebt.

Unabhängig hiervon stehe der Klägerin ein Anspruch auf Erklärung der Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung der Eheleute gegen sie wegen der Insolvenz des Ehemannes nicht zu. Der Verlustvortrag des Insolvenzschuldners dürfe nicht genutzt werden, ohne dass der Insolvenzmasse ein entsprechender Vermögenswert zufließe, der an die Gläubiger verteilt werden könne. Denn bei einem Verlustvortrag handele es sich um eine Rechtsposition, welche nach der insolvenzrechtlichen Zuordnung gem. § 35 InsO den Gläubigern des Insolvenzschuldners, nicht aber dem anderen Ehegatten gebühre; zur Insolvenzmasse gehörten nach § 35 InsO alle Rechtspositionen, die einen Geldwert darstellen.

Ergänzend wird wegen des erstinstanzlichen Vortrages der Parteien auf die gewechselten

Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Das Landgericht Dresden hat die Beklagte mit Urteil vom 22.05.2008 (Bl. 110-112 dA) verurteilt, für die Veranlagungszeiträume 2002 und 2003 der Zusammenveranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer zuzustimmen und ihre Anträge vom 09.05.2007 auf getrennte Veranlagung zurückzunehmen sowie für den Veranlagungszeitraum 2004 der Zusammenveranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer zuzustimmen. Wegen der Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen diese, ihr am 26.05.2008 zugestellte, Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer am 12.06.2008 bei dem Oberlandesgericht Dresden eingegangenen Berufung, die sie mit am 24.07.2008 bei dem Oberlandesgericht Dresden eingegangenem Schriftsatz begründet hat.

Die Beklagte verfolgt ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Sie moniert zunächst die in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachte Auffassung des Landgerichts, wonach sie nach den Rechtsgrundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert sei, ihre Zustimmung zur Zusammenveranlagung für die Veranlagungszeiträume 2002 und 2003 zu widerrufen. Denn aus einer bereits durchgeführten Zusammenveranlagung könne nicht auf einen Bindungswillen dahingehend geschlossen werden, dass eine andere Wahl der Veranlagung nicht mehr möglich sei.

Das Landgericht habe zudem verkannt, dass die Klägerin mit Schreiben vom 08.06.2007 ausdrücklich für das Veranlagungsjahr 2004 auf eine Zusammenveranlagung verzichtet habe. Die Auffassung des Landgerichts, wonach es sich hierbei lediglich um einen Vergleichsvorschlag gehandelt habe, der nicht von ihr, der Beklagten, angenommen worden sei, sei nicht zutreffend.

Überdies sei sie, die Beklagte, unter keinem Gesichtspunkt verpflichtet, die von der Klägerin erstrebte Zustimmungserklärung zur Zusammenveranlagung für die Jahre 2002 bis 2004 abzugeben. Dem stehe bereits entgegen, dass mit der Abgabe der erstrebten Zustimmungserklärung eine Masseverbindlichkeit begründet würde. Denn nach § 44 Abgabenordnung hafteten im Fall der gemeinsamen Veranlagung die Klägerin und ihr Ehemann gesamtschuldnerisch.

Der Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung müsse in das System der Insolvenzordnung eingeordnet werden. Sollte der Insolvenzverwalter selbst zum Handeln verpflichtet sein, müsse es sich um eine Masseverbindlichkeit i.S.d. § 53-55 InsO oder um einen Aussonderungsanspruch handeln. Andere vermögensrechtliche Ansprüche von Gläubigern des Schuldners seien einfache Insolvenzforderungen i.S.v. § 38 InsO, sofern diese Ansprüche zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet waren, was auf den aus § 1353 BGB folgenden Anspruch auf Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung zutreffe.

Im Übrigen wiederholt die Beklagte zur Begründung ihrer von der angefochtenen Entscheidung abweichenden Auffassung im wesentlichen das erstinstanzliche Vorbringen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Dresden vom 22.05.2008, Az.: 7 O 3073/07, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Auffassung des Landgerichts, wonach die Beklagte sich treuwidrig verhalten habe und sie deshalb ihre zunächst für die Veranlagungszeiträume 2002 und 2003 erteilten Zustimmungen zur Zusammenveranlagung nicht widerrufen dürfe. Überdies sei gerade die Wahl der getrennten Veranlagung durch die Beklagte missbräuchlich und treuwidrig.

Wegen des weiteren zweitinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften vom 16.09.2008 (Bl. 149-151 dA) und 08.01.2009 (Bl. 262-263) Bezug genommen.

B.

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, sie hat aber nur teilweise Erfolg. Die Beklagte ist der Klägerin gegenüber aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Abgabe der geforderten Zustimmungserklärung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG verpflichtet. Allerdings hat sie die Zustimmung nur zu erklären Zug um Zug gegen Abgabe einer Verpflichtungserklärung der Klägerin, für die durch die Zusammenveranlagung der Eheleute entstehenden Steuernachteile aufzukommen, sowie gegen Stellung einer Sicherheitsleistung i.H.v. 28.000,00 EUR.

1. Die Klägerin hätte ohne Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Ehemannes zweifelsohne gegen ihn einen Anspruch auf Abgabe der Zustimmungserklärung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG.

Grundsätzlich kann die Ehegatten bei intakter Ehe die Pflicht zur Zustimmung zur Zusammenveranlagung im Rahmen des § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB treffen. In ständiger Rechtsprechung bejaht der Bundesgerichtshof die aus § 1353 BGB folgende Verpflichtung eines Ehegatten, einer vom anderen Ehegatten gewünschten Veranlagung zuzustimmen, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen Ehegatten verringert und der auf Zustimmung in Anspruch genommene Ehegatte keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird. Ergibt sich infolge der Zusammenveranlagung zwar für den anderen Ehegatten eine geringere, für den auf Zustimmung in Anspruch genommenen Ehegatten aber eine höhere Steuerbelastung als bei getrennter Veranlagung, so ist der andere Ehegatte zum internen Ausgleich verpflichtet (BGH FamRZ 2005, 182, FamRZ 77, 38; FamRZ 1988, 143; FamRZ 2002, 1024; FamRZ 1983, 576 betreffend Zustimmung zum begrenzten Realsplitting)

Die Voraussetzungen dieses familienrechtlichen Anspruchs liegen vor.

1.1. Die Steuerlast der Klägerin reduziert sich infolge der gemeinsamen Veranlagung der Ehegatten. Soweit sich gleichzeitig der ihrem Ehemann zustehende Rückerstattungsbetrag reduziert, will die Klägerin diesen Nachteil der Masse ausgleichen.

So müssten die Eheleute bei einer gemeinsamen Veranlagung für 2002 rund 31.000 EUR Einkommensteuer zahlen. Bei einer getrennten Veranlagung müsste der Ehemann Einkommensteuer iHv. rund 23.000 EUR zahlen, die Klägerin Einkommensteuern iHv. rund 43.000 EUR. Durch die gemeinsame Veranlagung entstünde dem Ehemann und mithin der Masse ein Nachteil in Höhe von maximal 6.500 EUR, wie die Parteien vor dem Senat am 08.01.2009 unstrittig gestellt haben, weil sich in dieser Höhe der Steuererstattungsanspruch des Ehemannes bzw. der Masse gegenüber dem Finanzamt bei einer gemeinsamen Veranlagung reduzieren würde.

Für das Jahr 2003 müssten die Eheleute bei einer gemeinsamen Veranlagung Einkommensteuer iHv. rund 3.200 EUR zahlen. Bei einer getrennten Veranlagung müsste der Ehemann keine Einkommensteuer und die Klägerin Einkommensteuer iHv. rund 52.000 EUR zahlen. Durch die gemeinsame Veranlagung entstünde dem Ehemann und mithin der Masse ein Nachteil in Höhe von maximal 1.500 EUR, wie die Parteien vor dem Senat am 08.01.2009 unstrittig gestellt haben, weil sich in dieser Höhe der Steuererstattungsanspruch des Ehemannes bzw. der Masse gegenüber dem Finanzamt bei einer gemeinsamen Veranlagung reduzieren würde.

Für das Jahr 2004 müssten die Eheleute bei gemeinsamer Veranlagung keine Einkommensteuer zahlen. Bei getrennter Veranlagung müsste der Ehemann keine Einkommensteuer zahlen, die Klägerin rund 18.000 EUR. Durch die gemeinsame Veranlagung entstünde dem Ehemann kein unmittelbarer Steuerschaden, wie die Parteien vor dem Senat am 08.01.2009 unstrittig gestellt haben.

1.2. Allerdings ist zwischen den Parteien streitig, welche Rolle der vom Ehemann erwirtschaftete Verlustvortrag nach § 10d EStG in diesem Zusammenhang spielt.

Der Bundesgerichtshof hat Zweifel angemeldet, ob ein Ehegatte die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung verweigern kann, wenn ihm durch die gemeinsame Veranlagung für den Veranlagungszeitraum keine steuerlichen Nachteile entstehen, ihm vielmehr lediglich die Chance genommen wird, die von ihm im Veranlagungszeitraum erwirtschafteten Verluste im Wege des Verlustvortrags (§ 10d Abs. 2 EStG) von etwaigen künftigen Einnahmen steuermindernd in Abzug zu bringen (BGHZ 155, 249, zit. nach juris Rdn. 12; vgl. auch Brudermüller in Palandt BGB 68. Aufl. § 1353 Rn. 12a).

Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Frankfurt (FamRZ 2004, 877) entschieden, dass der Verbrauch des Verlustvortrags nach § 10d EStG ein Nachteil sei, so dass ein Ehegatte die gemeinsame Veranlagung verweigern dürfe. Dabei lag dem Oberlandesgericht Frankfurt ein Sachverhalt vor, bei dem der in Anspruch genommene Ehegatte tatsächlich sämtliche Verlustvorträge für das streitgegenständliche Veranlagungsjahr aufgebraucht hatte. Mithin musste die in Anspruch genommene Ehefrau bei gemeinsamer Veranlagung konkret mit einem Nachteil rechnen.

Ebenso ist das Oberlandesgericht Stuttgart (FamRZ 1993, 191) wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Verbrauch des Verlustvortrags nach § 10d EStG einen Nachteil für den auf Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung in Anspruch genommenen Ehegatten darstellt. Allerdings konnte hier der in Anspruch genommene Ehegatte seinen steuerlichen Nachteil diesbezüglich genau beziffern.

Jedenfalls in einem Fall wie vorliegend, wo überhaupt noch nicht feststeht, ob und in welcher Höhe dem in Anspruch genommenen Ehegatten durch den im Zuge einer gemeinsamen Veranlagung verbrauchten Verlustvortrag nach § 10d EStG ein Nachteil entsteht, kann dieser nach Auffassung des Senats die gemeinsame Veranlagung jedenfalls dann nicht verweigern, wenn der die gemeinsame Veranlagung anstrebende Ehegatte bereit ist, etwaige Nachteile des Ehegatten auszugleichen.

1.3. Dem zivilrechtlichen Anspruch auf Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung stünde nicht entgegen, wenn zwischen den Eheleuten im Zivilprozess streitig wäre, ob sie im maßgeblichen Zeitraum (2002 bis 2004) zusammen gelebt haben. Steuerlich setzt die gemeinsame Veranlagung von Ehegatten nach § 26 Abs. 1 EStG zwar voraus, dass diese nicht dauernd getrennt leben. Der Streit über diese Frage ist jedoch nicht vor dem Zivilgericht, sondern im finanzgerichtlichen Verfahren zu klären (hierzu BGH FamRZ 2005, 182).

Die Beklagte hat zudem ihren erstinstanzlichen Vortrag, wonach die Eheleute in den streitgegenständlichen Jahren dauerhaft voneinander getrennt gelebt hätten, in der Berufungsinstanz nicht mehr aufrechterhalten.

1.4. Die Klägerin hätte gegen ihren Ehegatten auch einen Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung für das Jahr 2004. Sie hat nicht, wie die Beklagte meint, mit Schreiben vom 08.06.2007 für dieses Jahr bindend auf eine gemeinsame Veranlagung der Eheleute verzichtet.

Dem Schreiben ist für die Beklagte erkennbar zu entnehmen, dass die Klägerin auf die gemeinsame Veranlagung für das Jahr 2004 nur verzichten wollte, wenn es bei der gemeinsamen Veranlagung für die Jahre 2002 und 2003 bliebe. Da eine Verständigung diesbezüglich zwischen den Parteien nicht zustande kam, kann die Klägerin ihren Anspruch weiter verfolgen.

Weiter fehlt es an einer erforderlichen Annahme des Verzichts durch die Beklagte. Denn das Gesetz sieht einen einseitigen Verzicht auf schuldrechtliche Forderungen nicht vor (BGH NJW 1987, 3203); möglich ist allenfalls ein einseitiger Verzicht auf Einreden und Gestaltungsrechte. Hierunter fällt der streitgegenständliche Anspruch auf Abgabe einer Zustimmungserklärung aber gerade nicht.

2. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Ehemannes der Klägerin zum 23.01.2004 ist dieser nicht mehr in der Lage, die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung zu erklären. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des auf Abgabe der Zustimmungserklärung in Anspruch genommenen Ehegatten ist nur noch der bestellte Insolvenzverwalter, die Beklagte, passivlegitimiert (so ausdrücklich BGH FamRZ 2007, 1320). Der Bundesgerichtshof hat sich in der zitierten Entscheidung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, wonach das Wahlrecht des § 26 Abs. 2 EStG kein höchstpersönliches Recht sei, sondern ein Verwaltungsrecht, welches etwa beim Tod eines Ehegatten auf dessen Erben übergehe (BFHE 77, 754; 81, 236), ausdrücklich für den Fall der Insolvenz eines Ehegatten angeschlossen.

Der Insolvenzverwalter hat nach § 34 Abs. 1 und 3 AO die steuerlichen Pflichten des Schuldners zu erfüllen, soweit seine Verwaltung reicht. Die Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters umfasst nach § 80 Abs. 1 InsO das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen. Das Veranlagungswahlrecht als solches ist zwar kein Vermögensgegenstand, sondern ein Verwaltungsrecht, das lediglich vermögensrechtlichen Bezug aufweist. Demgegenüber ist der vom Veranlagungsergebnis abhängige Erstattungsanspruch nach § 46 Abs. 1 AO pfändbar und gehört zur Insolvenzmasse der Gläubiger (so BGH FamRZ 2007, 1320).

Dies gilt auch dann, soweit der Erstattungsanspruch -wie hier - Veranlagungszeiträume vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens betrifft (vgl. die bereits zitierte BGH-Entscheidung).

Danach könnte die Beklagte auch hinsichtlich der Veranlagungszeiträume 2002 und 2003 nach § 80 InsO durch die von der Klägerin erstrebte Zustimmungserklärung wirksam verfügen.

3. Der Anspruch der Klägerin auf gemeinsame Veranlagung der Ehegatten ist auch gegenüber der Insolvenzverwalterin, der Beklagten, begründet.

3.1. Diesem Anspruch steht entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entgegen, dass es sich bei der geforderten Erklärung weder um einen Masseanspruch gemäß § 38 InsO, eine Masseverbindlichkeit i.S.d. §§ 53-55 InsO noch um einen Aussonderungsanspruch handelt. Die Verpflichtung zur Abgabe der geforderten Erklärung ergibt sich grundsätzlich daraus, dass der Insolvenzverwalter gem. § 34 Abs. 3 AO die steuerlichen Pflichten des Schuldners, dem durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzogen worden ist, soweit wahrzunehmen hat, wie die Insolvenzverwaltung reicht. Es kann insoweit auf die obenstehenden Ausführungen (Pkt. 2.) Bezug genommen werden.

3.2. Andererseits ergibt sich der Anspruch der Klägerin für die Jahre 2002 und 2003 nicht schon daraus, dass die Beklagte als bestellte Insolvenzverwalterin zunächst ihre Zustimmung zur Zusammenveranlagung der Eheleute erteilt hatte und darauf die Steuerbescheide des Finanzamtes vom 12.03.2007 erstellt wurden. Die Zustimmungserklärung konnte durch die Beklagte steuerrechtlich wirksam widerrufen werden.

Liegen die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vor, so können die Eheleute grundsätzlich zwischen Zusammenveranlagung und getrennter Veranlagung frei wählen. Das Wahlrecht wird weder durch den Wortlaut des § 26 EStG noch durch die Regelung in §§ 26a, 26b EStG eingeschränkt. Seine Ausübung ist an keine Frist gebunden. Auch kann ein Ehegatte die gewählte Veranlagungsart grundsätzlich mehrfach ändern.

Die Rechtsprechung der Finanzgerichte hat das Wahlrecht der Eheleute allerdings insoweit eingeschränkt, als sich ein Ehegatte nicht einseitig von der bisherigen Zusammenveranlagung lösen darf, sofern dafür keine wirtschaftlich verständlichen und vernünftigen Gründe vorliegen, sondern der Antrag auf getrennte Veranlagung als willkürlich erscheint (BFH BStBl. II, 77, 870; BStBl. II, 82, 156; BStBl. II, 92, 297; BFH, Urteil vom 03.03.2005, III R 22/02 - zitiert nach juris -; FG Rheinland-Pfalz, NJW spezial 2008, 325; Schmidt/Seeger, EStG, 25. Aufl., § 26 Rn. 22; Blümich/Heuermann, EStG Bearbeitungsstand 2007, § 26 Rn. 94). Diese Einschränkung wird aus dem auch im Steuerrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet. Der Antrag nur eines Ehegatten auf getrennte Veranlagung ist danach rechtsmissbräuchlich und deshalb unwirksam, wenn letzterer keine eigenen Einkünfte hat oder wenn diese so gering sind, dass sie weder einem Steuerabzug unterliegen haben noch zur Einkommensteuerveranlagung führen

können. Demgegenüber ist von einem rechtsmissbräuchlichen Antrag auf getrennte Veranlagung jedenfalls dann nicht auszugehen, wenn dadurch beim Antragsteller verrechenbare Verluste erhalten bleiben (Schmidt/Seeger, aaO., § 26 Rn. 27; BFH BStBl. II, 99, 762). Letzteres war auf Seiten des Ehemannes der Klägerin gegeben, so dass dieser selbst - ohne Insolvenz - steuerlich wirksam einen Antrag auf getrennte Veranlagung bei dem Finanzamt hätte stellen können. Um so mehr war aber dann die Beklagte berechtigt, zur Sicherung des Verlustabzugs und zur Abwehr von steuerlichen Nachteilen für die Masse getrennte Veranlagung der Eheleute zu beantragen.

§ 26 Abs. 2 EStG sieht für die Ausübung des Wahlrechts keine Frist vor und bindet die Ehegatten auch nicht an die einmal getroffene Wahl. Deshalb können beide Ehegatten ihr Wahlrecht bis zur Unanfechtbarkeit eines Berichtigungs- oder Änderungsbescheides ausüben und bis zu diesem Zeitpunkt widerrufen (Blümich/Heuermann, aaO., § 26 Rn. 81). Da gegenüber dem Ehemann der Klägerin aufgrund des zwischenzeitlich eröffneten Insolvenzverfahrens ein Steuerbescheid nicht ergehen durfte, konnte die Beklagte noch im Mai 2007 einen Antrag auf getrennte Veranlagung der Eheleute stellen.

Dieser Antrag auf getrennte Veranlagung hatte zur Folge, dass die Ehegatten ohne Rücksicht auf die zwischenzeitlich eingetretene Bestandskraft der der Klägerin gegenüber erstellten Steuerbescheide für die Jahre 2002 und 2003 getrennt zur Einkommensteuer zu veranlagten sind: Der Antrag auf getrennte Veranlagung stellt hinsichtlich des dem anderen Ehegatten gegenüber ergangenen Zusammenveranlagungsbescheides ein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO dar, das zur Änderung des ergangenen Steuerbescheides Anlass gibt.

3.3. Unter welchen Voraussetzungen die Beklagte als Insolvenzverwalterin verpflichtet ist, der Zusammenveranlagung des Insolvenzschuldners mit seinem Ehegatten im Rahmen seines Verwaltungsrechts nach § 80 InsO zuzustimmen, ist bislang höchstrichterlich nicht abschließend entschieden worden. Diese Frage konnte insbesondere in der oben bereits zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (FamRZ 2007, 1320) offengelassen werden, da die -die Insolvenzverwalterin auf Erteilung der Zustimmungserteilung in Anspruch nehmende - Klägerin nicht bereit war, den der Insolvenzmasse als Folge der gemeinsamen Veranlagung entstehenden steuerlichen Nachteil zu erstatten.

Nach Auffassung des Senats ändert die Insolvenz eines Ehegatten nichts an seiner grundsätzlichen Verpflichtung gegenüber dem Ehepartner, der gemeinsamen Veranlagung der Eheleute zuzustimmen, wenn dem Ehepartner daraus Vorteile erwachsen und die steuerlichen Nachteile durch diesen ausgeglichen werden. Zwar kann er selbst die Zustimmung nicht mehr erteilen, doch der Insolvenzverwalter kann dies und muss dies, sofern ein entsprechender Anspruch gegen den insolventen Ehegatten besteht, solange dem keine insolvenzrechtlichen Gründe entgegenstehen. Denn die Befugnisse des Insolvenzverwalters können nur so weit gehen wie die des Schuldners selbst. Dieser hat deswegen wie der insolvente Ehegatte selbst die Interessen des solventen Ehegatten zu berücksichtigen, solange die Ehepartner in intakter Ehe zusammenleben (vgl. AG Essen ZVI 2004, 196, zit. nach juris).

Der Anspruch der Klägerin ist weder eine Masseverbindlichkeit, ein Masseanspruch noch ein Aussonderungsrecht. Ausdrückliche Beschränkungen für den Insolvenzverwalter, diese Verpflichtung des Ehemannes, der dieser selbst infolge der Insolvenz nicht mehr nachkommen kann, zu erfüllen, sieht die Insolvenzordnung nicht vor. Eine solche Beschränkung kann sich allenfalls aus Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens ergeben.

Allein der Umstand, dass der Insolvenzverwalter die Zustimmungserklärung gerne "zu Geld machen" würde, das der Masse zugute käme, reicht allerdings nicht aus, um den grundsätzlich bestehenden Anspruch wegfällen zu lassen. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Teilhabe an den steuerlichen Vorteilen der Klägerin, ein solcher Anspruch lässt sich weder aus dem Wesen der Ehe noch des Insolvenzverfahrens herleiten (so auch Oberlandesgericht Brandenburg, Urteil vom 01.02.2007 -9 U 11/06 - zit. nach juris).

Die Klägerin wünscht die gemeinsame Veranlagung der Ehegatten insbesondere auch deswegen, weil sie an dem Verlustabzug ihres Ehemannes partizipieren will. Die Beklagte könnte die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung verweigern, wenn dieser Verlustabzug der

Insolvenzmasse gebührt; denn dann wäre sie nicht verpflichtet, auf diesen zu verzichten. Die Beklagte begründet diese von ihr vertretene Auffassung mit folgenden Erwägungen: Der Verlustvortrag beruhe im Ergebnis darauf, dass die Gläubiger ihre Forderungen letztlich nicht realisieren könnten. Wäre der nicht insolvente Ehegatte befugt, diesen Verlustvortrag im Rahmen der Zusammenveranlagung zur Steuerersparnis zu nutzen, käme der Verlustvortrag letztlich auch dem insolventen Ehegatten zugute. Die Gläubiger hätten mithin nicht nur ihr Geld verloren, sondern müssten sich zusätzlich damit abfinden, dass dem Schuldner der auf ihre Kosten gebildete Verlustvortrag im Rahmen der Zusammenveranlagung zugute komme.

Diese Ausführungen der Beklagten überzeugen den Senat nicht. Der Verlustvortrag nach § 10d EStG gehört nicht zur Insolvenzmasse. Er ist lediglich eine Chance, zukünftig die Steuerlast zu senken (so: BGH FamRZ 2003, 1454), wenngleich ihm der Rechtscharakter eines aufschiebend - durch die Entstehung künftiger positiver Gesamtbeträge der Einkünfte - bedingten Steuererminderungsanspruchs und damit dem Grunde nach ein Vermögenswert (BFH GrS, Beschluss vom 17.12.2007 - GrS 02/04 -, BStBl II 2008, 608) zukommt. Als Chance hat der Verlustvortrag für die Masse keinen Wert. Er hängt an dem Insolvenzschuldner, ist nicht vererbbar (BFH GrS a.a.O.), nicht veräußerlich (BFH BstBl II 91, 899; Schmidt/Heinicke, EStG, 25. Aufl., § 10 d Rn. 13) und nicht pfändbar. Die Masse kann ihn nur dann nutzen, wenn sie steuerlich relevante Gewinne erwirtschaftet; doch hätte der solvente Ehegatte solche steuerlichen Nachteile der Masse ohnehin auszugleichen (vgl. unter 3.4.).

Dem Anspruch steht auch nicht entgegen, dass bei einer gemeinsamen Veranlagung der Ehegatten beide nach § 44 AO für die Steuerschulden als Gesamtschuldner haften, die Masse mithin gegebenenfalls mit Steuerschulden der Klägerin belastet würde. Denn beide Ehegatten - mithin auch die Beklagte - können unmittelbar nach Zustellung des Steuerbescheids, der regelmäßig das in § 269 Abs. 2 AO vorausgesetzte Leistungsgebot enthält, nach §§ 268, 269 AO einen Antrag auf Aufteilung der Gesamtschuld des Inhalts stellen, dass die rückständige Steuer gemäß § 270 AO im Verhältnis der Beträge aufzuteilen ist, die sich bei getrennter Veranlagung ergeben würden (vgl. BGH FamRZ 2002, 1024, 1027). Dass der Masse insoweit ein Nachteil entsteht, steht deswegen nicht zu erwarten.

3.4. Wie der in Anspruch genommene Ehegatte kann der Insolvenzverwalter seine Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung davon abhängig machen, dass der solvente Ehegatte sich verpflichtet, alle steuerlichen Nachteile, die der Masse, aber auch dem Ehegatten durch die gemeinsame Veranlagung entstehen, auszugleichen. Das entnimmt der Senat neben den allgemeinen Grundsätzen auch der bereits zitierten BGH-Entscheidung (FamRZ 2007, 1320). Dieser Entscheidung ist weiter zu entnehmen, dass die Verpflichtungserklärung gegebenenfalls abgesichert werden muss.

3.4.1. Mithin kann die Beklagte verlangen, dass die Klägerin der Masse die unmittelbaren Steuernachteile erstattet, die der Masse dadurch entstehen, dass bei einer gemeinsamen Veranlagung sich Steuererstattungsansprüche des Ehemannes bzw. der Masse reduzieren oder sich Zahlungsansprüche des Finanzamtes gegen die Masse erhöhen.

3.4.2. Weiter kann die Beklagte von der Klägerin verlangen, dass diese die steuerlichen Nachteile ausgleicht, die der Masse bzw. dem Ehemann dadurch entstehen, dass sie für die Jahre 2002 bis 2004 den Verlustabzug nach § 10d EStG in Höhe von geschätzten 200.000 EUR "verbrauchen" will. Dies gilt jedenfalls für die Fälle, in denen ein Nachteil durch den Verbrauch des Verlustvortrags bereits eingetreten ist oder zumindest konkret abzusehen ist. Nach Auffassung des Senats kann - zumindest in der Insolvenz eines Ehegatten - entgegen den Bedenken des Bundesgerichtshofs (BGHZ 155, 249) nichts Anderes gelten, wenn - wie vorliegend - ein solcher Nachteil noch nicht konkret bevorsteht, der insolvente Ehegatte bzw. die Masse durch den (teilweisen) Verbrauch des Verlustvortrags nur die Chance verliert, den Verlustvortrag künftig selbst zu nutzen.

In der Rechtsprechung wird die Frage, ob ein solcher noch nicht konkret bevorstehender Nachteil, vielmehr nur der Verlust der Chance, den Verlustvortrag künftig irgendwann einmal geltend machen zu können, einen ausgleichenden Nachteil darstellt, nur vereinzelt diskutiert. Neben den bereits oben angesprochenen Entscheidungen hat das Landgericht Krefeld in einer Entscheidung vom 25.05.2007 - 1 S 111/06 - (zit. nach juris) die Frage offen lassen können, weil der die

gemeinsame Veranlagung verlangende Ehegatte sich verpflichtet hatte, auch solche künftig möglicherweise entstehenden steuerlichen Nachteile auszugleichen.

Das Oberlandesgericht Brandenburg (Urteil vom 01.02.2007 - 9 U 11/06 - zit. nach juris) hat die Zustimmungserklärung zur gemeinsamen Veranlagung von der gleichzeitigen Abgabe einer Freistellungserklärung des die Zustimmung begehrenden Ehepartners für etwa entstehende Steuernachteile abhängig gemacht. Dazu gehörten auch die noch nicht konkret bestimmbareren Nachteile, die dem Verpflichteten dadurch entstünden, dass durch die gemeinsame Veranlagung der von ihm erwirtschaftete Verlustvortrag nach § 10d EStG verbraucht worden sei. Das Oberlandesgericht Brandenburg führt aus: Ein auszugleichender Nachteil sei insbesondere darin zu sehen, dass den Insolvenzschuldner die Möglichkeit genommen sei, in späteren Jahren auf den teilweise verbrauchten Verlustabzug nach § 10d EStG zurückgreifen zu können. Da dieser Verlustvortrag - jedenfalls auf Grundlage des seinerzeit geltenden Steuerrechts - unbegrenzt in Zukunft geltend gemacht werden könne, sei jedenfalls nicht feststellbar, dass ein Nachteil zu keiner Zeit werde realisiert werden können. Zwar könne vor diesem Hintergrund fraglich sein, ob die Klägerin gleichwohl zur Abgabe einer entsprechenden Freistellungserklärung verpflichtet sei. Zur Überzeugung des Senats komme es indes nicht darauf an, ob die Nachteile für den auf Zustimmung in Anspruch genommenen Ehepartner bereits im Veranlagungszeitraum entstehen oder erst zu einem (möglicherweise sehr viel) späteren Zeitpunkt, sofern die Nachteile unmittelbar auf der Zusammenveranlagung in einem früheren Zeitraum beruhen. Dieser Auffassung liege die Wertung zugrunde, dass bei Bestehen des gesetzlichen Güterstands die Vermögen getrennt blieben und dementsprechend beide Ehepartner jeweils in Bezug auf ihr eigenes Einkommen gesondert steuerpflichtig seien, was dazu führen müsse, dass ein interner Ausgleich auch dann zu erfolgen habe, wenn der Nachteil erst später eintrete.

In der Kommentarliteratur finden sich - soweit ersichtlich - nur Ausführungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Ehegatten untereinander verpflichtet sind, einer Zusammenveranlagung zuzustimmen. Zum Teil wird ausgeführt, dass der zustimmungspflichtige Ehegatte von etwaigen Nachteilen durch die gemeinsame Veranlagung (Steuernachzahlungen) Zug um Zug durch eine Gegenerklärung des Berechtigten freizustellen und eine Mehrbelastung nach erfolgter Zusammenveranlagung im Innenverhältnis auszugleichen sei (MüKo/Wacke, BGB, 4. Aufl., § 1353 Rn. 29). Weiter wird die Auffassung vertreten, dass der in Anspruch genommene Ehegatte trotz eintretender Nachteile gleichwohl zur Zustimmung verpflichtet sei, wenn derjenige Ehegatte, der die Zusammenveranlagung anstrebe, sich seinerseits verpflichte, die dem anderen entstehenden Nachteile auszugleichen und ihn so zu stellen, wie er bei getrennter Veranlagung stünde (Staudinger/Voppel, BGB 2007, § 1353 Rn. 93 m.w.N.). Teilweise wird sehr weitgehend die Auffassung vertreten, dass zum einen ein Ehegatte die Zustimmung zur Zusammenveranlagung jedenfalls nicht deshalb verweigern könne, weil ihm die Chance zum Verlustabzug gem. § 10d EStG genommen werde. Allerdings brauche die Zustimmungserklärung nur Zug um Zug gegen Verpflichtung zur Freistellung von daraus folgenden Belastungen erteilt zu werden (juris Praxiskommentar BGB /Grandel § 1353, Rn. 17; Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Kaiser/Schnitzler /Friederici, Anwaltskommentar Familienrecht 2005, § 1353 Rn. 16; entsprechend wohl auch LG Gießen FamRZ 2001, 97).

Mit dem Oberlandesgericht Brandenburg sieht der Senat zumindest für den Insolvenzfall - wie vorliegend - in dem (teilweisen) Verlust des Verlustvortrags nach § 10d EStG einen Nachteil für den insolventen Ehegatten, der den Insolvenzverwalter berechtigt, die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung zu verweigern, wenn der solvente Ehegatte nicht bereit ist, sich zu verpflichten, auch diesen Nachteil auszugleichen. Dies gilt auch für die Fälle, in denen der Masse diesbezüglich ein steuerlicher Nachteil noch nicht entstanden ist und solche Nachteile auch noch nicht konkret bevorstehen. Denn in den Fällen, in denen die Ausübung des Wahlrechts nach § 26 Abs. 2 EStG nicht dem anderen Ehegatten, sondern dem Insolvenzverwalter obliegt, muss dessen Position gestärkt werden, um den Gläubigerinteressen gerecht zu werden.

3.4.3. Nicht auszugleichen hat die Klägerin der Beklagten anfallende Rechtsanwalts- und Steuerberatungskosten. Diese werden nicht durch die erstrebte gemeinsame Veranlagung veranlasst.

3.5. Zur Überzeugung des Senats kann die Beklagte die Zustimmungserklärung zur gemeinsamen

Veranlagung nach § 26 EStG davon abhängig machen, dass die Klägerin im Verhältnis zur Masse Sicherheit leistet, dass sie ihre Verpflichtung zur Nachteilsausgleichung auch erfüllen kann.

Allerdings hat der Bundesgerichtshof für das Verhältnis der Ehegatten untereinander unter Hinweis auf §§ 44, 268, 269 AO entschieden, dass der die gemeinsame Veranlagung beanspruchende Ehegatte keine Sicherheit für die Freistellungsverpflichtung zu leisten hat (BGH FamRZ 2002, 1024, 1027). Dieser Rechtsauffassung hat sich die Kommentarliteratur angeschlossen (Staudinger/Voppel, BGB 2007, § 1353 Rn. 93 m.w.N.; ebenso einen Anspruch auf Sicherheitsleistung verneinend: juris Praxiskommentar BGB/Grandel, § 1353 Rn. 17).

Nach Ansicht des Senats hat die Klägerin ihre Verpflichtung zur Nachteilsausgleichung gegenüber der Masse abzusichern, nicht allerdings -entsprechend der oben geschilderten Rechtsprechung - gegenüber ihrem Ehemann. Der Senat entnimmt dies dem Umstand, dass über das Vermögen des auf Erteilung der Zustimmungserklärung in Anspruch genommenen Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (vgl. BGH FamRZ 2007, 1320). Die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens und der Stellung des Insolvenzverwalters machen es erforderlich, dass der die Zusammenveranlagung begehrende Ehegatte, hier die Klägerin, nicht lediglich eine Verpflichtungserklärung bezüglich eintretender steuerlicher Nachteile auf Seiten des in Anspruch genommenen Ehegatten abgibt, sondern diese Verpflichtung gegenüber der Masse absichert. Denn durch die Überlagerung des familienrechtlichen Anspruchs auf Erteilung einer Zustimmung zur Zusammenveranlagung mit dem Insolvenzrecht wird sich die Auffassung, eine Sicherheitsleistung komme nicht in Betracht, nicht halten lassen. Vorliegend geht es zudem weniger um die vom Bundesgerichtshof angesprochenen Gefahr, dass die Masse vom Finanzamt wegen rückständiger Steuerschulden der Klägerin in Anspruch genommen wird, sondern darum, dass der Ausgleichsanspruch der Masse gegen die Klägerin abgesichert wird, der daraus entsteht, dass sich der Erstattungsanspruch der Masse gegenüber dem Finanzamt bei gemeinsamer Veranlagung reduziert. Die Beklagte hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass die von der Klägerin angebotene Erklärung, sich zum Ausgleich der eintretenden steuerlichen Nachteile verpflichten zu wollen, keine hinreichende Sicherheit für die von ihr zu verwaltende Insolvenzmasse enthält.

Dabei muss die Klägerin der Masse für sämtliche Nachteile, die sie auszugleichen sich verpflichtet hat, Sicherheit leisten, also für alle der Insolvenzmasse durch die begehrte Zusammenveranlagung entstehenden unmittelbaren Steuernachteile wie auch für den Verbrauch der mit dem Verlustvortrag nach § 10d EStG zukünftig gegebenenfalls verbundenen Verrechnungschancen

4. Über die Höhe und die Art der Sicherheitsleistung haben sich die Parteien am 08.01.2009 vor dem Senat zumindest teilweise geeinigt. Im Übrigen setzt der Senat die Höhe der Sicherheitsleistung nach den von ihm geschätzten Nachteilen fest, die der Masse durch den Verbrauch des Verlustvortrags durch die Klägerin entstehen können, § 287 ZPO.

In Abweichung von § 232 BGB haben die Parteien sich vor dem Senat darauf geeinigt, dass die Klägerin Sicherheit durch Verpfändung eines Festgeldkontos bei der Deutschen Bank erbringt.

Weiter haben sich die Parteien geeinigt, dass die Klägerin - für den Fall, dass sie überhaupt Sicherheit leisten muss - für die unmittelbaren Steuernachteile, die der Masse dadurch entstehen, dass die Eheleute für die Jahre 2002 bis 2004 gemeinsam veranlagt werden, Sicherheiten iHv. 6.500,00 EUR für das Jahr 2002, iHv. 1.500,00 EUR für das Jahr 2003 und iHv. 0,00 EUR für das Jahr 2004 leistet.

Die Parteien konnten sich nicht einigen, ob und in welcher Höhe die Klägerin dafür Sicherheiten erbringen muss, dass die Klägerin die Nachteile für den Verbrauch des Verlustvortrags nach § 10d EStG ausgleichen muss. Diese Nachteile schätzt der Senat wie folgt:

Die Klägerin will für das Jahr 2002 vom Verlustvortrag in Höhe von jedenfalls 2,5 Mill. EUR rund 74.000 EUR verbrauchen, für das Jahr 2003 rund 94.000 EUR und für das Jahr 2004 rund 32.000 EUR (die Klägerin erwartet einen Steuervorteil iHv. 10.938,24 EUR bei einer durchschnittlichen Steuerlast von 35 %), insgesamt mithin 200.000 EUR. In dieser Höhe kann der Masse ein Nachteil jedoch nicht entstehen, sondern nur in Höhe der Steuer, die die Masse durch Benutzen dieses Verlustvortrags sparen kann. Diese Steuerersparnis schätzt der Senat auf maximal 50 %, mithin

100.000 EUR.

Weiter musste der Senat berücksichtigen, wie wahrscheinlich es ist, dass der Masse durch den (teilweisen) Verbrauch des Verlustvortrags nach § 10d EStG überhaupt ein Nachteil entstehen kann. In die Überlegungen floss ein, dass nach den Erörterungen vor dem Senat am 08.01.2009 die Beklagte derzeit nicht mit Gewinnen der Masse rechnet, der Verlustvortrag jedenfalls 2,5 Mio. EUR beträgt, nach Abzug der durch die Klägerin in Anspruch genommenen 200.000 EUR mithin noch 2,3 Mio. EUR verbleiben, die die Masse nutzen kann, und die Beklagte hofft, das Insolvenzverfahren bis 2010 abzuschließen.

Zwar weist die Beklagte wohl zutreffend darauf hin, dass der Ehemann einen möglichst hohen Verlustvortrag benötigt, um gegebenenfalls die bei der Restschuldbefreiung anfallenden Steuern begleichen zu können ("Sanierungsgewinn"). Dafür hat die Klägerin gegebenenfalls einen Nachteilsausgleich, jedoch keine Sicherheit zu leisten, weil diese Nachteile allein den Ehemann und nicht die Masse betreffen.

Im Hinblick darauf schätzt der Senat die Sicherheitsleistung insoweit auf ein Fünftel von 100.000 EUR, mithin auf 20.000 EUR, insgesamt also auf 28.000 EUR.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Die Anordnung der Sicherheitsleistung beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Der Senat hat die Revision gemäß § 543 ZPO zugelassen. In Bezug auf die Sicherheitsleistung weicht der Senat von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg (Entscheidung vom 01.02.2007, 9 U 11/06, zit. nach juris) ab. Die Frage, ob der (teilweise) Verlust des Verlustvortrags nach § 10d EStG ein Nachteil ist, der den Verpflichteten berechtigt, die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG zu verweigern, ist in Literatur und Rechtsprechung streitig (vgl. oben). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Insolvenzverwalter die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG erteilen muss, ist durch den Bundesgerichtshof bislang nicht entschieden. Insofern handelt es sich um eine Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung. Diese Frage ist klärungsbedürftig; auch ist zu erwarten, dass diese Frage vielfach bei Privatinsolvenzen von Eheleuten von Bedeutung ist.

III.

Der Senat setzte den Streitwert für den ersten und zweiten Rechtszug gemäß §§ 3 ZPO, 63 Abs. 3 Satz 1 GKG in Abänderung des erstinstanzlichen Streitwertbeschlusses einheitlich auf bis zu 110.000 EUR fest. Der erstinstanzliche Streitwert richtet sich nach dem Interesse der Klägerin, die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung nach § 26 EStG zu erhalten. Dieses richtet sich nach den von ihr erwarteten steuerlichen Vorteilen. Diese hat sie zweitinstanzlich wie folgt beziffert: Für das Veranlagungsjahr 2002 hätte die Klägerin bei gemeinsamer Veranlagung einen Erstattungsanspruch iHv. 5.295,26 EUR, bei getrennter Veranlagung müsste sie an das Finanzamt noch 33.160 EUR zahlen; im Veranlagungsjahr 2003 hätte sie bei gemeinsamer Veranlagung gegen das Finanzamt einen Erstattungsanspruch iHv. 7.669,18 EUR, bei getrennter Veranlagung müsste sie an das Finanzamt noch 42.486,00 EUR zahlen; im Veranlagungsjahr 2004 hätte die Klägerin Steuervorteile bei gemeinsamer Veranlagung iHv. 17.543,60 EUR. Insgesamt liegen die von der Klägerin erwarteten Steuervorteile für die drei Veranlagungsjahre bei 106.154,04 EUR.

Im Berufungsverfahren richtet sich der Streitwert nach dem Interesse des Berufungsführers an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Dieses richtet sich einerseits aus an der Abwehr von Nachteilen für die Masse (28.000,00 EUR, vgl. die Ausführungen zu der Höhe der Sicherheitsleistung). Andererseits will die Beklagte nicht nur Nachteile von der Masse abwehren, sondern sie meint, der Masse könne an den bei der Klägerin entstehenden Steuervorteilen partizipieren. Deswegen stimmt ihr Interesse mit dem Interesse der Klägerin überein.

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen

urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.

**Dieses Dokument wird zitiert von:**

- Zeitschriften (2)