



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 FamRZ 2006, 451 ff.

Nießbrauch, Altenteil und Leibrente im Zugewinn

Der Beitrag zeigt anhand von Fallbeispielen und der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung, daß diese Vermögenspositionen sowohl bei den Aktiva als den Passiva die Zugewinnausgleichsbilanz erheblich beeinflussen können.

In der täglichen Praxis zur Zugewinnberechnung werden Nießbrauch, Altenteil und Leibrente eher stiefmütterlich behandelt. Zwei jüngere Entscheidungen des BGH¹, die teilweise die bisherige Rechtsprechung aufgeben, zeigen jedoch, daß diese Vermögenswerte bei korrekter Anwendung sowohl bei den Aktiva wie bei den Passiva einen ganz erheblichen Einfluss auf die Zugewinnbilanz haben können.

1) Nießbrauch, Altenteil und Leibrente auf der Seite der Aktiva.

Der Nießbrauch ist häufig als höchstpersönliches Recht ausgestaltet. Da er dann nicht übertragbar ist, wird könnte hieraus geschlossen werden, daß er im Zugewinn keine Vermögensposition sein kann². Schon dieser Ausgangspunkt ist grundsätzlich falsch.

Beispielfall³:

Herr Trossen und seine Ehefrau wohnen in einem Einfamilienhaus, welches dem Sohn gehört. Beide Eheleute haben an unterschiedlichen Räumlichkeiten des Hauses ein unentgeltliches, lebenslängliches, allerdings nicht übertragbares Wohnrecht.

Wie sind im Falle der Scheidung diese Vermögenswerte zu berücksichtigen?

Selbst wenn ein Nießbrauchsrecht unveräußerlich und unvererblich ist, bedeutet dies **nicht**, dass es bei der Zugewinnausgleichsabrechnung unberücksichtigt bleiben müsste. Schon für den GmbH-Anteil hat der BGH entschieden,⁴ dass solche Nutzungsrechte, die dem Berechtigten auf Lebenszeit zustehen

¹Vgl. BGH, FamRZ 2005, 1974 (Leibrente) sowie BGH, FamRZ 2004, 527 (Nießbrauch)

²so noch Rittner, FamRZ 1961, 506

³Fall nachgebildet BGH, FamRZ 2004, 527

⁴FamRZ 1986,1196; andererseits hat der BGH bei einem Handelsvertreter mangels Übertragbarkeit und



und nicht vererbbar sind, dennoch einen wirtschaftlichen Wert darstellen, der in der Ausgleichsbilanz beachtet werden muss. Diese Rechtsprechung korrespondiert mit den Entscheidungen zur Vermögensposition eines Gesellschaftsanteils. Bei diesem wird auf den **wirklichen Wert** des lebenden Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und des Goodwill abgestellt.⁵ Oftmals überreichen Zugewinnausgleichspflichtige Gesellschaftsverträge, in denen die Abfindungsansprüche entweder gekürzt oder vollkommen ausgeschlossen werden. Selbst in diesen Fällen bleibt der BGH bei seiner Bewertung. Da die Nutzung und Gewinnerzielungsmöglichkeit während der Ehe aufgebaut worden sei, „sei es nicht sachgerecht, einen Ehegatten daran nicht teilhaben zu lassen.“⁶

Beiden Eheleuten Trossen stehen in dem Beispielsfall Nutzungsrechte zu. **Beide** Nießbrauchsrechte sind also in die jeweilige Vermögensbilanz einzustellen. Die Nießbrauchsrechte heben sich nicht etwa auf! Abgesehen davon, dass auf die jeweiligen Räumlichkeiten abzustellen ist, muss auch die unterschiedliche Lebenserwartung berücksichtigt werden. Bei Frauen ist diese statistisch höher anzusetzen. In der Regel wird also bei ihnen ein höherer Vermögenswert in die Ausgleichsbilanz einzustellen sein. Es wäre damit vom Ansatz her schon falsch, Nießbrauchsrechte in den Fällen „außen vor“ zu lassen, in denen beide Eheleute an denselben Räumen eine Nutzungsmöglichkeit haben⁷. Wenn keine sonstigen Vermögenswerte bestehen, müsste nach der Rechtsprechung des BGH dem Ehemann wegen des geringeren kapitalisierten Wertes des Nießbrauches ein Zugewinnausgleich zustehen. Entschieden ist dies allerdings, soweit ersichtlich, noch nicht. Wenn die Ehefrau über keine sonstigen Vermögenswerte verfügt, müsste daran gedacht werden, diesem Ausgleichsanspruch § 1381 oder § 242 BGB entgegen zu setzen.⁸

Bei der Bewertung künftiger Leistungen darf nicht auf den Zinssatz abgestellt werden, der gerade zum Stichtag aktuell war. Der Zeitwert künftiger Leistungen ist vielmehr mit dem Zinssatz zu bestimmen, der aus einer **langfristigen** Beobachtung der maßgebenden volkswirtschaftlichen Orientierungsgröße gewonnen wird. Bei einer lebenslangen Ziehung von Nutzungen muss nach Ansicht des BGH deshalb der vom Bewertungsgesetz unverändert zugrunde gelegte Zinssatz von 5,5% angewandt werden⁹. Dem Richter ist insoweit **kein** Ermessenspielraum eingeräumt.

Diese Bewertungen sind konsequenterweise auf die Leibrente und das Leibgedinge zu übertragen, selbst wenn diese nur höchstpersönlich ausgestaltet sind. Auch hierbei handelt es sich um zugewinnrechtlich relevante Vermögenswerte.

Allerdings hat diese Rechtsprechung die Konsequenz, daß diese Werte ggf. auch beim Anfangsvermögen anzusetzen sind, sollten sie schon zum Zeitpunkt der Eheschließung bestanden haben oder ein Fall des privilegierten Vermögenserwerbes im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB

Vererblichkeit des Unternehmens keinen Vermögensanspruch angenommen, vgl. BGH FamRZ 1977, 386.

⁵ BGH FamRZ 1987, 36, 38; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., 2004, VII Rdn. 95

⁶ BGH a. a. O.; ebenso Hausleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl. 2004, Kap. 1 Rdn. 305; vgl. auch die Nachweise bei Schröder/ Bergschneider, Familienvermögensrecht, 2003, Rdn. 4260 ff.; a.A. Benthin FamRZ 1982, 344 ff.

⁷ vgl. hierzu KG FamRZ 1988, 171 sowie Schröder, Bewertungen im Zugewinnausgleich, 3. Auflage, 2002, Rdn. 144; zur gesamten Problematik des Nießbrauches vgl. auch Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, NJW- Schriftenreihe, Bd. 76, Rdn. 422 ff.

⁸ vgl. allgemein zur Möglichkeit, unbillige Ergebnisse im Zugewinn über § 242 BGB zu korrigieren Kogel, a.a.O., Rdn. 606 ff.

⁹ vgl. BGH a.a.O.



vorliegen. Da mit steigendem Alter die Lebenserwartung abnimmt, sinkt damit gleichzeitig der Kapitalwert des Rechtes. Dies führt dazu, daß dieser Vermögenswert alleine durch den Zeitablauf beim Anfangsvermögen höher als beim Endvermögen anzusetzen ist. Es wäre daher falsch, den Nießbrauch gar nicht einzustellen, wenn er am selben Objekt für dieselbe Person zu beiden Zeitpunkten bestand. Auch beim Anfangsvermögen ist der Zinssatz mit 5,5% anzunehmen.

Fazit:

- Selbst wenn Nießbrauchsrechte höchstpersönlich ausgestaltet sind, müssen sie immer in der Zugewinnbilanz jeweils getrennt für beide Ehegatten kapitalisiert eingestellt werden. Der Zinssatz ist zwingend mit 5,5% anzusetzen.
-
- Ob alleine im Hinblick auf die höhere Lebenserwartung der Ehefrau ein Ausgleichsanspruch des Ehemannes begründet werden kann, ist noch nicht entschieden. Ggf. muss einem solchen Verlangen § 242 oder § 1381 BGB entgegengehalten werden.
-
- Wenn der Nießbrauch schon zu Beginn der Ehe bestand, ist er zu **beiden** Zeitpunkten zu bewerten. Sofern keine weiteren Vermögenswerte auf Seiten dieses Ehepartners existieren, kann alleine schon aufgrund des Zeitablaufes und des damit gesunkenen Kapitalwertes eine Minderung des eigenen Zugewinns begründet werden.

2) Nießbrauch auf der **Passivseite**

Schon aus steuerlichen Gründen übertragen Eltern oftmals ihren Kindern Immobilien; allerdings behalten sie sich in der Regel ein Nießbrauchsrecht bis an ihr Lebensende vor. Damit tritt regelmäßig folgendes Bewertungsproblem auf.

Beispielfall:

Herr Unger hat bei Eheschließung 1995 eine Immobilie mit in die Ehe eingebracht. Diese ist mit einem Nießbrauchs- und Wohnrecht zugunsten seiner Eltern belastet. Der indexierte Wert der Immobilie war zu Beginn der Ehe 100 000,- EUR. Bis zur Rechtshängigkeit 2005 ist der Wert auf 200 000,- EUR gestiegen. An der Nießbrauchssituation hat sich trotz des Zeitablaufes nichts geändert.



Beim Nießbrauch handelt es sich um eine rechtlich geschützte Position mit wirtschaftlichem Wert. Der Wert ist vorliegend mit einem fiktiven Nettomietwert anzusetzen. Unter Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung des Nießbrauchsberechtigten und der Restnutzungsdauer des Gebäudes ist er zu kapitalisieren.¹⁰ Wegen der abnehmenden Lebenserwartung des Berechtigten wird mit zunehmendem Alter der Wert des Nießbrauchsrechts kleiner. Der Wert des Nießbrauches zum Zeitpunkt 1995 ist daher höher anzusetzen als zum Ende der Ehezeit. Damit wäre das Anfangsvermögen kleiner. Die Belastung war zu diesem Zeitpunkt eben höher. Dieser Weg wäre jedoch mit dem Grundgedanken des § 1374 BGB nicht in Einklang zu bringen. Letztendlich basiert dieser Vermögenszuwachs ja ebenfalls auf einer Zuwendung der Eltern. Von vorneherein ist das Grundstück mit der sicheren Aussicht, dass der Nießbrauch geringer wird und irgendwann wegfällt, erworben worden.

Es würde nun einer wortgetreuen Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB entsprechen, sowohl im Anfangs- wie im Endvermögen, die jeweiligen Immobilienwerte anzusetzen. Abgezogen werden müsste dann einerseits der zu jedem Zeitpunkt berechnete, kapitalisierte Nießbrauchswert. Andererseits müsste aber dem Anfangsvermögen der Wertzuwachs hinzugerechnet werden, der sich durch das zwischenzeitliche Absinken des Nießbrauchsrechts ergeben hat. Diesen umständlichen Weg ist der BGH bisher nicht gegangen¹¹. In derartigen Fällen wird kurzerhand beim End- und Anfangsvermögen der Nießbrauch ganz unberücksichtigt gelassen. Er bleibt „außen vor“, da er zu beiden Zeitpunkten gleich hoch ist.

Die Berechnung sieht nach der BGH- Rechtsprechung wie folgt aus:

Endvermögen	200.000 €
-Anfangsvermögen	100.000 €
=Zugewinn	100.000 €

- Unterstellt man einmal, daß der Wert des Nießbrauches zu Beginn und zum Ende der Ehe jeweils mit 60.000 € anzusetzen ist (incl. der sukzessiven monatlichen Zuwendungen durch das Absinken des Rechts), wäre folgende Berechnung vorzunehmen:

Endvermögen: 200.000 € - 60.000 € = 140.000 €. Dem steht gegenüber das Anfangsvermögen mit 100.000 € - 60.000 € = 40.000 €. Die Differenz beträgt ebenfalls 100.000 €.

In der Regel wird man auf diese Weise also zu korrekten Ergebnissen gelangen. Das OLG Bamberg ¹²hat jedoch schon darauf hingewiesen, dass dieser vereinfachte Weg z.B in den Fällen problematisch ist, in denen das Anfangs- oder Endvermögen **negativ** ist.

¹⁰ Schnitzler/Boden MAH § 19 Rdn. 130.

¹¹ Vgl BGH FamRZ 1990, 603; 1990 1083, 1084; Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 2000, Rdn. 119; Hausleiter/Schulz a.a.O. Kap.. 1 Rdn. 253 ff

¹² OLG Bamberg FamRZ 1995,607,609 ebenso Johannsen/Henrich/Jaeger, Eherecht, 4. Auflage § 1374 Rdn.



1. Abwandlung des Beispielfalles:

Zu Beginn der Ehe hatte Herr Unger Verbindlichkeiten aus einer fehlgeschlagenen Investition in Höhe von 80.000 €. Es wird wiederum davon ausgegangen, daß der Wert des Nießbrauches zu Beginn und zum Ende der Ehe jeweils mit 60.000 € anzusetzen ist.

Geht man den einfacheren Weg des BGH und lässt das Nießbrauchsrecht gänzlich unbeachtet, ergibt sich ein Zugewinn von 200.000 € abzüglich des Anfangsvermögens von 20.000 € (100.000 € - 80.000 €). Er beträgt damit 180.000 €. Hat Frau Unger selber keinen Zugewinn erwirtschaftet, steht ihr ein Ausgleichsanspruch von 90.000 € zu.

Stellt man aber den Nießbrauch zu beiden Zeitpunkten in die Zugewinnbilanz ein, so ergibt sich folgende Abrechnung:

Anfangsvermögen Herr Unger:	100.000 €	Schulden
- 80.000 €		
Nießbrauch	- 60.000 €	
Das Anfangsvermögen ist damit „negativ“, aber wegen		
§ 1374 Abs. 1 BGB	0 €	
Das Endvermögen ist demgegenüber	200.000 €	
abzüglich Nießbrauch	60.000 €	
damit	140.000 €.	
Der Zugewinnausgleichsanspruch beträgt		
damit $(140.000 € - 0 €) : 2 =$	70.000 €.	

Die Differenz ergibt sich dann, wenn man entgegen der BGH- Rechtsprechung den Nießbrauch ansetzt. Obwohl der Ausgleichspflichtige tatsächlich nur über ein Vermögen von 140.000 € verfügt, müsste er nach der Judikatur des BGH 90.000 € Zugewinn zahlen. Dies kann nicht richtig sein.

2. Abwandlung des Beispielfalles:

Zu Beginn der Ehe hatte Herr Unger 60.000 € Schulden bei gleichem Anfangsvermögen wie oben. Zum Stichtag der Ehescheidung bestanden aber Schulden von 150.000 €.



Folgt man der Rechtsprechung des BGH, ist das

Anfangsvermögen mit 40.000 €
anzusetzen (100.000 € - 60.000 €).

Beim Endvermögen sind anzusetzen

200.000 € - 150.000 € = 50.000 €

Als Zugewinn wären also auszugleichen:

(50.000 € - 40.000 €) = 10.000 € : 2 = 5.000 €.

Stellt man aber den Nießbrauch in die Bilanz ein, ist richtiger Weise **gar kein** Zugewinn entstanden. Die Berechnung sieht dann nämlich wie folgt aus:

- Anfangsvermögen:	100.000 € Schulden
60.000 € Nießbrauch	60.000 €
	20.000 €,
wegen § 1374 Abs. 1 BGB damit	0 €.

- Endvermögen:	200.000 € Schulden
150.000 € Nießbrauch	60.000 €
	-10.000 €
wegen § 1375 Abs. 1 S. 2 BGB aber =	0 €

Auch hier überzeugt die Lösung des BGH **nicht**. Obwohl wirtschaftlich dem Ehemann gar kein Vermögensüberschuss zusteht, müsste er noch einen Geldbetrag ausgleichen. Dies kann nicht richtig sein. Ein solches Ergebnis stünde auch zu §1378 Abs. 2 BGB in Widerspruch. Hiernach wird Zugewinn ja nur dann und insoweit geschuldet, als bei Rechtskraft der Scheidung überhaupt noch Vermögen vorhanden ist.

Fazit:

Sofern sich nicht eindeutig ergibt, daß selbst nach Abzug des kapitalisierten Nießbrauchsrechts sowohl beim Anfangs- wie Endvermögen ein positiver Betrag verbleibt, ist der Nießbrauch in die Zugewinnbilanz einzustellen. Sicherheitshalber sollte aus anwaltlicher Sicht **immer** mit einem kapitalisierten Nießbrauch gerechnet werden. Je höher der Kapitalwert des Nießbrauches ist, desto eher wirkt sich dies für den Ausgleichsverpflichteten aus.



3) Die **Leibrente** auf der **Passivseite**:

Hintergrund für die Rechtsprechung des BGH zum Nießbrauchsrecht ist die Überlegung, daß der andere Ehepartner nicht an den Wertzuwächsen einer vorweggenommenen Erbfolge partizipieren soll. Bei der Leibrente besteht wirtschaftlich jedoch eine ganz andere Konstellation.

Beispielsfall 13

Auf Herrn Moers war im Jahre 1988 eine Immobilie schenkweise übertragen worden allerdings mit einer Leibrentenverpflichtung von monatlich 150 € zu Gunsten seines Vaters. Zum Stichtag (1996) lebte der Vater noch. Die Leibrente wurde grundbuchlich nicht abgesichert.

Hätte Herr Moers bei Abschluss des Notarvertrages eine einmalige Zahlung erbringen müssen, hätte man diese Verpflichtung als Passiva im Anfangsvermögen abgezogen¹⁴. Dies würde man ja auch vornehmen, wenn von vornherein die Absicht bestand, daß sein Vater den Geldbetrag anlegte, um dann hiervon monatlich gleich hohe Entnahmen zu tätigen. Nichts anderes kann gelten, wenn eine laufende monatliche Verpflichtung des Sohnes vereinbart wird. Das Grundstück erhält er zwar geschenkt. Er muß aber selber eine Geldleistung aus eigenen Mitteln entrichten. Zu Recht vertritt der BGH¹⁵ deshalb nunmehr die Ansicht daß diese Belastung abzuziehen ist. Dies gilt sowohl für das Anfangs- wie das Endvermögen. Ein Posten in der Zugewinnausgleichsberechnung wäre in dem obigen Beispielsfall die Differenz zwischen dem ursprünglich höheren Kapitalwert der Leibrente bei Schenkung und dem Wert der Rente bei Einreichung des Scheidungsantrages. Dadurch daß die Leibrente bereits über Jahre entrichtet wurde, ist das Lebensalter des Berechtigten gestiegen; der Kapitalisierungsfaktor der Leibrente ist mithin geringer. Solche Wertsteigerungen können allenfalls dadurch relativiert werden, daß die Leibrente dynamisch ausgestaltet ist. Ob die Leibrente grundbuchlich eingetragen ist, spielt keine Rolle. Ist dies der Fall, ist das dingliche Recht von vornherein weniger werthaltig. Bei einem bloßen schuldrechtlichen Anspruch steht dem Immobilienwert der schuldrechtliche Anspruch auf Zahlung gegenüber.

4) Das **Leibgedinge** auf der **Passivseite**.

Die Rechtsprechung zum Nießbrauchsrecht hatte der BGH¹⁶ zunächst auf die Fälle übertragen, in denen ein Ehegatte mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht ein Grundstück erwirbt, welches mit

¹³ nachgebildet BGH FamRZ 2005, 1974

¹⁴ vgl zur Problematik des Abzuges von Verbindlichkeiten beim Anfangsvermögen Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 49o ff.

¹⁵ FamRZ 2005, 1974; Schröder, Bewertungen im Zugewinnausgleich, Rdn. 141

¹⁶ FamRZ 1990, 1217 sowie FamRZ 1990, 1083



einem Leibgedinge (Altenteil) belastet ist. Dies galt sowohl für den Fall, dass ein Wohnrecht eingeräumt wurde als auch für den Fall, dass Wartung und Pflege auf Lebenszeit gewährt wurden. Hintergrund für diese Rechtsprechung war die Überlegung, dass die Zuwendung wegen der besonderen persönlichen und familiären Beziehung erfolgt ist und damit dem Privilegierungsstatbestand des § 1374 Abs. 2 BGB unterfallen sollte. Zu Recht ist diese Rechtsprechung jedoch erheblich kritisiert worden¹⁷. Die zur Erfüllung der Verpflichtung erforderlichen Aufwendungen schmälern bereits den Zugewinn des Berechtigten. Auch wird oftmals der andere Ehepartner benachteiligt. Teilweise muss er selbst ja faktisch die Pflege leisten. Man denke nur an die nicht berufstätige Hausfrau, die für ihren als Alleineigentümer eingetragenen, im Erwerbsleben stehenden Ehemann die Pflegeleistungen bei den Schwiegereltern erbringt. Sie wird damit unter Umständen von der Erzielung eines eigenen Zugewinns abgehalten. Der BGH hat folgerichtig in der Entscheidung zur Leibrente ausdrücklich erklärt, an der bisherigen gegenteiligen Rechtsprechung **nicht** mehr festhalten zu wollen.

Fazit:

In Zukunft wird man unterscheiden müssen: hat der „Beschenkte“ irgendeine Leistung zu erbringen, die geldwerter Art ist, muss diese Leistung kapitalisiert werden. Für den Fall, dass ohne sein Zutun sozusagen aus sich selber heraus eine Immobilie eine Wertsteigerung erfährt und er keine geldwerte Leistung aufbringen muss, darf kein Abzug aufgenommen werden.

¹⁷Vgl. Johannsen/Henrich/Jäger, Eherecht, Rdn 24 b; MK/Koch § 1374 Rdn 21; OLG Karlsruhe, FamRZ 1990, 56