



ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL  
Rechtsanwälte

Augustastr. 89 · 52070 Aachen · Telefon 0241/505031 · Telefax 0241/505033 · Gerichtsfach 046  
Internet: www.dr-kogel.de · Email: kanzlei@dr-kogel.de

**veröffentlicht BGH-Report 2007, 655 f.**

Anmerkung zu der Entscheidung BGH, Urteil v. 22.11.2006 -XII ZR 8/05-  
= FamRZ 2007, 978

Die Entscheidung korrigiert eine seit Jahrzehnten gefestigte Judikatur in einer wesentlichen Frage des Zugewinnausgleichsrechts.

1.) Zunächst wird allerdings die bisherige Rechtsprechung fortgesetzt, wonach sich bei einem Grundstückübertragungsvertrag der Rechtsgrund in erster Linie daran orientiert, ob die Vertragsschließenden mit der Übergabe bereits einen zukünftigen Erbvorgang vorweg nehmen wollen.

In Fällen, in denen einem Abkömmling ein Grundstück, ein wirtschaftliches Anwesen oder ein Unternehmen von Eltern übergeben wird, spricht eine Vermutung dafür, dass zumindest ein Teil der Übertragung unentgeltlich ist. Wenn Nießbrauch, Wohnrechte oder Leibgedingte oder sogar Ausgleichszahlungen an erbberechtigte Geschwister im Vertrag vereinbart werden, spricht dies gerade nicht gegen, sondern für einen Vorgang im Sinne der Privilegierungsvorschrift des § 1374 Abs. 2 BGB. In solchen Fällen wird man in Zukunft diese Zahlungsverpflichtungen nicht nur als bloße Indizien, sondern sogar als Kriterien heranziehen können, die die Beweislast umkehren. Zudem ergab in dem zu entscheidenden Verfahren ein wirtschaftlicher Vergleich zwischen Leistung und Gegenleistung, dass es sich eben nicht um ein normales Austauschgeschäft handelte. Überlegungswert wäre, ob nicht aus dem Urteil sogar folgende Konsequenz gezogen werden kann: Wird an einen Verwandten, welcher bei einer möglichen Erbfolge mit derselben Quote erbberechtigt wäre, eine Ausgleichszahlung vorgenommen, so ist dieser Betrag bis zum Beweis des Gegenteils zumindest die Summe, die dem Anfangsvermögen zugerechnet werden kann. Im Zweifel soll doch gerade der Verwandte, der den Grundstücksteil übernimmt, nicht benachteiligt, im Gegenteil eher bevorzugt werden. Die Leistungen z.B. an die Geschwister entsprechen daher zumindest dem Vermögenswert, welcher dem Erwerber vorab schenkweise übertragen werden soll.

2) Mit zunehmendem Alter des Nießbrauchs- und Wohnungsberechtigten werden diese Pflichten geringer; umgekehrt wird das Vermögen deswegen größer. Diese höheren Belastungen zu Beginn führen zu einem geringeren Anfangsvermögen, zum Ende zu einem höheren Endvermögen. Den Wertzuwachs über Zugewinn auszugleichen, wäre jedoch mit dem Grundgedanken des § 1374 BGB nicht in Einklang zu bringen. Letztendlich basiert dieser Vermögenszuwachs ebenfalls auf einer Zuwendung des Verwandten. Er läßt quasi durch seine ständig geringer werdende Lebenserwartung dem Erwerber monatlich einen Vermögenswert zukommen. Den umständlichen Weg der kontinuierlichen Berechnung des Wertzuwachses ist der BGH bislang nicht gegangen. In derartigen Fällen wurde kurzerhand beim End- und Anfangsvermögen der Nießbrauch ganz unberücksichtigt gelassen. Er blieb „außen vor“ (vgl. BGH, FamRZ 1990, 603, 604; 1990, 1083 ff.). Diese Berechnung

war eindeutig und in der Praxis leicht anzuwenden. Mit dieser vereinfachten Betrachtungsweise gelangte man in der Regel auch zu sachgerechten Ergebnissen. In der Literatur und Rechtsprechung wurde allerdings auf folgende Ungereimtheiten hingewiesen (vgl. insoweit OLG Bamberg, FamRZ 1995, 607, 609; Johannsen/Henrich, Familienrecht 3. Aufl., § 1374 BGB Anm. 24; Kogel, FamRZ 2006, 451 ff.):

- Das Nießbrauchsrecht kann die Veräußerbarkeit eines Grundstückes derart beeinträchtigen, dass überhaupt niemand bereit ist, eine solche Immobilie zu kaufen. Ließe man zu beiden Zeitpunkten das Nießbrauchsrecht unberücksichtigt, wäre der Wertzuwachs dazwischen trotzdem ausgleichspflichtig.
- Fälle, bei denen zum Endvermögensstichtag zusätzliche Schulden bestanden, lassen sich nicht befriedigend lösen.

**Beispiel:** Der Ehemann hatte bei Eheschließung 1985 eine Immobilie mit in die Ehe gebracht. Deren indexierter Wert betrug 100.000,00 € Neben dem Nießbrauchsrecht bestanden Schuldverbindlichkeiten von 60.000,00 € Zum Endvermögensstichtag bestanden Schulden von 150.000,00 € Der Nießbrauch soll zu beiden Stichtagen mit 60.000,00 € angenommen werden.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH wäre das Anfangsvermögen mit  $(100.000,00 \text{ €} - 60.000,00 \text{ €}) = 40.000,00 \text{ €}$  anzusetzen. Beim Endvermögen ergäben sich  $200.000,00 \text{ €} - 150.000,00 \text{ €} = 50.000,00 \text{ €}$  Als Zugewinn wären mithin auszugleichen  $50.000,00 \text{ €} - 40.000,00 \text{ €} = 10.000,00 \text{ €}$ :  $2 = 5.000,00 \text{ €}$

Stellt man jedoch den Nießbrauch (60.000,00 €) zu beiden Stichtagen in die Bilanz ein, ist richtigerweise gar kein Zugewinn entstanden. Die Berechnung sieht dann nämlich wie folgt aus: Anfangsvermögen  $100.000,00 \text{ €} - 60.000,00 \text{ €}$  (Schulden)  $- 60.000,00 \text{ €}$  (Nießbrauch)  $= - 20.000,00 \text{ €}$  (wegen § 1374 Abs. 1 a. E. BGB aber 0,00 €); Endvermögen:  $200.000,00 \text{ €} - 150.000,00 \text{ €} - 60.000,00 \text{ €} = - 10.000,00 \text{ €}$  (wegen § 1375 Abs. 1 S. 2 BGB aber ebenfalls 0,00 €). Obwohl wirtschaftlich dem Ehepartner gar keinen Vermögensüberschuss zusteht, sollte er nach der Lösung des BGH noch einen Geldbetrag zahlen? Dies wäre kaum nachvollziehbar.

- In ähnlicher Weise tauchen Ungereimtheiten auf, wenn das Anfangsvermögen durch weitere Schulden „negativ“ würde (vgl. den Beispielsfall bei Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2. Aufl., Rn. 516).

3.) Wird in diesem Punkte erfreulicherweise eine Kurskorrektur vorgenommen, geht der Senat noch einen Schritt weiter. Zwar müsse der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Wertes des Wohnungsrechts auch für die dazwischen liegenden Zeiträume bewertet werden. Nur hierdurch werde der „gleitende Erwerbsvorgang“ erfasst und vom Ausgleich ausgenommen. Die bisher vorgenommene pauschale Regelung verstoße jedoch gegen § 1376 BGB. Fälschlicherweise würden damit nämlich punktuell nur zwei Vermögenszeitpunkte (Übertragung des Grundstücks und Ehezeitende) miteinander verglichen. § 1376 BGB bestimme aber für jede einzelne Zuwendung den betreffenden Zuwendungszeitpunkt. Es sei eben ein Unterschied, ob jemand zu zwei Zeitpunkten zwei Zuwendungen erhalte oder ob er u.U. über Jahrzehnte hinweg jeden Monat eine Leistung in Form eines verminderten Nießbrauchsrechts übertragen bekomme. Diese Überlegung könnte man vielleicht mit folgendem Parallellfall vergleichen:

Der Ausgleichsverpflichtete hat nicht etwa bei Ende der Ehezeit noch eine einmalige Zuwendung von 120.000,00 € erhalten. Vielmehr werden ihm über 10 Jahre jeden Monat 1.000,00 € zugewandt. Auch hier würde man jede einzelne Zuwendung indexiert bewerten müssen.

Das OLG Bamberg hat als erstes dieses „Genauigkeitsdefizit“ bei der Zugewinnausgleichsberechnung erkannt. Es hat versucht, im Wege der Schätzung gem. § 287 Abs. 2 ZPO eine maßvolle Anhebung des Anfangsvermögens vorzunehmen. Diesen Weg geht der Senat nicht. Er verweist vielmehr sybillinisch darauf, dass sich in der Regel ohne „sachverständige Hilfe“ der tatsächliche Wertzuwachs nicht ermitteln ließe. Wie im Einzelnen diese Bewertung aussehen soll, lässt er aber offen. Gerade dies wird in der Praxis zu gravierenden Problemen führen.

Konnte man bei der bisherigen Rechtsprechung aus Anwaltssicht den Zugewinn wegen eines Vermögenszuwachses bei einem Grundstück relativ sicher vorhersagen, muss nunmehr in der Regel ein Gutachten auch zur Frage des genauen Wertzuwachses eines Wohnungs- oder Nießbrauchsrechts eingeholt werden. Welche Kriterien hierbei anzusetzen sind, bleibt völlig offen. Der Streit ist programmiert. Verfahren werden sich verzögern. War wirklich zur Einhaltung des wahrscheinlich in den meisten Fällen gar nicht so sehr großen „Genauigkeitsdefizits“ (so Johannsen/Henrich, a.a.O., Rn. 24 a .E.) eine solche Vorgehensweise, die an eine kleinliche Zins- und Zinseszinsabrechnung erinnert, nötig? Der Praktiker nimmt die sich abzeichnenden Konsequenzen dieser Entscheidung mit einem gewissen Schauern zur Kenntnis.