

# Erbrechtliche Aspekte der vorbehaltenen Nutzniessung bei Liegenschaftsübertragungen

Dr. oec. Walter Sticher, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht (Zürich)\*

## I. Fragestellung

Wie sind Liegenschaften im Erbgang zu behandeln, die der Erblasser zu Lebzeiten einem Nachkommen schenkungshalber übertragen und für sich die lebenslängliche Nutzniessung vorbehalten hat? Diese Fragestellung wird spätestens in ein paar Jahren grosse

Relevanz erhalten, wurden doch als Folge der Erbschaftssteuerinitiative vom Herbst 2011 viele Liegenschaften von Eltern auf ihre Kinder übertragen, um die vorgesehene, ab 1. Januar 2012 beginnende Rückwirkungsfrist zu vermeiden.<sup>1</sup> Formell fand jeweils im Grundbuch eine Handänderung statt; wirtschaftlich hat sich aber zufolge der oft vorbehaltenen Nutzniessung praktisch nichts geändert. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, welchen Vermögenswert sich der Übernehmer einer dergestalt übertragenen Liegenschaft im Erbgang anrechnen lassen muss. Die Beantwortung hängt davon ab, ob der Nutzniessungsvorbehalt und die allenfalls übernommene Hypothekarschuld Gegenleistungen des Übernehmers darstellen, welche erbrechtlich als gemischte Schenkungen qualifiziert werden und somit im Erbgang nur teilweise anzurechnen sind.

## II. Gemischte Schenkungen<sup>2</sup>

### 1. Gemischte Schenkung

In der Praxis sind «gemischte» Schenkungen häufig, mithin eine Kombination von entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften. Überträgt die Mutter ihrem Sohn eine Liegenschaft mit einem Verkehrswert von CHF 1,5 Mio. und übernimmt dieser die bestehenden Grundpfandschulden (Hypotheken) von CHF 0,5 Mio., so beträgt der Schenkungsanteil CHF 1 Mio., weil nach Vollzug der Transak-

*Als Folge der 2011 zustande gekommenen Erbschaftssteuerinitiative übertrugen viele Eigentümer vor dem 1. Januar 2012 ihre Liegenschaften unter Vorbehalt der Nutzniessung auf ihre Kinder. Der Autor setzt sich mit der in Judikatur und Literatur umstrittenen Frage auseinander, welchen Vermögenswert sich der Übernehmer einer nutzniessungsbelasteten Liegenschaft im Erbgang anrechnen lassen muss. Wird die unentgeltliche Liegenschaftsübertragung mit Vorbehalt der Nutzniessung und allfälliger Übernahme der Hypothekarschuld durch den Nutzniesser als gemischte Schenkung qualifiziert, ist diese im Erbgang nur teilweise anzurechnen und führt zu einer Bevorzugung des Beschenkten. Zi.*

*Suite à l'aboutissement de l'initiative de 2011 sur la réforme de la fiscalité successorale, de nombreux propriétaires ont transféré à leurs enfants leurs immeubles avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, tout en se réservant l'usufruit sur ces derniers. L'auteur examine en détail les questions discutées par la jurisprudence et la doctrine en la matière, notamment de savoir quelle valeur l'attributaire de l'immeuble grevé d'un usufruit doit-il se laisser imputer dans la succession. Si le transfert à titre gratuit de l'immeuble, avec réserve d'usufruit et éventuelle reprise de la dette hypothécaire par l'usufruitier, est qualifié de donation mixte, alors ce transfert ne doit être imputé que partiellement dans la succession. Cela aboutit ainsi à favoriser le bénéficiaire de la donation.*

P.P.

\* Partner Sticher Strazzer Zeiter, Fachanwälte SAV Erbrecht, Zürich

<sup>1</sup> Vgl. BBl 2011 6459 ff.

<sup>2</sup> Schenkungen bieten im Erbrecht generell reichlich Streitstoff. Dies rührt unter anderem daher, dass in den relevanten Bestimmungen von Art. 527 Ziff. 1 ZGB (Herabsetzung) und Art. 626 Abs. 2 ZGB (Ausgleichung) von «Zuwendungen, Ausstattung, Heiratsgut, Vermögensabtretung und Schulderlass», aber nicht von Schenkungen (im Sinne von Art. 239 ff. OR) die Rede ist. Deshalb wird noch immer kontrovers diskutiert, ob nur der Vorsorge («Ausstattung») dienende oder alle grösseren Zuwendungen ausgleichungspflichtig sind (zur Diskussion «Vorsorgekollation v. Schenkungskollation» vgl. Paul Eitel, Berner Kommentar Band III, 2. Abteilung, 3. Teilband, Bern 2004, Art. 626 N 76 ff.). Uneinigkeit herrscht auch, ob lebzeitige Schenkungen an Nachkommen, welche gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB von der Ausgleichung dispensiert sind, gemäss Art. 527 Ziff. 1 ZGB oder nach Art. 527 Ziff. 3 ZGB herabsetzbar sind. Gemäss Bundesgericht gilt Art. 527 Ziff. 1 ZGB in einem objektiven Sinn, sodass Schenkungen herabsetzbar sind, unabhängig davon, wie lange die gemachte Schenkung zeitlich zurückliegt (zum Meinungsstand betreffend «objektive v. subjektive» Theorie vgl. Alexandra Rumo-Jungo, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 3. A. 2010, Tafel 66, Fn. 1 f.).

tion das Vermögen des Sohnes nach Verrechnung der Aktiven (Haus) und Passiven (Bankschuld) nur um CHF 1 Mio. zugenommen hat.<sup>3</sup>

Solche lebzeitig an Nachkommen ausgerichteten Schenkungen werden im Erbgang wieder aktuell und müssen entweder ausgeglichen (sofern kein Ausgleichsdispens vorliegt) oder zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugezählt werden. Die Zurechnung erfolgt jedoch nicht – wie man vordergründig meinen könnte – mit dem Schenkungsanteil, bei obigen Beispiel also mit CHF 1 Mio., sondern in Abhängigkeit des Verkehrswertes per Todestag. Beträgt dieser zu jenem Zeitpunkt beispielsweise CHF 1,8 Mio., sind CHF 1,2 Mio. anrechenbar. Dies als Folge der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung anwendbaren Proportional- oder Quotenmethode, gemäss welcher der ursprüngliche Schenkungsanteil von  $\frac{2}{3}$  (CHF 1 Mio. von 1,5 Mio.) auf den aktuellen Verkehrswert (CHF 1,8 Mio.) zu beziehen ist.<sup>4</sup>

## 2. «Verdeckte» gemischte Schenkung

Als «verdeckte» gemischte Schenkungen kann man Zuwendungen bezeichnen, die zu «billig» gemacht werden, beispielsweise, wenn eine Liegenschaft im Wert von CHF 2,5 Mio. für CHF 2 Mio. verkauft wird<sup>5</sup> oder wenn der älteste Sohn als gekürter Unternehmungsnachfolger für ein Aktienpaket im Wert von CHF 4 Mio. nur CHF 3 Mio. bezahlen muss.

Damit verdeckte, gemischte Schenkungen erbrechtlich berücksichtigt bzw. aufgerechnet werden können, verlangt das Bundesgericht kumulativ das Vorhandensein einer unentgeltlichen Zuwendung (objektives Element) und einen Zuwendungswillen (subjek-

tives Element). Beide Voraussetzungen, also der Schenkungsanteil und der Schenkungswille, müssen im Streitfall von den anderen Erben bewiesen werden.<sup>6</sup>

## III. Liegenschaftsübertragungen mit Vorbehalt der Nutzniessung

### 1. Vorherrschende Praxis

Wird eine Liegenschaft als Erbvorbehalt übertragen und behält sich der Abtreter die lebenslängliche Nutzniessung vor, sind in der zu erstellenden öffentlichen Urkunde der Übernahmewert, die zu übernehmenden Grundpfandschulden (sofern vorhanden) und der Wert der Nutzniessung<sup>7</sup> anzugeben.

Dem hier wegweisenden Entscheid BGE 116 II 667 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Vater übertrug seiner Tochter unter Dispens der Ausgleichspflicht eine Immobilie mit folgenden Eckdaten:

Verkehrswert Zeitpunkt der Übertragung	39000
- Hypothek	- 5800
- Barwert Nutzniessung	- 17000
Unentgeltliche Zuwendung	16200

Der Schenkungsanteil (CHF 16200) beträgt, gemessen am Verkehrswert (CHF 39000), 41,54%. Am Todestag war die Liegenschaft CHF 170000 wert. Gemäss Urteil, basierend auf der vorerwähnten Quoten- oder Proportionalmethode, sind nur CHF 70660 zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzuzuzählen (41,54% von 170000).

Auch wenn es sich hier – im Vergleich zu den heutigen Liegenschaftspreisen – um bescheidene Werte handelt, zeigt sich deutlich die praktische Konsequenz: Die rechnerische Berücksichtigung des Nutzniessungswertes

im Sinne einer «Gegenleistung» der Übernehmerin vermindert den Schenkungsanteil und somit den im Erbgang zu berücksichtigenden Betrag für die Ausgleichung oder Herabsetzung. Wäre die Nutzniessung im Wert von CHF 17000 nicht berücksichtigt worden, betrüge die unentgeltliche Zuwendung CHF 33200 (CHF 39000 – CHF 5800) bzw. 85% des Verkehrswertes. Die Tochter hätte sich im Erbgang (gerundet) CHF 145000 anrechnen lassen müssen, mithin mehr als das Doppelte der gerichtlich festgesetzten Summe.

<sup>3</sup> Man kann hier von einer offenen, gemischten Schenkung sprechen. *Nedim P. Vogt*, (Basler Kommentar, 5. A., OR I, Art. 239 N 5), verwendet den Begriff der gemischten Schenkung für jene Fälle, wo die Parteien den Wert der Sache bewusst zu tief ansetzen.

<sup>4</sup> Die Formel lautet:

$$\left( \frac{\text{Wert des Gegenstandes beim Erbgang}}{\text{Wert des Gegenstandes bei Vertragsabschluss}} \right) \times \left( \text{effektiv geschenkter Teilbetrag bei Vertragsabschluss} \right)$$

Der höhere Verkehrswert ist hier konjunkturrell bedingt. Erfolgt die Wertsteigerung aufgrund von Investitionen, die der Erwerber für die Liegenschaft getätigt hat, sind diese wertmässig vom Verkehrswert per Todestag abzuziehen.

<sup>5</sup> Der Preisnachlass beträgt CHF 500000 bzw. 20%. Dies kann nicht mehr als (familiärer) Freundschaftspreis verstanden werden, obwohl die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann.

<sup>6</sup> Dies ist oft sehr schwierig bis unmöglich, wenn der Zuwender gestorben und die Richtigkeit des vereinbarten Preises mit einer seinerzeit vom Übernehmer veranlassenen Verkehrswertschätzung «belegt» ist. Vgl. *Walter Sticher*, «Gemischte Schenkungen – Zuwendungsabsicht als Bedingung der Herabsetzung?», *successio* 1 2013 57 ff.

<sup>7</sup> Der Wert heisst Bar- oder Kapitalwert. Die Höhe des Kapitalwerts hängt neben dem erzielbaren Ertrag und der Wahl des Kapitalisierungsfaktors massgeblich vom Alter der abtretenden Partei ab. Vgl. zur Berechnung *Rumo-Jungo* (Fn. 2) Tafel 15.

Das Bundesgericht geht in konstanter Praxis davon aus, dass die vorbehaltene Nutzniessung eine Gegenleistung des Erwerbers/Übernehmers der Liegenschaft sei und somit eine gemischte Schenkung vorliege. Im Entscheid 5A\_338/210<sup>8</sup> hält es dazu fest: «Le transfert d'un immeuble grevé d'un droit d'habitation ou d'un usufruit constitue un cas particulier de donation mixte; il faut tenir compte de la valeur capitalisée de ceux-ci pour mesurer l'étendue de la libéralité lors de l'acte d'attribution.» Auch in notariell beurkundeten Kaufverträgen wird die vorbehaltene Nutzniessung mehrheitlich als Entgelt betrachtet. So heisst es jeweils sinngemäss in den Übernahmeverträgen: «Die erwerbende Partei räumt der veräussernden Partei am Vertragsobjekt ein lebenslangliches unentgeltliches Nutzniessungsrecht gemäss Art. 745 ZGB ein.» Noch deutlicher wird es, wenn nach der Hypothekarschuld auch der Barwert zahlmässig vom Übernahmewert ab-

gezogen und als Total der Gegenleistungen aufgeführt wird.<sup>9</sup>

Es gibt jedoch auch Urkunden, in welchen nach der hier vertretenen Auffassung richtigerweise der Abtreter in einem ersten Schritt zu seinen Gunsten die Nutzniessung errichtet und nachher das dergestalt belastete Grundstück überträgt.

## 2. Ist die vorbehaltene Nutzniessung eine Gegenleistung des Übernehmers?

Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht, wie gesehen, explizit und die Praxis implizit davon aus, dass der Übernehmer bei der Liegenschaftsübertragung mit Nutzniessungsvorbehalt dem Veräusserer in Form des Barwertes der Nutzniessung eine *Gegenleistung* erbringt. Somit liegt nicht mehr eine reine, sondern eine gemischte Schenkung vor. Die gemischte Schenkung bringt dem Übernehmer der Liegenschaft im Erbgang erhebliche Vorteile, sofern es sich um eine interfamiliäre Transaktion handelt. Dies wurde vorstehend anhand des dem BGE 116 III 667 zugrunde liegenden Sachverhalts rechnerisch aufgezeigt.

Die Anrechnung des Barwertes der Nutzniessung als «Gegenleistung» wird (denn) zunehmend zu Recht in Frage gestellt.<sup>10</sup> Die beschenkte Person – so lautet die Argumentation – erhält in Form des «nackten» Eigentums eine Liegenschaft, die zum Zeitpunkt der Schenkung weniger Wert hatte als wenn sie mit einem beschränkt dinglichen Recht belastet gewesen wäre. Anders ausgedrückt kann die Gegenleistung nicht aus «etwas» bestehen, das man nicht hat. Da sich die Nutzniessung nie im Machtbereich des Erwerbers befand, kann sie auch nicht Gegenstand einer irgendwie gearte-

ten Leistung des Erwerbers an den Abtreter sein.

Dies lässt sich anhand des vorne aufgeführten Entscheids BGE 116 II 667 einfach und pragmatisch nachweisen. Wenn das Nettovermögen der Tochter vor der Transaktion z.B. CHF 100 000 betrug, war es nachher CHF 116 200. Es verminderte sich zu keinem Zeitpunkt um CHF 17 000 (Barwert der Nutzniessung), wie dies der Fall sein müsste, wenn die vorbehaltene Nutzniessung eine Gegenleistung der Tochter wäre.<sup>11</sup>

## 3. Erbrechtliche Konsequenzen

Der Verkauf einer Liegenschaft mit Nutzniessungsvorbehalt an eine Drittperson dürfte eher selten sein und unterscheidet sich durch die viel häufiger vorkommenden Schenkungen im familiären Kreis dadurch, dass im ersteren Fall der Käufer nach Abzug der Hypothekarschulden und der kapitalisierten Nutzniessung den resultierenden Wert effektiv bezahlt.

In dem hier interessierenden Kontext bleibt die wirtschaftliche Situation vor und nach der Transaktion in der Regel unverändert. Das Kind erhält nur das nackte Eigentum. Die schenkenden Eltern bedienen nach wie vor die Hypothekarschuld (Zinsen) und übernehmen die Unterhaltskosten. Sie versteuern die Nutzniessung und erhalten – falls die Liegenschaft fremdvermietet wird – den Mietzins.<sup>12</sup> Geändert hat lediglich formell der Eintrag im Grundbuch.

Die nachfolgenden zwei Beispiele verdeutlichen die erbrechtlichen Konsequenzen bei Berücksichtigung der Nutzniessung als «Gegenleistung»:

### Beispiel 1:

Der (verwitwete) Vater (V) hat zwei Gegenstand einer irgendwie gearte-

<sup>8</sup> Erw. 9.1.2. Urteil besprochen von *Paul Eitel*, *successio* 1 2013 68 ff. Siehe auch BGE 120 II 417 sowie Bundesgerichtsentscheid 5C.60/2003.

<sup>9</sup> Siehe Beispiel nachstehend bei Ziff. III/5.

<sup>10</sup> *Paul Eitel*, *Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt*, *Recht* 1996 34 ff. (Zugleich eine Besprechung von BGE 120 II 417); *Eitel* (Fn. 2) Art. 626 ZGB N 115 mit weiteren Verweisen; *Alexandra Rumo-Jungo*, *Nutzniessung in der Erbteilung*, *successio* 1 2011 5, 16.

<sup>11</sup> Praxisfremd ist die Argumentation, das Vermögen der Tochter habe unmittelbar nach der Transaktion Fr. 133 200 (CHF 100 000 + CHF 39 000 – CHF 5 800 Hypothekarschuld) betragen und sei erst dann um den Wert der Nutzniessung von CHF 17 000 auf CHF 116 200 vermindert worden.

<sup>12</sup> Art. 765 Abs. 1 ZGB. Dass die «anderen Lasten» gemäss Abs. 3 auf den (nackten) Eigentümer überwältigt werden, dürfte eher die Ausnahme sein.

schaften mit einem Verkehrswert von je CHF 1 600 000. Die eine überträgt er lebzeitig seiner Tochter (T) unter Vorbehalt der Nutzniessung, deren Barwert CHF 400 000 beträgt. Dieses Haus wird fremdvermietet. Die andere Liegenschaft wird von V selber bewohnt und testamentarisch im Sinne einer Teilungsvorschrift (Art. 608 ZGB) dem Sohn (S) zugewiesen. Beim Tod von V sind die beiden Häuser je CHF 2 000 000 wert. Das seinerzeit von V bewohnte Haus befindet sich als einziges Aktivum im Nachlass.

Gemäss der anwendbaren Quotenmethode wird die an T zu Lebzeiten übertragene Liegenschaft zum effektiven Nachlass im Betrag von CHF 1 500 000 hinzugerechnet, sodass der bereinigte Nachlass CHF 3 500 000 beträgt.<sup>13</sup> An diesem sind T und S je zur Hälfte mit CHF 1 750 000 berechtigt. T muss sich die erhaltene Schenkung von CHF 1 500 000 anrechnen lassen und erhält von ihrem Bruder CHF 250 000, da dieser die Liegenschaft für CHF 2 000 000 übernehmen muss, aber nur Anspruch auf CHF 1 750 000 hat. Per Saldo ist T um CHF 500 000 bevorzugt.<sup>14</sup> V kann zudem – um im modernen Finanzjargon zu sprechen – die Bevorzugung von T «leveragen» und S auf den Pflichtteil setzen. T würde dann «unter dem Strich» CHF 875 000 mehr als S erhalten.<sup>15</sup>

Unterstellt man ferner, dass V die Mietzinseinnahmen auf einem separaten Mietzinskonto thesauriert und der Saldo dieses Kontos beim Tod von V entsprechend dem Wert der Nutzniessung CHF 400 000 beträgt, erhält die Tochter – bei Pflichtteilssetzung von S – zusätzlich  $\frac{5}{8}$  bzw. CHF 250 000 von der angeblichen «Gegenleistung» zurück.

Daneben hat T bei einer solchen Konstellation auch noch weitere, nicht geldwerte Vorteile. Da sie bereits im

Grundbuch eingetragene Eigentümerin der Liegenschaft ist, hat sie diese im Erbgang nicht mit einer neuen Ehefrau des Vaters oder gar mit neuen Nachkommen zu teilen. Sie kann die Immobilie auch sofort nutzen und muss nicht die formelle Erbteilung abwarten, welche sich u.U. lange hinziehen kann. Sollte V nach der Übertragung betrieben werden oder in Konkurs fallen, können die Gläubiger nach Ablauf der paulianischen Anfechtungsfristen (Art. 285 ff. SchKG) nicht mehr auf die Liegenschaft zugreifen.

#### Beispiel 2:

Eine im Immobilienbereich bekannte Institution schätzte den Verkehrswert eines in einer zürcherischen Vorortsgemeinde gelegenen Hauses mit sechs  $4\frac{1}{2}$ -Wohnungen (eher konservativ) auf CHF 2 740 000 und ging dabei von einem nachhaltig zu erzielenden Ertrag von jährlich CHF 145 000 aus. Überträgt der heute 50-jährige V, analog dem obigen Beispiel 1, dieses Haus an T, beträgt der Barwert der Nutzniessung CHF 2 711 500, welcher praktisch identisch mit dem ermittelten Verkehrswert ist.<sup>16</sup> Somit hat nach h.L. T das Haus «bezahlt» und muss im späteren Erbgang praktisch nichts mehr ausgleichen, da der Schenkungsanteil nur ca. 0,1% beträgt.<sup>17</sup> Ist beim Tod von V kein geldmässiges Nachlassvermögen vorhanden, geht S leer aus, während T eine unbelastete Immobilie zum aktuellen Verkehrswert hat. Es fragt sich, ob dieses Resultat generell mit dem Gedanken der erbrechtlichen Gleichbehandlung der Nachkommen und insbesondere mit dem Pflichtteilsschutz vereinbar ist (Art. 527 Ziff. 4 ZGB).

Spätestens jetzt dürfte der Einwand vorgebracht werden, dass ein Dritter gemäss Beispiel 1 auch nur

den Wert des nackten Eigentums (CHF 1 200 000) bezahlen würde. Somit müsste dies auch für Erben gelten. Diese Argumentation verkennt, dass im Erbrecht wegen der vermuteten Gleichbehandlung der Nachkommen durch den Erblasser (Ausgleichung) und des Pflichtteilsschutzes (Herabsetzung) eigene Regeln gelten. So mag es als widersprüchlich erscheinen, dass eine Schenkung an einen Nachkommen – unabhängig von der Nutzniessungsfrage – im Erbgang aufgerechnet wird, weil sich der ökonomische Vorteil der Schenkung damit wenigstens teilweise wieder

<sup>13</sup> Der ursprüngliche Schenkungsanteil von 75% (CHF 1,2 Mio. von CHF 1,6 Mio.) wird auf den Verkehrswert per Todestag von CHF 2 Mio. transponiert, was eine anrechenbare Schenkung von CHF 1,5 Mio. ergibt.

<sup>14</sup> Dieses Resultat ergibt sich, ohne dass formell eine Bevorzugung/Benachteiligung angeordnet worden ist.

<sup>15</sup>  $\frac{5}{8}$  von CHF 3 500 000 = CHF 2 187 500 abzüglich  $\frac{3}{8}$  bzw. CHF 1 312 510. Ob S auf den Pflichtteil gesetzt oder T von der Ausgleichung dispensiert wird, ändert am Resultat nichts. Letzteres hört sich jedoch etwas weniger hart an.

<sup>16</sup> Der Kapitalisierungsfaktor bei einem 50-jährigen Mann beträgt 18.70 (Staufer/Schätzle, Barwerttafeln, 5. A. 2001, Tafel 1, 3,5%). CHF 145 000 x 18.70 = CHF 2 711 500.

<sup>17</sup> Unterstellt man zusätzlich, dass T eine Hypothekarschuld von CHF 1 Mio. übernehmen musste, würde der Kaufvertrag wohl wie folgt formuliert:

CHF 2 740 000	Verkaufspreis
- CHF 1 000 000	Übernahme der Grundpfandschuld
= CHF 2 711 500	Abgeltung der Nutzniessung
CHF 971 500	von V an T zu bezahlen (bzw. als Darlehen geschuldet).

Ein wahrlich paradoxes Resultat, wenn man für die Ausrichtung einer Schenkung noch bezahlen muss. Solche Verträge haben dem Autor schon vorgelegen.

aufhebt.<sup>18</sup> Die Gerechtigkeitsidee und insbesondere der Pflichtteilsschutz wären obsolet, wenn der Erblasser zu Lebzeiten sein Vermögen verschenken könnte, ohne dass im Erbgang eine Korrektur stattfände.

#### 4. Exkurs: ehemalige Besteuerung der Vorbehaltsnutzniessung

Während bisher zu prüfen war, ob die vorbehaltene Nutzniessung eine Gegenleistung des Übernehmers der Liegenschaft beinhaltet, betrachtete die steuerrechtliche Rechtsprechung die Situation aus der Sicht des Abtreters (Schenkers). Den Entscheid des Bun-

desgerichtes vom 9.2.2000<sup>19</sup> betraf wiederum der Fall der Abtretung einer Liegenschaft seitens der Eltern an den Sohn, unter Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzniessung zu Gunsten der Eltern. Umstritten war, ob die Eltern gemäss dem vormaligen Art. 22 Abs. 3 DBG<sup>20</sup> die Nutzniessungserträge zu bloss 60% oder aber zu 100% besteuern mussten.

Das Bundesgericht verneinte die steuerliche Privilegierung, da es die erwähnte Norm nur auf jene Fälle anwenden wollte, wo die Nutzniessung entgeltlich erworben wird («Leistungen ... ausschliesslich vom Steuerpflichtigen *erbracht* worden sind»). Die Entgeltlichkeit in Form eines Kapitaleinsatzes oder -aufwands wollte das Bundesgericht nicht gelten lassen. Wörtlich führte es aus: «Mit der Übertragung der Liegenschaft unter Vorbehalt der Nutzniessung erhält der Schenker den vollen Nutzen an der Liegenschaft ohne weiteren Kapitaleinsatz ... Die Liegenschaft ändert die Hand nicht unbelastet zum Vollwert, worauf der Erbwerber das Nutzungsrecht gegen Entgelt unter Verrechnung mit der Gegenforderung des Veräusserers diesem erneut einräumen würde; die Liegenschaft wird sachenrechtlich *uno actu* bereits mit der dinglichen Last bzw. dem entsprechenden Minderwert übertragen».<sup>21</sup> Oder anders ausgedrückt: Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Nutzniessers (Schenkers) ändert sich

nicht. Dieser hat die volle Nutzniessung immer noch und musste sie dem Erwerber nicht abkaufen bzw. keinen Kapitalaufwand leisten. Wenn also der Veräusserer nichts kauft, so kann der Erwerber auch nichts verkaufen. Das Bundesgericht kommt folglich richtigerweise zum Schluss: «Der Wohnrechts- bzw. Nutzniessungsvorbehalt kann sachenrechtlich nicht Gegenleistung des Übernehmers für die Übertragung des Grundstücks bilden, da die Wohnrechts- bzw. Nutzniessungsberechtigung nie in seiner sachenrechtlichen Verfügungsmacht stand.»

Deutlicher kann man es nicht sagen. Weder die übertragende Partei noch die erwerbende Partei erbringen Leistungen. Was somit bei identischen Sachverhalten für das Steuerrecht gilt, ist auch im Erbrecht anzuwenden. Die privat- und öffentlich-rechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bzw. waren diesbezüglich widersprüchlich.

#### 5. Begründet die übernommene Grundpfandschuld (Hypothek) eine Gegenleistung?

In der Regel sind die mit einem Nutzniessungsvorbehalt zu übertragenden Grundstücke mit einem Grundpfand belastet, und die erwerbende Partei übernimmt die Schuldpflicht für die Pfandforderung, wie folgendes Beispiel aus der zürcherischen Notariatspraxis zeigt:

<sup>18</sup> Nicht zu berücksichtigen sind übliche Gelegenheitsgeschenke (Art. 527 Ziff. 3 ZGB). Zur «Doppelnatur» der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen vgl. *Paul Eitel*, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 626 ZGB, N 9.

<sup>19</sup> StE 2000 B 26.26 Nr. 3; Vgl. auch BGE 2A.73/2004.

<sup>20</sup> aArt. 22 Abs. 3 DBG lautete: «Einkünfte aus Leibrenten und andere wiederkehrende Einkünfte aus Wohnrecht, Nutzniessung oder Verpfändung sind zu 60% steuerbar, wenn die Leistungen, auf denen der Anspruch besteht, ausschliesslich vom Steuerpflichtigen erbracht worden sind». Bereits seit dem 1. Januar 2001 sind Nutzniessungserträge jedoch voll steuerbar, vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. a DBG.

<sup>21</sup> Erw. 3 c / bb.

Der Übernahmewert für das Abtretungsobjekt beträgt		
CHF	478 000	(Franken vierhundertachtundsiebzigtausend) Auf Abrechnung daran übernehmen die Erwerber solidarisch folgende Grundpfandschuld zur seinerzeitigen Bezahlung, unter Entlastung der Abtreterin von jeder Schuldpflicht:
CHF	18 000	(Franken achtzehntausend) Kapital laut Namensschuldbrief für nominell CHF 38 000 dat. ... 1. Pfandstelle Maximalzinsfuss 6% Die Zinspflicht für diesen Schuldbrief verbleibt weiterhin der Abtreterin, als zukünftige Nutzniesserin des Abtretungsobjektes.
CHF	186 660	(Franken einhundertsechszigtausendsechshundertsechzig) werden mit dem Wert des unter Ziff. 9 der weiteren Bestimmungen hinten der Abtreterin eingeräumten Nutzniessungsrechts verrechnet.
CHF	204 660	Total der Gegenleistungen Im Übrigen, d.h. für den Rest von
CHF	273 340	(Franken zweihundertdreiundsiebzigtausenddreihundertvierzig) erfolgt diese Abtretung als Schenkung. Die Erwerber nehmen diese Schenkung mit Dank an.
CHF	478 000	Total Übernahmewert

Mit Vollzug des Übertragungsvertrages wird die beschenkte Person als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen und gilt damit formell als Schuldnerin gegenüber der hypothekengebenden Bank.<sup>22</sup> Wirtschaftlich wird sich in der Regel jedoch nichts ändern, da der Nutzniesser weiterhin die Schuldzinsen (Hypothekarzinsen) bezahlt (Art. 765 ZGB). Wie obiges Beispiel deutlich zeigt, wird in der Praxis nicht nur der Barwert der Nutzniessung, sondern auch zusätzlich die übernommene Grundpfandschuld als «Gegenleistungen» qualifiziert, obwohl – Ausnahmefälle vorbehalten – die wirtschaftliche Last weiterhin beim Abtreter bleibt.

Dass bei einem Handwechsel ohne Nutzniessungsvorbehalt die Übernahme der Hypothekarschuld eine Gegenleistung des Erwerbers bildet, steht ausser Diskussion. In den hier interessierenden Fällen ist es jedoch so, dass

der Erwerber als «nackter Eigentümer» in den meisten Fällen weder wirtschaftlich noch rechtlich mit der ihm gehörenden Liegenschaft etwas zu tun hat, solange die Nutzniessung besteht.<sup>23</sup>

Die Meinung, wonach die Übernahme der Hypothekarschuld im hier interessierenden Kontext ein Entgelt darstellt, wird vom Bundesgericht in Entscheid 2A.73/2004 zumindest angezweifelt. Die Eltern übertrugen ihren beiden Kindern zwei Wohnhäuser und behielten sich je ein lebenslangliches Wohnrecht vor. Die Übernehmer wurden ferner verpflichtet, ihren Eltern im Sinne einer Ertragsnutznie- sung eine lebenslangliche, monatliche Rente von insgesamt CHF 1200 zu bezahlen.<sup>24</sup> In analoger Anwendung seiner Rechtsprechung zur Vorbehaltsnutznie- sung<sup>25</sup> urteilte das Bundesgericht, dass die Rente gemäss Art. 22 Abs. 3 DBG seitens der Eltern voll-

umfänglich und nicht nur zu 60% steuerbar sei. Dies darum, weil die Errichtung der Ertrags- oder Vorbehaltsnutznie- sung unentgeltlich erfolgte, was bei einer Schenkung oder einem Erbvorbezug der Fall sei. Ebenso, «wenn die *Hypothekarschuld* auf den Erwerber mit überbunden wird. Auch in diesem Fall bildet die Schuldüber- nahme keine Zahlungsform, sondern es wird damit nur der Wert geschenkten oder vererbten Gutes um die Hypothekarschuld reduziert...».<sup>26</sup>

Daraus ist zu folgern, dass in der steuerrechtlichen Rechtsprechung – im

<sup>22</sup> Voraussetzung ist, dass die Bank dem Schuldnerwechsel zugestimmt hat.

<sup>23</sup> Steuerlich sind das volle Liegenschaftsvermögen und der gesamte Liegenschaftsertrag vom Nutzniesser zu deklarieren. Bezüglich der wirtschaftlichen Belastung des nackten Eigentümers können sich Ausnahmen ergeben, wenn die Hypothekarschuld zu amortisieren ist oder Unterhaltszahlungen zu leisten sind (Art. 764 Abs. 1 und 2 ZGB).

<sup>24</sup> Die Ertragsnutznie- sung ist eine besondere Form der Vorbehaltsnutznie- sung, bei welcher der Veräusserer auf die eigentliche Nutzung verzichtet und sich dafür ein periodisches Entgelt (Rente) ausbezahlen lässt. In casu standen die Erträge aus der Liegenschaft den Kindern zu, welche auch alle Unterhaltskosten (Steuern, Zinsen) bezahlen mussten.

<sup>25</sup> Vorne Ziff. III./4

<sup>26</sup> BGE 2 A.73 / 2004, E.4. (Hervorhebung durch den Autor). Als hypothetische Variante, welche aber in casu als nicht anwendbar erklärt wurde, führt das Gericht unter E. 5 aus, dass ein entgeltlicher und somit steuerprivilegiertes Sachverhalt vorliegen könne, wenn entgegen der allgemeinen Regel die Hypothekarzinsen etc. von den Eigentümern übernommen würden. Dies wären dann Leistungen von Angehörigen, welche Zahlungen den Leistungen der Steuerpflichtigen gleichgestellt sind. Somit ist als Umkehrschluss zu folgern, dass im Normalfall, d.h. bei Zinszahlungen durch den Nutzniesser, keine Leistung des Übernehmers erfolgt.

Gegensatz zur erbrechtlichen Rechtsprechung und Praxis – sowohl die vorbehaltenen Nutzniessung als auch die Übernahme der Hypothekarschuld keine Gegenleistungen der Übernehmer sind, sondern dass diese einfach eine im Wert reduzierte Liegenschaft erhalten.

#### IV. Geltung des Todestagprinzips

Mit dem Tod des Erblassers erlischt die Nutzniessung (Art. 749 Abs.1 ZGB). Sie hat somit keinen Wert mehr, und der bisherige «nackte» Eigentümer wird zum unbeschwerteten Eigentümer. Ebenso wird der Erbgang eröffnet und lebzeitige Zuwendungen des Erblassers werden «nach dem Stande der Erbschaft berücksichtigt, wie er beim Tode des Erblassers vorhanden ist»

(Art. 537 Abs. 2 ZGB). Dies bedeutet einerseits, dass die lebzeitig mit einem Nutzniessungsvorbehalt übertragene Liegenschaft nicht mehr mit einem beschränkt dinglichen Recht belastet ist, andererseits hat der beschenkte Erbe jetzt auch die Hypothekarzinsen zu bezahlen. Er ist nun so gestellt, wie wenn er die Liegenschaft aus dem Nachlass zum Wert am Todestag – Verkehrswert abzüglich der Grundpfandschuld – übernehme.

Die Anwendung des Todestagprinzips bringt die erwünschte Gleichstellung der Erben. Der Erbe, der ein Haus lebzeitig (gemischt) geschenkt erhalten hat, muss den Verkehrswert per Todestag entweder in natura in den Nachlass einwerfen oder ausgleichen. Dasselbe gilt für die hier interessierenden, mit Nutzniessungsvorbehalt lebzeitig übertragenen Liegenschaften.<sup>27</sup> Schlussendlich sind auch die sich im Nachlass befindlichen Immobilien, die einem oder mehreren Erben zugeteilt werden, zum Verkehrswert per Todestag anzurechnen. Damit sind Nachkommen, wie erwähnt, gleich behandelt. Sofern dies vom Erblasser nicht so gewollt ist, hat die Bevorzugung bzw. Benachteiligung mit den im Erbrecht zur Verfügung stehenden Instrumenten zu geschehen.

#### V. Fazit

Entgegen dem Bundesgericht und wie von einigen namhaften Autoren<sup>28</sup> befürwortet, stellen lebzeitig mit Nutzniessungsvorbehalt auf Nachkommen übertragene Liegenschaften keine gemischten Schenkungen dar. Wie aufgezeigt wurde, hat der Schenker nicht alle Rechte am Grundstück übertragen, sondern die Nutzniessung für sich beansprucht. Diese mindert den Wert der Schenkung bereits von Anfang an und kann daher nicht als Gegenleistung des Übernehmers qualifiziert werden. Es liegt somit eine reine Schenkung vor.

Auch die Übernahme der Hypothekarschuld ist keine Gegenleistung, wenn die wirtschaftliche Hauptlast – die Zahlung der Hypothekarzinsen – weiterhin beim Abtreter (Schenker) bleibt.

Der beschenkte Nachkomme hat sich die lebzeitig zu nacktem Eigentum erhaltene Liegenschaft im Erbgang so anrechnen zu lassen, wie wenn sie ihm erst bei der Erbteilung zugefallen wäre.

<sup>27</sup> Für das Todestagsprinzip im Sinne einer Berücksichtigung des Liegenschaftswertes ohne die Nutzniessung siehe auch *Christoph Nertz, Praxiskomm Erbrecht*, 2. A., Art. 475 ZGB N 22. Im Ergebnis wohl gleich *Michèle Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht*, insbesondere im Erbrecht, Zürich 2000, 97 f.

<sup>28</sup> *Eitel*, (Fn. 10) 34 ff., *Rumo-Jungo* (Fn. 10) 5 ff.