



# Literatur / Bibliographie

FELIX HORAT, *Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt. Dissertation Universität Luzern, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Band 123, Zürich 2018, XLVIII, und 364 S. (inkl. Stichwortverzeichnis).*

(1) Dass der Grundstückschenkung mit einer vorbehaltenen Nutzniessung bzw. einem vorbehaltenen Wohnrecht eine erhebliche praktische Bedeutung zukommt, zeigt der Autor bereits in der *Einleitung* auf. (Wenn nachfolgend von einer vorbehaltenen Nutzniessung gesprochen wird, ist damit auch das Wohnrecht gemeint, sofern eine Unterscheidung nicht nötig ist.) Im Vorfeld der geplanten Erbschafts- und Schenkungssteuer auf Bundesebene (2011), welche rückwirkend per 1.1.2012 eingeführt werden sollte, verschenkten viele Hauseigentümer ihre Liegenschaften an die Nachkommen, behielten jedoch für sich (meistens auch für den Ehepartner) die lebenslängliche Nutzniessung vor. Die Erbschaftssteuerinitiative scheiterte deutlich – die Schenkungen dürfen jedoch mehrheitlich weiterhin bestehen bleiben und in den kommenden Erbgängen zu Diskussionen führen, sofern nicht alle Nachkommen gleichermaßen beschenkt worden sind.

(2) Worin die eingangs vom Autor erwähnte praktische bzw. finanzielle Bedeutung solcher Vorbehaltschenkungen besteht, erschliesst sich dem Leser erst relativ spät, weshalb an dieser Stelle vorgegriffen und das auf S. 258 aufgeführte Beispiel dargestellt wird: Schenkt der Vater seiner Tochter eine Liegenschaft im (heutigen) Wert von CHF 1 000 000 und behält er sich die lebenslängliche Nutzniessung im Wert von CHF 600 000 vor, hat die Liegenschaft aus der Sicht der Tochter einen Wert von CHF 400 000. Übernimmt diese auch die Grundpfandschuld (Hypothek) von CHF 200 000, stellt sich die Frage, welche Gegenleistung(en) die Tochter dem Vater insgesamt erbracht hat. Sind es nur die übernommenen Schulden, ist es nur die Gewährung der Nutzniessung oder beides? Wird keine Gegenleistung erbracht, spricht man von einer reinen Schen-

kung, im anderen Fall von einer gemischten Schenkung. Erbrechtlich relevant ist die Unterscheidung insbesondere deshalb, weil gemischte Schenkungen nach der sogenannten Quoten- oder Proportionalmethode veranschlagt werden; sie besagt, dass zwischen dem Schenkungs- und Todeszeitpunkt eingetretene Wertsteigerungen (aber auch Wertvermindierungen) Beschenkten proportional zum ursprünglichen Schenkungsanteil anzurechnen sind. Sind somit im erwähnten Beispiel die übernommene Nutzniessung (CHF 600 000) und die Hypothek (CHF 200 000) Gegenleistungen der beschenkten Tochter, hat sie effektiv nur CHF 200 000 oder 20% des Grundstückswerts geschenkt erhalten. Steigt dieser bis zum Tod des Vaters auf CHF 2 000 000 an, muss sich die Tochter in einer allfälligen Ausgleichung oder Herabsetzung denn auch nur CHF 400 000 (20% von 2,0 Mio.) anrechnen lassen. Diese Berechnungsart entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. (Anmerkung des Rezensenten: Im Entscheid 5A\_404/2018 vom 06.11.2018 hat das Bundesgericht erneut und entgegen den Vorinstanzen die Bestellung einer Nutzniessung als Gegenleistung betrachtet, welche den Verkehrswert der übernommenen Liegenschaft mindere). Versteht man hingegen die vorbehaltene Nutzniessung nicht als «Gegenleistung» der Tochter, beträgt der ursprüngliche Schenkungsanteil CHF 800 000 bzw. 80% des Liegenschaftswerts. Durch «Transponierung» dieser Quote auf den Wert per Todestag beträgt dann die anrechenbare Schenkung CHF 1 600 000. Die neuere Lehre und der Autor vertreten diese letztgenannte Ansicht. Der Rezensent schliesst sich dieser Meinung an, denn eine derartige Privilegierung von Beschenkten – Anrechnung von nur CHF 400 000 anstatt CHF 1 600 000 – ist mehr als fragwürdig.

(3) Im *allgemeinen Teil* (§ 1–5) werden Grundstückschenkung, Nutzniessung und Wohnrecht sowie abschliessend die erbrechtlichen Institute der Ausgleichung und Herabsetzung behandelt. Anhand zahlreicher Literaturhinweise kann sich der Leser in



kurzer Zeit einen Überblick über den aktuellen Stand der Lehre und Rechtsprechung verschaffen.

Der *besondere Teil* beginnt mit einem Vorspann (§ 7), in welchem u.a. die Frage geprüft und bejaht wird, ob eine Grundstückschenkung mit Nutznießungsvorbehalt der Zustimmung des (Ehe)partners bedarf (Art. 169 ZGB, Art. 14 PartG).

(4) Zentral ist § 8 über die Rechtsnatur von Grundstückschenkungen mit Nutznießungs- oder Wohnrechtsvorbehalt. Zuerst werden die reine Schenkung, die gemischte Schenkung und die Schenkung mit Auflagen voneinander abgegrenzt, wobei die gemischte Schenkung eine Kombination eines unentgeltlichen mit einem entgeltlichen Geschäft darstellt. Erbrechtlich wichtig ist die Unterscheidung deshalb, weil zwar sowohl die reine als auch die gemischte Schenkung ausgeglichen oder herabgesetzt werden können, die gemischte Schenkung jedoch – wie eingangs aufgezeigt – nur mit dem unentgeltlichen Teil. Entscheidend ist somit, ob es sich bei einer Grundstückschenkung mit Nutznießungsvorbehalt um eine reine oder um eine gemischte Schenkung handelt.

(4.1) Nach einer Analyse von Rechtsprechung und Lehre kommt der Autor zum Schluss, dass das Bundesgericht Grundstückschenkungen mit Nutznießungsvorbehalt «nahezu einheitlich» als gemischte Schenkungen qualifiziert, während die neuere Lehre von einer reinen Schenkung ausgeht. Diese Meinung vertritt auch HORAT, wobei er auf den Zeitpunkt der Errichtung der Personaldienstbarkeit abstellt. Für ihn gilt zusammengefasst: Wird die Nutznießung als Eigentümerdienstbarkeit errichtet und das Grundstück erst nachträglich verschenkt, kann das bereits bestehende Nutznießungsrecht nicht als Gegenleistung der Beschenkten qualifiziert werden, weshalb eine reine Schenkung des nackten Eigentums vorliegt; verpflichtet sich die Beschenkte, nach Eigentumsübertragung eine Nutznießung zu Gunsten des Schenkers zu errichten, liegt eine Schenkung mit Auflage vor, welche wiederum als reine Schenkung zu qualifizieren ist.

(4.2) In der Praxis werden Schenkung und Errichtung einer Dienstbarkeit in ein- und derselben Urkunde vorgenommen, wobei sich jedoch auch hier die Frage des zeitlichen Ablaufs stellt. Dass die beiden Geschäfte gleichzeitig *uno actu* erfolgen können, schliesst der Autor aus dogmatischen Gründen aus. Es bleibt daher die Frage zu klären, ob der Grundeigentümer die Dienstbarkeit eine logische Sekunde vor der Eigentumsübertragung errichtet hat oder ob das unbelastete Grundstück übertragen wird und die Beschenkte nachher die Nutznießung

zu Gunsten des Schenkers errichtet – Letzteres eine Vorstellung, die zu Recht als praxis- oder lebensfremd bezeichnet wird.

(4.3) Während einige Autoren (LIVER, EITEL, SEILER), die wie der Autor von einer reinen Schenkung ausgehen, die Frage des Errichtungszeitpunkts der Dienstbarkeit offenlassen, möchte HORAT diesen geklärt haben, zumal die Errichtung eines Nutznießungsrechts sowohl vor als auch nach der Eigentumsübertragung zulässig sei. Er geht davon aus, dass die Errichtung der Dienstbarkeit vor der Eigentumsübertragung erfolgt und sieht als Schenkungsobjekt das bereits mit der Nutznießung belastete Grundstück. So gesehen liegt eine reine Schenkung vor, welcher Auffassung vorbehaltlos zugestimmt werden kann. (Vielleicht kann man an dieser Stelle auch den «gesunden Menschenverstand» bemühen: Backt Frau Schweizer einen Kuchen und will sie die Hälfte der Nachbarin schenken, wird sie dieser die Hälfte vorbeibringen und nicht den ganzen Kuchen, um dann mit der verbleibenden Hälfte wieder zurückzukehren.)

(4.4) Grundstückschenkungen bedürfen einer, oft als «gemischte Schenkung» betitelten öffentlichen Urkunde, welche die vorbehaltene Nutznießung als Gegenleistung der Beschenkten bezeichnet. Hier geht der Autor davon aus, dass die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts dem Parteiwillen entzogen und dessen unrichtige Bezeichnung gemäss Art. 18 Abs.1 OR nicht massgeblich ist, auch wenn der Wortlaut von einer Urkundsperson stammt. Er fragt sich, ob nun die obligationenrechtliche Qualifikation als «reine» Schenkung deren erbrechtliche Behandlung beeinflusst oder ob umgekehrt die erbrechtlichen Konsequenzen die Annahme einer «gemischten» Schenkung verbieten, und hält Ersteres für zutreffend. So oder so dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die bisherige Handhabung mit Sinn und Zweck der Ausgleichung nicht vereinbar ist und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Erben verletzt. Dies zeigt sich in aller Deutlichkeit, wenn die Nutznießung spätestens mit dem Tod des Berechtigten endet und die Beschenkte das Grundstück – abgesehen von einer allfälligen Hypothekarschuld – unbeschwert zu Eigentum hat. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb ein Erbe sich die lebzeitig erhaltene Schenkung wesentlich günstiger anrechnen lassen soll als Erben, die ein (gleichwertiges) Grundstück erst im Rahmen der Erbteilung erhalten.

(5) In § 9 geht es um die Wertbestimmung einer mit Nutznießung belasteten Liegenschaft. Nach der (richtigen) Auffassung des Autors spielt im Erbgang

nur der Verkehrswert des geschenkten Objekts eine Rolle, weil dann die Nutzniessung nicht mehr besteht. Dies, sofern die Transaktion als reine Schenkung verstanden wird.

(5.1) Geht man, immer nach dem Autor, mit dem Bundesgericht von einer gemischten Schenkung aus, ist neben dem Verkehrswert der Liegenschaft auch der Kapitalwert der Nutzniessung zu berechnen, wobei sich der Verkehrswert aus dem gewichteten Mittel von Substanz- und Ertragswert ergibt. Der Kapitalwert einer Nutzniessung berechnet sich nach der Formel  $\text{Kapitalwert} = \text{jährlicher Nettoertrag} \times \text{Kapitalisierungsfaktor}$ , wobei der Nettoertrag «im jeweiligen Einzelfall konkret zu bestimmen» sei. Ausführlich setzt sich HORAT dann mit der Rechtsprechung und Lehre zur Bestimmung des Kapitalisierungszinsfusses auseinander. Während für einige Autoren (z.B. AEBI-MÜLLER, JUNGO) kein Zusammenhang zwischen Kapitalisierungszinsfuss und Ertragszinssatz besteht, betrachten andere diese Grössen als identisch (STEINAUER, SCHÄTZLE/WEBER). Für EITEL besteht insofern ein Zusammenhang, als der Kapitalisierungszinsfuss mindestens gleich hoch sein müsse wie der Ertragszinssatz. Nach HORAT ist zwischen der Berechnung des Kapitalwertes der Nutzniessung und derjenigen des Wertes des belasteten Grundstücks zu unterscheiden. Für den ersten (hier behandelten) Fall befürwortet er aus Gründen der Rechtssicherheit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anwendung eines standardisierten Zinsfusses von 3,5%, wobei allerdings bei den heutigen Verhältnissen auf dem Kapitalmarkt eine Reduktion als «prüfenswert» erscheine.

(5.2) Den weiter oben in der Berechnungsformel erwähnten Kapitalisierungsfaktor kann man den Barwerttafeln entnehmen; er ist abhängig vom besprochenen Kapitalisierungszinsfuss und von der Dauer der Nutzniessung. Gilt letztere lebenslänglich, wird von einer statistischen (durchschnittlichen) Lebensdauer der begünstigten Person(en) ausgegangen, welche im Kapitalisierungsfaktor bereits berücksichtigt ist. Somit kann man von den Besonderheiten des Einzelfalls absehen, Extremfälle ausgenommen. Dem kann vorbehaltlos zugestimmt werden.

(5.3) Hat der Erblasser den Nachlass mit einer Nutzniessung belastet, ist zu prüfen, ob dadurch der Pflichtteil verletzt ist (Art. 530 ZGB). Dabei kommt folgende Formel zur Anwendung:  $\text{Wert belastetes Grundstück} = \text{Wert unbelastetes Grundstück} - \text{Kapitalwert der Nutzniessung}$ . Der Pflichtteil ist gewahrt, wenn dieser dem Wert des belasteten Grundstücks entspricht oder umgekehrt, wenn die freie

Quote mit dem Kapitalwert der Nutzniessung übereinstimmt.

(5.4) Obwohl diese Formel weitgehend anerkannt ist, kann sie gemäss EITEL/ANDERER zu paradoxen Resultaten führen, wenn nämlich der Kapitalwert der Nutzniessung den Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks übersteigt und damit der Beschenkte zum Schuldner des Schenkers wird. HORAT ortet das Problem darin, dass die Berechnung des Kapitalwerts der Nutzniessung einerseits und die Berechnung des Verkehrswerts des Grundstücks andererseits nach je eigenen Regeln erfolgen, die nur beschränkt vergleichbar sind und zu unerwünschten Resultaten führen können, was nach ihm vermeidbar wäre, wenn als Kapitalisierungszinsfuss die Nettorendite im Sinne eines grundstückspezifischen, individualisierten Zinsfusses gälte; die Nettorendite entspricht dabei dem Nettomietenertrag abzüglich Hypothekarzinsen. Es ist dem Autor zuzustimmen, dass es sich dabei um eine einfache, praktikable Methode handelt. Zudem besteht nicht die Gefahr, dass der Wert der Nutzniessung den Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks übersteigt.

(6) In der Praxis werden bei Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt auch meist die auf der Immobilie lastenden Grundpfandschulden vom Erwerber übernommen.

(6.1) Unter § 10 untersucht und bejaht der Autor die Frage, ob die Übernahme der Hypothekarschuld eine gemischte Schenkung begründet. Dies, weil die Schuldübernahme des Beschenkten eine Leistung aus dessen Vermögen sei, die den Schenker bereichere und den Beschenkten entsprechend belaste. Hinzu komme die persönliche (subsidiäre) Haftung des Beschenkten gegenüber dem Pfandgläubiger. Der Rezensent verschliesst sich dieser Begründung nicht, hat aber (offenbar als einziger) weiterhin Vorbehalte, welche sich zugegebenermassen ausschliesslich aus erbrechtlichem Blickwinkel begründen und mit folgendem Beispiel illustriert werden sollen: Ein Vater hat zwei identische Liegenschaften im Wert von je CHF 1 000 000, belastet mit je einer Hypothek von CHF 500 000. Die eine Liegenschaft schenkt er lebzeitig seiner Tochter, die andere soll der Sohn im Todesfall kraft einer testamentarischen Teilungsvorschrift erhalten. Beim Tod des Vaters sind die Liegenschaften je CHF 2 000 000 wert. Der Sohn muss sich diese zum Nettowert von CHF 1 500 000 anrechnen lassen. Die Tochter hingegen hat die Schenkung wegen der Proportionalmethode nur mit CHF 1 000 000 auszugleichen ( $\frac{1}{2}$  ursprünglicher Schenkungsanteil  $\times$  CHF 2 000 000). Nach Ansicht des Re-



zensenten rechtfertigt sich diese Ungleichbehandlung nicht, zumal beide Kinder sehr wahrscheinlich lebzeitig keine finanziellen Aufwendungen für die Liegenschaften geleistet haben.

(6.2) Zum Abschluss von § 10 zeigt HORAT anhand verschiedener Rechenbeispiele, von denen eines hier eingangs bereits erwähnt ist, welche unterschiedliche Anrechnungswerte sich ergeben können, und er kommt zum Schluss, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt seien im Erbgang so zu behandeln, als wäre kein solcher Vorbehalt vereinbart worden.

(7) In § 11, dem letzten, untersucht der Autor wiederum sehr detailliert Konstellationen, wo a) ein oder mehrere Schenker *eine* Person nutzniessungsmässig begünstigen oder b) die Nutzniessung zu Gunsten *mehrerer* Personen errichtet wird. Letzteres dürfte in der Praxis oft gegeben sein, nämlich dann, wenn der Schenker die Nutzniessung für sich

und seinen Ehepartner vorbehält. Handelt es sich dabei um die Familienwohnung, ist die Zuwendung der Nutzniessung an den Partner entgeltlich, weil in Erfüllung der ehelichen Unterhaltspflicht erfolgt. Nach dem Tod des Schenkers liegt für dessen Partner – berechnet für die verbleibende Lebensdauer – eine unentgeltliche Zuwendung vor, die allenfalls herabsetzbar ist.

(8) Es ist dem Autor gelungen, eine schwierige Materie scharfsinnig und sehr detailliert darzustellen. Zusammenfassungen jedes Paragraphen und eine Schlusszusammenfassung erleichtern das Verständnis. Nicht zuletzt auch wegen des Stichwortverzeichnisses und der ausführlichen Literaturhinweise dürfte die Dissertation von FELIX HORAT ein unentbehrliches Werk zu Fragen der vorbehaltenen Nutzniessung und deren wertmässiger Bestimmung werden.

*Dr. Walter Sticher, Fachanwalt SAV Erbrecht,  
Zürich*