



## Pflichtteilsansprüche bei Immobilienübertragung unter gemeinsamem Nießbrauchsvorbehalt

### – Teil 1: Allgemeine Ausführungen und „Normalfall“\*

Dr. Nils W. Außner

Die Immobilienübertragung unter gemeinsamem Nießbrauchsvorbehalt ist eine gängige Gestaltungsvariante in der vorweggenommenen Erbfolge. In dieser Variante gibt es eine Fülle verschiedener Ausgangssituationen sowie atypischer Verläufe im Nachgang solcher lebzeitigen Immobilienübertragungen, die unterschiedliche Rechtsbeziehungen für die Beteiligten sowie Rechtslagen erzeugen, die ihrerseits erhebliche diverse Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsrelevanz mit sich bringen. Die Komplexität dessen wird oft nicht erkannt und somit werden auch mögliche Ansprüche übersehen. Wird die Vielschichtigkeit einer solchen vorweggenommenen Erbfolge hingegen erkannt, fehlt es immer wieder an einer zureichenden Durchdringung auf der rechtlichen Ebene. Mit diesem zweiteiligen Aufsatz soll ein Beitrag geleistet werden für ein strukturiertes Vorgehen bei der Bearbeitung von Immobilienübertragungen mit gemeinschaftlichem Nießbrauchsvorbehalt im Pflichtteilsrecht. Dies erfolgt durch die Darstellung von typischen Fallschablonen, die im konkreten Einzelfall durch den individuellen Sachverhalt in der Praxis auszufüllen sind, und die Bereitstellung von Lösungswegen, die sich an der herrschenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung orientieren.



Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar sowie FA ErbR in Oberursel (Taunus).

#### I. Einleitung

Der Nießbrauch an Grundstücken (sowie an Erbbaurechten gem. § 1 Abs. 1 ErbbauRG und an Sondereigentum iSd § 1 WEG)<sup>1</sup> spielt in der Praxis „eine wichtige Rolle, vor allem im Bereich der vorweggenommenen Erbfolge“.<sup>2</sup> Hierbei behält sich der ein Grundstück übertragende zukünftige Erblasser oft einen Nießbrauch vor.<sup>3</sup> Meist wird auch dem Ehegatten oder Lebensgefährten ein Nießbrauchrecht eingeräumt. Diese Vorgänge sind höchst pflichtteilsrelevant, werden aber in der Praxis oft nicht (hinreichend) erkannt. Ganz allgemein fehlt es immer wieder an Grundkenntnissen zum Pflichtteils- und Nießbrauchrecht. Trifft dieses fehlende Wissen auf (vermeintlich) komplexere Immobilienübertragungen, insbesondere mit atypischen Verläufen wie einem früheren Ableben statistisch gesehen längerlebender Beteigter, führt dies regelmäßig zur Kundgabe von nicht unerheblichen chaotischen Rechtsansichten, die im Zweifel voreilig in Klageverfahren durchgesetzt werden sollen.

Mit diesem Aufsatz soll ein Beitrag geleistet werden für ein strukturiertes Vorgehen bei der Bearbeitung von Immobilienübertragungen mit gemeinschaftlichem Nießbrauchsvorbehalt im Pflichtteilsrecht.

Es werden zunächst allgemeine Ausführungen zur Pflichtteilsergänzung bzgl. Immobilienübertragungen gemacht und sodann mehrere „Fallschablonen“ einem Lösungsvorschlag zugeführt. Die Ausführungen folgen der herrschenden Meinung bzw. Rechtsprechung und vor allem den Vorgaben des BGH.

Es wird hier ganz bewusst von „Fallschablonen“ und nicht von „Sachverhalten“ gesprochen. Der konkrete Sachverhalt füllt die Fallschablone individuell aus. Ausdrücklich werden deshalb auch keine abschließenden Lösungen, sondern Lösungswege für die aufgezeigten Fallschablonen angeboten. Die konkreten Sachverhalte und insbesondere die vertraglichen Gestaltungen von lebzeitigen Immobilienübertragungen unter gemeinsamem Nießbrauchsvorbehalt sind mannigfaltig und bedürfen immer einer genauen Betrachtung des Einzelfalls, was unmittelbare Auswirkung auf den Lösungsweg hat.

\* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor im Rahmen der 14. Deidesheimer Beratertage am 12.5.2023 gehalten hat. Der Aufsatz ist in nicht unerheblichem Umfang ergänzt und erweitert worden. Teil 2 wird im Folgeheft veröffentlicht werden.

1 NK-BGB/Lemke, 5. Aufl. 2022, § 1030 Rn. 41.

2 Schöner/Stöber/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1361.

3 MüKoBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 36.

## II. Allgemeine, aber oft übersehene Grundlage des Pflichtteilsrechts: Nur Mindestteilhabe

Der Grundgedanke des Pflichtteilsrechts (§§ 2303 ff. BGB) ist die Sicherung der Mindestteilhabe am Nachlass des Erblassers in wirtschaftlicher Hinsicht,<sup>4</sup> ohne dabei Werte zu generieren, die nicht existieren.

Es handelt sich um einen Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages, was sich bereits aus den historischen Motiven ergibt, wenn es heißt, „daß der Pflichtteilsberechtigte durch den Pflichtteil materiell in Geld so viel erhalten soll [...], wie er erhalten haben würde, wenn er zu dem dem Pflichttheile entsprechenden Bruchtheile Erbe wäre.“<sup>5</sup> Zur Erreichung dessen ist der Pflichtteilsberechtigte deshalb nach Ansicht des BGH „wirtschaftlich so zu stellen, als sei der Nachlass beim Tod des Erblassers in Geld umgesetzt worden.“<sup>6</sup>

Bedeutung erlangt der Grundgedanke des Pflichtteilsrechts aber erst durch die Pflichtteilsergänzung (§§ 2325 ff. BGB),<sup>7</sup> weil durch sie lebzeitige Vermögensausgliederungen des Erblassers in ihrer Auswirkung auf die pflichtteilsrechtliche Mindestteilhabe am erblässerischen Vermögen (in sachlich und zeitlich begrenztem Umfang) abgeschwächt werden.<sup>8</sup> Der Pflichtteilsberechtigte soll vor benachteiligenden Schenkungen des Erblassers geschützt werden.<sup>9</sup> Der Pflichtteilsberechtigte soll aber durch eine pflichtteilsergänzungsrelevante Vermögensübertragung – was oft verkannt wird – nicht gegenüber einer Miterbenstellung bessergestellt werden.<sup>10</sup> Es handelt sich – salopp gesprochen – nicht um einen Lottogewinn, sondern die bloße Mindestteilhabe am Nachlass des Erblassers, deren Umfang und Wert genau herauszuarbeiten ist und nie pauschal bestimmt werden kann.

## III. Grundlagen des Berechnungsvorgangs von ordentlichem Pflichtteil und Pflichtteilsergänzung

Der ordentliche Pflichtteil und der Pflichtteilsergänzungsanspruch entstehen mit dem Erbfall (§§ 1922, 2317 Abs. 1 BGB) und sind sofort fällig (§ 271 BGB) sowie vererblich (§ 2317 Abs. 2 BGB).<sup>11</sup> Die anzusetzende Quote ergibt sich aus §§ 2303, 2310 BGB.

### 1. Ordentlicher Pflichtteil

Für die Berechnung des ordentlichen Pflichtteils werden gem. § 2311 Abs. 1 S. 1 BGB der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde gelegt (sog. Stichtagsprinzip). Maßgeblich ist der Verkehrswert/gemeine Wert (§ 2311 BGB). Der real vorhandene Nachlass ist folglich maßgeblich. Verbleibt nach Abzug der Passiva von den Aktiva ein realer Aktivnachlass als sog. bereinigter Nachlass, steht dem Pflichtteilsberechtigten aus dem Betrag in Höhe seiner Pflichtteilsquote (§§ 2303, 2310 BGB) eine Zahlung auf Geld gegen den Erben zu.<sup>12</sup>

### 2. Pflichtteilsergänzung

Bei der Pflichtteilsergänzung wird angenommen, dass der verschenkte Gegenstand wertmäßig noch im Nachlass aktiv vorhanden ist.<sup>13</sup> Die Berechnung erfolgt deshalb (richtigerweise zur Vermeidung von Fehlern) in fünf Schritten:<sup>14</sup>

„- Feststellung des ordentlichen Pflichtteils;

- Bildung des fiktiven Ergänzungsnachlasses durch Zurechnung sämtlicher Schenkungen zum realen bereinigten Nachlass [Nettonachlass];
- Bildung des fiktiven Ergänzungserbteiles aufgrund der gesetzlichen Erbquote des Ergänzungsberechtigten [Pflichtteilsberechtigter];
- Bildung des fiktiven Gesamt-Ergänzungspflichtteils durch Halbierung des fiktiven Ergänzungserbteils [wegen § 2303 BGB];
- Feststellung des Ergänzungsbetrages durch Subtraktion des ordentlichen Pflichtteils vom Ergänzungspflichtteil.“<sup>15</sup>

Die Berechnung bloß aus dem Schenkungswert (oft „vereinfachte Rechnung“ genannt) übersieht ggf., dass ein überschuldeter Nachlass auch nach Hinzurechnung des Wertes des verschenkten Gegenstandes dennoch überschuldet sein kann, sodass auch kein fiktiver positiver Aktivnachlass entsteht und mithin eine Pflichtteilsergänzung gem. § 2325 BGB nicht in Betracht kommt.<sup>16</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass der Pflichtteilsberechtigte ansonsten auch als Erbe keinen Aktivnachlass erlangt hätte.<sup>17</sup> Entsteht durch Hinzurechnung ein fiktiver Aktivnachlass wird es aber in der Regel zur Einrede gem. § 1990 BGB (Dürftigkeitseinrede) und folglich zur Anwendung des § 2329 BGB kommen.<sup>18</sup>

Der verschenkte Gegenstand muss im Erbfall des Schenkers aber noch existent sein, wobei es nicht darauf ankommt, in wessen Vermögen sich der Gegenstand befindet, sodass sich der Gegenstand auch im Vermögen eines Dritten befinden kann.<sup>19</sup> Ist der Gegenstand ersatzlos untergegangen, findet er keine Berücksichtigung mehr; ansonsten ist das Surrogat

<sup>4</sup> MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2311 Rn. 1.

<sup>5</sup> Horn, Materialienkommentar Erbrecht, 2020, § 2311 BGB Rn. 16; siehe auch Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2311 BGB Rn. 7.

<sup>6</sup> BGH Urt. v. 13.3.1991 – IV ZR 52/90, NJW-RR 1991, 900 (901); BGH Beschl. v. 8.4.2015 – IV ZR 150/14, ZEV 2015, 349 (350) = ErbR 2015, 376 mwN; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2311 BGB Rn. 7; kritisch Riedel ErbR 2018, 362 (363).

<sup>7</sup> Horn, Materialienkommentar Erbrecht, 2020, § 2325 BGB Rn. 3 „Das geltende Recht sucht dem vorzubeugen, daß der Erblasser den Pflichttheil durch freigiebige Geschäfte unter Lebenden beeinträchtigt.“

<sup>8</sup> Zum Ganzen Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 1; MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 1 f.; BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2325 Rn. 1; NK-BGB/Bock, 6. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 1.

<sup>9</sup> BT-Drs. 16/8954, S. 21; BGH Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445 (446) = ErbR 2016, 570 m. Anm. Gockel Rn. 10.

<sup>10</sup> Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 196.

<sup>11</sup> Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2317 BGB Rn. 1.

<sup>12</sup> Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu §§ 2303 ff. BGB Rn. 5; Vorb. zu §§ 2325 ff. BGB Rn. 1.

<sup>13</sup> Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 224.

<sup>14</sup> Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 228.

<sup>15</sup> Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 228.

<sup>16</sup> Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 196, 230, 231; Krug/Horn/Rogelmeier, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 272 f.

<sup>17</sup> Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2325 BGB Rn. 107 mwN.

<sup>18</sup> Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2325 BGB Rn. 107, 154.

<sup>19</sup> Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 264; BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2325 Rn. 36; MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 61; Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 84.

zu beachten.<sup>20</sup> Im Falle der Weiterveräußerung kommt dem erlangten Erlös (folgerichtig) keine Bedeutung zu.<sup>21</sup>

### 3. Anrechnung und Ausgleichung

#### a) Anrechnung von Eigengeschenken des Pflichtteilsberechtigten (§§ 2327, 2315 BGB)

Ist der Pflichtteilsberechtigte seinerseits vom Erblasser<sup>22</sup> beschenkt worden, hat sich der Pflichtteilsberechtigte gem. § 2327 Abs. 1 S. 1 BGB den Wert des Geschenks auf den Pflichtteilergänzungsanspruch anrechnen zu lassen.<sup>23</sup> Zur Bestimmung des anzusetzenden Wertes findet das Niederstwertprinzip gem. § 2325 Abs. 2 BGB Anwendung (siehe dazu unten Ziffer IV).<sup>24</sup>

Wurde vom Erblasser iSd § 2315 Abs. 1 BGB bestimmt, dass das Geschenk auf den Pflichtteil anzurechnen ist,<sup>25</sup> erfolgt die Anrechnung gem. § 2327 Abs. 1 S. 2 BGB auf den Gesamtbetrag des ordentlichen Pflichtteils und der Pflichtteilergänzung.<sup>26</sup> Nach § 2315 Abs. 2 S. 2 BGB ist der Wert im Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs in Abzug zu bringen; das Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung.<sup>27</sup>

#### b) Ausgleichungspflichtige Zuwendungen (§ 2316 BGB)<sup>28</sup>

Sind Abkömmlinge pflichtteilsberechtigt, kann (nur unter ihnen (!)) zudem eine Ausgleichung (§§ 2316, 2050 ff.) zu beachten sein. Ausgleichungspflichtig sind demnach Ausstattungen (§§ 2316, 2050 Abs. 1, 1624 BGB)<sup>29</sup> und solche Zuwendungen, bei denen der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat.<sup>30</sup> Die Ausgleichung bezieht sich nur auf den Erbteil der Abkömmlinge; folglich ist vor der Addition aller ausgleichungspflichtigen Zuwendungen zum realen Nachlass immer der Erbanteil des – sofern vorhanden – Ehegatten unter Beachtung des Güterrechts in Abzug zu bringen vom realen Gesamtnachlass.<sup>31</sup> Von dem unter Addition aller ausgleichungspflichtiger Zuwendungen gebildeten „realen“ Nachlasswert ist dann einzeln für jeden Pflichtteilsberechtigten dessen individuell erhaltene ausgleichungspflichtige Zuwendung in Abzug zu bringen. Dieser Wert ist sodann zu halbieren, um den ordentlichen (!) Pflichtteilsbetrag zu erhalten.<sup>32</sup> Eine ausgleichungspflichtige Zuwendung unterfällt nicht der Pflichtteilergänzung (§ 2325 BGB), da keine Doppelberücksichtigung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten erfolgen darf.<sup>33</sup>

#### c) Zusammentreffen von Anrechnung und Ausgleichung (§ 2316 Abs. 4 BGB)

Hat der Erblasser sowohl die Anrechnung als auch die Ausgleichung angeordnet, bestimmt § 2316 BGB, dass der Wert der Zuwendung auf den Pflichtteil nur mit der Hälfte des Wertes zur Anrechnung kommt. Es ist folglich zunächst die Ausgleichung mit dem vollen Wert der Zuwendung und daran anschließend die Anrechnung mit der Hälfte des Werts der Zuwendung durchzuführen.<sup>34</sup>

#### d) Ausgleichungspflichtige Zuwendung (§ 2316 BGB) mit Eigengeschenkelement (§ 2327 BGB)

Das Vorstehende berücksichtigt nicht die Situation der ausgleichungspflichtigen Zuwendung, die zugleich (teilweise oder gänzlich) eine Schenkung iSd § 2327 BGB darstellt und folglich zulasten des Pflichtteilsberechtigten in § 2325 BGB zu

berücksichtigen wäre.<sup>35</sup> Eine Zuwendung iSd § 2316 BGB ist nicht zwingend mit einer Schenkung iSd §§ 2327 BGB gleichzusetzen; der Wert des Schenkungselements der Zuwendung ist deshalb als Abzugsposten gem. § 2327 BGB in der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs (§ 2325 BGB) zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Indem der Schenkungswert bei der Ausgleichung gem. § 2316 BGB nur zur Hälfte berücksichtigt wird, ist die unberücksichtigte Hälfte des Schenkungswerts bei der Berechnung der Pflichtteilergänzung (§ 2325 BGB) in Abzug zu bringen.<sup>37</sup>

### 4. Anstands- und Pflichtschenkungen

Die Vorschriften der §§ 2325 bis 2329 BGB finden keine Anwendung auf Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§ 2330 BGB).<sup>38</sup> Bei der Bewertung einer Schenkung iSd § 2330 BGB ist ein strenger Maßstab anzusetzen. Dabei ist darauf zu achten, dass der Wert der Schenkung (!) und nicht der Wert des Schenkungsgegenstandes (!) zur Bewertung herangezogen wird. Auch eine derart große Schen-

20 Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 142 f.

21 BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2325 Rn. 36; MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 61.

22 Der sog. erweiterte Erblasserbegriff findet im Pflichtteilsrecht keine Beachtung, Krug/Horn/Horn, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl. 2022, § 6 Rn. 33 ff.; Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2327 BGB Rn. 4; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2327 BGB Rn. 1.

23 Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2327 BGB Rn. 2.

24 BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2327 Rn. 7.

25 Siehe dazu Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2023, § 2315 BGB Rn. 2.

26 Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2327 BGB Rn. 18; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2315 BGB Rn. 2.

27 BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2327 Rn. 13; MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2327 Rn. 18; Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2315 BGB Rn. 25; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2315 BGB Rn. 2.

28 Zudem können sog. besondere Leistungen iSd § 2057a BGB ausgleichungspflichtig sein (siehe Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 517).

29 In § 2316 Abs. 3 BGB ist ausdrücklich klargestellt: Eine Zuwendung der in § 2050 Abs. 1 BGB bezeichneten Art (= Ausstattung iSd § 1624 BGB) kann der Erblasser nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen. Demnach ist eine andere Anordnung des Erblassers (§ 2050 Abs. 1 BGB) im Pflichtteilsrecht unbeachtlich, Siebert EE 2021, 121.

30 Eine nachträgliche Rückgängigmachung der angeordneten Ausgleichung ist nur durch Pflichtteilsverzichtserklärung des Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Erblasser möglich, Siebert EE 2021, 121.

31 Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 514; Horn NJW 2020, 2609 (2610) Rn. 12 f.; Schäfer ZEV 2018, 496.

32 Siebert EE 2021, 121.

33 Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, §§ 2316 Rn. 39, 2327 Rn. 21 BGB.

34 Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2316 BGB Rn. 30 ff. mit Beispiel.

35 OLG Oldenburg Urt. v. 11.11.1997 – 5 U 56/97, NJWE-FER 1998, 37 (37).

36 MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2327 Rn. 14; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2327 BGB Rn. 3.

37 OLG Oldenburg Urt. v. 11.11.1997 – 5 U 56/97, NJWE-FER 1998, 37 (37); MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2327 Rn. 12 ff.; BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2327 Rn. 14, 14.1; Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2327 BGB Rn. 22.

38 Bemerkenswert ist das „Yacht-Urteil“ zu § 2287 Abs. 1 BGB des OLG Düsseldorf Urt. v. 27.1.2017 – I-7 U 40/16, ZEV 2017, 328 m. kritischer Anm. Hölscher, wonach die „Schenkung einer Yacht mit einem Anschaffungswert von ca. 575.000 EUR anlässlich der Hochzeit mit der langjährigen Lebenspartnerin“ angemessen sein kann.

kung, die den Nachlass gänzlich oder im Wesentlichen erschöpft, kann einer sittlichen Pflicht entsprechen.<sup>39</sup>

Eine Schenkung, die das durch eine sittliche Pflicht oder den Anstand gebotene Maß überschreitet, ist bei der Pflichtteilsergänzung nur hinsichtlich des Unterschieds zwischen dem Wert iSd § 2330 BGB und dem Gesamtwert der Schenkung zu berücksichtigen.<sup>40</sup>

*„Andernfalls käme man zu dem widersinnigen Ergebnis, daß derjenige, dem aufgrund einer sittlichen Pflicht ein Geschenk in der gebotenen Höhe gemacht wird, möglicherweise besser stünde als derjenige, dem mehr als das Gebotene zugewendet ist.“<sup>41</sup> „Deshalb ist lediglich der Mehrbetrag bei der Pflichtteilsergänzung zu berücksichtigen [...].“<sup>42</sup>*

Folglich kann im besonders gelagerten Einzelfall auch (ausnahmsweise) eine Immobilienübertragung (zumindest teilweise) als Pflichtschenkung angesehen werden.<sup>43</sup>

#### **IV. Allgemeine Informationen zur Ermittlung des schenkungsrelevanten Werts einer Immobilie in der Pflichtteilsergänzung (Niederstwertprinzip)**

##### **1. Allgemeines zu § 2325 Abs. 2 BGB**

Nach § 2325 Abs. 2 S. 1 BGB kommt eine verbrauchbare Sache (§ 92 BGB) – wozu auch Geld, Wertpapiere und Forderungen und mithin auch der schenkweise Erlass von (Geld-)Forderungen<sup>44</sup> zählen – mit dem Wert in Ansatz, den sie zur Zeit des Vollzugs der Schenkung hatte.<sup>45</sup>

Die Wertberechnung eines anderen Gegenstandes als einer verbrauchbaren Sache – also „nicht verbrauchbare Sachen [insbesondere Immobilien] und unkörperliche Gegenstände“<sup>46</sup> – erfordert gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB eines Vergleichs der Werte des Gegenstandes zur Zeit des Erbfalls und zur Zeit des Schenkungsvollzugs, wobei der Wert zum Zeitpunkt des Vollzugs auf den Zeitpunkt des Erbfalls zu indexieren ist (siehe hierzu IV. 3.). Dadurch soll nur „echten Wertsteigerungen“ Beachtung zukommen und bloß „nominelle Wertsteigerungen durch Kaufpreisschwund“ ausgeschlossen werden.<sup>47</sup> Der niedrigere der beiden Werte ist maßgebend für die Berücksichtigung in der Pflichtteilsergänzung. Dies wird das „Niederstwertprinzip“ genannt.<sup>48</sup>

Maßgeblich zur Wertbestimmung ist der Verkehrswert im berechnungsrelevanten Zeitpunkt.<sup>49</sup>

##### **2. Immobilienbewertung gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB nach BGH<sup>50</sup>**

Unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH zum Niederstwertprinzip ist die Berechnung bei Immobilienschenkungen wie folgt vorzunehmen:<sup>51</sup>

Für Immobilienübertragungen bedarf es des Vergleichs der Werte der Immobilie zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch und zum Erbfall, wobei der Wert zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung zwecks Vergleichbarkeit auf den Erbfall zu indexieren ist.<sup>52</sup>

Dabei sind die auch erst aufgrund der konkret relevanten Übertragung eingetragenen Rechte sowie die durch den Erbfall erlöschenden Rechte des Erblassers, insbesondere ein erst

aufgrund der Übertragung vorbehaltenes Nießbrauchrecht für den Erblasser, nicht zu berücksichtigen.<sup>53</sup>

Der niedrigere Wert ist für die Ermittlung des schenkungsrelevanten Wertes heranzuziehen:

Ist der Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung relevant, muss vom – jetzt nicht indexierten – Schenkungswert der kapitalisierte Nutzungsrechtswert subtrahiert werden.<sup>54</sup> Der aus dieser Rechnung hervorgegangene Wert ist auf den Todeszeitpunkt zu indexieren.<sup>55</sup>

Ist der Zeitpunkt des Erbfalls relevant, findet das Nutzungsrecht keine Berücksichtigung, wenn es mit dem Tod des Übergebers erlischt und somit auch keinen Wert (mehr) hat.<sup>56</sup>

##### **3. Indexierung**

Die Indexierung meint die Berechnung der Geldentwertung. In der Pflichtteilsergänzung bedeutet dies also den Kaufkraftschwund zwischen dem Vollzug der Schenkung und dem Erbfall des Schenkers.<sup>57</sup> Dies erfolgt durch die Heranziehung des

39 BGH Urt. v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458 (2459) unter Ziffer III.

40 BGH Urt. v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458 (2459) unter Ziffer III.; siehe auch Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2325 BGB Rn. 1.

41 BGH Urt. v. 9.2.1967 – III ZR 188/64, BeckRS 1967, 31169549 = LM BGB § 2330 Nr. 2; siehe auch BGH Urt. v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458 (2459).

42 BGH Urt. v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458 (2459).

43 OLG Karlsruhe Urt. v. 14.2.1990 – 6 U 169/89, OLGZ 1990, 457, bejahendes Urteil; BGH Urt. v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939, verneinendes Urteil.

44 RG Urt. v. 30.10.1912 – IV 47/12, RGZ 80, 135 ff.

45 Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 130 f., 251; Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 81.

46 Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 258.

47 Erman/Röthel/Simon, 17. Aufl. 2023, § 2325 BGB Rn. 12.

48 Zum Ganzen Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Pawlyta, Handbuch Pflichtteilsrecht, 5. Aufl. 2024, § 7 Rn. 112 mwN; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2325 BGB Rn. 18.

49 Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 247.

50 Siehe zur Kritik an der Methodik des BGH statt vieler nur Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 272 ff.; siehe für den Meinungsstreit auch außerhalb der Kommentierungen zum Erb-/Pflichtteilsrecht MüKoBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 36 mwN. Der BGH hat die Kritik an seiner Ansicht aber bisher stets ausdrücklich zurückgewiesen, siehe beispielsweise BGH Urt. v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887 (2887); BGH Urt. v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265 (267) Rn. 25; BGH Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445 (446) = ErbR 2016, 570 m. Anm. Gockel Rn. 10.

51 BGH Urt. v. 4.7.1975 – IV ZR 3/74, NJW 1975, 1831; BGH Urt. v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265 (267) Rn. 25; OLG Hamburg Urt. v. 9.6.2015 – 2 U 11/13, BeckRS 2015, 14453, Rn. 13.

52 BGH Urt. v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705 (707) mwN; Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 283; MüKoBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 36; Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Pawlyta, Handbuch Pflichtteilsrecht, 5. Aufl. 2024, § 7 Rn. 113.

53 BGH Urt. v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887 (2887); BGH Urt. v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265 (266 Rn. 23 mwN); OLG Hamburg Urt. v. 9.6.2015 – 2 U 11/13, BeckRS 2015, 14453, Rn. 13; MüKoBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 36; Erman/Röthel/Simon, 17. Aufl. 2023, § 2325 BGB Rn. 13; Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Pawlyta, Handbuch Pflichtteilsrecht, 5. Aufl. 2024, § 7 Rn. 113 mwN.

54 BGH Urt. v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705 (707) aE.

55 Zum Ganzen BGH Urt. v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887; BGH Urt. v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705 (707) aE; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 87; MüKoBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 36.

56 BGH Urt. v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265 (266) Rn. 23; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 87.

Lebenshaltungskindesindexes (Verbraucherpreisindex = VPI). Die Berechnung erfolgt nach folgender Gleichung:

„Wert im Erwerbszeitpunkt  $\times$  Index im Bewertungszeitpunkt / . Index im Erwerbszeitpunkt“.<sup>58</sup>

## V. Zeitgrenze/Abschmelzung/pro rata-Regelung des 2325 Abs. 3 BGB

### 1. Grundsatz

#### a) Gesetz

Nach § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB wird die Schenkung innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt. Somit bleibt eine Schenkung unberücksichtigt, wenn seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3 S. 2 BGB). Eine Reduzierung erfolgt nur für jedes volle Jahr.<sup>59</sup>

#### b) Präzisierende Rechtsprechung des BGH: Genusstheorie

Der BGH hat wiederkehrend entschieden, dass eine Leistung iSd § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB aber nur dann vorliegt, wenn der Schenker/Erblasser „nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im wesentlichen weiterhin zu nutzen.“<sup>60</sup>

Der Fristbeginn ist laut BGH davon abhängig, dass

„der Erblasser einen Zustand geschaffen hat, dessen Folgen er selbst noch zehn Jahre lang zu tragen hat und der schon im Hinblick auf diese Folgen von einer ‚böslischen‘ Schenkung abhalten kann. Dazu bedarf es jedenfalls einer ‚wirtschaftlichen Ausgliederung‘ des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers.“<sup>61</sup>

Die Abschmelzung gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB beginnt laut BGH folglich nicht, wenn der verschenkte Gegenstand nicht wirtschaftlich aus dem Vermögen des Schenkens ausgegliedert wurde, sodass er den Genuss des verschenkten Gegenstandes auch nach Vollzug der Schenkung tatsächlich nicht entbehren muss (sog. Genusstheorie).<sup>62</sup>

Der Beginn der Abschmelzung bedarf somit neben dem Vollzug der Leistung zwingend die Aufgabe der Nutzung.<sup>63</sup> Nur so kann verhindert werden, dass das Pflichtteilsrecht durch Schenkungen ausgehöhlt wird.<sup>64</sup>

### 2. Erste Ausnahme: Schenkung an Ehegatten gem. § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB

Für Ehegatten ist § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB zu beachten, wonach die Zehnjahresfrist nicht vor dem Zeitpunkt der Auflösung der Ehe beginnt. Die Auflösung der Ehe ist entweder der Tod eines Ehegatten oder die Scheidung (folglich nicht schon die Trennung).<sup>65</sup> Dabei spielt es laut BGH keine Rolle, wie die Schenkung bezeichnet wird, denn auch ehebedingte/unbenannte Zuwendungen werden grundsätzlich<sup>66</sup> als eine Schenkung iSd § 2325 Abs. 1 BGB subsumiert.<sup>67</sup>

### 3. Zweite Ausnahme: Fehlende wirtschaftliche Ausgliederung

#### a) Fehlende wirtschaftliche Ausgliederung (keine Genussaufgabe)

Die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB fängt nicht an, zu laufen, wenn der Schenker/Erblasser den Genuss an dem Schenkungsgegenstand nicht entbehrt hat.<sup>68</sup> In der hier zu besprechenden Konstellation der Immobilienübertragung ist dies der Fall, wenn der Schenker/Erblasser zwar das Eigentum an der Immobilie auf einen Dritten übertragen hat, aber durch dinglichen Rechtsvorbehalt oder Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche nicht darauf verzichtet hat, die übertragene Immobilie im Wesentlichen wirtschaftlich weiterhin zu nutzen.<sup>69</sup>

Als Merksatz wird vielfach die Frage aufgeworfen, ob der Schenker nach der Übertragung weiterhin „Herr im Haus“<sup>70</sup> bleibt.<sup>71</sup> Richtig dürfte aber wohl sein, zu fragen, ob der Schenker/Erblasser noch „Herr über den Schenkungsgegenstand“ geblieben ist. Denn die Frage, ob der Schenker/Erblasser weiterhin „Herr im Haus“ ist, verkürzt den Blickwinkel. Ausgangspunkt der Frage nach dem Beginn des Fristenlaufs muss aus der vom BGH verlangten wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Vergleich der ursprünglichen Sachlage vor Übertragung/Schenkung mit derjenigen nach dem Vollzug der Übertragung/Schenkung sein. Besteht im Zeitpunkt der Übertragung kein Alleineigentum am Schenkungsgegenstand, so war der Schenker/Erblasser niemals buchstäblich „Herr im Haus“, sehr wohl war er aber „Herr über den Schenkungsgegenstand“ in dem Umfang, den eine Miteigentümerstellung rechtlich und eben auch wirtschaftlich gegenüber den anderen Miteigentümern erlaubt. Wird sich an diesem Gegenstand bei der Übertragung ein Nießbrauchrecht als Totalnießbrauch vorbehalten, kann die Frist nicht anlaufen, denn wirtschaftlich hat sich für den Schenker/Erblasser durch die Übertragung/Schenkung nichts verändert. Dies liegt auf der Linie mit

57 BGH Urt. v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887 (2888).

58 Zum Ganzen Gutdeutsch FamRB 2013, 203; siehe auch Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 282 ff., 285; Krug/Horn/Rogelmeier, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 209. Ein ständig aktualisierter „Durchlaufender Verbraucherpreisindex seit 1958 (Basis 2015 = 100)“ ist abrufbar unter [https://www.famrb.de/tabellen\\_checklisten.html](https://www.famrb.de/tabellen_checklisten.html) (zuletzt abgerufen am 14.10.2024).

59 Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 123; Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2325 BGB Rn. 151.

60 BGH Urt. v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791 (1792).

61 BGH Urt. v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122 (124).

62 BGH Urt. v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122 (124); BGH Urt. v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791 (1791); BGH Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445 (446 f.) = ErbR 2016, 570 m. Anm. Gockel Rn. 15; OLG Naumburg Urt v. 4.8.2022 – 2 U 162/21, ErbR 2023, 386 (389) m. Anm. Krätzschel.

63 Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 101.

64 Blusz/Heuser/Schellenberger/Weber, Handbuch Seniorenbereitung, 1. Aufl. 2021, Rn. 845; Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 522.

65 Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 116.

66 Mögliche Ausnahmen werden unten VII. 1. A) aufgezeigt.

67 BGH Urt. v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; BGH Urt. v. 14.3.2018 – IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475 (1476) = ErbR 2018, 332 Rn. 14; Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 305.

68 BGH Urt. V. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122 (124).

69 Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Birkenheier, jurisPK-BGB, 10. Aufl., Stand: 1.7.2023, § 2325, Rn. 180.

70 Besser wäre wohl, vom „Herrn der Immobilie“ zu sprechen.

71 Statt vieler nur jüngst OLG Naumburg Urt v. 4.8.2022 – 2 U 162/21, ErbR 2023, 386 (388 f.) m. Anm. Krätzschel.

dem BGH, der aufgezeigt hat, dass eine Miteigentümerstellung im Wert kein geringeres Eigentum darstelle.<sup>72</sup>

**b) Rückausnahme zur Genusstheorie: Bloß teilweiser Nutzungsvorbehalt am Schenkungsgegenstand (Merksatz: Nicht mehr „Herr im Haus/in der Immobilie“)**

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob es entgegen der Genusstheorie beim bloß teilweisen Vorbehalt eines Nutzungsrechts am Schenkungsgegenstand zum Lauf der Frist des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB kommt.<sup>73</sup>

Der BGH hat dies in einem Fall für das Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) bejaht, das an unter 50 % des Schenkungsgegenstandes vorbehalten wurde.<sup>74</sup> Er zeigte dabei aber auch ausdrücklich auf, dass immer die Umstände des Einzelfalls maßgebend sind.<sup>75</sup>

In der Literatur wird zu Recht aufgezeigt, dass dieser Maßstab auch für das Nießbrauchrecht gelten müsste.<sup>76</sup> Allerdings wird in der Praxis ein Vorbehaltsnießbrauch in der Regel am gesamten Schenkungsgegenstand als sog. Totalnießbrauch im Sinne eines Nettonießbrauch vorbehalten, sodass sich die Frage des Fristanlaufs ab Schenkungsvollzug in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle gar nicht (ernstzunehmend) stellt. Der hiesige Aufsatz geht deshalb auf etwaige andere Gestaltungen und deren Auswirkungen auf den Fristenlauf nicht ein.<sup>77</sup>

**4. Keine Anwendung auf § 2327 BGB (Eigengeschenke) und § 2316 BGB (Ausgleichung)**

Die Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 BGB findet auf anrechenbare Eigengeschenke iSd § 2327 BGB sowie ausgleichspflichtige Zuwendungen (§ 2316 BGB) keine Anwendung.<sup>78</sup>

## VI. Wert eines Nießbrauchrechts und Auswirkung auf den Wert des Schenkungsgegenstand bei Immobilien

### 1. Vorab

**a) Was ist das Nießbrauchrecht an Immobilien überhaupt?**

Das Nießbrauchrecht ist eine besondere Ausprägung der Dienstbarkeiten<sup>79</sup> und legaldefiniert in § 1039 Abs. 1 BGB als das Recht, mit dem eine Sache derart belastet werden kann, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen.

Nutzungen sind gem. § 100 BGB die Früchte einer Sache (oder eines Rechts) sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache (oder des Rechts) gewährt. Dazu gehören bei dem Grundstücksnießbrauch insbesondere auch Mieteinnahmen; sie sind mittelbare Sachfrüchte (§ 99 Abs. 3 BGB).<sup>80</sup>

Das Nießbrauchrecht erlaubt somit die umfassende Benutzung einer Sache und ist nicht wie andere Dienstbarkeiten auf bestimmte Nutzungen beschränkt.<sup>81</sup>

Durch die Begründung des Nießbrauchrechts erlangt der Nießbrauchberechtigte aus dem Eigentumsrecht die Sachnutzungsbefugnis. Indem es in § 903 S. 1 Hs. 1 Var. 2 BGB heißt, dass der Eigentümer einer Sache nach Belieben verfahren kann, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, ist klar, dass der Nießbrauchberechtigte die bessere Rechtsstellung

gegenüber dem Eigentümer hat und der Eigentümer die Sachnutzungsbefugnis des Nießbrauchberechtigten zu dulden hat.<sup>82</sup>

Der Nießbraucher ist gem. § 1036 Abs. 1 BGB zum Besitz der Sache berechtigt.

In § 1036 Abs. 2 BGB wird als Grenze der Berechtigung aufgezeigt, dass der Nießbrauchberechtigte die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Nießbrauchgegenstandes aufrechthalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren hat. Eine weitere Grenze der Berechtigung wird durch § 1037 BGB gezogen, wonach es dem Nießbrauchberechtigten nicht gestattet ist, den Nießbrauchgegenstand umzugestalten oder wesentlich zu verändern. Folglich ist insbesondere kein Eingriff in die Bausubstanz oder eine Bebauung erlaubt.<sup>83</sup>

Das Eigentum wird somit zu einem nudum ius<sup>84</sup> – also einem Recht, das „durch einen massiv reduzierten Befugnisumfang charakterisiert ist.“<sup>85</sup> Es wird auch von einem „nackten Recht“ gesprochen, wobei dies nicht pauschal mit dessen Wertlosigkeit gleichgesetzt werden darf.<sup>86</sup>

Anders als das Wohnungsrecht gem. § 1030 BGB kann ein Nießbrauch nicht auf einzelne Teile eines Gebäudes beschränkt werden.<sup>87</sup> Es handelt sich dabei nicht um einen zulässigen Ausschluss einzelner Nutzungen gem. § 1030 Abs. 2 BGB, da es sich bei einem Gebäude oder Gebäudeteil um einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks handelt.<sup>88</sup>

Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts ist möglich an Grundstücken, Erbbaurechten, Sondereigentum an Wohnungen und

72 BGH Beschl. v. 7.6.2018 – V ZB 221/17, ZEV 2018, 734 (736) m. Anm. Kiderlen Rn. 26.

73 OLG Naumburg Urt v. 4.8.2022 – 2 U 162/21, ErbR 2023, 386 (389 f.) m. Anm. Krätzschel.

74 BGH Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445 (447) = ErbR 2016, 570 m. Anm. Gockel Rn. 16.

75 BGH Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445 (446) = ErbR 2016, 570 m. Anm. Gockel Rn. 15.

76 Frhr. v. Proff ZEV 2016, 681 (683); Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 100.

77 Ausdifferenziert insbesondere zum gespaltenen Fristenlauf MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 77 f.

78 BGH Urt. v. 4.10.1989 – IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180 (181) mwN; Klingelöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 515 aE.

79 Bei Dienstbarkeiten handelt es sich um beschränkte dingliche Rechte, MüKoBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, Vor § 1018 Rn. 4. Zu unterscheiden sind die Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff. BGB), der Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) und die beschränkte (nicht: „beschränkt“) persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 ff. BGB), MüKoBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, Vor § 1018 Rn. 2. Ausführlich zur Abgrenzung von Dienstbarkeit und Nießbrauch mit Beispielen Schöner DNotZ 1982, 416 ff.

80 BGH Urt. v. 27.1.2006 – V ZR 243/04, NJW 2006, 1881 (1883) Rn. 20; in Abgrenzung zum Wohnungsrecht BGH Urt. v. 13.7.2012 – V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Ls.

81 Schöner/Stöber/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1358.

82 BeckOK BGB/Reischl, 70. Ed., 1.5.2024, § 1030 Rn. 1; Schöner/Stöber/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1358.

83 Zum Ganzen Pöppel MittBayNot 2007, 85 (85).

84 BeckOK BGB/Reischl, 64. Ed., 1.11.2022, § 1030 Rn. 1.

85 Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, 2016, 212.

86 Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, 2016, 3, 211 f.

87 Bereits RG Urt. v. 27.6.1940 – V 205/39, BeckRS 1940, 100253 Rn. 9; BGH Urt. v. 27.1.2006 – V ZR 243/04, NJW 2006, 1881 Ls. 2.

88 Pöppel MittBayNot 2007, 85 (86).

Teileigentumseinheiten sowie an realen Grundstücksteilen, unter Beschränkung der Ausübung auf einer Grundstücksteilfläche, an ideellen Bruchteilen eines Grundstücks (nebst Aufteilungsvereinbarung), quotenweise an Miteigentumsanteilen (§ 1066 Abs. 1 BGB) sowie am Alleineigentum.<sup>89</sup>

Zu beachten sind beim Grundstücksnießbrauch zudem insbesondere die §§ 1031, 1037 Abs. 2, 1038, 1043, 1048, 1056, 1059, 1061, 1062 BGB.<sup>90</sup> Der Nießbrauch als stets subjektiv-persönliches Recht, das nur zugunsten einer bestimmten Person und nicht an die Eigentümerstellung an einem bestimmten Grundstück (Grunddienstbarkeit, §§ 1018 ff. BGB) vereinbart und bestellt werden kann,<sup>91</sup> erlischt mit dem Tod des Berechtigten und ist nicht übertragbar (§§ 1061, 1059 BGB; Ausnahmen gelten gem. § 1059a BGB für juristische Personen und Personengesellschaften). Hierin zeigt sich die Höchstpersönlichkeit des Rechts und die vom Gesetzgeber vorgesehene Verhinderung des ewigen Auseinanderfallens von Eigentum und dessen Nutzungsbefugnis.<sup>92</sup>

#### b) Entstehung des Nießbrauchs an Grundstücken

Das Nießbrauchrecht an Grundstücken entsteht materiell-rechtlich gem. § 873 BGB durch (formlose!) Einigung der Beteiligten und Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch.<sup>93</sup> Der § 925 BGB (Auflassung) findet keine Anwendung; es bedarf folglich nicht (!) der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle (in der Regel Notar, § 925 Abs. 1 S. 2, 3 BGB) zur wirksamen Erklärung der Einigung.

Nach dem formellen Recht der Grundbuchordnung bedarf die Bewilligung des betroffenen Eigentümers aber der Form des § 29 Abs. 1 GBO und eines formfreien – zu Beweiszwecken aber in der Regel die Schriftform wählenden – Antrages gem. § 13 Abs. 1 GBO. Nach § 29 Abs. 1 GBO muss die Eintragungsbewilligung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden. Gemeint sind damit eine Beurkundung (§ 128 BGB; §§ 6 ff. BeurkG) oder eine Unterschriftsbeglaubigung (§ 129 BGB; §§ 36 ff. BeurkG) durch einen Notar (§ 20 Abs. 1 S. 1 BNotO).

Der BGH hat entschieden, dass auch ein Eigentümer-nießbrauch, ohne dass es des Nachweises eines berechtigten Interesses (insbesondere gegenüber dem Grundbuchamt) an der Bestellung bedarf, möglich und vom Grundbuchamt einzutragen ist.<sup>94</sup>

#### c) Typische Gestaltung: Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch als Totalnießbrauch im Sinne eines Nettonießbrauchs

Typischerweise erfolgt in der hier zu besprechenden Konstellation die Gestaltung des Nießbrauchrechts als ein sog. Total-nießbrauch im Sinne des Nettonießbrauchs. Der Eigentümer behält sich demnach anlässlich einer Eigentumsübertragung den Nießbrauch an dem gesamten Vertragsgenstand vor und trägt alle Lasten des Objekts. Wendet der Eigentümer einem Dritten (zusätzlich) den Nießbrauch zu, wird vom Zuwendungsnießbrauch gesprochen.

#### 2. Allgemeine Informationen zur Ermittlung des Werts eines Nießbrauchrechts

Für die Wertermittlung des Nießbrauchrechts ist zunächst der Wert der abstrakt erzielbaren Jahres-Netto-Miete zu bestim-

men, die von einem Dritten bzw. von demjenigen, der ohne das Nießbrauchrecht die Immobilie nutzt, für die Überlassung des Nießbrauchgegenstandes verlangt werden kann. Dabei sind die vom Nutzungsberechtigten zu tragenden Lasten (insbesondere Grundsteuer, Gebäudeversicherung, zu entrichtende Einkommensteuer) abwertend zu berücksichtigen.<sup>95</sup> Der Reinertrag ist somit zu bestimmen.<sup>96</sup> Bei dem üblicherweise vereinbarten Nettonießbrauch wird gerade Letzteres immer wieder (gerne) übersehen.

Dieser Wert war sodann bis 2009 nach Anlage 9 zu § 14 BewG und ist seitdem nach der jährlich erscheinenden Sterbetalafel des Statistischen Bundesamtes zu kapitalisieren.<sup>97</sup> Der Wert wird folglich abstrakt ex-ante ermittelt.

##### Tipp:

In der Praxis ist im Zweifel immer ein Gutachten über den Wert einzuholen. Von einer eigenen Berechnung durch den Rechtsberater ist (insbesondere im Streitfall) abzuraten. Die Eigenberechnung sollte nur zur Ersteinschätzung und Plausibilitätskontrolle erfolgen.

#### 3. Auswirkung eines Nutzungsvorbehalts gem. § 428 BGB auf den Wert des Nießbrauchs

##### a) Allgemeines zum Nutzungsvorbehalt gem. § 428 BGB

Das Nießbrauchrecht kann unstreitig nicht nur einer einzelnen Person eingeräumt werden, sondern auch mehreren Personen. Eine der „alltäglichen“<sup>98</sup> Gestaltungsvarianten für eine Beteiligung mehrerer Personen an einem Nießbrauchrecht ist die Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB.<sup>99</sup>

Dogmatisch verwundert dies zunächst, weil bei der Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB ua der Schuldner ein Leistungswahlrecht hat und Erfüllung mit Leistung an einen Gläubiger bewirkt sowie ein Gläubiger das ganze Recht für alle Gläubiger erlassen kann.<sup>100</sup>

Diese elementaren Probleme beseitigt die Rechtsprechung aber, indem sie die rechtliche Wirkung des § 428 BGB an die des § 432 BGB (Mitgläubiger) angepasst hat.<sup>101</sup>

89 Ausführlich NK-BGB/Lemke, 5. Aufl. 2022, § 1030 Rn. 41–44.

90 HK-BGB/Schulte-Nölke, 12. Aufl. 2024, § 1030 Rn. 1.

91 MüKoBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, Vor. § 1018 Rn. 12.

92 MüKoBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 7.

93 Schöner/Stöber/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1359.

94 BGH Beschl. v. 14.7.2011 – V ZB 271/10, NJW 2011, 3517 Ls.; ausführlich NK-BGB/Lemke, 5. Aufl. 2022, § 1030 Rn. 62 ff.

95 Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 277.

96 Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 313.

97 Zum Ganzen MüKoBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 67 mwN; Rössler/Troll/Eisele, 38. EL April 2024, § 14 BewG Rn. 8–10; NK-BGB/Bock, 6. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 33, 35 mwN; Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 274, 277 mwN; Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2325 BGB Rn. 129; Kleemann, Praxishandbuch Familienrecht, 42. EL Juni 2022, Teil B, Rn. 76 mwN; Schulz/Hauß/Schulz/Hauß, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 7. Auflage 2022, Kap. 1, Rn. 643 mwN.

98 BGH Urt. v. 6.3.2022 – V ZR 329/18, ZEV 2020, 702 (704) m. Anm. Mayer unter 1.

99 NK-BGB/Lemke, 5. Aufl. 2022, § 1030 Rn. 59.

100 Beck'sches Notar-Handbuch/Herrler, 8. Aufl. 2024, § 5 Rn. 298 zeigt auch auf, dass die „dogmatische Herleitung nicht leicht fällt“. Siehe auch DNotI-Report 2017, 107 (109).

Für das Innenverhältnis der Mitberechtigten sind die §§ 741 ff. BGB analog anzuwenden.<sup>102</sup> Das Innenverhältnis wird laut BGH weder in den §§ 1030 ff. BGB<sup>103</sup> noch dem § 428 BGB geregelt.<sup>104</sup> Eine Aufhebung analog § 749 ff. BGB kann aber laut BGH nicht verlangt werden.<sup>105</sup> Die Anteilsgröße ist analog § 742 BGB zu bestimmen, sodass im Zweifel anzunehmen ist, dass den Teilhabern gleiche Anteile zustehen. Als Auslegungsregel bei der hier relevanten rechtsgeschäftlich begründeten Gemeinschaft am Nießbrauch ist folglich der Parteiwillen vorrangig zu beachten.<sup>106</sup> Bevor auf die Zweifelsregelung des § 742 BGB zurückgegriffen werden kann, ist bei mehreren Übergebern auf die zuvor gegebenen Miteigentumsquoten abzustellen.<sup>107</sup> Hatte einer der Mitberechtigten keinen Miteigentumsanteil am nunmehr nießbrauchsbelasteten Übertragungsgegenstand, greift in Ermangelung einer das Innenverhältnis ausgestaltenden Regelung § 742 BGB analog, sodass gleiche Teile im Innenverhältnis anzunehmen sind.

#### **b) Auswirkungen auf die Wertberechnung des Nießbrauchrechts (ex-ante-Betrachtung und Lebenserwartung des statistisch Längerlebenden)**

Für die Berechnung ist grundsätzlich eine abstrakte ex-ante Betrachtung unter Heranziehung der statistischen Lebenserwartung des Jüngeren und mithin statistisch Längerlebenden durchzuführen.<sup>108</sup>

Davon ist eine Ausnahme zu machen, wenn der statistisch Längerlebende bei Vollzug bereits bekanntermaßen derart erkrankt ist, dass von einem zeitlich nahen Tod sicher ausgegangen werden muss/kann. Dies erfordert substantivierte Darlegungen und kann nicht pauschal bereits von einer (auch schweren) Erkrankung abgeleitet werden.<sup>109</sup>

#### **4. Auswirkung auf den Wert des Schenkungsgegenstandes**

Der nach den vorstehenden Kriterien ermittelte Wert des Nießbrauchrechts ist vom Wert der Immobilie zu subtrahieren. Dies ist der Substanzwert, der den Beschenkten erreicht hat, weil der Schenkungsgegenstand von Anfang an belastet gewesen ist.<sup>110</sup>

Zusätzlich ist eine weitere Wertreduzierung sachgerecht, weil eine derart belastete Immobilie zum einen auf dem Immobilienmarkt nur mit einem erheblichen Wertabschlag veräußerlich ist und zum anderen für den Beschenkten keine Nutzungsmöglichkeit besteht.<sup>111</sup> Dadurch wird berücksichtigt, dass Immobilien „mit einem stark wirkenden Nießbrauch bzw. Wohnungsrecht“ auf dem Verkaufsmarkt – also außerhalb der Theoretisierung des Verkehrswertes einer verschenkten Immobilie zur Berechnung eines pflichtteilsrechtlichen Leistungsanspruchs – überhaupt keinen ermittelbaren Verkehrswert haben, weil derart belastete Immobilie nicht von Dritten gekauft werden.<sup>112</sup>

Eine Schenkung ist folglich nur gegeben, wenn der Wert des Nießbrauchrechts den Wert der Immobilie nicht übersteigt.<sup>113</sup>

## **VII. Fallschablonen und Lösungen für den Regelfall der Anwendung des Niederstwertprinzips zum Schenkungsvollzug in klassischen Normalfällen**

Typischerweise führt das Niederstwertprinzip aufgrund der enormen Wertsteigerungen von Immobilien in den vergangenen Jahrzehnten zur Relevanz des Werts der Schenkung im Vollzugszeitpunkt.<sup>114</sup>

Es wird im Folgenden der Erbfall des Übergebers besprochen, sofern nichts anderes ausdrücklich aufgezeigt wird.

Es wird bei den nachfolgend besprochenen Konstellationen (dies gilt auch für die Darstellungen in Teil 2 dieses Aufsatzes) immer unterstellt, dass sowohl der Vorbehalts- als auch der Zuwendungsnießbrauch als Totalnießbrauch im Sinne eines Nettonießbrauchs ausgestaltet werden.

Zudem muss in jeder der im Folgenden dargestellten Fallschablonen und angebotenen Lösungsvorschlägen bei Anwendung in der Praxis immer hinzugedacht werden, dass der Pflichtteilsberechtigte möglicherweise Eigengeschenke iSd § 2327 BGB erhalten hat, die ggf. ausgleichungs- und/oder anrechnungspflichtig iSd §§ 2315, 2316 BGB sind. Außerdem ist jede Schenkung immer kritisch als eine Anstands- und/oder Pflichtschenkung (§ 2330 BGB) zu hinterfragen.

Im Folgenden werden immer wieder anzutreffende „Normalfälle“ einer näheren Betrachtung unterzogen. In Teil 2 des Aufsatzes werden besondere Fallkonstellationen betrachtet.

### **1. Übergeber war Alleineigentümer und verstirbt vor Beschenktem**

Ist der Übergeber Alleineigentümer, kann er das Nutzungsrecht für sich und beliebige Dritte gemeinsam gem. § 428 BGB vorbehalten.

101 Zum Ganzen ausführlich BeckOF Vertrag/Szalai, 69. Edition, Stand: 1.3.2024, 8.3.11.3 Rn. 2 ff.

102 BGH Urt. v. 6.3.2020 – V ZR 329/18, NZG 2020, 1347 (1348) Rn. 8 ff.; BGH Urt. v. 23.3.2023 – V ZR 113/22, BeckRS 2023, 9525 Rn. 10 aE; BeckOK BGB/Gehrlein, 70. Ed., 1.5.2024, § 741 Rn. 8; DNrl-Report 2017, 107 (108).

103 Mit der punktuellen Ausnahme des § 1060 BGB.

104 BGH Urt. v. 6.3.2020 – V ZR 329/18, NZG 2020, 1347 (1348) Rn. 10. Wegmann, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 261 verweist für das Innenverhältnis auf § 430 BGB.

105 BGH Urt. v. 6.3.2020 – V ZR 329/18, NZG 2020, 1347 (1348) Rn. 12.

106 MüKoBGB/Schmidt, 9. Aufl. 2024, § 742 Rn. 1; NK-BGB/Kuhn, 4. Aufl. 2021, § 742 Rn. 1.

107 DNrl-Report 2017, 107 (108).

108 OLG Köln Urt. v. 30.6.2010 – 2 U 154/09, BeckRS 2010, 23586; Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 278; Groll/Steiner/Rösler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 6. Aufl. 2024, Pflichtteil, Rn. 26.341.

109 Zum Ganzen OLG Hamburg Urt. v. 9.6.2015 – 2 U 11/13, BeckRS 2015, 14453, Rn. 33 ff.; siehe auch Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 279 mwN; kritisch Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2325 BGB Rn. 131.

110 Joachim/Lange, Pflichtteilrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 310.

111 BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2325 Rn. 42;

112 Täffner DS 2015, 16 (21).

113 Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 548.

114 Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 310 mwN; Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 83.

**a) Ehegatte als Mitberechtigter**

*aa) Fallschablone*

Der Übergeber ist Alleineigentümer und behält sich und seinem Ehegatten ein Nießbrauchrecht gemeinsam gem. § 428 BGB an der gesamten Immobilie vor.

*bb) Lösungsvorschlag*

Die Schenkung des Eigentums an den Empfänger ist pflichtteilergänzungsrelevant gem. § 2325 Abs. 1 BGB.

Fraglich ist, ob aufgrund der Genusstheorie die Abschmelzungsfrist des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB nicht zu laufen beginnt, wenn der Übergeber sich zwar einen Totalnießbrauch am gesamten Schenkungsgegenstand vorbehält, aber nicht für sich alleine, sondern als Gesamtberechtigter zusammen mit seinem Ehegatten. Es stellt sich insofern die Frage, ob der Übergeber weiterhin die volle Nutzung zieht und keine wirtschaftliche Ausgliederung erfolgt ist.

Es könnte hier argumentiert werden, dass es dem Übergeber aufgrund des gemeinschaftlichen Nießbrauchs nun nicht mehr möglich ist, die übertragene Immobilie wie zuvor alleine zu nutzen, sondern nur gemeinschaftlich und dass er somit auch nicht mehr wirtschaftlich gesehen alleine über die Nutzung entscheiden kann.

Unter Beachtung der Wertung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB bzgl. des Anlaufs der Abschmelzungsfrist von Schenkungen an Ehegatten erscheint es aber richtiger, davon auszugehen, dass die Abschmelzungsfrist in Bezug auf die Schenkung der Immobilie nicht zu laufen beginnt. Denn hier sind Ehegatten die Gesamtberechtigten des Nießbrauchrechts, sodass wie vor der Übertragung dennoch weiterhin die mittelbare alleinige Weiternutzung durch den Übergeber und der Vorbehalt eines „nur“ gemeinsamen Nießbrauchrechts anzunehmen sind.<sup>115</sup>

Die Rechteeinräumung an den Ehegatten ist als Zuwendungsnießbrauch zu verstehen.<sup>116</sup> Auch wenn dies als ehebedingte/unbenannte Zuwendung bezeichnet wäre, ist sie als eine Schenkung iSd § 2325 Abs. 1 BGB zu subsumieren.<sup>117</sup> Die Abschmelzungsfrist gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB beginnt aufgrund bzw. während der Ehe gem. § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB nicht zu laufen. Der Wert des Nießbrauchrechts des überlebenden mitberechtigten Ehegatten bestimmt sich anhand des Niederstwertprinzips gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB, da das Nießbrauchrecht ein sonstiger Gegenstand iSd § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB ist. Der Wert eines Nießbrauchrechts wird mit jedem Lebensjahr des Berechtigten aufgrund der sinkenden statistischen Lebenserwartung geringer.<sup>118</sup> Somit ist immer der Nießbrauchswert im Zeitpunkt des Erbfalls des Übergebers relevant.

*cc) Unterhaltsrechtlich geschuldet Zuwendung*

Ist die Zuwendung an den Ehegatten allerdings unterhaltsrechtlich (§§ 1360, 1360a BGB) geschuldet, besteht Pflichtteilsfestigkeit.<sup>119</sup> Insofern ist auf die Besonderheiten des Einzelfalls zu achten. Pflichtteilsfestigkeit dürfte gegeben sein, wenn das Nießbrauchrecht der Altersvorsorge oder Altersabsicherung dient.<sup>120</sup>

*dd) Pflichtschenkung zur Alterssicherung*

Daneben ist immer zu prüfen, ob es sich nicht auch um eine Pflichtschenkung iSd § 2330 BGB an den Ehegatten handelt, die insbesondere zur objektiv notwendigen Alterssicherung erfolgte, weil beispielsweise die eigene Berufstätigkeit zwecks Pflege und Versorgung des Erblassers aufgegeben wurde.<sup>121</sup>

*ee) Vergütung für langjährige unentgeltliche Mitarbeit*

Auch in Betracht kommt eine etwaige Vergütung für langjährige unentgeltliche Mitarbeit im Unternehmen des Erblassers, wenn zudem auch sonst nichts für eine Altersvorsorge des Ehegatten getan wurde.<sup>122</sup>

*ff) Praktische Probleme*

Die vorstehenden Einwendungen in cc), dd) und ee) können selbstverständlich nicht pauschal behauptet, sondern müssten substantiiert dargelegt und im Zweifel bewiesen werden. Es ist allerdings nicht abschließend geklärt, wie die Kriterien für eine angemessene Altersvorsorge bzw. Altersabsicherung zu bestimmen sind. Es bedarf somit insbesondere einer Gegenüberstellung der Einkommensverhältnisse der Ehegatten, der Mitteilung, welche Alterssicherungen bereits getätigten wurden, der Darstellung der Lebensverhältnisse des längerlebenden Ehegatten, insbesondere mit und ohne die finanziellen Mittel und sonstigen Vermögensverhältnisse des Erblassers.<sup>123</sup>

**b) Nichtehelicher Lebensgefährte sowie sonstiger Dritter als Mitberechtigter**

*aa) Fallschablone*

Der Übergeber ist Alleineigentümer und behält sich und einem Dritten (im Zweifel dem Lebensgefährten) ein Nießbrauchrecht gemeinsam gem. § 428 BGB an der gesamten Immobilie vor.

*bb) Lösungsvorschlag*

Die Schenkung des Eigentums an der Immobilie an den Empfänger ist pflichtteilergänzungsrelevant gem. § 2325 Abs. 1 BGB.

Fraglich ist, ob die Abschmelzungsfrist des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB für die Immobilienübertragung mangels wirtschaftlicher

<sup>115</sup> Wegmann, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 261 sagt, dass eine „Mitberechtigung nach § 428 BGB für den Ehegatten des Veräußerers den Lauf der Frist nach § 2325 BGB nicht fördert“.

<sup>116</sup> Heinrich MitrRhNotK 1995, 157 (162).

<sup>117</sup> BGH Urt. v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; BGH Urt. v. 14.3.2018 – IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475 (1476) = ErbR 2018, 332 Rn. 14; Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 305; ausdrücklich zur Gestaltung als Gesamtgläubiger Blusz/Heuser/Schellenberger/Weber, Handbuch Seniorenenrecht, 1. Aufl. 2021, Rn. 523.

<sup>118</sup> Kogel/Kogel, Zugewinnausgleich, 7. Aufl. 2022, Kap. 3, Rn. 1034 Abs. 2.

<sup>119</sup> Groll/Steiner/Rösler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 6. Aufl. 2024, Pflichtteil, Rn. 26.341.

<sup>120</sup> BGH Urt. v. 14.3.2018 – IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475 (1477) = ErbR 2018, 332 Rn. 22; BGH Urt. v. 12.12.2012 – XII ZR 43/11, NJW 2013, 686 (688 f.) Rn. 26.

<sup>121</sup> BGH Urt. v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939 (2940); OLG Karlsruhe Urt. v. 14.2.1990 – 6 U 169/89, OLGZ 1990, 457 (458).

<sup>122</sup> OLG Karlsruhe Urt. v. 14.2.1990 – 6 U 169/89, OLGZ 1990, 457.

<sup>123</sup> Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 308 mwN; BGH Urt. v. 14.3.2018 – IV ZR 170/16, ZEV 2018, 274 (277 f.) m. Anm. Horn = ErbR 2018, 332.

Ausgliederung nicht zu laufen beginnt. Denn der Erblasser hat sich nur gemeinschaftlich, wenn auch am gesamten Schenkungsgegenstand, den Totalnießbrauch vorbehalten.

Das LG Kiel hat im Jahr 2018 aufgezeigt, dass der Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB nicht dadurch gehindert wird, „dass der Erblasser dem nichtehelichen Lebenspartner einen lebenslangen hälftigen Nießbrauch an seinem Grundstück unter der Bedingung schenkt, dass die Partnerschaft auf andere Weise als durch Tod endet.“<sup>124</sup> Das LG Kiel führt dazu aus:

„Nachdem der Nießbrauch der Beklagten und dem Erblasser gemeinschaftlich zustand, konnte der Erblasser das Grundstück nicht weiter nutzen wie zuvor, sondern war auf eine Mitnutzung beschränkt. Er war nicht mehr (alleiniger) ‚Herr im Haus‘.“<sup>125</sup>

Die Ansicht des LG Kiel ist beachtlich, denn bei Schenkungen unter Ehegatten geht der (historische) Gesetzgeber davon aus, dass es bei diesen in wirtschaftlicher Hinsicht zu keinem spürbaren Vermögensverlust kommt, da der Gegenstand weiterhin während der bestehenden Ehe faktisch dem Schenker zur (wenigstens gemeinschaftlichen) Nutzung zur Verfügung steht.<sup>126</sup> Mit dem Tod eines Ehegatten oder der rechtkräftigen Scheidung (§ 1564 BGB) (oder Aufhebung (§ 1313 BGB)) der Ehe beginnt hingegen die Abschmelzungsfrist des § 2325 Abs. 3 BGB zu laufen;<sup>127</sup> der dann gegebene Zustand ist in seiner wirtschaftlichen Bedeutung vergleichbar mit der Schenkung an Dritte. Nach Ablauf von zehn Jahren ab rechtskräftiger Scheidung der Ehe oder dem Tod des Beschenkten vor dem Schenker ist die Schenkung nicht mehr pflichtteilergänzungsvorbehalt relevant.<sup>128</sup>

Die Ansicht des LG Kiel wurde aber auch kritisch betrachtet, denn im Fall des LG Kiel war der Nießbrauch an das Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geknüpft und hätte somit jederzeit einseitig zum Erlöschen gebracht werden können, sodass „das Nießbrauchsrecht der Lebensgefährtin zu Lebzeiten faktisch eher schwach ausgeprägt“<sup>129</sup> war und somit aufgrund der gewählten Gestaltung der Genuss nicht aufgegeben wurde.<sup>130</sup> Zudem habe der Nießbrauch auf der Hälfte der Immobilie gelegen, was eine andere Rechtsansicht vertretbar mache.<sup>131</sup>

Problematisch an der vom LG Kiel geäußerten Ansicht ist zudem, dass die Ausführungen nicht zum zu entscheidenden Sachverhalt passen, da es in der Entscheidung zu einer lebenszeitigen Eigentumsübertragung weder gekommen noch eine solche gewollt war. Zu entscheiden war, ob hinsichtlich des gemeinschaftlichen Nießbrauchs und mithin des darin enthaltenen Zuwendungsnießbrauchs an die Lebensgefährtin (und spätere Ehefrau) des Erblassers die Abschmelzungsfrist angefahren war oder nicht.

Es wäre also zu fragen gewesen, wie es das LG Kiel als „Kontrollüberlegung“ auch schließlich noch macht, ob die Bestellung eines gemeinschaftlichen Nießbrauchs mit der Übertragung eines 1/2-Miteigentumsanteils vergleichbar ist.<sup>132</sup> Das LG Kiel kommt an der Stelle zum richtigen Ergebnis: „Hätte der Erblasser der Beklagten anstelle des Nießbrauchsrechts Miteigentum zu 1/2 eingeräumt, so hätte das eigene Mitbenut-

zungsrecht des Erblassers einer Leistung gleichfalls nicht entgegen gestanden.“<sup>133</sup>

Für den Zuwendungsnießbrauch in der hier besprochenen Konstellation gilt für den Zuwendungsnießbrauch nichts anderes im Vergleich zur Entscheidung des LG Kiel: Der Zuwendungsnießbrauch ist pflichtteilergänzungsvorbehalt relevant. Mangels Ehe im Zuwendungszeitpunkt beginnt die Abschmelzungsfrist des § 2325 Abs. 3 BGB zu laufen.

*c) Unschädlichkeit einer späteren Eheschließung der Nießbrauchberechtigten*

Kommt es nach der Schenkung/Zuwendung des Nießbrauchrechts zwischen Übergeber und dem Mitberechtigten des Nießbrauchrechts zu einer Eheschließung (sei es zwischen Verlobten oder Wiederheiratenden), findet § 2325 Abs. 3 BGB nach hM keine Anwendung.<sup>134</sup> Es kommt folglich insbesondere nicht zu einem Stoppt einer bereits angelaufenen Abschmelzung.

*c) Übergeber erreicht die statistische Lebenserwartung nicht*

Stirbt der Übergeber vor dem Erreichen seiner statistischen Lebenserwartung, hat dies nach hM keine Auswirkungen auf das Vorstehende.<sup>135</sup>

124 LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405.

125 LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405 (407) Rn. 25.

126 Horn, Materialienkommentar Erbrecht, 2020, § 2325 BGB Rn. 57 „[...] tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen [...] während der Ehe [...] Genuss [...] nicht zu entbehren.“, Rn. 83; BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2325 Rn. 62; Krug/Horn/Rogelmeier, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. Rn. 243.

127 Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 116; BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, § 2325 Rn. 62.

128 Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 117; NK-BGB/Bock, 6. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 43.

129 Zwölfer NZFam 2018, 532 (532).

130 So zumindest Zwölfer NZFam 2018, 532 (532). Das LG Kiel hat sich damit befasst LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405.

131 Roth NJW-Spezial 2018, 360.

132 LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405.

133 LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405.

134 LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2325 BGB Rn. 29; Staudinger/Herzog, 2021, § 2325 BGB Rn. 188 zeigt auf, dass die Regelung als „Ausnahmeregelung nicht analogiefähig“ ist; MüKO BGB/Lange, 9. Aufl. 2022, BGB § 2325 Rn. 87; BeckOK BGB/Müller-Engels, 70. Ed., 1.5.2024, BGB § 2325 Rn. 62 mwN; NK-BGB/Bock, 6. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 43; ausführlich und mit klarem ablehnenden Ergebnis u. Olshausen FamRZ 1995, 717 ff.; aa OLG Zweibrücken Urt. v. 22.2.1988 – 4 U 121/87, FamRZ 1994, 1492 (1493); siehe hierzu die krit. Ann. von Dieckmann FamRZ 1995, 189 und deutlicher Widerlegung der Ansicht des OLG Zweibrücken auf S. 191 unter III.; aA in Abgrenzung zu u. Olson FamRZ 1995, 717, aber auch anders in der Begründung als das OLG Zweibrücken Urt. v. 22.2.1988 – 4 U 121/87, FamRZ 1994, 1492 entschied das OLG Celle Urt. v. 14.5.1998 – 22 U 230/97, OLG Report 1998, 361 zugunsten der analogen Anwendung des § 2325 Abs. 3 BGB hinsichtlich einer Schenkung eines 1/2-Miteigentumsanteils an einer Immobilie, die zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung (über ein Jahr vor Eheschließung) noch mit einem Haus bebaut wird, dessen Fertigstellung erst drei Monate vor Eheschließung erfolgt, weil sich die Schenkung wirtschaftlich erst in diesem Zeitpunkt vollzogen habe und der Schenker nie den Genuss hätte einbüßen müssen. Der Autor merkt an, dass die beiden Entscheidungen besondere Einzelfälle sind, die jeweils eine Mindermeinung darstellen. Das BVerfG Beschl. v. 6.4.1990 – 1 BvR 171/90, NJW 1991, 217 hat bereits entschieden, dass die „Ungleichbehandlung von Ehegattenschenkungen und Drittenschenkungen im Rahmen der Pflichtteilergänzung durch § 2325 III Halbs. 2 BGB [...] nicht gegen Art. 3 I, 6 I GG“ verstößt.

Es sei denn, bei Vollzug ist bereits aufgrund bekannter Krankheit von einem zeitlich nahen Tod sicher auszugehen, was einer substantiierten Darlegung bedarf.<sup>136</sup>

Von Bedeutung ist das in der hiesigen Fallschablone, wenn der Übergeber der statistisch Längerlebende ist und somit der Abzugsposten des Nießbrauchs höher ausfallen würde. Für den zugewendeten Nießbrauch verändert sich hingegen nichts zum Vorstehenden.

Für den Fall, dass der Beschenkte vor seiner statistischen Lebenserwartung verstirbt siehe Teil 2 des Aufsatzes, I. 1.

**d) Mitberechtigter ist Erbe des Übergebers**

Sollte der Mitberechtigte der Erbe des Übergebers sein, ist das Folgende zu beachten:

Die sich im Nachlass befindende Immobilie ist weiterhin mit dem Nießbrauchrecht des längerlebenden Mitberechtigten/Erben belastet. Der Wert dieses Rechts ist bei der Ermittlung des Werts der Immobilie am Todestag zu berücksichtigen, auch wenn der Mitberechtigte nunmehr Erbe des Übergebers ist, denn bei der Berechnung nach § 2311 BGB für den Wert des Pflichtteils ist der gemeine Wert, das ist der Wert, den der Nachlassgegenstand für jeden hat – folglich der Verkehrswert –, relevant. Für Dritte hätte die Nießbrauchbelastung eine drastische Wertminderung zur Folge.<sup>137</sup>

**e) Exkurs: Aufschiebend bedingter Nießbrauch für Ehegatten/ sonstigen Dritten**

Wird der Nießbrauch aufschiebend bedingt auf den Tod des Übergebers der Immobilie vereinbart, kommt es zur Schenkung erst im Todesfall des Übergebenden.<sup>138</sup> Stirbt der (aufschiebend bedingt) Beschenkte vor dem Übergeber, ist die Schenkung für § 2325 BGB unbeachtlich. Stirbt der Übergeber vor dem Beschenkten, ist hinsichtlich des Zuwendungsnießbrauchs für § 2325 BGB auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen.<sup>139</sup>

**2. Übergeber war hälftiger Eigentümer neben Mitübergeber und verstirbt vor Beschenktem**

**a) Fallschablone**

Die zwei Übergeber (oft verheiratete Eltern) hatten jeweils Eigentum an der übertragenen Immobilie. Die Übergeber behalten sich gemeinsam gem. § 428 BGB an der gesamten Immobilie den Nießbrauch vor. Einer der Übergeber verstirbt vor dem Beschenkten (oft ein gemeinsames Kind).

**b) Vorab: Wer hat den Erwerb der Immobilie finanziert?**

In der Situation des Erwerbs einer Immobilie des Erblassers gemeinsam mit einem Dritten ist immer zu hinterfragen, ob nicht der Erblasser den Erwerb der Immobilie ganz oder im wesentlichen Umfang alleine finanziert hat, indem er alleine oder weitüberwiegender die Tilgungs- und Zinsleistungen auf ein Darlehen erbracht hat.<sup>140</sup> Der gemeinschaftliche Erwerb sagt nichts darüber aus, wer die Immobilie finanziert hat.

Hier können insbesondere beim Erwerb durch Ehegatten, aber auch durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft erhebliche Schenkungen entstehen, die von § 2325 BGB erfasst werden,

wenn die Erwerber die Finanzierung nicht entsprechend ihres Eigentumsanteils getragen haben.<sup>141</sup>

Sind Ehegatten betroffen, ist aber zu hinterfragen, ob es sich um das Eigen-/Familienwohnheim der Ehegatten handelt und die einseitige Finanzierungsübernahme der Alterssicherung des anderen Ehegatten dient.<sup>142</sup> Auch hier bedarf es wieder einer umfassenden Darstellung der Vermögensverhältnisse. Dabei ist besonders zu beachten, dass die §§ 1360, 1360 a BGB die Vermögensbildung von Ehegatten nicht vorsehen.<sup>143</sup>

**c) Lösungsvorschlag im Übrigen**

Die Übertragung der Immobilie auf den Beschenkten ist pflichtteilergänzungrelevant. Der Wert des Nießbrauchrechts ist als Abzugsposten zu berücksichtigen.

Behalten sich mehrere Übergeber an der übertragenen Immobilie/den übertragenen Miteigentumsanteilen das Nießbrauchrecht als Gesamtberechtigte vor, ist keine Schenkung unter den Übergebern gegeben, weil zunächst unter Lebenden ein entgeltliches (Austausch-)Geschäft und hinsichtlich des Bestehenbleibens der vollständigen Nutzung an der gesamten Immobilie und nicht bloß dem selbst übertragenen Anteil im Todesfall des erstversterbenden Mitberechtigten ein Risikogeschäft (aleatorisches Rechtsgeschäft) anzunehmen ist.<sup>144</sup>

**d) Exkurs: Eigentumsübertragung als Zugewinnausgleich (oft im Wege der Güterstandsschaukel) vor Übertragung auf Dritten**

In der Ehegattenkonstellation könnte es auch vor der gemeinsamen Eigentumsübertragung auf den Beschenkten zu einer Eigentumsübertragung zwischen den Ehegatten im Wege des Zugewinnausgleichs durch ehevertraglichen Wechsel von der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 BGB) in die Gütertrennung (§ 1414 BGB) kommen. Der sodann zu erfüllende Anspruch auf Zugewinnausgleich (§§ 1372 ff. BGB) ist keine Schenkung, sondern ein entgeltliches Geschäft und somit nicht pflichtteilsergänzungrelevant, wenn nicht die Vermögensverschiebung im Vordergrund steht und/oder Regelungen in den Ehevertrag aufgenommen werden, die Schenkungselemente begründen.<sup>145</sup>

135 Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 314.

136 Zum Ganzen OLG Hamburg Urt. v. 9.6.2015 – 2 U 11/13, BeckRS 2015, 14453, Rn. 33 ff.

137 Zum Ganzen zutreffend LG Kiel Urt. v. 2.2.2018 – 12 O 82/17, ErbR 2018, 405.

138 Blusz/Heuser/Schellenberger/Weber, Handbuch Seniorenrecht, 1. Aufl. 2021, Rn. 523.

139 HK-PflichtteilsR/Gietl, 3. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 94.

140 Bühlert DNotZ 2022, 10 (13).

141 OLG Schleswig Urt. v. 10.12.2013 – 3 U 29/13, ZEV 2014, 260 (262 f.); Bühlert DNotZ 2022, 10 (13 f.). Siehe BGH Urt. v. 3.6.2020 – IV ZR 16/19, ErbR 2020, 633 m. Anm. Lienenlüke/Kurth für den Fall einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn für den Fall des Todes eines Gesellschafters die vereinbarte Anwachsung des versterbenden Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs erfolgt.

142 Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 308 a.

143 Zum Ganzen BGH Urt. v. 14.3.2018 – IV ZR 170/16, ZEV 2018, 274 (277 f.) m. Anm. Horn = ErbR 2018, 332.

144 DNotI-Gutachten v. 22.4.2002, Abruf-Nr. 1268, S. 2 mwN; Burandt/Rojahn/Horn, 4. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 29.

145 Zum Ganzen HK-PflichtteilsR/Gietl, 3. Aufl. 2022, § 2325 BGB Rn. 48 mwN.

---

### **Schlussbetrachtung**

Pflichtteilsansprüche bei Immobilienübertragung unter gemeinsamem Nießbrauchsvorbehalt beinhalten bereits bei der bloßen Betrachtung der allgemein einzuhaltenden Prüfungspunkte sowie der „Normalfälle“ viele zu berücksichtigende und im Einzelfall immer wieder neu zu bewertende Elemente, die genauer Betrachtung bedürfen, aber auch Raum für juristische Argumentation sowohl für als auch gegen eine Pflichtteilergänzung bieten.

In Teil 2 des Aufsatzes werden Fallschablonen und Lösungsvorschläge dargestellt zu besonderen Fallkonstellationen für den Regelfall der Anwendung des Niederstwertprinzips zum Vollzugszeitpunkt, für die Ausnahmesituation der Anwendung des Niederstwertprinzips zum Todestag sowie für darüber hinausgehende Exkusbetrachtungen.