

Erbrechtliche Aspekte der vorbehaltenen Nutzniessung bei Liegenschaftsabtretungen

Dr. Walter Sticher, Fachanwalt SAV Erbrecht, Zürich

Vortrag vom 23.11.2010 Fachgruppe Erbrecht ZAV, Zürich

Das heutige Thema beschlägt die Frage: "Wie sind Liegenschaften im Erbgang zu behandeln, die der Erblasser zu Lebzeiten einem Erben unter Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzniessung übertragen hat? Oder anders ausgedrückt: „Was muss sich der Erbe, der nun durch den Tod des Liegenschaftsabtreters vom nackten zum vollen Eigentümer mutiert ist, erbrechtlich anrechnen lassen?

Ich möchte vorerst anhand von drei Bundesgerichtsentscheiden in die Thematik einführen:

1. BGE 116 II 667

Vater überträgt seiner Tochter unter Dispens von der Ausgleichungspflicht eine Liegenschaft wie folgt:

Verkehrswert Zeitpunkt der Abtretung	39'000
- Hypothek	-5'800
- Barwert Nutzniessung	<u>-17'000</u>

Zuwendung (Schenkung) 16'200 (41.54 % v. 39'000)

Wert Todestag 170'000

Davon sind 41.54 % bzw. 70'660 zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzu zu zählen (Quotenmethode)

Drei Dinge sind bemerkenswert:

- a) Das Bundesgericht bestätigt hier nochmals die **Gültigkeit der „objektivenTheorie“**, wonach Art. 527 Ziff.1 ZGB auf sämtliche Zuwendungen anzuwenden ist, „die ihrer Natur nach der Ausgleichung unterworfen wären, ihr aber durch eine entsprechende Verfügung des Erblassers entzogen sind.“ Dies bedeutet, dass die gemäss dem subjektiven Willen des Erblassers von der Ausgleichung dispensierte Transaktion trotzdem „objektiv“ für die Pflichtteilsberechnung relevant bleibt, unabhängig davon, wie lange die gemachte Schenkung zeitlich zurück liegt. Die Gültigkeit der objektiven Theorie ist somit Voraussetzung für die Anwendung der Quotenmethode in allen „Dispensationsfällen“.
- b) Das Gericht wendet die **Quoten- oder Proportionalmethode** an und transponiert den Schenkungsanteil auf den höheren Verkehrswert im Zeitpunkt des Todes bzw. der Teilung.
- c) Für unsere Zwecke wichtig ist nun der Umstand, dass das BG den Barwert der Nutzniessung als **„Gegenleistung“ oder „Entgelt“** der beschenkten Tochter betrachtet, analog der Übernahme der Hypothek. Je jünger somit der Vater, desto höher der Barwert der Nutzniessung und desto kleiner der erbrechtlich zu berücksichtigende Schenkungsanteil. Es liegt auf der Hand, dass ein relativ junger Vater, der seinen beträchtlichen Liegenschaftenbesitz dergestalt lebzeitig auf ein Kind überträgt, den Pflichtteilsschutz weitgehend aushöhlen kann. Kann das sein?

2. *BGE 120 II 417*

Mutter überträgt lebzeitig eine Liegenschaft auf ihre Tochter und setzt den Sohn auf den Pflichtteil.

<i>Verkehrswert Zeitpunkt der Abtretung</i>	403'000
<i>- Barwert Nutzniessung</i>	<u>-168'750</u>

<i>Wert nacktes Eigentum</i>	234'430
------------------------------	---------

<i>Angeordnete Ausgleichung</i>	260'000	64.52 % v. 403'000
---------------------------------	---------	--------------------

<i>Wert Todestag</i>	1'169'000
----------------------	-----------

Davon sind 64.52 % bzw. 754'200 zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzu zu zählen (Quotenmethode)

Folgendes fällt auf:

- a) Das BG hat die angeordnete Ausgleichung im Betrag von CHF 260'000 als massgebliche Schenkung betrachtet und nicht den geringeren Wert des nackten Eigentums. (Der Grund für die Differenz ist mir nicht bekannt).
- b) Gleich wie beim vorherigen Entscheid betrachtet das BG den Nutzniessungswert explizit als Gegenleistung der beschenkten Tochter. Die Vorinstanz war anderer Meinung und rechnete 1'169'000 zum Nachlass hinzu. Sie ging somit von einer reinen Schenkung aus, das BG hingegen nimmt eine gemischte Schenkung an.
- c) Es wird wiederum die Quotenmethode angewendet.
Paul Eitel hat diesen Entscheid als Anlass genommen für seinen Aufsatz „Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt. (Recht 1996, S. 34ff.). Ich komme darauf zurück.

3. *Entscheid 5C.60/2003 (7.5.03)*

Mutter überträgt lebzeitig eine Liegenschaft auf Ihren Sohn wie folgt:

<i>Verkehrswert Zeitpunkt Abretung</i>	377'000
- <i>Hypothek</i>	-128'000
- <i>Barwert Nutzniessung</i>	<u>-238'000</u>
	11'000
 <i>Angeordnete Ausgleichung</i>	 360'000
 <i>Wert Todestag</i>	 483'000
- <i>Hypothek</i>	<u>-128'000</u>
	355'000

Erbrechtlich anzurechnen sind 360'000

Das BG äussert sich zuerst zum Ausgleichungsrecht und hält fest, dass die Ausgleichungsregeln dispositiver Natur sind. Der Erblasser könne eigene, vom Gesetz abweichende Vorschriften zur Berechnung des Ausgleichungswertes aufstellen oder diesen selber konkret festlegen.

Wörtlich sagte es dann:

„Da im vorliegenden Fall die Erblasserin den auszugleichenden Anrechnungswert mit einem konkreten Betrag angegeben hat, bleibt für eine abweichende Berechnung kein Platz mehr. Damit kann auch offen bleiben, in welchem Umfang die Abtretung der Liegenschaft tatsächlich unentgeltlich erfolgt ist. (Hinweis auf den Aufsatz von Eitel).“

„Selbst wenn der Beklagte im Ergebnis mehr zur Ausgleichung bringen müsste, als ihm effektiv zugewendet wurde, kann dies nicht als bundes-

rechtswidrig angesehen werden, falls er sich.....vertraglich dazu verpflichtet hat.“

„Irrtumist vorliegend nicht zu beurteilen“.

Das Gericht musste somit keine Stellung nehmen zu der uns vor allem interessierenden Frage, ob der Übernehmer der Liegenschaft in Form des Barwertes der Nutzniessung dem Erblasser gegenüber eine **Gegenleistung** erbracht hat oder nicht. P. Eitel verneint dies in seinem erwähnten Aufsatz und analysiert vorerst u.a. den obligationenrechtlichen Schenkungsbegriff. Danach gilt als Schenkung „jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechend Gegenleistung bereichert.“ P. Eitel kommt dann zum Schluss, dass bei den dargestellten Liegenschaftsabtretungen der Zuwendungsempfänger „nicht auch etwas aus seinem Vermögen leistet“ und somit keine Gegenleistung erbringt. Damit kommt der Autor zu einem anderen Ergebnis als das BG, welches – wie wir gesehen haben – im Wert der Vorbehalt-nutzniessung eine Gegenleistung erblickte. Zusammengefasst heisst dies: Liegt eine Gegenleistung des Beschenkten vor, dann haben wir eine *gemischte Schenkung*, liegt keine Gegenleistung vor, eine *reine Schenkung*.

Man kann das ganze auch rein pragmatisch anschauen: Wenn im obigen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2003 der Sohn, der die Liegenschaft von der Mutter erhalten hat, dieser tatsächlich eine Gegenleistung erbringt, dann müsste nach Vollzug der Transaktion sein Vermögen um CHF 238'000 kleiner sein. Das ist nun offensichtlich nicht der Fall. Das Vermögen des Sohnes hat im Gegenteil zugenommen, nämlich um den Wert des nackten Eigentums.

Zu diesem Schluss kommt nun auch das BG in einem *steuerrechtlichen* Entscheid aus dem Jahr 2000, einem Rechtsgebiet, das von je her wirtschaftliche Aspekte stärker gewichtete als rein formale juristische Konstruktionen. Wirtschaftlich lag ein Sachverhalt vor, den wir nun zur Genüge

kennen: Die Mutter trat ihrem Sohn lebzeitig ihre Liegenschaft ab und behielt die Nutzniessung daran. Steuerrechtlich umstritten war die Frage, wie die Nutzniessung von den Eltern zu versteuern sei – eine Kontroverse, die etwa gleichviel Tinte gekostet hat wie die Diskussion um die Gültigkeit der objektiven oder subjektive Theorie im Pflichtteilsrecht. Um was geht es? Gemäss vormaligem Art. 22 Abs. 3 DBG waren Einkünfte aus Leibrenten, Nutzniessungen etc. lediglich zu 60 % steuerbar, falls die Leistung, auf welche sich der Anspruch stützt, ausschliesslich vom Steuerpflichtigen erbacht worden ist. Als Beispiel diene der Kauf einer Leibrente bei einer Versicherungsgesellschaft mit einer Einmaleinlage. Die irgendwann fliessende Rente setzt sich dann zusammen aus dem Kapitalverzehr (bereits einmal versteuert) und einem zusätzlich steuerbaren Zinsertrag. Deshalb als Kompromiss der reduzierte Steuersatz.

Das BG hat die privilegierte Besteuerung verneint u.a. mit folgenden Argumenten:

„Mit der Übereignung der Liegenschaft unter Vorbehalt der Nutzniessung behält der Schenker den vollen Nutzen an der Liegenschaft ohne weiteren Kapitaleinsatz, weshalb sich die Berücksichtigung einer entsprechenden (steuerfreien) Kapitalumschichtung sachlich nicht rechtfertigt. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Nutzniessers hat sich nicht verändert“

.....

*„Die Liegenschaft ändert die Hand nicht unbelastet zum Vollwert, worauf der Erwerber das Nutzungsrecht gegen Entgelt unter Verrechnung mit der Gegenforderung des Veräusseres diesem erneut einräumen würde; die Liegenschaft wird vielmehr sachenrechtlich *uno actu* bereits mit der dinglichen Last bzw. dem entsprechenden Minderwert übertragen.“*

„Der Wohnrechts- bzw. Nutzniessungsvorbehalt kann sachenrechtlich nicht Gegenleistung des Übernehmers für die Übertragung des Grundstücks bilden, da dieNutzniessungsberechtigung nie in seiner sachenrechtlichen Verfügungsmacht stand.“

(2000 DBG / B 26.26 Nr.3)

Falsch ist somit die Annahme, dass das Grundstück in einem 1. Akt auf den Sohn übergeht und dass dieser dann in einem 2. Akt der Mutter die Nutzniessung als „Gegenleistung“ gibt. Mitschuldig an diesem Verständnis ist aber auch die Formulierung der entsprechenden Übertragungsverträge. So stellt das BG im obigen Entscheid den Sachverhalt einleitend wie folgt dar: „....Dieser (der Sohn) verpflichtete sich im Gegenzug, die auf dem Grundstück lastende Hypothek von CHF 100'000 zu übernehmen sowie seinen Eltern ein lebenslängliches und übertragbares Nutzniessungsrecht am Schenkungsobjekt einzuräumen....“ Diese Vorstellung scheint sich irgendwie in den Köpfen eingeprägt zu haben, so wie wir 400 Jahre nach Galileo heute noch davon sprechen, dass die Sonne auf- bzw. untergeht.

Als Zwischenergebnis zeigt sich, dass der Übernehmer keine Gegenleistung in Form des Barwertes der Nutzniessung erbringt, sondern dass er lediglich ein Grundstück erhält, dessen Wert im Vergleich zum Verkehrswert vermindert ist. Es liegt somit nicht eine gemischte, sondern eine **reine** Schenkung vor. Somit ist auch die Proportionalmethode nicht anzuwenden. (vgl. auch P. Eitel, Berner Kommentar, Art. 626 ZGB, N. 115 m. w. H.).

Wenn man eine **gemischte** Schenkung annimmt, profitiert der lebzeitig Beschenkte. Dieses Ergebnis wäre auch aus einem anderen Grund unbefriedigend, weil sich ja im Normalfall das Vermögen des Nutzniessers durch die ihm zufließenden Erträge vergrössert oder mindestens nicht verringert hat. Unter dieser Prämisse profitiert der so Beschenkte doppelt, erstens durch die ihm angerechnete „Zuwendung“ und zweites als Erbe am vergrösserten Nachlass des Erblassers. Durch Zuwendung der freien Quote an ihn, kann das ganze – um im Bankenjargon zu sprechen – „geleveraged“ werden. Das ganze führt dann wirklich zu paradoxen Ergebnissen.

Mit der Feststellung, dass eben eine reine und nicht eine gemischte Schenkung vorliegt, ist das Problem noch nicht ganz gelöst, denn es stellt

sich die Frage, wie diese reine Schenkung im Erbgang zu behandeln ist. Gemäss Art. 474 und 630 ZGB gilt das **Todestagprinzip**. Das bedeutet, dass sich der Beschenkte **zufällige**, konjunkturelle Wertsteigerungen, z.B. an Wertpapieren oder Liegenschaften, im Erbgang anrechnen lassen muss. Umso mehr rechtfertigt es sich, die unter Vorbehalt der Nutzniesung geschenkte Liegenschaft zu ihrem Verkehrswert im Erbgang zu veranschlagen, da ja die Wertsteigerung im eigentlichen Sinn des Wortes totsicher ist. Denn mit jedem Jahr nimmt der Wert der Nutzniesung ab und es steigt der Wert des nackten Eigentums, bis dieses und der Verkehrswert im Todestag identisch sind.

(zustimmend PraxKomm Erbrecht-Ch. Nertz, Art. 475 ZGB, N 22).

Eine Frage bleibt noch zu klären: Wie ist zu rechnen, wenn die Liegenschaft – was der Hauptfall sein dürfte – mit einer Hypothek übertragen wurde? Schauen wir uns noch einmal den BGE aus dem Jahre 2003 an:

<i>Verkehrswert</i>	377'000	
<i>Hypothek</i>	- 128'000	
<i>(Barwert NN p.m.</i>	- 238'000)	
<i>Schenkungsanteil</i>	249'000	66.05 %
 <i>Wert Todestag</i>	 483'000	

In diesem Fall wird durchwegs die Meinung vertreten, dass bezüglich der übernommenen Hypothek eine gemischte Schenkung vorliege und somit die Quotenmethode zur Anwendung gelange. Ich sehe das anders, weiss aber, dass ich mich auf relativ dünnem Eis bewege. M.E. ist die Übernahme der Hypothek lediglich ein formeller, nicht aber ein wirtschaftlicher Akt, da ja nach wie vor der Abtreter und Nutzniesser die Hypothekarzinsen bezahlt sowie andere, mit der Liegenschaft verbundene Kosten. Effektiver Schuldner wird der nackte Eigentümer erst im Erbgang. Es ist ihm deshalb dann der Nettowert von CHF 355'000 (483' – 128') anzurechnen.

Eventuell gibt mir aber das BG indirekt Recht. Der vorher zitierte steuerrechtliche Entscheid wurde nämlich mit Urteil vom 2.9.2005 (2A.73/2004) bestätigt. Wiederum ging es um die Vorbehaltsnutzniessung in Zusammenhang mit der Übertragung einer Liegenschaft auf die Kinder. Erneut wurde das Steuerprivileg verneint, weil die Vorbehaltsnutzniessung auf einem unentgeltlichen Rechtsgrund beruhe. „*Anders könnte es sich nur Verhalten, wenn abweichend von der Regel, nach welcher der Nutzniesser dieHypothekarzinsen....zu tragen hat, diese Auslagen vom Eigentümer übernommen werden. Dann könnte eine gegen Entgelt eingeräumte, zu 60 % steuerbare Nutzniessung vorliegen*“.

Ich hoffe, dass Sie jetzt mit mir einig sind, dass der Barwert der Nutzniessung **keine** Gegenleistung der beschenkten Person ist und dass somit **keine** gemischte Schenkung vorliegt. Anders argumentiert ist auf den Wert der lebzeitig übertragenen Liegenschaft zum Zeitpunkt des Todes des Abtreters abzustellen, in welchem Moment der Barwert der Nutzniessung rechnerisch Null geworden ist.

Vielleicht habe ich die Rechnung ohne den Wirt gemacht. In einem neusten Entscheid hält das BG lapidar fest: „Le transfert d'un immeuble grevé d'un droit d'habitation ou d'un usufruit constitue un cas particulier de donation mixte; il faut tenir compte de la valeur capitalisée de ceux-ci.“ (BGE 5A_338/2010, E 9.1.2.) Ohne sich im Geringsten mit der Literatur oder seiner eigenen, steuerrechtlichen Rechtssprechung auseinanderzusetzen, wird die Anwendbarkeit der gemischten Schenkung wiederholt.

In einem sozusagen „druckfrischen“ Entscheid (BGE 136 III 305ff, E. 3.1) nahm das BG zum Begriff „Zuwendung“ Stellung. Es ging um – auch im Zusammenhang mit Liegenschaftsabtretungen – die Gewährung von zinsfreien Darlehen. Zu entscheiden war, ob der Zinserlass ein „Zuwendung“ gemäss Art. 527 Ziff. 1 sei. Dazu führte das BG aus: „Unter ‚Zuwendung‘ kann in einem obligationenrechtlichen Sinn jede Handlung verstanden werden, durch die eine Person einer anderen einen Vermögensvorteil ver-

schafft. Die Zuwendung kann sich aus einem **Vermögensopfer** oder aus einer Arbeitsleistung ergeben....In Art. 527 Ziff. 1 ZGB wird ausdrücklich (nur) der Begriff ‚Vermögensabtretung‘ verwendet. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, der erbrechtlichen Herabsetzung einzig Tatbestände zu unterstellen, die auf einem Vermögensopfer beruhen...Erfasst werden auch bei der Herabsetzung zur Absicherung der Pflichtteile grundsätzlich nur bestimmte lebzeitige Vorgänge, und es ist deshalb angebracht, nur eigentliche Entäusserungen Art. 527 Ziff. 1 bis 3 ZGB zu unterstellen.“

Verlangt man nun auch ein „Vermögensopfer“ oder eine „Entäusserung“ seitens des Beschenkten in den uns interessierenden Nutzniessungsfällen steht fest, dass dieser bekanntlich keine solchen erbringt. Somit schliesst sich der Kreis: Ohne Entäusserung keine Gegenleistung und ohne Gegenleistung keine gemischte Schenkung und ohne gemischte Schenkung keine Quotenmethode. Man darf auf die weitere Entwicklung gespannt sein.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!