

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 120

**Die Dogmatik der Schenkung
unter Nießbrauchsvorbehalt und ihre
Auswirkungen auf die Ergänzung des
Pflichtteils und die Schenkungsteuer**

Von

Dr. Peter Reiff



Duncker & Humblot · Berlin

PETER REIFF

**Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchs-
vorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung
des Pflichtteils und die Schenkungsteuer**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 120

**Die Dogmatik der Schenkung
unter Nießbrauchsvorbehalt und ihre
Auswirkungen auf die Ergänzung des
Pflichtteils und die Schenkungsteuer**

**Von
Dr. Peter Reiff**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Reiff, Peter:

Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungsteuer / von Peter Reiff. – Duncker u. Humblot, 1989
(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 120)

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06743-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-06743-6

Vorwort

Diese Arbeit lag der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim im Wintersemester 1988/1989 als Dissertation vor. Sie wurde im Juni 1988 abgeschlossen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Juni 1989 berücksichtigt.

Meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Egon Lorenz, danke ich herzlich für die Anregung des Themas und den großen Freiraum bei seiner Behandlung. Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Karl Otto Scherner für wertvolle Hinweise zum historischen Hintergrund. Frau Sibylle Schwertner-Platz danke ich für die stets professionelle Betreuung des Manuskripts. Mein besonderer Dank gilt der Stadtparkasse Mannheim, die die Veröffentlichung dieser Arbeit durch die Verleihung eines Geldpreises großzügig unterstützte.

Mannheim, im Juli 1989

Peter Reiff

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
Teil 1	
Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt	
§ 1 Der dingliche Vollzug des Vorbehaltsgeschäftes	25
§ 2 Die Qualifikation der „Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt“	97
§ 3 Gesamtergebnis	127
Teil 2	
Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt und Ergänzung des Pflichtteils	
<i>1. Kapitel</i>	
Die Problematik	
§ 4 Fragestellung	128
§ 5 Lokalisierung	129
§ 6 Relevanz	165
<i>2. Kapitel</i>	
Der ergänzungspflichtige Wert einer weniger als 10 Jahre vor dem Erbfall vollzogenen Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt	
§ 7 Meinungsstand	172
§ 8 Rechtsvergleichung	187
§ 9 Kritik	206
§ 10 Lösungsvorschlag	230
<i>3. Kapitel</i>	
Der ergänzungspflichtige Wert einer mehr als 10 Jahre vor dem Erbfall vollzogenen Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt	
§ 11 Meinungsstand	262
§ 12 Rechtsvergleichung	269
§ 13 Kritik	273
§ 14 Lösungsvorschlag	287
Teil 3	
Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt und Schenkungsteuerrecht	
§ 15 Zivilrechtliche Konstruktion und § 25 ErbStG	289
Literaturverzeichnis	311

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
-------------------------	----

Teil 1

Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt

§ 1 Der dingliche Vollzug des Vorbehaltsgeschäftes	25
I. Mögliche Konstruktionen	25
1. Weg 1: Bestellung des Nießbrauchs durch Vertrag nach der Übertragung	26
a) Grundstücke	26
b) Bewegliche Sachen	27
c) Rechte	28
2. Weg 2: Bestellung des (Eigen-)Nießbrauchs durch den Veräußerer vor der Übertragung	33
a) Grundstücke	33
b) Bewegliche Sachen	34
c) Rechte	35
3. Weg 3: Übertragung des Gegenstandes „abzüglich“ des Nießbrauchs durch einheitliches Rechtsgeschäft	39
II. Rechtsgeschichte	39
1. Altrömisches Recht	39
2. Vorklassisches und klassisches römisches Recht	40
3. Mittelalter	41
4. Gemeines Recht	42
5. Preußisches ALR	44
6. Zusammenfassung	45
III. Zulässigkeit der drei Vollzugswege	45
1. Weg 3	45
a) Sachen	45
b) Rechte	50
c) Ergebnis	53

2. Weg 2	53
a) Grundstücke	53
aa) Meinungsstand	53
bb) Kritische Analyse	56
(1) Argumente gegen die Zulässigkeit	56
(a) Allgemein gegen Eigentümerrechte	56
(aa) Geltung der Rechtsregel „nemini res sua servit“ ..	56
(bb) Einigungserfordernis und Eigenrechte	61
(b) Speziell gegen den Eigentümernießbrauch	62
(aa) Definition des Nießbrauchs als Recht an fremder Sache	62
(bb) Unübertragbarkeit des Nießbrauchs	63
(2) Argumente für die Zulässigkeit	64
(3) Zwischenergebnis	65
(4) Besondere Voraussetzungen	65
(5) Ergebnis	68
b) Bewegliche Sachen	68
aa) Meinungsstand	68
bb) Kritische Analyse	69
(1) Publizität	70
(2) Rangwahrung	71
(3) Zwischenergebnis	72
(4) Besondere Voraussetzungen	72
(5) Ergebnis	73
c) Rechte	73
aa) Meinungsstand	73
bb) Kritische Analyse	74
(1) Generelle Einwände gegen Zulässigkeit des Inhaber- nießbrauchs	74
(2) Objektspezifische Besonderheiten	75
(a) Sparguthaben	75
(b) Hypothek	76
(c) Aktien	77
(d) GmbH-Anteil	77
(e) Anteil an einer Personengesellschaft	78
(f) Unternehmen	78
d) Ergebnis	79
3. Weg 1	79
IV. Eigennießbrauchsbestellung als typischer Vollzugsweg	79
1. Übereinstimmung mit Parteiwillen des „Vorbehaltens“	80
2. Interessengerechte Ergebnisse	81

Inhaltsverzeichnis	11
a) Schutzinteressen des Veräußerers	81
aa) Grundstücke	81
bb) Fahrnis und Rechte	85
b) Rationellere Lösung	86
c) Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und § 107 BGB	88
3. Ergebnis	95
V. Das atypische Vorbehaltsgeschäft	95
§ 2 Die Qualifikation der „Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt“	97
I. Isolierte Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt	98
1. Meinungsstand	98
2. Kritische Analyse	100
a) Die Qualifikation als gegenseitigen Vertrag	100
b) Die Qualifikation als gemischte Schenkung	102
c) Die Qualifikation als Schenkung unter Auflage	103
d) Ergebnis: Reine Schenkung	107
II. Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt als gestreckter Erwerb	108
1. Dreistufige Wertbewegung	111
2. Zeitablauf und Wertsteigerung	112
III. Nießbrauchsfreie Sache als Schenkungsgegenstand	114
1. Schenkung des Hüllenwertes im Vollzugszeitpunkt	115
2. Schenkung der zweiten Stufe der Wertbewegung	115
3. Schenkung des Wertzuwachses durch den Wegfall des Nießbrauchs ..	116
a) Wert aus dem Vermögen des Schenkers	116
b) Einwände aus § 1061 BGB	119
4. Ergebnis	121
IV. Übertragungsvertrag mit Nießbrauchsvorbehalt	122
1. Praktische Fallgestaltungen	122
2. Besonderheiten	123
3. Qualifikation	125
a) Schenkung unter Auflage	125
b) Gemischte Schenkung	125
c) Entgeltlicher (Kauf-)Vertrag	126
d) Zusammenfassung	126
§ 3 Gesamtergebnis	127

Teil 2

Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt und Ergänzung des Pflichtteils*1. Kapitel***Die Problematik**

§ 4 Fragestellung	128
§ 5 Lokalisierung	129
I. Das Pflichtteilsrecht des BGB	129
1. Funktion	129
2. Geldpflichtteil statt materielles Noterbrecht	131
3. Verfassungsrechtliche Verankerung, Reformdiskussion und aktueller rechtspolitischer Stellenwert	132
4. Schutz vor Beeinträchtigungen	138
II. Die Pflichtteilsergänzung wegen Schenkungen	139
1. Systemwidrigkeit	139
2. Rechtspolitische Notwendigkeit	141
3. Regelungsgrundsätze	142
4. Die Grundnorm des § 2325 BGB	144
a) § 2325 Abs. 1 BGB	144
b) Bewertungsregeln (§ 2325 Abs. 2 BGB)	150
c) Zeitliche Schranke (§ 2325 Abs. 3 BGB)	157
5. Faktische Besonderheiten der Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt	163
§ 6 Relevanz	165

*2. Kapitel***Der ergänzungspflichtige Wert einer weniger als 10 Jahre
vor dem Erbfall vollzogenen Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt**

§ 7 Meinungsstand	172
I. Schrifttum	174
1. Wert des belasteten Gegenstandes bei der Schenkung <i>oder</i> Wert des unbe- lasteten Gegenstandes beim Erbfall	174
2. Wert des Gegenstandes bei der Schenkung abzüglich des Nießbrauchs <i>oder</i> Wert des Gegenstandes beim Erbfall abzüglich des Nießbrauchs	177

a) Der Abzug des Nießbrauchs nach §2311 BGB	179
b) Der Abzug des Nießbrauchs als Gegenleistung	179
c) Der Abzug des Nießbrauchs als Wertminderung der Leistung	180
3. Wert des nießbrauchsfreien Gegenstandes beim Erbfall	180
4. Keine Pflichtteilergänzung, sondern „großer Pflichtteil“	182
II. Rechtsprechung	184
1. Bundesgerichtshof: Abzug des Nießbrauchs neben § 2325 Abs. 2 BGB	184
2. LG Landau: Kein Abzug des Nießbrauchs neben § 2325 Abs. 2 BGB	186
III. Zusammenfassung	186
§ 8 Rechtsvergleichung	187
I. Frankreich	190
II. Schweiz	197
III. Österreich	202
§ 9 Kritik	206
I. Hüllenwert bei der Schenkung <i>oder</i> Sachwert beim Erbfall	206
1. Verstoß gegen § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB	208
a) Normalfälle	210
b) Auszehrefälle	211
2. Verstoß gegen Gegenleistungsprämisse	213
3. Lösungsvariante, die den Nießbrauch ex-post berechnet	214
II. Niedererer Sachwert abzüglich Nießbrauch	216
1. Unrichtiger Ausgangspunkt	217
2. Unstimmige Ergebnisse in Auszehrefällen	218
3. §2311 BGB nicht einschlägig	219
4. Nießbrauch keine Gegenleistung	220
5. Nießbrauch beim Erbfall keine Wertminderung	221
III. Sachwert beim Erbfall	222
1. Vom Erbfall abweichende Schenkungszeit	223
2. Verstoß gegen §2325 Abs. 2 Satz 2 BGB	224
3. Verstoß gegen Grundsatz der Kräftigung in der Zeit	225
4. Verstoß gegen §2325 Abs. 3 BGB	226
IV. §2301 Abs. 1 BGB	217
V. Sachwert bei der Schenkung <i>oder</i> beim Erbfall	228
§ 10 Lösungsvorschlag	230
I. Kein Abzug des Nießbrauchs	230

1. Rechtsnatur der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt	231
a) Gleiche Auswirkungen wie Schenkungen ohne Vorbehalt	231
b) Vergleich mit auf den Tod aufgeschobenen Schenkungen	232
c) Vergleich mit gemischten Schenkungen und Auflagenschenkungen	234
d) Vergleich mit Schenkungen mit Nießbrauch zugunsten Dritter ...	236
2. Systematik und Grundgedanken der Pflichtteilergänzung	237
a) Grundgedanken	237
b) Systematik	238
3. Stimmige Ergebnisse in Auszehrfällen	239
4. Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt in anderen Teilgebieten der Rechtsordnung	240
a) Schenkungsteuerrecht	240
b) § 2287 BGB	241
c) Höfeordnung	244
5. Rechtsgeschichte	247
6. Rechtsvergleichung	249
7. Zusammenfassung	250
II. Niederstwertprinzip	251
III. Ergebnis	252
IV. Die gemischte Schenkung mit Nießbrauchsvorbehalt	252
1. Begriff	253
2. Ergänzungspflichtiger Wert	253
a) Schenkungsgegenstand	253
b) Problematik beim gestreckten Erwerb	255
c) Ergebnis	257
V. Die Auflagenschenkung mit Nießbrauchsvorbehalt	258
1. Begriff	258
2. Lösung	259
a) Schenkung mit Auflage zugunsten eines Dritten	259
b) Schenkung mit Auflage zugunsten des Schenkers	260

3. Kapitel

Der ergänzungspflichtige Wert einer mehr als 10 Jahre vor dem Erbfall vollzogenen Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt

§ 11 Meinungsstand	262
I. Keine Ergänzungspflicht	263
II. Ergänzungspflichtiger Sachwert beim Erbfall	265
III. Ergänzungspflichtiger Zuwachs an Nutzungsbefugnis	267

§ 12 Rechtsvergleichung	269
I. Schweiz	269
II. Österreich	271
§ 13 Kritik	273
I. Keine Ergänzungspflicht	274
1. Leistungserfolg wird erst beim Erbfall vollendet	274
2. Sinn und Zweck des §2325 Abs. 3 BGB	276
II. Volle Ergänzungspflicht	278
1. Begründungen nicht überzeugend	279
2. Leistungserfolg teilweise schon bei Übertragung erreicht	280
3. Sinn und Zweck des §2325 Abs. 3 BGB	280
4. Verstoß gegen §2325 Abs. 2 Satz 2 BGB	281
III. Dieckmanns Mittellösung	282
1. Keine Zuwendung in zwei Teilakten	282
2. Kein Zuwachs eines Restwertes	283
3. Kein Zuwachs des Nießbrauchswertes	284
4. Geschätzter Schenkungswert kein geeignetes Kriterium	286
§ 14 Lösungsvorschlag	287
I. Anforderungsprofil	287
II. Grundsätzliche Ergänzungspflicht des niederen Sachwertes	288
III. Ergänzungsfester Hüllenwert 10 Jahre vor dem Erbfall	288
IV. Ergebnis: Ergänzungspflicht der Differenz	290
V. Die gemischte Schenkung mit Nießbrauchsvorbehalt	295
VI. Die Auflagenschenkung mit Nießbrauchsvorbehalt	296
1. Auflage zugunsten Dritter	296
2. Auflage zugunsten des Schenkers	297

Teil 3

Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt und Schenkungsteuerrecht

§ 15 Zivilrechtliche Konstruktion und § 25 ErbStG	298
I. Norminhalt	299
II. Maßgeblichkeit des Zivilrechts	303
III. Bereicherungsprinzip	306
IV. Beschränkung auf Erwerbe von Todes wegen	308
Literaturverzeichnis	311

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht; am Anfang
a.a.O.	= am angegebenen Ort
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	= Absatz
Abt./Abtlg.	= Abteilung
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
AgrarR	= Agrarrecht
AK	= Alternativkommentar zum BGB
AktG	= Aktiengesetz
allg. M.	= allgemeine Meinung
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	= Alternative
Anh.	= Anhang
Anm.	= Anmerkung
AO	= Abgabenordnung
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
Aug.	= August
AZ	= Aktenzeichen
BAföG	= Bundesausbildungsförderungsgesetz
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayZ	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	= Betriebs-Berater
BBauBl	= Bundesbaublatt
Bd.	= Band
Bearb./bearb.	= Bearbeiter/bearbeitet
BewG	= Bewertungsgesetz
BFH	= Bundesfinanzhof
BG	= Bundesgericht (Schweiz)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGE	= Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	= Bundesgerichtshof

BStBl	= Bundessteuerblatt
BT	= Besonderer Teil
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BWNotZ.	= Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	= beziehungsweise
ca.	= circa
Cc	= Code civil
civ.	= civile
DB	= Der Betrieb
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
ders.	= derselbe
Dez.	= Dezember
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DM	= Deutsche Mark
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DStR	= Deutsches Steuerrecht
E	= Entscheidungen (amtliche Sammlung des BVerfG und BFH)
E I	= Entwurf der Ersten Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches
E _N	= (Netto-)Ertrag eines Nießbrauchs (in einem Jahr)
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
ErbbauVO	= Verordnung über das Erbaurecht
ErbStG	= Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
EStG	= Einkommensteuergesetz
f., ff.	= folgend(e)
FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Feb.	= Februar
Fn.	= Fußnote
FR	= Finanz-Rundschau
Fr	= Francs, Franken
FS	= Festschrift
GBA	= Grundbuchamt
GBO	= Grundbuchordnung
GG	= Grundgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHRdsch/GmbHR	= GmbH-Rundschau
GS	= Gedächtnisschrift
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
Halbbd.	= Halbband

HGB	= Handelsgesetzbuch
h.M.	= herrschende Meinung
HöfeO	= Höfeordnung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	= herausgegeben
i.d.F.	= in der Fassung
i.d.R.	= in der Regel
i.S./d.	= im Sinne/ des
i.V.m.	= in Verbindung mit
Jan.	= Januar
JBl.	= Juristische Blätter (Österreich)
JFG	= Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JhJ.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
Justiz	= Die Justiz
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristen-Zeitung
K	= Kronen
KG	= Kammergericht
KG	= Kommanditgesellschaft
KO	= Konkursordnung
KöSDI	= Kölner Steuer Dialog
KostO	= Kostenordnung
LG/LGe	= Landgericht/Landgerichte
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LS	= Leitsatz
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	= Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MünchKomm	= Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NEhelG	= Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	= NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nov.	= November
Nr.	= Nummer
OGH	= Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHBrZ	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
Okt	= Oktober
OLG	= Oberlandesgericht

OLGE	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGZ	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Preuß.	= Preußisch/e/er
Privr.	= Privatrecht
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rdnr.	= Randnummer
RdL	= Recht der Landwirtschaft
Rech.Ber.	= Rechenschafts-Bericht des Obergerichtes an den Kantonsrath des Kantons Zürich
Recht	= Das Recht
RG	= Reichsgericht
RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar
RheinA	= Rheinisches Archiv für das Zivil- und Strafrecht
RhNK	= Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
RM	= Reichsmark
rom. Abtlg.	= romanistische Abteilung
Rpfleger	= Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr.	= Rechtsprechung
Rz	= Randziffer
S.	= Seite
Sept.	= September
SeuffA.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
sog.	= sogenannte/er/es
StGB	= Strafgesetzbuch
SZ	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen (Österreich)
u.a.	= und andere; unter anderem
USA	= United States of America
usw.	= und so weiter
u.U.	= unter Umständen
Verf.	= Verfasser
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung
VVG	= Gesetz über den Versicherungsvertrag
WarnR	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Warneyer
W _H	= Hüllenwert (=Verkehrswert eines Gegenstandes abzüglich des kapitalisierten Nießbrauchs)
W _N	= Wert eines kapitalisierten Nießbrauchs
W _S	= (Verkehrs-)Wert einer Sache oder eines sonstigen Gegenstandes

Z	= Entscheidungen in Zivilsachen (BGH; RG; BayObLG)
z.B.	= zum Beispiel
ZGB	= Zivilgesetzbuch
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	= Zeitschrift
zug.	= zugunsten
zust.	= zustimmend

Einleitung

Dieckmann hat an exponierter Stelle ausgeführt, „Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt“ bereiteten im Rahmen der Ergänzung des Pflichtteils nach § 2325 BGB „erhebliche Schwierigkeiten“¹. Die nach seiner Ansicht „heiklen Fragen“² waren noch nicht Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung. Soweit man in der Literatur Stellung nahm, herrschten knappe Äußerungen vor, die selten begründet wurden und eher Bekenntnischarakter hatten. Eine Diskussion der verschiedenen Vorschläge und Positionen, ein Abwägen der unterschiedlichen Konzepte fand nicht statt. Oft wurden abweichende Ansichten nicht einmal nachgewiesen. Dies gilt nahezu ohne Einschränkung auch für die wenigen einschlägigen Gerichtsentscheidungen.

Diese bis heute herrschende Ruhe hatte *Speckmann* schon 1970 als „überraschend“ bezeichnet, weil für die Beteiligten von der Lösung der Probleme sehr viel abhängt³. Sie zu brechen und die offenen Fragen zu beantworten, war ursprünglich die ausschließliche Zielsetzung der vorliegenden Arbeit. Bei der Sichtung des Materials ergab sich, daß viele Vorschläge, Ansätze oder Äußerungen widersprüchlich, mehrdeutig oder unklar waren. Sie mußten zu Ende gedacht oder ausgelegt werden, um sie anschließend ordnen, zueinander in Beziehung setzen und untereinander abwägen zu können. Hierbei geriet auch § 25 ErbStG ins Blickfeld, weil seine Regelung als Beleg angeführt wurde, daß es für die Probleme bei der Ergänzung des Pflichtteils „keine Ideallösung“ geben könne⁴.

Vor allem stellte sich heraus, daß für eine Aufarbeitung der Detailprobleme die gesicherten Grundlagen fehlten. Als ungeklärt erwies sich zunächst der Inhalt des Begriffs „Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt“. Das BGB kennt ihn anders als das Schweizer ZGB oder der Code civil nicht⁵. Vorbehaltsschenkungen sind jedoch schon für das römische Recht nachweisbar und noch heute weit verbreitet. Sie haben große praktische Bedeutung, wie sich an zahlreichen publizierten Gerichtsentscheidungen und ungezählten Stellungnahmen der Literatur ablesen läßt, die zu einzelnen Fragen, insbesondere des Einkommensteuer- und Erbschaftsteuerrechts, aber auch etwa des Gesellschafts-, des Minderjährigen- und des Pflichtteilsergänzungsrechts abgegeben wurden. Trotz dieser Veröffentlichungsflut steht nicht fest, welche Verträge unter den Typus Schenkung unter

¹ *Soergel* (11)-*Dieckmann*, § 2325 Rdnr. 19.

² *Dieckmann*, FamRZ 1984, 882.

³ *Speckmann*, NJW 1970, 1638.

⁴ *Soergel* (11)-*Dieckmann*, § 2325 Rdnr. 19.

⁵ Vgl. Art. 761 Abs. 1 ZGB der Schweiz; Art. 949, 950 und 601 Code civil.

Nießbrauchsvorbehalt fallen. Sicher ist nur: Ein Vertrag, der ausschließlich bewirkt, daß nach seinem Vollzug ein Gegenstand des Veräußerers dem Erwerber gehört, der Veräußerer aber daran einen lebenslangen Nießbrauch innehat, ist Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt. Wenn der Vertrag jedoch außerdem Verpflichtungen des Erwerbers enthält, Leistungen an Dritte oder den Veräußerer zu erbringen, ist dies sehr fraglich.

Als ungeklärt erwies sich auch die juristische Qualifikation der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt. Hier ist nahezu alles umstritten. Für ihre sachenrechtliche Konstruktion werden verschiedene Wege erörtert, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Die schuldrechtliche Qualifikation wird völlig kontrovers diskutiert. Neben der überwiegend vertretenen Auflagenschenkungen werden gemischte Schenkung, uneingeschränkte reine Schenkung, aber auch gegenseitiger Vertrag genannt. Als Schenkungsgegenstand wird von manchen die nießbrauchsfreie, unbelastete Sache angesehen; man geht aber auch davon aus, geschenkt sei nur der „Hüllenwert“, also die belastete Sache. Selbst der Schenkungszeitpunkt steht nicht fest. Manche nehmen den Zeitpunkt der Übertragung des belasteten Gegenstandes an, andere den Tod des Vorbehaltsnießbrauchers; man hat aber auch das Zuwendungsgeschehen in zwei Teilakte zerlegt und auf diese beiden Zeitpunkte verteilt.

Hieraus ergab sich: Diese Grundlagenarbeit mußte geleistet werden, bevor die Lösung der Einzelprobleme in Angriff genommen werden konnte. Dies machte eine neue Konzeption dieser Arbeit erforderlich. Sie besteht aus drei Teilen. Der erste Teil entwickelt dogmatische Grundlinien der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt. Der zweite Teil beantwortet die Fragen, die dieser Schenkungstyp bei der Ergänzung des Pflichtteils aufwirft. Der abschließende dritte Teil nimmt zur Regelung des § 25 ErbStG Stellung, soweit sie Vorbehaltsschenkungen betrifft.

Teil 1

Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt

Der erste Teil der vorliegenden Arbeit untersucht die Dogmatik der „Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt“. Er muß wegen der Reichweite des Gegenstandes auf zwei besonders bedeutsame Schwerpunkte beschränkt werden. In § 1 wird die ungeklärte Frage beantwortet, wie der Vollzug einer Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt sachenrechtlich zu konstruieren ist. Diese Untersuchung gilt einem allgemeinen Problem des Vorbehaltsgeschäfts, kann also nicht auf die schenkweise Vorbehaltsübertragung beschränkt werden.

Gegenstand von § 2 ist die Frage, welche Verträge zu den „Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt“ gehören und welche als „gemischte Schenkungen mit Nießbrauchsvorbehalt“, „Auflagenschenkungen mit Nießbrauchsvorbehalt“ oder als „entgeltliche Verträge mit Nießbrauchsvorbehalt“ hiervon zu unterscheiden sind. Untersucht wird weiter, wie der schuldrechtliche Vertrag „Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt“ zu qualifizieren ist, wie die Wertbewegung vom Schenker zum Beschenkten verläuft und was Schenkungsgegenstand der Vorbehaltsschenkung ist.

§ 1 Der dingliche Vollzug des Vorbehaltsgeschäftes

Ausgangspunkt der Untersuchung des dinglichen Vollzugs einer Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt ist ihr gesichertes und unstreitiges Ergebnis: Nach dem Vollzug ist der Veräußerer Nießbraucher der übertragenen Sache, der Erwerber Eigentümer der mit dem Nießbrauch des Veräußerers belasteten Sache. Vor dem Vollzug war der Veräußerer Eigentümer der unbelasteten Sache, der Erwerber stand zu ihr in keinerlei Beziehung. Der Vollzug einer Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt enthält also zwei sachenrechtliche Vorgänge, die Eigentumsübertragung und die Nießbrauchsbestellung. Sie sind logisch und begrifflich streng voneinander zu trennen.

I. Mögliche Konstruktionen

Die dogmatische Konstruktion des Vollzugs der Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt ist umstritten. Drei verschiedene Wege werden diskutiert. Weg