

Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

Herausgeber:

Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar
Prof. Dr. Jürgen Damrau
Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Notar

Prof. Dr. Jens Peter Meincke
Prof. Dr. Detlev Piltz, Rechtsanwalt
Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Notar
Dr. Gerhard Schlichting, Richter am BGH

ZEV 7/98

5. Jahrgang 1998
30. Juli 1998
Seite 241–280

Wissenschaftlicher Beirat

Dr. Gerd Albrecht, Richter am BFH, München; Prof. Dr. Günter Brambring, Köln; Prof. Dr. Georg Crezelius, Bamberg; Prof. Dr. Dr. Carsten Thomas Ebenroth, Konstanz; Wolfgang Edenhofer, Präsident des AG München; Dr. Günter Esch, Rechtsanwalt, Wuppertal; Prof. Dr. Wulf Goette, Richter am BGH, Ettlingen; Prof. Dr. Peter Gottwald, Regensburg; Prof. Dr. Barbara Grunewald, Mainz; Peter Gummer, Vizepräsident am BayObLG, München; Prof. Dr. Helmut Kollhoser, Münster; Dr. Joachim Kummer, Rechtsanwalt beim BGH, Ettlingen; Prof. Dr. Dieter Leipold, Freiburg; Dr. Peter Lichtenberger, Notar, München; Dr. Peter Limmer, Geschäftsführer des deutschen Notarinstitutes, Würzburg; Prof. Dr. Wolfgang Marotzke, Tübingen; Dr. Dieter Mayer, Notar, München; Dr. Burkhardt Meister, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt; Dr. Dietmar Moench, Ministerialrat, Saarbrücken; Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, Passau; Prof. Dr. Gerhard Otte, Bielefeld; Prof. Dr. Günter Roth, Innsbruck; Dr. Bernhard Schaub, Notar, München; Dr. Manfred Skibbe, Richter am BGH a. D., Mannheim

Praxisforum

Dr. Reinhard Geck, Rechtsanwalt, Notar und Steuerberater, Hannover; Dr. Hans Klingelhöffer, Rechtsanwalt beim BGH, Ettlingen; Dr. Hans-Hermann Klumpp, Rechtsanwalt, Karlsruhe; Dr. Peter Limmer, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstitutes, Würzburg; Dr. Jörg Mayer, Notar, Pottenstein; Dr. Norbert Mayer, Notar, Pfarrkirchen; Dr. Bernhard Meyding, Rechtsanwalt, Frankfurt; Dr. Christian von Oertzen, Rechtsanwalt, Frankfurt; Dr. Wolfgang Riering, Deutsches Notarinstitut, Würzburg; Dr. Bernhard Schaub, Notar, München; Dr. Bernd Wegmann, Notar, Ingolstadt

Aufsätze

Prof. Dr. Peter Reiff, Universität Bonn

Nießbrauch und Pflichtteilergänzung

Lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers vermindern dessen Nachlaß und damit auch den Wert der Pflichtteilsansprüche. Obwohl das Pflichtteilsrecht mit § 2325 Abs. 2 BGB eine eigene Bewertungsvorschrift enthält, ist häufig zweifelhaft, welcher Wert bei der Berechnung der Pflichtteilergänzung für ein bestimmtes Geschenk anzusetzen ist. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Schenkung in der Einräumung des Nießbrauchs an einem Gegenstand des Erblassers besteht (unentgeltlicher Zuwendungsnißbrauch) oder wenn der Erblasser einen Gegenstand unter Nießbrauchsvorbehalt verschenkt hat.

1. Einleitung

Eine mögliche „Aushöhlung“ des Pflichtteils durch Schenkungen – also nicht durch alle unentgeltlichen oder teilunentgeltlichen Geschäfte – sollen die §§ 2325 ff. BGB verhindern¹. Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte vom Erben den Betrag verlangen, um den sich sein Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlaß hinzugerechnet wird. Beim *unentgeltlichen Zuwendungsnißbrauch* steht fest, daß der Wert des geschenkten Nießbrauchs berechnet werden muß; fraglich ist hier nur die richtige Bewertung. Bei der *Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt* ist hingegen heillos umstritten, ob der Wert des Nießbrauchs überhaupt einen Einfluß auf die Ergänzung des Pflichtteils hat; nichts anderes gilt für die Anschlussfrage nach der richtigen Ermittlung des Nießbrauchswertes im Fall der Vorbe-

haltungsschenkungen. Im folgenden soll zunächst untersucht werden, wie ein vom Erblasser verschenkter Nießbrauch im Rahmen des § 2325 BGB zu bewerten ist (unter 2.). Dann wird erörtert, welche pflichtteilergänzungsrechtlichen Bewertungsfragen die Schenkung eines Gegenstandes aufwirft, an dem sich der Erblasser den lebenslangen Nießbrauch vorbehalten hat (unter 3.).

2. Der unentgeltliche Zuwendungsnißbrauch

Bestellt der Erblasser einem Dritten einen Nießbrauch, so ist dies eine den Dritten bereichernde, den Erblasser entreichernde Zuwendung. Waren sich Erblasser und Dritter darüber einig, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt, so liegt nach § 516 BGB eine Schenkung vor². Die unentgeltliche Bestellung eines *lebenslangen Nießbrauchs* ist regelmäßig als Schenkung anzusehen³. Sie kann daher einen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten aus § 2325 Abs. 1 BGB gegen den Erben des Schenkers auslösen⁴.

Wegen der *zeitlichen Grenze* des § 2325 Abs. 3 BGB hängt die Ergänzungspflicht davon ab, wann der Nießbrauch entstanden

1) Vgl. Frank, in: MüKo-BGB, 3. Aufl. 1997, § 2325 Rn. 1.

2) Eingehend Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 376 ff.

3) Beim *lebenslangen* Nießbrauch liegt Schenkung, nicht Leihe vor, weil das Rückforderungsrecht des § 605 Nr. 1 BGB nicht gilt; so zutreffend Schön, (Fn. 2), S. 382 und 386.

4) So auch Schön, (Fn. 2), S. 386.

ist. Die Untersuchung unterscheidet daher zwischen Nießbrauchsbestellungen, die innerhalb von 10 Jahren vor dem Erbfall erfolgten (unter 2.1) und solchen, die länger zurückliegen (unter 2.2). Wegen des in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB normierten „Niederwertprinzips“⁵ ist weiter entscheidend, ob der Nießbrauch beim Erbfall schon erloschen war (unter 2.1.2) oder ob er noch bestand (unter 2.1.1). Letzteres setzt wegen § 1061 BGB, wonach der Nießbrauch zwingend⁶ mit dem Tod des Nießbrauchers erlischt, jedenfalls voraus, daß der Nießbraucher den Schenker überlebt.

2.1 Nießbrauchsbestellung weniger als 10 Jahre vor dem Erbfall

Ist der schenkweise bestellte Nießbrauch weniger als 10 Jahre vor dem Erbfall entstanden, so löst die Schenkung grundsätzlich eine Ergänzungspflicht des Erben gegenüber den enterbten Pflichtteilsberechtigten aus. Der nach § 2325 Abs. 1 BGB geschuldete Ergänzungsbetrag ist die *Differenz zwischen dem (ordentlichen) Pflichtteil und dem durch fiktive Hinzurechnung des Schenkungswertes festgestellten (Ergänzungs-)Pflichtteil*. Seine Berechnung erfordert grundsätzlich vier Schritte⁷. In aller Regel läßt sich der Ergänzungsbetrag aber auch wesentlich einfacher bestimmen, nämlich als der Bruchteil des Geschenks, der der Pflichtteilsquote des Anspruchsstellers entspricht⁸.

Unabhängig davon, welche der beiden Berechnungsarten man wählt, kann man den nach § 2325 Abs. 1 BGB geschuldeten Betrag nur ermitteln, wenn zuvor der Wert des verschenkten Nießbrauchs festgestellt ist. Die Bewertungsvorschrift des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB⁹ stellt insoweit nur klar, auf welchen *Zeitpunkt* sich die Bewertung des Nießbrauchs beziehen muß. Gesetzlich nicht geregelt und in Literatur und Rechtsprechung bislang kaum behandelt ist die vorrangige Frage, welcher Wert für die unentgeltliche Zuwendung eines Nießbrauchs im Rahmen des § 2325 BGB anzusetzen ist¹⁰. Ihre Antwort ergibt sich aus den Wesensmerkmalen des Nießbrauchs.

Der Nießbrauch, eine persönliche Dienstbarkeit, gewährt dem Nießbraucher das unübertragbare und unvererbliche Recht, sämtliche Nutzungen des belasteten Gegenstandes zu ziehen¹¹. Ein Nießbrauch hat also mangels Übertragbarkeit keinen Verkehrswert im Sinn eines Veräußerungswertes, sondern nur einen *Ertragswert*. Dieser ist das Produkt aus den Faktoren „jährlicher (Netto-)Ertrag des belasteten Gegenstandes“¹² und „Dauer des Nießbrauchs“.

2.1.1 Nießbrauch besteht beim Erbfall noch

Der Nießbrauch erlischt nach § 1061 BGB mit dem Tod des Nießbrauchers; er erlischt schon vorher, wenn ein früherer Endzeitpunkt vereinbart wurde¹³. Überlebt der Inhaber eines lebenslangen Nießbrauchs den Schenker, so besteht bei dessen Erbfall der Nießbrauch noch. Die endgültige Dauer des Nießbrauchs steht indes zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Für die von § 2325 Abs. 1 BGB geforderte Bewertung des verschenkten Nießbrauchs ist deshalb eine exakte Berechnung des Faktors „Dauer des Nießbrauchs“ nicht möglich. Folglich ist dieser Wert zu schätzen. Auszugehen ist hierbei von der *Lebenserwartung des Nießbrauchers*, die sich, wenn keine Besonderheiten vorliegen¹⁴, mit Hilfe der amtlichen Sterbetafeln ermitteln läßt. Da die Erträge des Nießbrauchers vom Erbfall aus gesehen aber erst in der Zukunft liegen, muß der Nießbrauchswert insoweit unter Berücksichtigung von Zwischen- und Zinseszinsen kapitalisiert werden. Der Vervielfältigungsfaktor kann der Anlage 9 zu § 14 BewG entnommen werden, die auf den amtlichen Sterbetafeln beruht¹⁵.

Fraglich könnte sein, *welches Alter des Nießbrauchers* hierfür maßgebend ist, das zur Zeit der Schenkung oder das beim Tod des Schenkers. Die Antwort ergibt sich aus § 2325 Abs. 2 BGB. Da ein Nießbrauch keine „verbrauchbare Sache“ gemäß § 92 BGB

ist, kommt nach § 2325 Abs. 2 Satz 2, Halbs. 1 BGB grundsätzlich der Wert in Ansatz, den der Nießbraucher zur Zeit des Erbfalls hatte; maßgeblich ist danach also das Alter des Nießbrauchers beim Tod des Schenkers. Der Wert „zur Zeit der Schenkung“¹⁶ ist nach § 2325 Abs. 2 Satz 2, Halbs. 2 BGB nur maßgebend, wenn er geringer ist als der Wert zur Zeit des Erbfalls. Da der Wert des Nießbrauchs von der Lebenserwartung des Nießbrauchers abhängt und diese naturgemäß mit fortschreitendem Alter sinkt, kommt es bei einem geschenkten Nießbrauch nur äußerst selten vor¹⁷, daß sein Wert zwischen der schenkweisen Bestellung und dem Tod des Schenkers steigt. Nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ist demnach bei der Bewertung eines geschenkten Nießbrauchs in aller Regel das Alter des Nießbrauchers beim Erbfall entscheidend.

Beispiel 1: M bestellt 1990 der 43jährigen F schenkweise den lebenslangen Nießbrauch an einem Hausgrundstück, dessen jährlicher Nettoertrag 50 000 DM beträgt. M stirbt 1997. – Nach § 2325 Abs. 1 mit Abs. 2 BGB ist der Wert des Nießbrauchs im Jahre 1997 in Ansatz zu bringen, es sei denn der Wert im Jahr 1990 sei geringer. Der Wert des Nießbrauchs im Jahre 1997 ist das Produkt aus dem Jahresertrag des Nießbrauchs und dem Vervielfältiger gemäß Anlage 9 zu § 14 BewG für eine 50jährige Frau, also das Produkt aus 50 000 DM und 14,316, mithin 715 800 DM. Der Wert des Nießbrauchs im Jahre 1990 beträgt 774 450 DM, nämlich 50 000 DM x 15,489, dem Vervielfältiger für eine 43jährige Frau. Der für § 2325 BGB maßgebliche niederere Schenkungswert ist demnach 715 800 DM.

2.1.2 Nießbrauch beim Erbfall bereits erloschen

Der Nießbrauch erlischt gemäß § 1061 BGB zwingend mit dem Tod des Nießbrauchers. Verstirbt dieser vor dem Schenker, so ist der geschenkte Nießbrauch zur Zeit des Erbfalls bereits erloschen. Fraglich ist, ob die Schenkung des Nießbrauchs in einem solchen Fall noch ergänzungspflichtig ist. Zu dem nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB grundsätzlich relevanten Bewertungszeitpunkt, dem Erbfall, besteht der Nießbrauch nicht mehr, der verschenkte Gegenstand hat also den Wert null. Der (höhere) Wert zur Zeit der Schenkung kommt daher nicht in Betracht. Die Schenkung löst *keine Pflichtteilergänzungsansprüche* aus.

Beispiel 2: Sachverhalt wie Beispiel 1, nur daß F im Jahre 1996 und damit 1 Jahr vor M verstorben ist. – Beim Erbfall des M war der Nießbrauch der F nach § 1061 BGB bereits erloschen, hatte also den Wert 0 DM. Der

5) Terminologische Nachw. bei Reiff, Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, 1989, S. 150 f.

6) Vgl. nur Staudinger/J. Frank, BGB, Bearbeitung 1994, § 1061 Rn. 1.

7) So Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, 12. Aufl., § 2325 Rn. 55.

8) So Soergel/Dieckmann, BGB, 12. Aufl., § 2325 Rn. 41, der darauf hinweist, daß diese Methode versagt, wenn der Nachlaß ohne das Geschenk keinen positiven Wert hat; Palandt/Edenhofer, BGB, 57. Aufl., § 2325 Rn. 4 mit Rechenbeispiel.

9) Zu ihr unten bei Fn. 16.

10) Ursächlich für die geringe Publizitätswirkung dieser Frage dürfte sein, daß der unentgeltliche Zuwendungsnießbrauch weniger ein Instrument zur Vorwegnahme der Erbfolge als zur – zeitlich befristeten – Einkunftsverlagerung auf die – minderjährigen – Kinder ist; vgl. Petzoldt, in: MüKo-BGB, 3. Aufl., Vor § 1030 Rn. 24.

11) So etwa Soergel/Stürmer, BGB, 12. Aufl., Vor § 1030 Rn. 2 und Petzoldt, (Fn. 10), Vor § 1030 Rn. 1 und 2.

12) Also nach Abzug aller Kosten; vgl. Reiff, (Fn. 5), S. 173 m. w. N.

13) Vgl. etwa Petzoldt, (Fn. 10), Vor § 1030 Rn. 30 f.; Soergel/Stürmer, (Fn. 11), § 1030 Rn. 11 und 16 sowie Schön, (Fn. 2), S. 236.

14) Eine solche Besonderheit ist etwa die bekannt schlechte Gesundheit des mit dem Nießbrauch Beschenkten, die eine kürzere als die allgemeine Lebenserwartung nahelegt, vgl. BGHZ 65, 75, 77 zur Bewertung eines Altenteils.

15) So Staudinger/Ferid/Cieslar, (Fn. 7), § 2325 Rn. 76. Der dort ebenfalls genannte § 24 Abs. 2 KostO ist hingegen zu grob gerastert und daher ungeeignet; vgl. hierzu Reiff, (Fn. 5), S. 176 hier Fn. 19 und S. 178 hier Fn. 28.

16) Gemeint ist damit bei zur Zeit des Erbfalls bereits vollzogener Schenkung nach heute allgemeiner Ansicht der Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs, hier also der Zeitpunkt der Entstehung des Nießbrauchs. Vgl. nur BGHZ 85, 274, 282 und Lange/Kuchinke, Lehrb. des Erbrechts, 4. Aufl., § 37 IX 5 b (S. 892) in Fn. 509.

17) Nämlich dann, wenn der jährliche Netto-Ertrag des Nießbrauchs unvorhersehbar und stark angestiegen ist.

Wert des Nießbrauchs im Jahre 1990 i. H. von 774 450 DM kommt nicht in Ansatz. Die Schenkung an F ist nicht ergänzungspflichtig.

Daß ein geschenkter Nießbrauch, der beim Tod des Schenkers schon erloschen ist, keine Pflichtteilergänzungsansprüche auslöst, ist nicht nur zwingende Folge des in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB normierten Niederstwertprinzips, sondern auch interessengerecht. Anderenfalls würden nämlich die Nutzungen des verschenkten Gegenstandes zugunsten des Pflichtteilsberechtigten *doppelt* erfaßt, nämlich einmal im Nachlaßwert, weil der – seit dem Tod des Nießbrauchers wieder – lastenfremde Gegenstand Teil des Nachlasses ist und sein Wert die Nutzungsbefugnisse mit umfaßt, und zum anderen im Schenkungswert, der den Wert der Nutzungsbefugnis widerspiegelt. Der Nachlaß des Schenkers wird mit anderen Worten durch die Schenkung eines Nießbrauchs nicht gemindert, wenn dieser Nießbrauch beim Tode des Schenkers bereits erloschen war.

Beispiel 3: In Beispiel 2 ist beim Tod des M das lastenfremde Grundstück Teil des Nachlasses. Ebenso wäre es, wenn M der F nie eine Schenkung gemacht hätte.

2.2 Nießbrauchsbestellung 10 Jahre oder mehr vor dem Erbfall

Nach § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB ist eine Schenkung nicht ergänzungspflichtig, „wenn zur Zeit des Erbfalls 10 Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind.“ Der *Beginn der Frist* fällt also mit dem Vollzug der Schenkung, genauer: dem Eintritt des rechtlichen Leistungserfolges, zusammen¹⁸. Dies ist bei der Schenkung eines Nießbrauchs der Tag, an dem der Nießbrauch entsteht, also bei einem Nießbrauch an einer beweglichen Sache nach § 1032 BGB der Tag von Einigung und Übergabe, bei einem Nießbrauch an einem Grundstück nach § 873 BGB regelmäßig der Tag der Eintragung in das Grundbuch. Liegt zwischen diesem Tag und dem Tod des Schenkers ein Zeitraum von 10 Jahren oder mehr, so löst die Schenkung des Nießbrauchs nach § 2325 Abs. 3 BGB auch dann keine Pflichtteilergänzungsansprüche aus, wenn der Nießbraucher beim Tod des Schenkers noch lebt und sich im Nachlaß daher nur der mit dem Nießbrauch belastete Gegenstand findet.

Beispiel 4: Sachverhalt wie Beispiel 1, nur daß M den Nießbrauch der F bereits 1985, also 12 Jahre vor seinem Tod bestellte. – Das Hausgrundstück im Nachlaß des M ist mit dem lebenslangen Nießbrauch der F belastet. Nach § 2325 Abs. 3 BGB ist die Schenkung dieses Nießbrauches aber ergänzungsfest, weil der rechtliche Erfolg des Vollzugs der Schenkung mehr als 10 Jahre vor dem Tod des Schenkers eintrat.

3. Die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt

Sehr viel häufiger als Schenkungen eines Nießbrauchs sind Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, also Schenkungen, bei denen sich der Schenker den – in der Regel lebenslangen – Nießbrauch am geschenkten Gegenstand vorbehält. Sie bezwecken meist eine *Vorwegnahme der Erbfolge*¹⁹. Eine überragende Rolle spielen in der Praxis schenkweise Übertragungen von Grundstücken unter Nießbrauchsvorbehalt. Sie sollen im folgenden allein Untersuchungsgegenstand sein. Grundsätzlich gilt aber für Schenkungen von anderen Gegenständen, etwa Wertpapierdepots, bei denen sich der Schenker den lebenslangen Nießbrauch vorbehält, dasselbe²⁰.

Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt können Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen. Die Frage, ob und wie es sich auf diese Ansprüche auswirkt, daß sich der Erblasser bei der Schenkung den lebenslangen Nießbrauch am verschenkten Grundstück vorbehält, ist die in den letzten 15 Jahren *wohl am heftigsten diskutierte Frage des Pflichtteilergänzungsrechts*²¹. Ihr soll im folgenden nachgegangen werden. Hierbei ist wegen der zeitlichen Schranke des § 2325 Abs. 3 BGB zu unterscheiden zwi-

schen Grundstücksschenkungen, die weniger als 10 Jahre vor dem Erbfall vollzogen wurden (unter 3.1), und solchen, bei denen der Vollzug beim Erbfall 10 Jahre oder mehr zurückliegt (unter 3.2).

3.1 Grundstücksübergang weniger als 10 Jahre vor dem Erbfall

3.1.1 Meinungsstand

Wurde der Eigentumsübergang am unter Nießbrauchsvorbehalt verschenkten Grundstück weniger als 10 Jahre vor dem Tod des Schenkers im Grundbuch eingetragen²², so ist man sich darüber einig, daß die Schenkung zugunsten enterbter Pflichtteilsberechtigter Ergänzungsansprüche auslöst. Umstritten ist aber, ob der Wert des Nießbrauchs (welcher?) vom Wert des Grundstücks (zu welchem Zeitpunkt?) abzuziehen ist oder nicht. Läßt man Detailunterschiede zunächst außer acht, so kann man das Meinungsspektrum in zwei große Lager aufteilen.

3.1.1.1 Abzug des Nießbrauchswertes vom Grundstückswert

Der BGH und ein Teil der Literatur meinen, nach § 2325 Abs. 1 BGB sei nur die Differenz aus Grundstücks- und Nießbrauchswert²³ ergänzungspflichtig. Dies gilt nach dem BGH²⁴ freilich nicht ausnahmslos, sondern nur, wenn der Wert des Grundstücks zur Zeit des Schenkungsvollzugs, genauer zur Zeit der Grundbucheintragung, inflationsbereinigt²⁵ geringer ist als beim Erbfall. In diesem Fall werde der Wert des Nießbrauchs vom Grundstückswert zur Schenkungszeit abgezogen, anderenfalls bleibe der vorbehaltene Nießbrauch unberücksichtigt und ergänzungspflichtig sei der Grundstückswert zur Zeit des Erbfalls. Da die Preise für Grundstücke regelmäßig stärker steigen als die allgemeinen Lebenshaltungskosten, führt diese Ansicht in den meisten Fällen zum Abzug des Nießbrauchswertes²⁶.

Beispiel 5: Der 60jährige M schenkt der F 1990 ein Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt. Als M 1997 stirbt, ist das Grundstück 1,1 Mio. DM wert. Der inflationsbereinigte Wert von 1990 beträgt 1 Mio. DM. – Nach dem BGH ist der Wert des Nießbrauchs von dem Wert des Grundstücks im Jahre 1990 abzuziehen, weil das Grundstück 1990 bei der Grundbucheintragung weniger wert war als 1997 beim Tod des M. Ergänzungsspflichtig ist danach also nur die *Differenz* aus 1 Mio. und dem Wert des Nießbrauchs. – Wäre das Grundstück 1997 nur noch 950 000 DM wert, so wäre nach dem BGH hingegen dieser Betrag ergänzungspflichtig, *ohne* Abzug des Nießbrauchswertes.

18) So zutreffend *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 24; eingehend *Reiff*, (Fn. 5), S. 157 – 162. Zum nach BGHZ 125, 395 zusätzlich erforderlichen „Verzicht auf die Weiternutzung“ vgl. unten bei Fn. 53 ff.

19) Vgl. nur *Petzoldt*, (Fn. 10), Vor § 1030 Rn. 24. Nach BGH, NJW 1995, 1349, 1350 besagt allein der Hinweis im Vertragstext, der Vertrag diene der Vorwegnahme der Erbfolge, noch nichts über die Unentgeltlichkeit des Vertrages.

20) Ebenso *N. Mayer*, ZEV 1994, 325, 327, hier in Fn. 26, allerdings zu Unrecht auf andere *Sachen* beschränkt.

21) Kennzeichnend ist das Anschwellen der Kommentierung dieser Frage durch ihren „Entdecker“, *Dieckmann*, in: Soergel, BGB. In der 10. Aufl. (1974), Rn. 17 ein Satz, in der 11. Aufl. (1983), Rn. 19 eine knappe Seite, in der 12. Aufl. (1992), Rn. 35 – 39 drei Seiten.

22) Nach BGHZ 102, 289 = NJW 1988, 821 ist für den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Grundstücksschenkungen die Umschreibung im Grundbuch erforderlich. Vgl. auch schon oben bei und in Fn. 18.

23) Zur Frage, *welcher* Nießbrauchswert maßgeblich ist, vgl. unten unter 3.3.

24) BGHZ 118, 49 = NJW 1992, 2887; BGH, NJW 1992, 2888; BGHZ 125, 395, 399 = NJW 1994, 1791; BGH, NJW-RR 1996, 705; OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 1236, 1238. Aus dem Schrifttum ebenso *Heinrich*, MittRhnK 1995, 157, 166 ff., 169; *Jauernig/Stürmer*, BGB, 8. Aufl., § 2325 Rn. 7 und *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 8), § 2325 Rn. 20.

25) BGHZ 65, 75. Vgl. auch unten bei und in Fn. 78.

26) Vgl. *Reiff*, NJW 1992, 2857, 2860 und *Heinrich*, MittRhnK 1995, 157, 169. Der *gesetzliche* Regelfall ist nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB freilich, daß der Wert zur Zeit des Erbfalls maßgeblich ist.

Einige Autoren stehen der Auffassung des BGH zwar sehr nahe, führen den von § 2325 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen Wertvergleich aber anders durch, indem sie den Wert des Grundstücks beim Erbfall der Differenz aus dem Grundstückswert zur Zeit des Eigentumswechsels und dem Nießbrauchswert gegenüberstellen und nur den niedrigeren Wert für ergänzungspflichtig halten²⁷. Diese Ansicht führt naturgemäß noch häufiger als die des BGH zum Abzug des Nießbrauchswertes²⁸.

Beispiel 6: Sachverhalt wie Beispiel 5. – Nach dieser Ansicht ist der Wert des Nießbrauchs vom Wert des Grundstücks im Jahre 1990 abzuziehen, weil die Differenz aus dem Grundstückswert von 1990 und dem Nießbrauchswert geringer ist als der Grundstückswert von 1997. Ergänzungspflichtig ist also wie nach dem BGH nur die Differenz aus 1 Mio. DM und dem Nießbrauchswert. – Wäre das Grundstück 1997 nur noch 950 000 DM wert, so würde sich hingegen anders als nach dem BGH am ergänzungspflichtigen Betrag nichts ändern (so lange die Wertverluste geringer sind als der Nießbrauchswert).

Andere Literaturmeinungen folgen dem BGH zwar im Ansatz, meinen aber, der Wert des Nießbrauchs müsse auf jeden Fall abgezogen werden, entweder vom Gegenstandswert zur Zeit des Schenkungsvollzugs oder, falls dieser niedriger ist, vom Gegenstandswert zur Zeit des Erbfalls²⁹. Hiernach wird der Nießbrauchswert also immer vom Grundstückswert abgezogen.

Beispiel 7: Sachverhalt wie Beispiel 5. – Nach dieser Auffassung ist der Wert des Nießbrauchs vom Wert des Grundstücks im Jahre 1990 und nicht von dem im Jahre 1997 abzuziehen, weil das Grundstück 1990 weniger wert war. Ergänzungspflichtig ist also wie nach den beiden anderen Ansichten die Differenz aus 1 Mio. DM und dem Nießbrauchswert. – Wäre das Grundstück 1997 nur noch 950 000 DM wert, so ist nach dieser Ansicht die Differenz aus 950 000 DM und dem Nießbrauchswert ergänzungspflichtig.

3.1.1.2 Kein Abzug des Nießbrauchswertes vom Grundstückswert

Eine starke Mindermeinung im Schrifttum³⁰ vertritt die grundsätzliche Gegenposition, den Nießbrauchswert nicht vom Gegenstandswert abzuziehen³¹. Ergänzungspflichtig nach § 2325 Abs. 1 BGB sei der ungekürzte Wert des Grundstücks zur Zeit des Erbfalls, es sei denn, der inflationsbereinigte Wert zur Zeit der Grundbucheintragung wäre geringer, dann sei nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nur dieser Wert ergänzungspflichtig.

Beispiel 8: Sachverhalt wie Beispiel 5. – Nach dieser Auffassung ist 1 Mio. DM ergänzungspflichtig, nämlich der Wert des Grundstücks zur Zeit der Grundbucheintragung 1990, weil er niedriger ist als der Wert beim Erbfall 1997. – Wäre das Grundstück 1997 nur noch 950 000 DM wert, so wäre dieser Wert ergänzungspflichtig.

3.1.2 Kritische Analyse

3.1.2.1 Stichtagsregelung des § 2325 Abs. 2 BGB

Der BGH hat seine Auffassung, der Wert des Nießbrauchs sei vom Grundstückswert (nur dann) abzuziehen, wenn der Wert des Grundstücks zwischen Eigentumsumschreibung und Tod des Schenkers gestiegen ist, im wesentlichen mit der Stichtagsregelung des § 2325 Abs. 2 BGB begründet³². Dies kann nicht überzeugen. Die ursprüngliche Belastung des Grundstücks mit dem vorbehaltenen Nießbrauch und der Wegfall der Last durch den Tod des Schenkers sind Umstände, die mit § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nichts zu tun haben³³. Wortlaut³⁴, Gesetzgebungsmaterialien³⁵ und Rechtsvergleichung³⁶ belegen nämlich, daß diese Vorschrift nur echte Wertveränderungen erfaßt. Sie kann daher entgegen dem BGH nicht „gebieten“, den Nießbrauchswert abzuziehen, auch dann nicht, wenn wegen der Wertveränderungen der Grundstückswert (!) zur Zeit des Eigentumswechsels maßgeblich ist.

3.1.2.2 Inkonsequente Ergebnisse

Gegen die Ansicht des BGH spricht, wie bereits früher dargelegt wurde, in erster Linie, daß es mit dem Gerechtigkeitsgedanken nicht zu vereinbaren ist, den Abzug des Nießbrauchswertes vom

Grundstückswert davon abhängig zu machen, ob der Wert des Grundstücks zwischen Grundbucheintragung des Beschenkten und Tod des Schenkers gestiegen ist oder nicht³⁷. Der Ansicht des Verfassers, die vom BGH vorgenommene Differenzierung sei inkonsequent und unrichtig, wird im Schrifttum überwiegend zugestimmt³⁸, und zwar auch von vielen Autoren, die grundsätzlich nur die Differenz aus Grundstückswert und Nießbrauchswert für ergänzungspflichtig halten³⁹.

Der Vorwurf der Inkonsequenz trifft auch die Literaturmeinung, die abweichend vom BGH den von § 2325 Abs. 2 BGB angeordneten Wertvergleich zwischen dem Grundstückswert beim Tod des Schenkers und der Differenz aus dem Grundstückswert beim Eigentumswechsel und dem Nießbrauchswert vornimmt⁴⁰. Danach wirken sich nämlich Wertverluste des Grundstückes zwischen Eigentumswechsel und Erbfall entgegen der Vorschrift des § 2325 Abs. 2 BGB normalerweise nicht pflichtteilsergänzungsmindernd aus, weil der niedrigere Grundstückswert beim Erbfall immer noch höher ist als die Differenz aus höherem Grundstückswert beim Eigentumswechsel und Nießbrauchswert. Dies ändert sich erst, wenn die Wertverluste den Wert des Nießbrauchs übersteigen. Die Regelung des § 2325 Abs. 2 BGB „greift“ nach dieser Ansicht also erst bei extremen Wertverlusten. Das ist nicht zu begründen, weil die Wertverluste und das Ende des Nießbrauchs nichts miteinander zu tun haben⁴¹.

3.1.2.3 Wirtschaftlich vergleichbare Formen

Wenn man den Nießbrauchswert überhaupt vom Grundstückswert abzieht, ist es allein konsequent, dies immer zu tun, al-

27) So namentlich *Soergel/Dieckmann*, BGB, 11. Aufl., § 2325 Rn. 19 (vgl. zu ihm aber auch Fn. 31); *Staudinger/Ferid/Cieslar*, (Fn. 7), § 2325 Rn. 75 sowie neuerdings *Dingerdissen*, JZ 1993, 402, 404. Zum älteren Schrifttum vgl. *Reiff*, (Fn. 5), S. 174 ff.

28) Nämlich nur dann nicht, wenn die Wertverluste des Grundstücks so extrem sind, daß sie den Abzug des Nießbrauchs wettmachen.

29) So *Mayer*, FamRZ 1994, 739, 743 und *Pentz*, FamRZ 1997, 724, 728. Dieser Ansicht war früher auch der BGH, NJW-RR 1990, 1158 = FamRZ 1991, 552 mit Anm. *Reiff*, der sein partielles Abrücken hiervon freilich nicht offengelegt hat, vgl. *Reiff*, FamRZ 1992, 803 und NJW 1992, 2857, 2860. Zu Anklängen dieser Ansicht im älteren Schrifttum vgl. *Reiff*, (Fn. 5), S. 177 ff.

30) Aus der Rechtsprechung OLG Hamburg, FamRZ 1992, 228 mit zust. Anm. *Reiff*, 363, aufgehoben von BGH, NJW 1992, 2888.

31) Grundlegend *Reiff*, (Fn. 5), S. 230 ff. und NJW 1992, 2857, 2859 ff. Zustimmung *Castodis*, MittRhNotK 1992, 31, 33; *Staudinger/J. Frank*, (Fn. 6), § 1030 Rn. 80 und *Liedel*, MittBayNot 1992, 238, 239 ff. Ebenso *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1122 f. und *Erbrecht*, 11. Aufl. 1996, Rn. 585 in Fn. 32 sowie neuestens eingehend *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 17 a. – Im Ergebnis ähnlich *Däubler*, in: AK-BGB, Bd. 6, 1990, § 2325 Rn. 45, wonach zwei Schenkungen vorliegen, erst das belastete Recht, dann die Nutzungen, und beide ergänzungspflichtig sind. Ähnlich auch *Soergel/Dieckmann*, (Fn. 8), § 2325 Rn. 38, der zunächst den Nießbrauch abzieht, dann aber den Wertabschlag teilweise ausgleichen will, ohne sich freilich betragsmäßig oder prozentual festzulegen und damit der Praxis Steine statt Brot gibt. Vgl. auch *Meyding*, ZEV 1994, 202, 205 der „entsprechend § 25 ErbStG“ den Pflichtteilsergänzungsanspruch stunden will, soweit er auf den Nießbrauchswert entfällt, ohne freilich zu sagen wie lange. Im Ergebnis ähnlich wohl auch *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechtes, 1993, Bd. II 2, S. 361 f. (de lege lata) und S. 391 (de lege ferenda).

32) BGHZ 118, 49, 52.

33) So zutreffend *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1122. Ebenso *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 17 a und *Liedel*, MittBayNot 1992, 238, 242.

34) So *Liedel*, MittBayNot 1992, 238, 242.

35) OLG Hamburg, FamRZ 1992, 228, 229 mit Hinweis auf Prot., Bd. V, S. 583 f.

36) *Reiff*, (Fn. 5), S. 209 mit S. 193 (Frankreich), S. 199 (Schweiz) und S. 204 (Österreich).

37) Hierzu *Reiff*, FamRZ 1992, 803, 804 und NJW 1992, 2857, 2861.

38) So etwa von *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 17 a („unerträgliche Widersprüche“); *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1123 („völlig ungereimte Ergebnisse“); *Staudinger/J. Frank*, (Fn. 6), § 1030 Rn. 80 a. E. Vgl. auch *Dieckmann*, WuB IV A. § 2325 BGB 1. 96, der von „Ergebnisspannungen“ spricht.

39) So etwa von *Mayer*, FamRZ 1994, 739, 743 („Wertungswidersprüche“); ähnlich *Dingerdissen*, JZ 1993, 402, 403; unklar *Pentz*, FamRZ 1997, 724, 728.

40) Siehe oben Fn. 27.

41) Eingehend hierzu *Reiff*, (Fn. 5), S. 208 ff.

so unabhängig von der Wertentwicklung des Grundstücks zwischen Schenkungsvollzug und Tod des Schenkers⁴². Von den Autoren, die dies befürworten⁴³, hat sich namentlich Mayer um eine konsistente Begründung bemüht. Sein Hauptargument ist die Forderung, wirtschaftlich gleichgelagerte Sachverhalte rechtlich gleich zu behandeln⁴⁴. Sie mache den Abzug des Nießbrauchswertes vom Grundstückswert unabdingbar, weil etwa eine vom Erwerber zu zahlende Leibrente gleicher Höhe auch vom Grundstückswert abgezogen werde.

Dem ist nicht zu folgen. Unrichtig ist schon der Ausgangspunkt. Grundsätzlich richtet sich die rechtliche Beurteilung nach dem gewählten rechtstechnischen Weg und nicht nach dem gewünschten oder erzielten wirtschaftlichen Ergebnis⁴⁵. Zudem spricht die Maxime, wirtschaftlich Gleiches auch rechtlich gleich zu behandeln, entgegen Mayer nicht für den Abzug des Nießbrauchswertes, wie das von ihm gebildete Beispiel zeigt. Die Schenkung eines Hausgrundstückes mit einem monatlichen (Netto-)Miettrug von 5 000 DM unter Nießbrauchsvorbehalt ist der gemischten Schenkung gegen eine Leibrente in eben dieser Höhe auch wirtschaftlich nicht gleichzusetzen. Die möglichen wirtschaftlichen Unterschiede sind groß und betreffen das Risiko des Beschenkten. Es ist bei der Vorbehaltsschenkung gering. Außergewöhnlich hohe Reparaturkosten⁴⁶, Wasserschäden, geringere Einnahmen durch Leerstand infolge Mieterwechsels oder durch Mieterinsolvenz, all das mindert nur die Einkünfte des (Vorbehalt-)Nießbrauchers und nimmt dem beschenkten Eigentümer nichts, was er vor der Schenkung hatte. Anders bei der gemischten Schenkung gegen Leibrente. Hier muß der beschenkte Eigentümer die Leibrente bezahlen, auch wenn die Mieteinnahmen aus den genannten Gründen geringer ausfallen oder ganz ausbleiben. Im ersten Fall trägt mit anderen Worten der Schenker das Risiko, ob das Wirtschaftsgut Hausgrundstück die erwartete Rendite abwirft, im zweiten Fall der gemischt Beschenkte⁴⁷. Während der unter Nießbrauchsvorbehalt Beschenkte beim Tod des Schenkers Eigentümer des lastenfreien Grundstücks ist, ohne dafür je ein eigenes Vermögensopfer erbracht zu haben, mußte der gemischt Beschenkte für dasselbe Grundstück die monatliche Leibrente an den Veräußerer zahlen, unabhängig davon, ob er sie wirklich aus dem Ertrag des Grundstücks bestreiten konnte.

Beide Sachverhalte sind also weder in der rechtstechnischen Konstruktion noch im wirtschaftlichen Ergebnis gleich und daher auch (pflichtteilergänzungs-)rechtlich unterschiedlich zu behandeln⁴⁸. Die Gegenleistung Leibrente ist, abgezinst und kapitalisiert auf den Tag des Eigentumswechsels, vom Grundstückswert abzuziehen; ergänzungspflichtig ist nach § 2325 Abs. 1 BGB nur die Differenz. Demgegenüber ist bei der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt der gesamte Grundstückswert ohne Abzug des Nießbrauchs für § 2325 Abs. 1 BGB maßgeblich; sie wird also behandelt wie eine normale, „reine“ Schenkung ohne Vorbehalt. Dies ist gerechtfertigt, weil sie sich nur im Faktor Zeit von der reinen Schenkung unterscheidet. Rechtlich und wirtschaftlich steht eine neun Jahre vor dem Tod des Schenkers vollzogene Vorbehaltsschenkung nämlich zwischen einer zu diesem Zeitpunkt vollzogenen Normalschenkung und einer Normalschenkung kurze Zeit vor dem Tod des Schenkers⁴⁹. Sinn und Zweck des § 2325 BGB, alle Schenkungen innerhalb der 10-Jahres-Frist gleich zu behandeln, verbieten daher, den Nießbrauchswert abzuziehen⁵⁰.

3.2 Grundstücksübergang 10 Jahre oder mehr vor dem Erbfall

3.2.1 Meinungsstand

Die Frage, ob und gegebenenfalls wie es sich auf den Pflichtteilergänzungsanspruch auswirkt, wenn die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt 10 Jahre oder mehr vor dem Tod des

Schenkers vollzogen wurde, war bis 1994 nie Gegenstand einer obergerichtlichen Entscheidung. Im Schrifttum war sie heftig umstritten⁵¹. Seit der Entscheidung des BGH vom 27. 4. 1994⁵² werden im wesentlichen nur noch zwei Ansichten vertreten.

3.2.1.1 Ergänzungspflicht wie bei Übereignung innerhalb der 10-Jahres-Frist

Der BGH und die *h. L.*⁵³ bejahen eine „Leistung“ i. S. des § 2325 Abs. 3 BGB erst, wenn der Schenker nicht nur seine Eigentümerstellung aufgegeben hat, sondern auch darauf verzichtet hat, das Grundstück im wesentlichen weiterhin zu nutzen. Danach ist es für die Pflichtteilergänzung wegen Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt unerheblich, wie viele Jahre vor dem Tod des Schenkers der Beschenkte als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Vertreter dieser Auffassung kommen daher auch zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem welchen Wert sie bei Vorbehaltsschenkungen, die innerhalb der 10-Jahres-Frist vollzogen wurden, für ergänzungspflichtig halten. So ist nach dem BGH⁵⁴ regelmäßig der Wert des Grundstücks zur Zeit der Eigentumsumschreibung abzüglich des Wertes des Nießbrauchs nach § 2325 Abs. 1 BGB ergänzungspflichtig, nach *Leipold*⁵⁵ der Grundstückswert.

Beispiel 9: Sachverhalt wie Beispiel 5, nur daß M das Grundstück schon 1980 an F geschenkt hat. – Daß die Schenkung mehr als 10 Jahre vor dem Tod des M vollzogen wurde, ist nach dieser Ansicht unerheblich. Der BGH hält daher denselben Betrag wie in Beispiel 5 für ergänzungspflichtig, *Leipold* denselben wie in Beispiel 8.

42) Ebenso *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1123 und *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 17 a.

43) Siehe oben Fn. 29.

44) *Mayer*, FamRZ 1994, 739, 741. Ebenso *Behmer*, FamRZ 1994, 1375. Diffus in diesem Sinn auch *Pentz*, FamRZ 1997, 724, 726 f.

45) So ist nach nahezu allgemeiner Ansicht das Formerfordernis des § 766 Satz 1 BGB für die Bürgschaft nicht auf den Schuldbeitritt anzuwenden, obwohl dieser in Funktion und wirtschaftlicher Bedeutung der Bürgschaft nahe kommt; vgl. nur *Habersack*, in: MüKo-BGB, 3. Aufl., § 766 Rn. 10 und 11.

46) Inwieweit der Nießbraucher die Kosten von Instandhaltungsaufwand tragen muß, ist eine in den §§ 1036 Abs. 2, 1041 ff. geregelte, schwierige Frage; eingehend *Schön*, (Fn. 2), S. 110 ff.

47) Ebenso *Rauscher*, (Fn. 31), S. 360 f. Ähnlich auch *Heinrich*, MittRdnK 1995, 157, 164 (wenn auch in anderem Zusammenhang und mit anderer Zielrichtung; dazu Fn. 48).

48) Bezeichnenderweise behandelt auch *Mayer* an anderer Stelle beide Sachverhalte nicht gleich. Die Rechtsprechung des BGH, wonach die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei der Schenkung unter Nutzungsvorbehalt erst mit Ende der Nutzungsmöglichkeiten beginnt (BGHZ 125, 395, dazu unten unter 3.2) soll nach *Mayer* nämlich nicht bei der Schenkung gegen Leibrente in gleicher Höhe gelten; dort beginne die Frist schon mit der Eigentumsumschreibung, so *Mayer*, ZEV 1994, 325, 327; ebenso *Heinrich*, MittRdnK 1995, 157, 164 und *Wegmann*, MittBayNot 1994, 307, 308.

49) Eingehend hierzu *Reiff*, (Fn. 5), S. 231 f. – Zu denken ist auch an vollzogene, aber auf den Tod des Schenkers befristete Schenkungen, die die volle Ergänzungspflicht auslösen, obwohl der Schenker zu Lebzeiten weniger aufgab als bei einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt. Bei Grundstückszuwendungen kommt diese Gestaltung wegen § 925 Abs. 2 BGB nicht ohne weiteres in Betracht, sie ist aber möglich, OLG Oldenburg, FamRZ 1998, 516, etwa durch die Abrede einer Bedingung für den Grundbuchvollzug; *Staudinger/Pfeifer*, BGB, Bearb. 1995, § 925 Rn. 99 f.

50) Ebenso *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 17 a; ähnlich *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1123.

51) Vgl. zum damaligen Meinungsspektrum *Reiff*, NJW 1992, 2857, 2861 f. und eingehend *ders.*, (Fn. 5), S. 262 ff.

52) BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = ZEV 1994, 232.

53) *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1122; *Heinrich*, MittRdnK 1995, 157, 160 f.; *Meyding*, ZEV 1994, 202, 204 f.; *Pentz*, FamRZ 1997, 724, 727 f.; *Siegmann*, DNotZ 1994, 787, 789; bereits vor der Entscheidung des BGH, (Fn. 52), *Draschka*, NJW 1993, 437. Dem BGH folgen auch *Jauernig/Stürmer*, (Fn. 24), § 2325 Rn. 8 und *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 8), § 2325 Rn. 22. – Nach dem OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1114 liegt aber dann Vollzug der Schenkung i. S. von § 2325 Abs. 3 BGB vor, wenn sich das vorbehaltene Nutzungsrecht des Erblassers nur auf eine von zwei Wohnungen des verschenkten Grundstücks beschränkt.

54) BGH, (Fn. 52). Ebenso etwa *Heinrich*, *Stürmer* und *Edenhofer*, alle Fn. 53.

55) *Leipold*, (Fn. 53). Ebenso etwa *Draschka*, (Fn. 53).

3.2.1.2 Ergänzungspflicht nur für den Wertzufluß innerhalb der 10-Jahres-Frist

Nach der *Gegenauffassung* beginnt die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB auch bei der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt mit der Eintragung des Beschenkten im Grundbuch. Nach Ablauf von 10 Jahren ist danach aber nicht die gesamte Schenkung ergänzungsfest, sondern nur das, was 10 Jahre vor dem Erbfall schon im Vermögen des Beschenkten war: der Grundstückswert abzüglich des Nießbrauchswerts zu diesem Zeitpunkt. Ergänzungspflichtig ist folglich der Wertzuwachs beim Beschenkten in den letzten 10 Jahren vor dem Erbfall⁵⁶.

Beispiel 10: Sachverhalt wie Beispiel 9. – Nach dieser Auffassung ist die Differenz aus dem Grundstückswert und dem Wert des Nießbrauchs 10 Jahre vor dem Erbfall ergänzungsfest; ergänzungspflichtig ist die Differenz aus Grundstückswert und dem ergänzungsfesten Betrag, die häufig mit dem Wert des Nießbrauchs 10 Jahre vor dem Erbfall identisch sein wird⁵⁷.

3.2.2 Kritische Analyse

3.2.2.1 Entstehungsgeschichte des § 2325 Abs. 3 BGB

Der Rechtsprechung des BGH, wonach die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB erst zu laufen beginnt, wenn der Erblasser auch auf die Nutzungen des übereigneten Grundstücks verzichtet hat, ist nicht zu folgen. Der Sache nach ist sie keine Auslegung des Merkmals „Leistung des verschenkten Gegenstandes“ mehr, sondern fügt dem dritten Absatz neben der Ausnahme für Schenkungen an den Ehegatten eine *weitere Ausnahme für Nutzungsvorbehalte* hinzu⁵⁸. Wie die Materialien zu § 2325 BGB zeigen, war in der Tat eine entsprechende Regelung in der Zweiten Kommission eingehend beraten worden⁵⁹. Die Mehrheit lehnte den Antrag, die Frist „erst mit dem Erlöschen des vorbehaltenen Rechtes des Erblassers“ beginnen zu lassen, freilich dezidiert ab, weil er „ohne genügenden inneren Grund“ sei und eine „unnötige Verwicklung des Gesetzes“ zur Folge habe⁶⁰. Der Gesetzgeber hat also die Regelung, die der BGH dem § 2325 Abs. 3 BGB entnimmt, als ausdrückliche Ausnahme zu dieser Vorschrift erwogen und bewußt abgelehnt. Diese klare Wertentscheidung ist zu respektieren. Die Entscheidung des BGH stellt sich folglich als *unzulässige Rechtsfortbildung contra legem* dar⁶¹.

3.2.2.2 Wirtschaftliche Ausgliederung trotz Weiternutzung

Die vollzogene Übereignung eines Grundstücks ist stets die Leistung i. S. des § 2325 Abs. 3 BGB, auch wenn der Schenker sich den Nießbrauch daran vorbehalten hat. Auch in diesem Fall wird das geschenkte Grundstück nämlich nicht nur „formalrechtlich“, sondern zumindest teilweise „auch wirtschaftlich aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschieden“⁶². Wie sehr ein bereits geleistetes Geschenk trotz vorbehaltenen Nießbrauchs auch wirtschaftlich ausgegliedert wird, hängt vom *individuellen Geschenk* ab und kann auch bei Grundstücken stark schwanken: Der ausgeschiedene Teil ist sehr groß bei einer Immobilie mit hohem Veräußerungs- und geringem Ertragswert, etwa einem als Parkplatz genutzten Innenstadtgrundstück⁶³, und geringer im vom BGH entschiedenen Fall des selbstgenutzten Einfamilienhauses⁶⁴. Mit anderen Worten: Der Eintritt des rechtlichen Leistungserfolges hat ausnahmslos auch wirtschaftliche Konsequenzen. Er ist daher sogar vor dem Hintergrund der ratio des § 2325 Abs. 3 BGB, den Schenker von „böslchen“ Schenkungen abzuhalten⁶⁵, nicht nur notwendig, sondern auch hinreichend, um eine „Leistung des verschenkten Gegenstandes“ und damit den Beginn der 10-Jahres-Frist anzunehmen⁶⁶.

3.3 Ermittlung des Nießbrauchswertes

3.3.1 Relevanz der Fragestellung

Folgt man der Rechtsprechung des BGH, so ist bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt regelmäßig nur die Differenz

aus Grundstückswert und Nießbrauchswert ergänzungspflichtig, unabhängig davon, wie viele Jahre vor dem Erbfall die Eintragung des Beschenkten in das Grundbuch erfolgte. Danach stellt sich also fast immer die Frage, wie der Wert des vorbehaltenen Nießbrauchs bestimmt werden kann. Diese Frage ist aber manchmal auch dann relevant, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich den gesamten Grundstückswert für ergänzungspflichtig hält. Zum einen deshalb, weil bei einem Eigentumswechsel 10 Jahre oder mehr vor dem Tod des Schenkers der Wert des Nießbrauchs 10 Jahre vor dem Erbfall ergänzungspflichtig ist. Zum anderen deshalb, weil bei gemischten Schenkungen mit Nießbrauchsvorbehalt der Teil des Nießbrauchs, der auf den entgeltlichen Teil des Geschäftes entfällt, nicht ergänzungspflichtig sein kann⁶⁷.

3.3.2 Meinungsstand

Wie bereits gesehen ist der Wert des Nießbrauchs das Produkt aus dem (Rein-)Ertrag je Jahr und der Dauer des Nießbrauchs⁶⁸. Umstritten ist nun, welche Dauer bei einem vom Schenker vorbehaltenen, lebenslangen Nießbrauch für die Ermittlung des nach § 2325 Abs. 1 BGB ergänzungspflichtigen Betrages anzusetzen ist.

3.3.2.1 Lebenserwartung des Schenkers

Der BGH und die überwiegende Ansicht im Schrifttum halten grundsätzlich die Lebenserwartung des Schenkers im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung für maßgeblich⁶⁹. Ermittelt wird also aufgrund einer *ex-ante-Betrachtung* der Wert eines konkreten Nießbrauchs⁷⁰. Die Lebenserwartung des Schenkers ergebe sich aus den amtlichen Sterbetafeln. Zur Kapitalisierung des Nießbrauchs werde der Vielfältiger für den jährlichen Reinertrag des Nießbrauchs einer auf diesen amtlichen Sterbetafeln beruhenden Tabelle entnommen, sei es einer Leibrententabelle, sei es der Tabelle der Anlage 9 zu § 14 BewG. Etwas an-

56) Reiff, (Fn. 5), S. 287 ff. und NJW 1992, 2857, 2861 ff.; ebenso Frank, (Fn. 1), § 2325 Rn. 24 a und Staudinger/J. Frank, (Fn. 6), § 1030 Rn. 82. Sehr ähnlich Soergel/Dieckmann, (Fn. 8), § 2325 Rn. 39. Ähnlich wohl auch Probst, JR 1995, 291, 292 und Rauscher, (Fn. 31), S. 376 f. (de lege lata) und S. 391 (de lege ferenda).

57) Vgl. hierzu Reiff, NJW 1992, 2857, 2862 f. mit Beispielen 6 c und 6 d.

58) Ebenso Siegmann, DNotZ 1994, 787, 789 f., der die Entscheidung des BGH aber als gelungene richterliche Rechtsfortbildung in Form der teleologischen Reduktion begrüßt.

59) Prot., Bd. V, S. 581 (Antragstext) und S. 588 (Antragsablehnung) = Protokolle bei Mugdan, Bd. V, S. 787 f. und S. 792 und hierzu Reiff, NJW 1995, 1136.

60) Entgegen Rauscher, (Fn. 31), S. 376 sind die Ablehnungsgründe also auch inhaltlicher Natur.

61) Vgl. zur Verbindlichkeit festgestellter Wertentscheidungen des Gesetzgebers Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 288 ff.

62) A. A. Leopold, JZ 1994, 1121, 1122. Wie hier Mayer, FamRZ 1994, 739, 745 und Staudinger/J. Frank, (Fn. 6), § 1030 Rn. 82. Vgl. auch Reiff, FamRZ 1993, 892, 893.

63) Weitere Beispiele für andere Schenkungsgegenstände bei Reiff, (Fn. 5), S. 223 hier Fn. 71 und S. 281 hier Fn. 45.

64) BGHZ 125, 395. Beim ebenfalls dort entschiedenen Fall eines Miets- und Geschäftshauses kommt es auf die Höhe der Erträge an.

65) Grundlegend BGHZ 96, 226, 231 f. Ebenso BGHZ 125, 395, 397 f. Zweifeln Leopold, JZ 1994, 1121 („problematischer Gedanke“).

66) Ebenso Frank, (Fn. 1), § 2325 Rn. 24, der sich mit Recht gegen die Heranziehung konturenloser wirtschaftlicher Abgrenzungskriterien wendet. A. A. Siegmann, DNotZ 1994, 787, 789.

67) Hierzu Reiff, NJW 1992, 2857, 2863; ders., (Fn. 5), S. 122 ff. und 252 ff. Unrichtig hingegen Mayer, FamRZ 1994, 739, 742.

68) Siehe oben bei Fn. 12.

69) BGH, NJW-RR 1990, 1058, 1059. Weitere Hinweise auf unveröffentlichte Urteile des BGH bei Reiff, (Fn. 5), S. 185 hier Fn. 60. Aus der Literatur Staudinger/Ferid/Cieslar, (Fn. 7), § 2325 Rn. 75 f.; RGRK-Johannsen, 12. Aufl., § 2325 Rn. 22; Dingerdissen, JZ 1993, 402, 404; Behmer, FamRZ 1994, 1375, 1376. Schwankend Soergel/Dieckmann, (Fn. 8), § 2325 Rn. 15 hier in Fn. 49 e.

70) Es ist daher zweifelhaft, dies eine *abstrakte* Berechnungsart zu nennen; so aber Mayer, FamRZ 1994, 739, 744.

deres soll freilich gelten, wenn Besonderheiten des individuellen Sachverhaltes eine kürzere Lebenserwartung des Schenkers wahrscheinlich machten, dann sei von dieser kürzeren Zeitspanne auszugehen⁷¹.

Beispiel 11: Der 50jährige M verschenkt und übereignet ein Grundstück, dessen jährlicher Reinertrag 10 000 DM ist, unter Nießbrauchsvorbehalt. M stirbt 15 Jahre nach dem Vollzug des Eigentumswechsels. – Die h. M. errechnet den Wert des Nießbrauchs ex ante: Nach der Sterbetabelle hat der Schenker noch eine durchschnittliche Lebenserwartung von 23 Jahren⁷². Gleichwohl ist der auf dieser Lebenserwartung beruhende Multiplikator für M nach Anlage 9 zu § 14 BewG nur 14,316. Der Wert des Nießbrauchs beträgt also zur Schenkungszeit 143 160 DM. Daß M 8 Jahre „zu früh“ gestorben ist, hat keine Auswirkungen.

3.3.2.2 Tatsächliche Dauer des Nießbrauchs

Eine neuerdings stärker werdende Ansicht im Schrifttum stellt grundsätzlich auf die tatsächliche Dauer des vorbehaltenen Nießbrauchs ab, ermittelt also den Wert eines konkreten Nießbrauchs aufgrund einer *ex-post-Betrachtung*⁷³. Der Wert des Nießbrauchs ist danach das Produkt aus jährlichem Reinertrag und tatsächlicher Dauer, also der Zeit zwischen Übertragung und Tod des Schenkers. Die herrschende Ansicht, die auf die Lebenserwartung des Schenkers abstelle, schütze den Pflichtteilsberechtigten nicht ausreichend. Sterbe der Erblasser früher als nach seinem Alter zu erwarten, werde der Erbe zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten ungerechtfertigt bevorzugt.

Beispiel 12: Die Mindermeinung berechnet den Wert des Nießbrauchs des M (Beispiel 11) ex post: M starb nach 15 Jahren. Der Wert des Nießbrauchs beträgt daher 150 000 DM.

3.3.3 Kritische Analyse

3.3.3.1 Erfordernis der Abzinsung

Die Ansicht, die den Wert des vorbehaltenen Nießbrauchs nach seiner tatsächlichen Dauer, also ex post ermittelt, ist unrichtig. Gegen sie spricht, daß sie nicht den Wert erfaßt, den sie erfassen will, und daß sie deshalb die Pflichtteilsberechtigten gar nicht im angenommenen Umfang begünstigt. Sie will nämlich den Betrag ermitteln, „um den im Zeitpunkt der Schenkung das Vermögen des Schenkers verringert worden ist“⁷⁴, muß also den Wert des Nießbrauchs im Zeitpunkt der Schenkung berechnen. Auch wenn man dabei mit dieser Ansicht die ex post ermittelte reale Dauer des Nießbrauchs für maßgebend hält, so dürfte man doch nicht den Jahresertrag des Nießbrauchs mit dieser Anzahl von Jahren multiplizieren, sondern müßte einen anderen Vervielfältiger wählen. Dieser müßte berücksichtigen, daß die Nutzungen des Nießbrauchers vom Schenkungszeitpunkt aus gesehen noch in der Zukunft liegen, er müßte also abgezinst sein.

Das Erfordernis der Abzinsung wird von der Mindermeinung nicht gesehen. Wie ein Vergleich der beiden Beispielsrechnungen 11 und 12 eindeutig zeigt, hat dieser Fehler zur Folge, daß die Mindermeinung entgegen ihrer Behauptung auch dann für den Pflichtteilsberechtigten *schlechtere Ergebnisse* als die h. M. erzielt, wenn der Schenker kürzer lebt, als es seiner statistischen Lebenserwartung entsprechen würde.

Die zu kritisierende Ansicht wäre nur dann konsistent, wenn sie zwar die reale Dauer des Nießbrauchs als Ausgangspunkt hätte, aber die Abzinsung berücksichtigte. Da bei einer *ex-post-Betrachtung* die Nutzungen eines lebenslangen Nießbrauchs auf eine bestimmte, abgeschlossene Zeit beschränkt sind, könnte dies etwa dadurch geschehen, daß man den *Vervielfältiger der Anlage 9a zu § 13 BewG* entnimmt.

Beispiel 13: Im Beispiel 12 rechnet die Mindermeinung 15 Jahre x 10 000 DM, kommt also zu einem Nießbrauchswert von 150 000 DM. Statt dessen müßte sie – konsequent angewandt – rechnen: 10 000 DM x 10,134, den Faktor über den gegenwärtigen Kapitalwert gemäß Anlage 9 a zu § 13 BewG für eine Nutzung von 15 Jahren. In diesem Fall käme sie zu einem Nießbrauchswert von 103 140 DM und würde dann – wie von ihr gewollt – wegen des „zu frühen“ Todes des Schenkers im Vergleich zur

h. M. (Beispiel 11: 143 160 DM) zu einem für den Pflichtteilsberechtigten günstigeren Ergebnis kommen.

3.3.3.2 Einigung über die Unentgeltlichkeit

Die Mindermeinung wäre freilich auch dann abzulehnen, wenn sie dem Erfordernis der Abzinsung Rechnung tragen würde. Ihr Ausgangspunkt ist, die Ergebnisse der auf die Lebenserwartung abstellenden herrschenden Ansicht seien für den Pflichtteilsberechtigten unbillig, wenn der Erblasser verglichen mit der statistischen Lebenserwartung „zu früh“ sterbe. Deshalb sei die außergewöhnlich kurze Nießbrauchsdauer zu berücksichtigen, und zwar im Sinn einer Erhöhung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs⁷⁵.

Ausgangspunkt und daraus gezogene Folgerung sind falsch. Die Ergebnisse der h. M. sind – wenn man den Wert des Nießbrauchs entgegen der hier vertretenen Ansicht als Abzugsposten akzeptiert – auch dann zutreffend, wenn der Erblasser ungewöhnlich lang oder kurz lebt. Denn § 2325 BGB soll den Pflichtteilsberechtigten nicht vor jeder unentgeltlichen Verfügung schützen, sondern nur vor *Schenkungen*. Bei einer Schenkung müssen sich die Vertragspartner *im Zeitpunkt der Zuwendung* einig gewesen sein, daß bzw. (bei der gemischten Schenkung) inwieweit die Zuwendung des Erblassers an den Dritten unentgeltlich ist⁷⁶. Der überraschend frühe Tod des Erblassers bewirkt nun zwar, daß der Wert seines Nießbrauchs real und objektiv geringer ist als die Parteien bei Vertragsschluß annahmen. Diese Differenz zum angenommenen Wert erhöht aber nicht den Wert der Schenkung, weil insoweit keine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung vorliegt. Die Abweichung von der Lebenserwartung konnte nämlich von den Parteien nicht vorhergesehen werden und daher auch nicht in die Vereinbarung über die (teilweise) Unentgeltlichkeit der Zuwendung einfließen. Die zu kritisierende Ansicht führt mit anderen Worten dazu, daß entgegen § 516 BGB nicht bei der Zuwendung, sondern erst beim Tod des Zuwendenden feststeht, ob ein Kauf vorlag, eine gemischte Schenkung oder eine reine Schenkung⁷⁷. Diese Ansicht gibt also der Sache nach das Merkmal „Schenkungs“ auf und ist daher abzulehnen.

71) BGHZ 65, 75, 77. Solche Besonderheiten haben die OLG wiederholt beschäftigt. So hat das OLG Köln es zu Recht abgelehnt, bei einem „todkranken“ Erblasser, der die Schenkung nur drei Wochen überlebte, die statistische Lebenserwartung von 11 Jahren zu berücksichtigen und hat für den Nießbrauch keinen Wert angesetzt, OLG Report 1997, 79, 80. Der Leitsatz 2, abgedruckt auch in FamRZ 1997, 1437, der die Besonderheit der Schwerkrankeheit nicht herausstellt, wird von der Entscheidung nicht gedeckt. OLG Hamburg, FamRZ 1992, 228, 230 betraf eine Auflage zur Pflege und gehört daher entgegen Pentz, FamRZ 1997, 724, 728 nicht hierher, weil es keine statistische Pflegebedürftigkeitsdauer gibt. Häufiger finden sich aber OLG-Urteile, nach denen die statistische Lebenserwartung die *Untergrenze* ist, die sogar dann überschritten werden kann, wenn die reale Lebensdauer *kürzer* ist; so OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 263, 264 und FamRZ 1992, 1226, 1227. – Unrichtig ist es jedenfalls, wenn das OLG Köln, FamRZ 1992, 480 bei einem 69jährigen bzw. FamRZ 1997, 1113 bei einem 75jährigen Erblasser von der tatsächlichen Lebensdauer statt von der Lebenserwartung ausgeht, weil „die statistische Lebenserwartung nahezu erreicht war“. Die Lebenserwartung betrug 11 bzw. 8 Jahre, der Vervielfältigungsfaktor nach Anlage 9 zu § 14 BewG 7, 816 bzw. 6, 020.

72) Vgl. den partiellen Abdruck in DStR 1993, 901.

73) So Schopp, Rpfleger 1956, 119, 120 f.; Sostmann, MittRhnK 1976, 479, 503; Mayer, FamRZ 1994, 739, 744 und 1376; Heinrich, MittRhnK 1995, 157, 168 und Pentz, FamRZ 1997, 724, 727 f.

74) Vgl. Pentz, FamRZ 1997, 724, 727.

75) Entsprechend müßte nach dieser Ansicht natürlich auch eine besonders lange Nießbrauchsdauer wegen „zu späten“ Todes des Schenkers *ergänzungs-mindernd* berücksichtigt werden; vgl. Mayer, FamRZ 1994, 739, 744 hier in Fn. 79, dessen Einschätzung, dies komme wegen der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB nur sehr selten vor, durch BGHZ 125, 395 in der Praxis ihre Grundlage verloren hat.

76) Spätere Ereignisse sind grundsätzlich irrelevant, so zu Recht OLG Oldenburg, FamRZ 1998, 516, 517.

77) Dies wird etwa von Pentz, FamRZ 1997, 724, 727 hier in Fn. 31 offen eingeräumt.

4. Zusammenfassung

Der unentgeltliche Zuwendungsnießbrauch kann Pflichtteils-ergänzungsansprüche gegen den Erben des Schenkers auslösen, wenn er weniger als 10 Jahre vor dem Tod des Schenkers bestellt wurde und er beim Tod des Schenkers noch nicht erloschen ist. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, so ist der ergänzungspflichtige Wert des Geschenks das Produkt aus dem jährlichen Reinertrag des Nießbrauchs und dem Vervielfältiger der Anlage 9 zu § 14 BewG, der dem Alter des Nießbrauchers beim Tod des Schenkers entspricht.

Bei Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, die weniger als 10 Jahre vor dem Tod des Schenkers vollzogen wurden, ist der gesamte Grundstückswert nach § 2325 Abs. 1 BGB ergänzungspflichtig. Der Umstand, daß sich der Schenker den Nießbrauch vorbehalten hat, bleibt unberücksichtigt. Maßgeblich ist nach § 2325 Abs. 2 BGB grundsätzlich der Wert beim Erbfall, es sei denn, der Wert zur Zeit der Grundbucheintragung sei geringer. Beim erforderlichen Wertvergleich ist der Kaufkraftschwund zu berücksichtigen. Der Betrag zur Zeit der Grundbucheintragung ist also mit dem beim Erbfall geltenden Preisin-

dex für die Lebenshaltung in langjähriger Übersicht zu multiplizieren und durch den zur Zeit der Grundbucheintragung zu dividieren⁷⁸.

Bei Grundstücksübereignungen, die mindestens zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers stattgefunden haben, gilt folgendes: Der Eigentumswechsel an einem Grundstück, das der Erblasser weiterhin nutzt, setzt die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB in Gang. Der Wert des Nießbrauchs 10 Jahre vor dem Tod des Schenkers ist freilich noch ergänzungspflichtig, weil dieser Wert innerhalb der 10-Jahres-Frist noch im Erblasservermögen vorhanden war.

Soweit im Rahmen der Pflichtteilsergänzung der Wert des vom Schenker vorbehaltenen Nießbrauchs eine Rolle spielt, ist er aus ex-ante-Sicht zu betrachten, also in Abhängigkeit vom Parteiwillen zum Zeitpunkt der Zuwendung.

78) So auch der BGH, (Fn. 25) und die ganz h. L., vgl. nur *Frank*, (Fn. 1), § 2325 Rn. 23. Die Einwände von *Penitz*, FamRZ 1997, 724, 725 f. sind unrichtig. Der Gesetzgeber von 1896 hat den Geldwertschwund unserer Tage („schleichende Inflation“) nicht vorhersehen können. Er „wollte“ daher entgegen *Penitz* ihre Nachteile mit der Regelung des § 2325 Abs. 2 BGB nicht dem Pflichtteilsberechtigten aufbürden; vgl. *Reiff*, (Fn. 5), S. 156 f.