

**Ausbildung der Rechtsreferendare****Vorweggenommene Erbfolge**

Überlassung, Rechte in Abteilung II und III des Grundbuchs,  
Pflichtteilsrecht, Gütergemeinschaft

**A.****Sachverhalt**

Am 29.11.2011 erscheinen an der Notarstelle Berchtesgaden die Eheleute Waldemar (geb. am 1.4.1939, wohnhaft in 83471 Schönau am Königssee, Am See 13) und Walburga Watzmann. Beide betreiben in Schönau am Königssee die Gaststätte „Seeblick“ und haben mit notarieller Urkunde Gütergemeinschaft vereinbart. Vorbehaltsgut oder vom Gesetz abweichende Verwaltungsregelungen gibt es nicht. Die Eheleute Watzmann sind ferner Eigentümer des in der Gemarkung Königssee gelegenen und nachstehend beschriebenen Grundbesitzes, vorgetragen im Grundbuch des Amtsgerichts Laufen von Königssee Blatt 4711:

Fl.Nr. 1	Am See, Gebäude- und Freifläche zu	2.200 m <sup>2</sup>
Fl.Nr. 2	Am Grünstein, Gebäude- und Freifläche zu	2.800 m <sup>2</sup>
Fl.Nr. 3	Acker, Grünland zu	28.000 m <sup>2</sup>
Fl.Nr. 4	Bauplatz, Seestraße zu	1.000 m <sup>2</sup>
Fl.Nr. 5	Bauplatz, Grünsteinstraße zu	800 m <sup>2</sup>
Fl.Nr. 6	An der Rodelbahn, Gebäude- und Freifläche zu	2.000 m <sup>2</sup>

Auf Fl.Nr. 1 befindet sich die Gaststätte. Fl.Nr. 2 ist mit einem Wohnhaus und einem ebenfalls zu Wohnzwecken dienenden Nebengebäude bebaut. Fl.Nrn. 3, 4 und 5 sind unbebaut, Fl.Nr. 4 und 5 sind jedoch "Bauland". Auf Fl.Nr. 6 befindet sich ein Sechsfamilienhaus, das vollständig und dauerhaft fremdvermietet ist.

In Abteilung II des Grundbuchs sind jeweils keine, in Abteilung III folgende Belastungen eingetragen:

- an Fl.Nr. 1: Briefgrundschuld zu 200.000,-- EUR für die Postbank,
- an Fl.Nr. 2: Buchgrundschuld zu 50.000,-- EUR für die Sparkasse Berchtesgadener Land,
- an Fl.Nr. 6: Buchgrundschuld zu 350.000,- EUR für die Deutsche Bank AG, München.

Durch Grundschulden gesicherte Verbindlichkeiten bestehen derzeit nur noch bei der Postbank in Höhe von ca. 100.000,-- EUR, die wirtschaftlich mit der Gaststätte zusammenhängen und bei der Deutschen Bank AG in Höhe von ca. 230.000,-- EUR, die wirtschaftlich mit dem Wohnhaus auf Fl.Nr. 6 in Verbindung stehen. Die Grundschuld zu 50.000,-- EUR, die an Fl.Nr. 2 eingetragen ist, ist derzeit nicht valuiert.

Die Eheleute Watzmann haben gemeinsam vier Kinder, nämlich die verheirateten Töchter Henriette Hochkalter und Gabriele Göll sowie die beiden Söhne Ulrich Watzmann-Kar (verheiratet mit Kuni-gunde Kar) und Ruprecht Watzmann. Ruprecht ist erst 15 Jahre alt und unverheiratet. Weitere Kinder hat keiner der Eheleute Watzmann; sie haben auch nicht adoptiert.

Aufgeschreckt durch unheilvolle Zeitungsberichte über eine Änderung der Erbschaftsteuer beabsichtigen die Eheleute Watzmann, ihre Vermögensnachfolge zu regeln. Sie suchen daher die Notarstelle Berchtesgaden auf. In einer Besprechung mit Notar Dr. Gunnar Götschen, an der auch die Rechtsreferendarin Heidi Hübsch teilnimmt, äußern sie ihre Vorstellungen:

**Waldemar Watzmann:**

"Unser Sohn Ulrich ist Koch. Er soll die Gaststätte bekommen mit allem drum und dran und so weitermachen wie bisher. Er soll auch das Grundstück mit dem Wohnhaus und das mit dem Grünland erhalten. Es muss jedoch verhindert werden, dass er die Grundstücke verkauft, solange wir leben. Er soll sie auch nur an seine Kinder und Enkel, aber nicht an seine Ehefrau oder sonstige Personen vererben können. Außerdem muss sichergestellt sein, dass sie nicht von einem Gläubiger geschnappt werden, wenn es mit der Gaststätte nicht mehr so gut laufen sollte wie heute. Am besten tragen Sie gleich ein Verkaufsverbot im Grundbuch ein. Ein Bekannter von mir aus Hessen hat das auch machen lassen.

Meine Frau und ich möchten bis zu unserem Tod im Erdgeschoß und im ersten Stock des Wohnhauses auf Fl.Nr. 2 kostenlos wohnen bleiben; auch Strom, Wasser usw. wollen wir nicht bezahlen. Vermieten wollen wir die Räume aber nicht. Sie sollen nur für uns sein. Es soll sich auch nichts ändern, wenn einer von uns stirbt. Wenn wir mal gesundheitlich nicht mehr so gut drauf sind wie heute, soll unser Sohn Ulrich uns pflegen, Essen kochen und uns auch mal zum Arzt fahren, wenn es bei ihm zeitlich geht. Ulrich ist aber Koch und kein Pflegeprofi. Logisch, dass er auch die Beerdigungskosten und die Grabpflege zahlen muss, wenn wir sterben. Für die Übergabe des Betriebs wollen wir ein monatliches Taschengeld von 2.000,-- EUR von unserem Sohn. Das gibt der Betrieb locker her. Die monatlichen Bruttogewinne liegen derzeit bei ca. 12.000,-- EUR. Wenn sich dies wesentlich ändert, soll sich auch unser Taschengeld ändern."

**Ulrich Watzmann-Kar:**

"Ich bin einverstanden mit dem, was mein Vater vorschlägt. Ich muss jedoch das Nebengebäude auf Fl.Nr. 2 renovieren, um dort mit meiner Familie einziehen zu können. Hierzu brauche ich einen Kredit in Höhe von 250.000,-- EUR. Um Kosten zu sparen, nehmen wir die eingetragene Grundschuld zu 50.000,-- EUR her. Die Sparkasse, bei der ich den Kredit aufnehmen möchte, verlangt aber noch eine weitere Grundschuld über 200.000,-- EUR. Sie will diese gleich nach der Grundschuld über 50.000,-- EUR eingetragen haben. Rechte meiner Eltern sollen nicht vorgehen."

**Walburga Watzmann:**

"Mit dem, was die Sparkasse will, bin ich nicht einverstanden. Eine Freundin von mir meint, die Sparkasse könne uns aus dem Haus schmeißen, wenn Ulrich den Kredit nicht ordnungsgemäß zurückzahlt. Kann man da nichts machen? Schließlich sind wir doch großzügig und schenken dem Ulrich alles. Es soll mit der Übergabe aber auch ein Schlußstrich gezogen werden. Ulrich soll später nicht mehr kommen können, um noch Geld für die Mitarbeit im Betrieb in der Vergangenheit zu fordern."

**Ruprecht Watzmann:**

"Ich soll einen Bauplatz, nämlich Fl.Nr. 4, bekommen. Außerdem erhalte ich das gesamte Dachgeschoß im Wohnhaus auf Fl.Nr. 2 als Wohnung bis ich 25 Jahre alt bin. Mir ist es egal, ob die Bank vor

mir ist. Kosten will ich aber keine tragen. Außerdem soll ich ebenfalls bis zum 25. Lebensjahr ein monatliches Taschengeld von Ulrich erhalten, und zwar in Höhe von 100,-- EUR. Daß das Geld immer weniger wert ist, soll dabei nicht mein Problem sein. Das muss berücksichtigt werden."

**Henriette Hochkalter:**

"Ich wohne mit meinem Mann in München und habe mit dem Königssee nichts mehr am Hut. Ich soll ausgezahlt werden von Ulrich. Wir haben 50.000,-- EUR vereinbart; allerdings soll Ulrich diese erst am 1.5.2012 zahlen müssen. Bis dahin möchte ich aber abgesichert sein, wenn mit dem Ulrich was passiert oder dagegen, dass er es sich anders überlegt."

**Gabriele Göll:**

"Ich soll den zweiten Bauplatz bekommen, also Fl.Nr. 5. Leider ist der von der Straße bisher nicht direkt erreichbar, sondern nur über Fl.Nr. 4. Man müsste also ein Recht schreiben, dass die Zufahrt und das Verlegen von Versorgungsleitungen auf ewig gesichert sind, auch wenn ich das Ding mal verkaufen sollte."

**Waldemar Watzmann:**

"Das Sechsfamilienhaus sollen im Prinzip alle unsere Kinder gemeinsam erhalten. Allerdings soll sich nichts ändern, bis meine Frau und ich tot sind. Bis dahin möchten wir die Mieteinnahmen erhalten und auch die Kosten tragen. Wir zahlen auch den Kredit weiterhin zurück."

**Walburga Watzmann:**

"Wenn die ganze Sache gelaufen ist, soll keiner mehr sagen, er hätte zu wenig erhalten. Am besten Sie nehmen gleich noch einen Erbverzicht mit auf. Ich gehe davon aus, dass ich nicht zur Beurkundung erscheinen muss, weil ich bei Ihnen vor zwei Wochen meinem Mann eine Generalvollmacht erteilt habe, die sie uns vorgelesen haben. Er regelt ohnehin immer alles für uns."

Notar Dr. Gunnar Götschen bittet die ihm zugewiesene Rechtsreferendarin Heide Hübsch einige Fragen zunächst gutachtlich zu beantworten und sodann einen Urkundsentwurf für die Überlassung des Wohnhauses zu fertigen, das auf Fl.Nr. 6 steht. Steuerliche und sozialrechtliche Fragestellungen sollen unberücksichtigt bleiben.

**B.  
Fragen**

**1.**

- a) Welche Vereinbarungen sind beurkundungspflichtig?
- b) Skizzieren Sie kurz Wesen und Bedeutung der notariellen Urkunde!
- c) Welche Besonderheiten sind bei den "Schenkungen" an Ruprecht zu beachten?

**2.**

Welche Rechtsgründe kommen bei „Überlassungen“ typischerweise in Betracht?

**3.**

- a) Wie gestaltet sich die gesetzliche Erbfolge nach den Eheleuten Watzmann und wie hoch ist der Pflichtteil eines jeden Kindes?

- b) Wie kann erreicht werden, dass beim Tod der Eltern keines der Kinder mehr Ansprüche stellen kann?
- c) Könnte sich Walburga Watzmann auf Grund der Generalvollmacht durch ihren Ehemann vertreten werden?

4.

- a) Wie kann sichergestellt werden, dass die Eltern auf Lebenszeit im Haupthaus im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoß wohnen können?
- b) Wie kann dauerhaft sichergestellt werden, dass Ulrich die "Wart und Pflege" der Eltern, die Bezahlung der Nebenkosten und die Grabpflege leistet?
- c) Wie lassen sich die in a) und b) genannten Rechte am einfachsten ins Grundbuch eintragen?
- d) Wie sollte die monatliche Zahlung von 2.000,-- EUR an die Eltern gestaltet und abgesichert werden?

5.

- a) Welche Rechte stehen den Eltern zu, wenn Ulrich seine Pflichten nicht mehr erfüllt oder das Grundstück verkaufen will?
- b) Welche Nachteile haben die Eltern, wenn die Sparkasse "vor ihnen" im Grundbuch ist und welche Gestaltung vermeidet dies?
- c) Was geschieht, wenn die Sparkasse aus der Grundschuld vorgehen will und Rang vor den Rechten der Eltern hat?

6.

- a) Wie läßt sich das Nutzungsrecht von Ruprecht im Haupthaus absichern?
- b) Wie sollte seine Taschengeldzahlung abgesichert werden, insb. im Hinblick auf die Geldentwertung?
- c) Wie läßt sich sicherstellen, dass Henriette die aufgeschobene Zahlung erhält?

7.

- a) Was sollte im Grundbuch eingetragen werden, damit das Wegerecht und die Leitungsrechte auf Dauer gesichert sind?
- b) Wie läßt sich sicherstellen, dass Ulrich den Grundbesitz nicht ohne entsprechende Zustimmung der Eltern veräußern oder an „falsche“ Personen vererben kann? Wie läßt sich Vorsorge im Insolvenzfall treffen?

8.

Was empfehlen Sie für die Überlassung des Sechsfamilienhauses?

9.

- a) Welche Vereinbarungen sind erforderlich, damit die Eltern aus der Haftung für die Verbindlichkeiten bei der Postbank Bank plc entlassen werden und ihr Sohn an ihre Stelle tritt?
- b) Was ist bezüglich der Grundschuld zu 50.000,-- EUR zu bedenken?

Umfangreiche Lösungshinweise, ein vollständiger Urkundsentwurf zur Überlassung des Sechsfamilienhauses sowie die Power-Point-Präsentation stehen unter <http://www.markus-sikora.de> [Voträge] zum Download bereit.

Für etwaige Rückfragen bin ich unter [mail@markus-sikora.de](mailto:mail@markus-sikora.de) zu erreichen.

Siehe ferner *Sikora/Mayer*, Kautelarjuristische Klausuren, JA-Reihe und *Sikora*, JA 2006, 524.

## C.

## Lösungshinweise

## Vorab

1. Eine von Notar Prof. Dr. Manfred Bengel auf dem Deutschen Juristentag 2002 vorgestellte **Untersuchung** (*Bengel MittBayNot 2003, 275*) hat u. a. folgende Motive für die Übertragung von Vermögenspositionen ergeben: Erbschaftsteuerliche Überlegungen (54,78%), Verteilungsfunktion zur Vermeidung von Streit unter den Kindern (48,96%), Versorgung des Übergebers im Alter durch den Erwerber (20,5%), Existenzsicherung des Erwerbers (21,9%).
2. Eine Überlassung kann Schenkungsteuer auslösen. Diese unterliegt grds. denselben Regeln wie die Erbschaftsteuer, vgl. § 1 ErbStG. Durch eine lebzeitige Überlassung können jedoch oftmals die **Freibeträge** (§ 16 ErbStG) mehrfach ausgenutzt werden, sofern jeweils zehn Jahre zwischen den einzelnen Übertragungsvorgängen liegen, § 14 I 1 ErbStG.
3. Zudem können Gestaltungen gewählt werden, die zu einer optimalen Nutzung der Freibeträge führen. Klassisches Beispiel hierfür ist etwa die sog. **Kettenschenkung**: Der Vater ist Alleineigentümer eines (fremdgenutzten) Hausgrundstücks, das einen Steuerwert von 750.000,-- EUR hat. Er will es seinem Sohn schenken. Bei einer unmittelbaren Schenkung an den Sohn hat dieser einen Freibetrag in Höhe von 400.000,-- EUR, § 16 I Nr. 2 ErbStG. Im Übrigen ist der Erwerb steuerpflichtig. Bei Steuerklasse I (§ 15 I Nr. 2 ErbStG) ist somit auf die verbleibenden 350.000,-- EUR eine Steuer in Höhe von 15 vom Hundert zu zahlen (§ 19 I ErbStG), so dass sich eine Steuerbelastung in Höhe von 52.500,-- EUR ergibt.

Überträgt der Vater hingegen zunächst einen halben Miteigentumsanteil auf seine Ehefrau (Steuerwert 375.000,-- EUR; die Übertragung ist wegen des Freibetrags der Ehefrau in Höhe von 500.000,-- EUR steuerfrei, § 16 I

Nr. 1 ErbStG) und übertragen die Eheleute anschließend jeweils ihren halben Miteigentumsanteil auf den Sohn, „verdoppelt“ sich der Freibetrag des Sohns auf insgesamt 800.000,-- EUR, weil ihm jeweils ein Freibetrag in Höhe von 400.000,-- EUR für den Erwerb von jedem Elternteil zusteht. Der Erwerb ist also im Ergebnis steuerfrei. Es fallen allerdings zweimal Kosten bei Notar und Grundbuchamt an.

Die Grenze derartiger Gestaltungsmöglichkeiten markiert § 42 AO. Es ist daher zivilrechtlich auf folgendes zu achten:

- Keine Vertragspflicht der Ehefrau zur Weitergabe an den Sohn;
- Zeitliche Abstimmung der beiden Übertragungsvorgänge (Eigentumsumschreibung, Jahreswechsel);
- Darstellen unterschiedlicher Rechtsgründe (z.B. ehebedingte Zuwendung im Verhältnis der Eltern und Ausstattung gegenüber dem Sohn); siehe hierzu auch Abschnitt 2. unten.

### Zu 1.

#### a)

#### **Umfang der Beurkundungspflicht**

Ob ein Rechtsgeschäft beurkundungspflichtig ist, richtet sich nach den einschlägigen **materiell-rechtlichen Vorschriften**. Das BeurkG regelt lediglich das Verfahren. Die BNotO bestimmt ergänzend Amtspflichten des Notars und regelt zudem (abstrakt) die Zuständigkeit der Notare zur Vornahme von Beurkundungen aller Art (§ 20 I 1 BNotO).

Vorliegend ergibt sich die Beurkundungspflicht aus § 311b I BGB, weil sich die Eheleute Watzmann verpflichten, das Eigentum an Grundstücken zu übertragen. Dabei erstreckt sich das Beurkundungserfordernis nicht nur auf die Veräußerungs- und Erwerbspflicht, sondern auf den Vertrag im Ganzen. Formbedürftig sind alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt. Daher werden auch an sich formfreie Vereinbarungen beurkundungspflichtig,

wenn diese nach dem Willen der Beteiligten derart von einander abhängig sind, dass sie „**miteinander stehen und fallen**“ sollen (BGHZ 63, 361; BGH NJW 1974, 271 und BGH NJW 1984, 974). In jedem Fall beurkundungspflichtig sind etwa bei Grundstückskaufverträgen: Gegenleistungen, Zahlungsmodalitäten, Nutzungsentgelte, Gewährleistungsregeln (vgl. zum Ganzen auch Palandt-Heinrichs § 311b Rn. 25ff). Der Notar hat hierüber entsprechend zu belehren (§ 17 I BeurkG):

**Formulierungsvorschlag:** Alle Vereinbarungen, auch Nebenabreden, müssen richtig und vollständig beurkundet sein. Nicht beurkundete Vereinbarungen sind nichtig und können zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrags führen.

## b)

### Wesen und Bedeutung der notariellen Urkunde in der Rechtsordnung

1. Materiell-rechtlich ist die notarielle Beurkundung – neben dem Vergleich zu gerichtlichem Protokoll (§ 127a BGB) – die stärkste vom Gesetz vorgesehene Formvorschrift, die die gesetzliche und die gewillkürte Schriftform (§§ 126 III, 127 S. 1 BGB) sowie die öffentliche Beglaubigung (§ 129 II BGB) ersetzt. In bestimmten Fällen kommt der notariellen Urkunde **Tatbestandswirkung** zu, d.h. erst das Durchlaufen des notariellen Verfahrens führt zur Wirksamkeit des (gesetzlich oder gewillkürt – hierzu § 154 II BGB) formpflichtigen Rechtsgeschäfts oder der Willenserklärung.
2. Ihre eigentliche Wirkung entfaltet die notarielle Beurkundung dadurch, dass ihr **im Zivilprozeß** eine **besondere Beweiswirkung**, nämlich die gesetzliche Vermutung der Wahrheit, zuteil wird: Öffentliche Urkunden erbringen gemäß § 415 I ZPO unter Ausschluß der richterlichen Beweiswürdigung – wenn auch widerlegbar – den vollen Beweis für die Richtigkeit des Beurkundungsvorgangs, d.h. dafür, dass die Erklärungen nach Inhalt und Begleitumständen wie beurkundet abgegeben worden sind. Diese Beweisregel wird nur erschüttert durch den Gegenbeweis der objektiv unrichtigen Beurkundung, § 415 II ZPO.

3. Öffentlichen Urkunde genießen jedoch nicht nur besondere Beweiskraft, sondern sie sind auch **vollstreckbar**, soweit sich (wenigstens) ein Beteiligter der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (§ 794 I Nr. 5 ZPO). Sie stehen damit der Wirkung eines gerichtlichen Urteils gleich und sind Vollstreckungstitel.
4. Die Beurkundung bewirkt damit auch in einem weiteren Sinne **Entlastung staatlicher Rechtspflege**. Durch sie werden bei Vertragsschluß Fehlerquellen beseitigt und Unklarheiten vermieden, die andernfalls nach Vertragsschluß Anlaß für streitige und gerichtliche Auseinandersetzungen geben könnten.
5. Die Aufgabe des Notars besteht darin, die Beteiligten im Prozeß der vertraglichen Einigung und in der Phase des Vollzugs vermittelnd zu begleiten. Der Notar gestaltet dabei den Vertragsinhalt optimal, also möglichst interessensgerecht. Er weist auf vielfach bestehende Interessensgegensätze hin, und zwar auch auf solche, die die Beteiligten bisher nicht erkannt haben, weil es ihnen etwa an Erfahrung oder Rechtskenntnissen fehlt. Zugleich schlägt der Notar adäquate, für die konkrete Situation und auf Grund seiner Erfahrung als Vertragsgestalter typischerweise sach- und interessensgerechte Lösungsansätze und Formulierungen vor. Öffentliche Beurkundung bedeutet demnach auch **mediative Vertragsgestaltung**.
6. Das Beurkundungsverfahren zielt schließlich auch auf die Herstellung „**inhaltlich vollkommener Urkunden**“ ab. § 17 I BeurkG weist dem Notar die Aufgabe zu, den Willen der Beteiligten zu erforschen und anschließend eindeutig und juristisch klar in einer Urkunde niederzulegen. Durch die Formulierungsaufgabe des Notars wird einerseits der Gefahr des Mißbrauchs der Formulierungsmacht durch eine Partei vorgebeugt (sog. „single-text-Verfahren“) und andererseits auch der natürliche Wille der Beteiligten in die Sprache und Form des Rechts gebracht. Neben diese sprachlichen Umformung tritt auch eine sachliche: Indem der Notar juristische Termini gebraucht, legt er den Willen der Beteiligten klar und unzweideu-

tig nieder, wie es § 17 I 2 BeurkG von ihm fordert. Sodann erläutert er den Beteiligten den Inhalt der Urkunde mit einfachen Worten. Er nimmt dadurch gleichsam eine Rückübersetzung in die Alltagssprache vor. Dadurch wird ein großes Maß an Rechtssicherheit erreicht und zugleich sichergestellt, dass die Erklärungen in der notariellen Urkunde tatsächlich dem wahren Willen der Beteiligten entsprechen. Vgl. zum Ganzen auch den sehr instruktiven Aufsatz von *Walz DNotZ 2003, 165*.

### c)

#### **Besonderheiten bei der Beteiligung Minderjähriger**

Ruprecht ist als 15jähriger minderjährig und damit **beschränkt geschäftsfähig**, §§ 2, 106 BGB. Bei Rechtsgeschäften, an denen auch seine Eltern beteiligt sind, stellen sich daher zwei Fragen:

1. Die Eltern sind als Sorgeberechtigte von der Vertretung (§§ 1626, 1629 BGB) ausgeschlossen, wenn sie am Vertrag im eigenen Namen und im Namen des Kindes mitwirken (§§ 1629 II 1, 1795 II, 181 BGB) und das Geschäft **nicht lediglich** einen **rechtlichen Vorteil** für den Minderjährigen mit sich bringt. § 181 BGB wird insoweit einschränkend ausgelegt. Ob ein lediglich rechtlicher Vorteil vorliegt, ist wie bei § 107 BGB zu beurteilen. Ruprecht soll zunächst ein Wohnungsrecht ohne persönliche Zahlungspflichten erhalten und ferner eine monatliche Zahlung in Höhe von 100,-- EUR. Insoweit liegt ein lediglich rechtlicher Vorteil vor. Allerdings soll ihm auch das Miteigentum an Fl.Nr. 6 übertragen werden, an dem sich die Eltern den Nießbrauch vorbehalten. Kein lediglich rechtlicher Vorteil soll nach der Rechtsprechung anzunehmen sein, wenn dem Minderjährigen ein **Wohnhaus geschenkt** wird und die Wohnungen **vermietet** sind, weil der Minderjährige dadurch Pflichten aus der Vermieterstellung treffen (*BayObLG NJW 2003, 1129*). Behalten sich die Eltern jedoch den Nießbrauch vor, nimmt die überwiegende Ansicht an, dass ein lediglich rechtlicher Vorteil vorliegt. Der BGH (Urteil vom 25.11.2004, V ZB 13/04) hat entschieden, dass „jedenfalls dann“ ein lediglich rechtlicher Vorteil vor-

liegen soll, wenn der Nießbraucher auch die Kosten der außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die Grundstückslasten zu tragen hat (also Änderung der Lastentragung gemäß §§ 1041, 1047 BGB zu Gunsten des Kindes). Allerdings ist m.E. der Fall nicht anders zu beurteilen als bei der Schenkung eines vermieten Wohnhauses, weil jedenfalls nach Ende des Nießbrauchs die Mietverhältnisse auf den Minderjährigen übergehen. Zudem enthalten Nießbrauchsbestimmungen in notariellen Urkunden häufig die Formulierung, dass der Nießbraucher den Nießbrauch jederzeit durch einseitige Erklärung aufgeben darf (vgl. hierzu auch das Muster in Abschnitt D.). Im Zweifel ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers zu beantragen, § 1909 BGB. Zuständig zur Anordnung der Pflugschaft ist das Familiengericht, § 1909 Abs. 2 BGB.

2. Zudem stellt die Frage, ob das Rechtsgeschäft der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Handelt der Pfleger, dann ist das Familiengericht gemäß §§ 1909 Abs. 2, 1915, 1821, 1822 BGB zuständig. Nach *BGHZ* 24, 372 soll jedoch bei der **Überlassung unter Nießbrauchsvorbehalt keine Genehmigung** gemäß § 1821 Nr. 1 BGB erforderlich sein, weil diese Norm nur bereits vorhandenes Grundvermögen des Mündels schütze (str.). Der Notar wird wiederum den sichersten Weg wählen und die Genehmigung oder ein entsprechendes „Negativzeugnis“ des Gerichts einholen.

Die Genehmigung des Familiengerichts muss nicht nur eingeholt, sondern dem anderen Vertragsteil auch mitgeteilt werden, § 1829 I BGB. In der Praxis üblich ist eine **Doppelvollmacht** für den Notar. Dieser wird bevollmächtigt die Genehmigung einzuholen und auch für den anderen Vertragsteil in Empfang zu nehmen (Zugang gemäß § 130 BGB). Der Notar kann also „an seinem Schreibtisch“ in einer Eigenurkunde dem Rechtsgeschäft zur Wirksamkeit verhelfen, indem er für den einen Vertragsteil dem anderen auf Grund Vollmacht die Genehmigung mitteilt und diese für den anderen Vertragsteil – wiederum auf Grund Vollmacht- entgegennimmt.

**Formulierungsvorschlag:** Der Ergänzungspfleger erteilt hiermit dem Notar Vollmacht, die Genehmigung des Familiengerichts zu beantragen, entgegenzunehmen und sie den übrigen Beteiligten mitzuteilen. Die übrigen Beteiligten erteilen dem Notar Vollmacht, diese Mitteilung für sie in Empfang zu nehmen.

## Zu 2.

### Rechtsgründe in Überlassungsverträgen

1. Dem Vertragstyp „Überlassungen“ können zivilrechtlich verschiedene Rechtsgründe zugrunde liegen. Typischerweise kommen in Betracht:
  - **Schenkung** unter Lebenden gemäß § 516 BGB
  - **Ausstattung** gemäß § 1624 BGB
  - **Ehebedingte** (unbenannte) **Zuwendung**
  - **Gemischte Schenkung**
2. Regelmäßig dürfte eine gemischte Schenkung vorliegen, d.h. die Übertragung erfolgt teilweise entgeltlich und teilweise unentgeltlich. Überlassen etwa die Eltern an ihr Kind ein Hausgrundstück und leistet der Sohn künftig Zins und Tilgung für den Kredit, liegt eine **gemischte Schenkung** vor. Aus steuerlicher Sicht finden sich in Überlassungsverträgen zahlreiche Gegenleistungen (Einräumung eines Wohnungsrechts, Wart und Pflege, Taschengeldzahlungen an den Übergeber), die teilweise als Abzugsposten dienen, wenn es darum geht, den steuerlichen Wert des zugewendeten Grundbesitzes zu ermitteln. Es liegt insoweit regelmäßig ein **teilentgeltlicher Erwerb** vor.
3. Soweit Kinder aus dem Elternvermögen Zuwendungen erhalten, stellt sich oftmals die Frage, ob es sich um eine (reine) Schenkung oder um eine Ausstattung handelt. Rechtsgrund einer **Ausstattung** ist keine Schenkung, sondern sie ist „**causa sui generis**“ (Palandt-*Diederichsen* § 1624 Rn. 3). Als Ausstattung gilt, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begrün-

derung oder zur Erhaltung der Wirtschaft und der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet worden ist. Sie darf das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Elternteils entsprechende Maß nicht übersteigen, § 1624 I BGB. Auf die Ausstattung finden die **§§ 519 und 528ff. BGB keine Anwendung**. Ausstattung und Schenkung sind beide auf den gesetzlichen Pflichtteil anzurechnen (§ 2315 BGB), wenn eine entsprechende Bestimmung getroffen wurde. Der **Unterschied** zwischen Ausstattung und Schenkung hat regelmäßig nur für die Frage Bedeutung, ob unter den Abkömmlingen ein Ausgleich stattfinden soll. Was ein Kind als Ausstattung erhält, hat es im Zweifel auszugleichen (§ 2050 I BGB). Eine Schenkung ist nach der gesetzlichen Vermutung des **§ 2050 III** BGB hingegen lediglich dann zum Ausgleich zu bringen, wenn der Schenker dies bei der Zuwendung ausdrücklich angeordnet hat.

4. Zuwendungen unter Ehegatten kann eine (Ehegatten-)Innengesellschaft oder ein Schenkungsvertrag zugrunde liegen. Die Rechtsprechung hat jedoch in verschiedenen Sachverhaltskonstellationen Zuwendungen unter Ehegatten nicht als Schenkung eingeordnet, sondern als sog. „unbenannte Zuwendung“. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass sich die Ehegatten subjektiv nicht über die Unentgeltlichkeit einig sind, sondern die Zuwendung „**um der Ehe willen**“ erfolgt, d.h. als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung und Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Der *BGH* geht davon aus, dass damit ein **familienrechtlicher Vertrag eigener Art** zustande kommt. Der Bestand der Ehe ist in diesen Fällen nicht Vertragszweck, sondern Geschäftsgrundlage. Es kommen im wesentlichen **fünf Fallgruppen** in Betracht, bei denen die Rechtsprechung bisher eine unbenannte Zuwendung annimmt:
  - Mitbeteiligung des anderen Ehegatten am gemeinsamen Familienwohnheim
  - Einsatz von Vermögen zur Alterssicherung
  - Haftungsmäßig günstige Organisation des Familienvermögens

- Vermögensbildung beim Zuwendungsempfänger, wenn ehevertraglich Gütertrennung oder modifizierte Zugewinnngemeinschaft vereinbart wurde
- Vermögenstransfer aus steuerlichen Gründen

Scheitert die Ehe, fällt die Geschäftsgrundlage weg und es kann ein entsprechender Ausgleichsanspruch entstehen. Eine Rückforderung des zugewendeten Gegenstandes kann jedoch - zumindest im gesetzlichen Güterstand - nur in besonderen Fällen verlangt werden. Ist eine solche aber gewünscht, muss dies bei der Zuwendung vereinbart werden. Ansonsten erfolgt der **Ausgleich** ausschließlich **güterrechtlich**, regelmäßig also im Rahmen des Zugewinnausgleichs, vgl. hierzu näher Palandt-*Heinrichs* § 313 Rn. 45ff. Da die vom Gesetz vorgesehenen güterrechtlichen Ausgleichsregeln in der Praxis zu Problemen führen, wird der Notar entsprechende Vereinbarungen in die Urkunde aufnehmen.

### Zu 3.

#### a)

#### **Gesetzliche Erbfolge bei Gütergemeinschaft**

Bei Gütergemeinschaft ist der Nachlass eines Ehegatten auf seinen Anteil am Gesamtgut, also auf dessen Hälfte, beschränkt, § 1482 S.1 BGB. Für den hälftigen Anteil bestimmt sich die Erbfolge gemäß § 1482 S.2 BGB nach den allgemeinen Vorschriften, also nach §§ 1922ff. BGB. Der **überlebende Ehegatte** erhält also **1/4** (§ 1931 I 1 BGB) des Nachlasses, der Rest (3/4) steht den Abkömmlingen als Erben erster Ordnung zu, §§ 1931 I 1, 1924 BGB. Bezogen auf das Gesamtgut beträgt der **Erbteil aller Kinder** demnach **3/8**. Bei vier Kindern erhält jedes Kind somit 3/16 des hälftigen Anteils am Gesamtgut oder 3/32 des Gesamtguts.

Die Höhe des Pflichtteils beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, § 2303 I 2 BGB. Er beträgt somit je Kind  $\frac{3}{32}$  des hälftigen Anteils bzw.  $\frac{3}{64}$  des Gesamtguts.

**b)**

**Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung des Übertragungskonzepts**

1. Die Auswirkungen von lebzeitigen Zuwendungen auf den Erb- und Pflichtteil des Erwerbers und weiterer Berechtigter sind stets zu bedenken. Grundsätzlich ist jeder Erblasser frei, über sein Vermögen zu verfügen. Wichtige Einschränkung der Testierfreiheit neben § 138 BGB ist jedoch das **Pflichtteilsrecht, §§ 2303ff. BGB**. Gemäß § 2303 BGB steht dem Ehegatten, den Abkömmlingen, dem Lebenspartner (§ 10 VI 1 LPartG) und in bestimmten Fällen auch den Eltern (§ 2309 BGB) in Form des Pflichtteils eine (durch Art. 14 I GG geschützte) **Mindestbeteiligung am Nachlass** zu. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, § 2303 I 2 BGB. Der Pflichtteilsberechtigte nimmt jedoch nicht dinglich am Nachlass teil, sondern hat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch in Geld (§ 2317 I BGB). An einer etwa entstehenden Erbengemeinschaft ist er demnach nicht beteiligt.  
Der Pflichtteilsanspruch kann dem Berechtigten einseitig nur gemäß §§ 2333ff. BGB entzogen werden.
2. Um sicherzustellen, dass der Erwerber oder andere Pflichtteilsberechtigte im Todesfall keine Ansprüche geltend machen, die das vom Übergeber gewählte Übertragungskonzept durchkreuzen, sind folgende Gestaltungen denkbar:
  - a) **Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 BGB**, also eine Bestimmung, dass der Wert der Zuwendung auf den gesetzlichen Pflichtteil **anzurechnen** ist. Dies führt jedoch häufig zu erheblichen Bewertungsschwierigkeiten insb. bei Grundbesitz (Wert der Gegenleistungen, Wert der Zuwendung).

- b) **Ausgleichsordnung gemäß § 2050 III BGB:** Sie bewirkt nicht den Verlust der Erbenstellung, sondern nur eine Verringerung des Erbauseinandersetzungsanspruchs nach §§ 2050ff. BGB. Auch dies ist in der Praxis ein selten beschrittener Weg, weil die erbrechtlich gewünschte Gleichstellung oft daran scheitert,
- dass kraft Gesetzes nur bestimmte Zuwendungen ausgleichspflichtig sind,
  - sie nur unter Kinder stattfindet und nicht gegenüber dem Ehegatten und anderen Beteiligten
- c) **Erbverzicht gemäß § 2346 I BGB** und
- d) **Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 II BGB** (vgl. zu c) und d) jeweils unter 3. und 4.)
3. In der Praxis häufig und vom Gesetz zugelassen sind Verzichtserklärungen der Berechtigten auf ihren **gesetzlichen Pflichtteil**, § 2346 II BGB. Das BGB behandelt den Pflichtteilsverzicht als einen Unterfall des Erbverzichts. Wesentlicher Unterschied ist, dass durch den Pflichtteilsverzicht die gesetzliche Erbfolge und damit auch das Pflichtteilsrecht der übrigen Berechtigten nicht geändert wird (vgl. zur Wirkung des Erbverzichts § 2346 I 2 BGB). Mit anderen Worten: Der Pflichtteilsverzicht lässt lediglich den Pflichtteilsanspruch nicht entstehen, jedoch im Übrigen das gesetzliche Erbrecht des Berechtigten unberührt. Anders als der Erbverzicht bewirkt er keine Verschiebung der Erbquoten, § 2346 I 2 BGB. Der Notar sollte entsprechend belehren.

**Formulierungsvorschlag:** Der Erwerber verzichtet mit Wirkung für sich und für seine Abkömmlinge auf seinen gesetzlichen Pflichtteil gegenüber seinem Vater und seiner Mutter. Der Verzicht gilt unabhängig von der künftigen Entwicklung der Vermögensverhältnisse und unabhängig davon, wer Erbe wird. Die Eltern des Erwerbers nehmen diesen Verzicht an.

Der Notar hat die Beteiligten insbesondere über folgendes belehrt:

- a) Durch den Verzicht verliert der Erwerber den Pflichtteil, nicht jedoch das gesetzliche Erbrecht und ein Erbrecht aufgrund Verfügungen von Todes wegen seiner Eltern.
- b) Der Verzicht bewirkt also im Wesentlichen, dass der Erwerber Erb- und Übergaberegungen seiner Eltern nicht mit eigenen Ansprüchen durchkreuzen kann.

- 4. Ein Pflichtteilsverzicht wird in der Praxis häufig dann vereinbart, wenn ein Pflichtteilsberechtigter bereits zu Lebzeiten Vermögen des Erblasser übertragen erhält oder sonstwie ein Ausgleich vereinbart worden ist. Es sind auch **Beschränkungen des Pflichtteilsverzichts möglich**, wie etwa auf einen **Bruchteil** des Pflichtteils, auf eine feste Summe oder auf eine betragsmäßige **Obergrenze**. Zulässig ist auch ein **gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht**, also ein Verzicht mit der Maßgabe, dass bestimmte Gegenstände bei der Nachlassbewertung unberücksichtigt bleiben sollen. Schließlich kann auch ein **Pflichtteilsaufschub** vereinbart werden (zum Ganzen Palandt-Edenhofer § 2346 Rn.5ff.).
  
- 5. Ist ein Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister nicht zu erreichen, bleibt nur die Hoffnung, dass die 10-Jahresfrist des § 2325 III BGB die Schenkung aus der Pflichtteilsberechnung schrittweise (also jedes Jahr um 1/10) ausnimmt. § 2325 III BGB gilt jedoch – in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise (dennoch hat *BVerfG NJW 1991, 2176* keinen Verstoß gegen Art. 3 und Art. 6 GG feststellen können) – nicht bei Schenkungen an Ehegatten. Zudem beginnt die 10 Jahresfrist erst ab Beendigung eines vorbehaltenen Nießbrauchs (*BGH NJW 1994, 1791*; siehe ferner Palandt-Edenhofer § 2325 Rn. 22 m.w.N.). Gleiches muss man m.E. annehmen, wenn sich der Übergeber ein Wohnungsrecht am gesamten überlassenen Objekt vorbehält bzw. jedenfalls dann, wenn dieses nießbrauchsähnlich ausgestaltet ist.

c)

**Form des Pflichtteilsverzichts**

Als Unterfall des Erbverzichts gelten für einen Pflichtteilsverzicht die Formvorschriften der §§ 2347, 2348 BGB. Danach bedarf der Pflichtteilsverzicht der notariellen Beurkundung, § 2348 BGB. Bedeutsam und auch in der Praxis nicht allgemein bekannt ist § 2347 II 1 BGB. Danach muss der Erblasser persönlich anwesend sein. Der Verzichtende kann sich hingegen vertreten lassen (Palandt-Edenhofer § 2347 BGB Rn. 1f.). Auch durch notariell beurkundete Generalvollmacht kann sich Walburga Watzmann daher nicht vertreten lassen, wenn in der Urkunde auch ein Pflichtteilsverzicht vereinbart werden soll. Kann der Erblasser nicht persönlich erscheinen, wählt die Praxis folgenden (Aus-)weg: Der beim Notar anwesende Abkömmling läßt ein entsprechendes Angebot an den Erblasser beurkunden. Der Erblasser nimmt dieses dann in notariell beurkundeter Form an.

zu 4.

**Versorgungsrechte**

In der Praxis finden sich typischerweise folgende Versorgungsrechte für die Übergeber: Wohnungs- und (Mit-)Benutzungsrechte, Wart- und Pflege, Übernahme der Beerdigungskosten und der Grabpflege, monatliche „Taschengeldzahlungen. Bei landwirtschaftlichen Übergaben kommen zudem oftmals bis heute noch Naturalleistungen vor (etwa ein Ster Holz, ein halbes Schwein pro Jahr, und zwar tiefkühlfertig portioniert, zwei Eier am Tag).

a)

**Wohnungsrecht**

1. Ziel der Überlassung ist die Übertragung des Eigentums auf den Erwerber. Damit entfallen für den Übergeber zunächst alle Rechte, die sich aus dem Eigentum ergeben, also insb. das Recht zur Nutzung, zur Veräußerung

und zur Belastung des Grundbesitzes. Soweit dem Übergeber gewisse Nutzungsrechte am überlassenen Grundbesitz verbleiben sollen, kommen in erster Linie **Dienstbarkeiten** in Betracht, bei denen der Übergeber den Grundbesitz, ohne Eigentümer zu sein, weiterhin „**in einzelnen Beziehungen**“ (§ 1018 BGB) nutzen kann. Soll sich hingegen durch die Überlassung wirtschaftlich nichts ändern, kommt als umfassendes Recht an einer fremder Sache nur ein Nießbrauch in Betracht (§ 1030 I BGB; vgl. hierzu näher Abschnitt 8.).

2. Das Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) ist ein **Sonderfall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit** (§ 1090 BGB). Es besteht in dem Recht, ein Gebäude oder einen Gebäudeteil allein und ausschließlich, also unter Ausschluss des Eigentümers, zu Wohnzwecken zu nutzen. **Hauptzweck** muss das **Wohnen** sein, sonst kommt nur eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Betracht. Regelmäßig erforderlich ist auch die Mitbenutzung aller dem gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Räume. Auf das Wohnungsrecht finden grds. die Vorschriften über den Nießbrauch entsprechende Anwendung (§ 1093 I 2 BGB; wichtige Ausnahme ist aber § 1047 BGB). In Abgrenzung zum Nießbrauch berechtigt das Wohnungsrecht jedoch nur zur Benutzung zu Wohnzwecken, während der Nießbraucher zur umfassenden Nutzung einer Sache befugt ist, also insbesondere auch die Erträge aus einer etwaigen Vermietung erhält, §§ 1030ff. BGB.
3. Folgende Fragen sind im Zusammenhang mit einem Wohnungsrecht regelmäßig zu klären:
  - Als **Belastungsgegenstand** kommen in Betracht: Grundstücke, Wohnungseigentum oder grundstücksgleiche Rechte (wie etwa das Erbbaurecht); anders als beim Nießbrauch kommt aber kein (ideeller) Miteigentumsanteil in Frage.
  - **Ausübungsbereich**: Die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume/Gebäude müssen in der Eintragungsbewilligung genau bestimmt sein, also insbesondere nach Stockwerk und genauer Lage, so dass

jeder Dritte ohne weiteres feststellen kann, welche Räume gemeint sind. Dies ist auch für die Bewertung in der Zwangsversteigerung gemäß § 92 II ZVG von Bedeutung. In der Regel wird der Ausübungsbereich durch eine Planeinzeichnung kenntlich gemacht, die zu den Grundakten genommen wird.

- Zu klären ist, wer die **laufenden Kosten** und die **öffentlichen Grundstückslasten** trägt (grds. trägt sie der Eigentümer, weil § 1093 I 2 BGB nicht auf § 1047 BGB verweist). Zudem sollte vereinbart werden, wer für die Schönheitsreparaturen der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume verantwortlich ist.
- Bei mehreren Berechtigten ist das **Gemeinschaftsverhältnis** (etwa Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB) anzugeben. Klarzustellen ist auch, was geschieht, wenn ein Berechtigter stirbt (regelmäßig ist dann keine Änderung des Ausübungsbereichs gewünscht).
- Das Wohnungsrecht kann kraft Gesetzes nur an die in § 1093 II BGB genannten Personen überlassen werden. Soll eine **Überlassung an Dritte** generell zulässig sein, muss dies gesondert vereinbart werden, vgl. § 1092 I 2 BGB.
- Nicht alle Vereinbarungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Wohnungsberechtigten können zum **dinglichen Inhalt des Rechts** erklärt werden. Eine Grenze ergibt sich aus der Rechtsnatur des Wohnungsrechts als beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Wesen einer Dienstbarkeit ist entweder das Unterlassen oder das Dulden, also passives Verhalten des Verpflichteten, vgl. § 1018 BGB. Daher kann z.B. eine Vereinbarung über die Entgeltlichkeit des Wohnungsrechts (Zahlung einer monatlichen Entschädigung) nicht mit dinglicher Wirkung getroffen werden. Insoweit bleibt nur die Möglichkeit, dies schuldrechtlich zu vereinbaren. Eine "**Quasi-Verdinglichung**" lässt sich jedoch dadurch erreichen, dass das Wohnungsrecht erlischt, wenn der Berechtigte nicht bestimmte Leistungen, etwa regelmäßige Zahlungen, erbringt. Das Wohnungsrecht muss dann dinglich auflösend bedingt vereinbart werden (hierzu auch Palandt-*Bassenge* § 1018 Rn. 12, 27).

**b)****Reallast**

1. „Wart und Pflege“, Bezahlung der Nebenkosten und Grabpflege ist gemeinsam, dass es sich um **wiederkehrende Leistungen** handelt. Sie können im Grundbuch durch die Eintragung einer **Reallast** gesichert werden (vgl. zur Reallast die kompakte und präzise Darstellung von Staudinger-*Amann* Einl zu §§ 1105-1112). Bei der Reallast handelt es sich um ein **Verwertungsrecht**. Sie kann als "**Schwester der Grundschuld**" begriffen werden, weil es sich bei ihr ebenfalls um ein dingliches, nicht akzessorisches, also abstraktes, Sicherungsmittel handelt. Sie weist gewisse Ähnlichkeiten zur Rentenschuld auf (§ 1199 BGB), hat jedoch im Gegensatz zu dieser den Vorteil, dass die einzelnen wiederkehrenden Leistungen nicht ziffernmäßig bestimmt (so aber § 1199 II BGB für die Rentenschuld), sondern nur in ihrem Umfang bestimmbar und in Geldbeträge umwandelbar sein müssen (§ 1105 I 2 BGB). Insbesondere wertgesicherte (also an die Entwicklung eines Index geknüpfte) Zahlungen können mittels Reallast gesichert werden. Kurz gesagt: Durch Reallast zu sichernde Leistungen müssen **wiederkehrend und bestimmbar** sein (vgl. zur Bestimmbarkeit einzelner Leistungen Palandt-*Bassenge* § 1105 Rn. 6: ausreichend ist etwa die Anknüpfung an einen amtlichen Index oder das Beamtengehalt einer bestimmten Besoldungsgruppe; als ausreichend wird auch die Vereinbarung von „Wart und Pflege“ angesehen, und zwar selbst dann, wenn die Pflege nur insoweit zu leisten ist „als sie dem Berechtigten zumutbar ist“ (BGH NJW 1995, 2780). Reallastfähig ist ferner die Übernahme der Sterbefalls-, Grabdenkmals- und Grabpflegekosten, auch wenn einzelne dieser Leistungen einmalig sind, weil sie eingebettet sind in eine Reihe wiederkehrender Leistungen (BayObLG DNotZ 1985, 42). Dennoch werde diese in der Regel nicht in die Sicherung durch Reallast einbezogen, weil andernfalls die Löschung der Reallast nach dem Tode des/der Berechtigten nicht gegen Todesnacheis (Sterbeurkunde) im vereinfachten Verfahren nach § 23 GBO erfolgen kann.

2. Der **dingliche Anspruch aus der Reallast** (§§ 1105 I, 1107, 1147 BGB) ist – wie bei der Hypothek und bei der Grundschuld - auf **Duldung der Zwangsvollstreckung** gerichtet. Er richtet sich gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer und erstreckt sich auch auf Rückstände von Leistungen, die während der Eigentumszeit des Voreigentümers fällig geworden sind. Daneben haftet der jeweilige Eigentümer auch persönlich für alle während seiner Eigentumszeit fälligen Reallastleistungen. Neben den **dinglichen Anspruch** tritt also gemäß § 1108 I BGB auch ein (abdingbarer) **persönlicher** akzessorischer **Anspruch**. Schließlich tritt neben diesen Anspruch regelmäßig ein **weiterer persönlicher Anspruch**, etwa aus einer Leibrentenverpflichtung (§ 759 BGB).

Hat also z. B. A ein Grundstück an B gegen Zahlung einer monatlichen Leibrente überlassen und wurde der Zahlungsanspruch durch Reallast gesichert, so hat A gegen B **drei Ansprüche**: den persönlichen Anspruch aus § 759 BGB, den gleichermaßen persönlichen Anspruch aus § 1108 I BGB und den dinglichen Anspruch aus §§ 1105 I, 1107, 1147 BGB. Veräußert B den Grundbesitz an C, so beschränken sich die Ansprüche des A gegen C (vorbehaltlich entsprechender Schuldübernahmevereinbarungen gemäß §§ 414ff. BGB) auf diejenigen aus der Reallast, also den persönlichen Anspruch aus § 1108 BGB und den dinglichen Anspruch aus §§ 1105 I, 1107, 1147 BGB. Der Leibrentenanspruch und die zu seiner Sicherung bestellte Reallast sind nämlich grundsätzlich in ihrer Entstehung, Übertragung (§ 401 BGB ist unanwendbar) und in ihrem Fortbestand voneinander unabhängig. Miteinander verknüpft sind beide nur durch eine Sicherungsabrede, ähnlich wie bei der Sicherungsgrundschuld.

c)

### **Leibgeding**

1. Am einfachsten lassen sich die in a) und b) genannten Rechte als einheitliches „Leibgeding“ in das Grundbuch eingetragen. **Grundbuchrechtlich**

beruht das Leibgeding auf § 49 GBO. Seine Bedeutung besteht in einer gegenüber § 874 BGB erweiterten Möglichkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Es kann danach nicht nur wegen des näheren Inhalts des Rechts auf die Bewilligung Bezug genommen werden, sondern auch zur Bezeichnung der im Grundbuch als Leibgeding zusammengefassten Rechte selbst.

Der **Begriff** Leibgeding ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung (vgl. etwa *BGH NJW 1994, 1158*) handelt es sich um

- ein der Versorgung des Berechtigten dienendes Recht,
- bei dem Leistung und Gegenleistung wertmäßig nicht gegeneinander abgewogen sind,
- bei dem ferner nicht ausschließlich Geldleistungen, sondern zumindest auch Sach- oder Dienstleistungen vereinbart sind und
- bei dem eine örtliche Bindung des Berechtigten zu dem Grundstück besteht, auf dem oder aus dem die Leistungen gewährt werden (letzteres zweifelhaft).

Häufig, aber nicht begriffsnotwendig, sind folgende Merkmale: Bestellung auf Lebenszeit des Berechtigten, verwandtschaftliche oder persönliche Beziehungen zwischen den Beteiligten, Absicherung des Berechtigten durch eines oder mehrere dingliche Rechte sowie ein Zusammenhang zur Übertragung eines Grundstücks.

Typischerweise werden als Leibgeding folgende Rechte zusammengefasst: Wohnungsrecht, Wart und Pflege, Übernahme der Sterbefallskosten und der Grabpflege sowie Taschengeldzahlungen.

2. Das Leibgeding hat aber auch **vollstreckungsrechtliche Bedeutung**. Es führt zu einem sog. **Doppelausgebot in der Zwangsversteigerung**, vgl. hierzu näher Abschnitt 5 c).

3. Schließlich hat das Leibgeding **schuldrechtliche Bedeutung**. Aufgrund der Öffnungsklausel in Art. 96 EGBGB bestehen landesrechtliche Vorschriften, die sich typischerweise mit Begleitfragen, insbesondere mit den Voraussetzungen und dem Umfang der Umwandlung eines Wohnungsrechts bzw. von anderen Sach- oder Dienstleistungen in Geldleistungen befassen. In Bayern finden sich entsprechende Regelungen in Art. 18ff. BayAG-BGB. Sie enthalten etwa Bestimmungen zu der Frage, was bei einem Wegzug des Berechtigten gilt.

#### d)

#### **Leibrente und dauernde Last**

1. Monatlich wiederkehrende Geldzahlungen werden typischerweise als **Leibrente** oder als **dauernde Last** ausgestaltet. Bis zum Jahressteuergesetz 2008 (BGBl. I 2007 I, S. 3150 ff.) gab einen Unterschied in der Abzugsfähigkeit. Leibrenten konnte nur mit dem **Ertragsanteil**, dauernde Lasten dagegen **in voller Höhe** durch den Zahlungspflichtigen von seiner Einkommensteuerschuld abgezogen werden. Diese Unterscheidung besteht nicht mehr, so dass die Frage, was gewollt ist, allein an zivilrechtlichen Maßstäben zu orientieren ist.
2. Das Gesetz definiert weder, was eine Leibrente ist, noch was unter einer dauernden Last zu verstehen ist. Der **wesentliche Unterschied** liegt darin, dass es sich bei Leibrenten um Zahlungen handelt, die **gleichbleibend** oder wenigstens **gleichmäßig** sind. Darunter sind also insbesondere Zahlungen zu verstehen, die sich entweder nominal nicht verändern (gleichbleibend) oder die etwa an die Entwicklung eines amtlichen Index der Lebenshaltungskosten (gleichmäßig) gekoppelt sind. Eine dauernde Last liegt hingegen vor, wenn sich die Höhe der wiederkehrenden Zahlungen nach den Bedürfnissen des Berechtigten oder nach der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten richten, insbesondere wenn eine Anpassung der Höhe der Zahlungen gemäß § 323a ZPO vereinbart wird. Durch die Vereinbarung einer dauernden Last wird in

gewisser Weise (zivilrechtlich) die Versorgung des Übergebers an den (unternehmerischen) Erfolg des Übernehmers geknüpft. Vorliegend dürfte von den Eheleuten Watzmann eine dauernde Last gewünscht sein.

Abschließender **Formulierungsvorschlag** für einen Austrag:

Die Übernehmer gewähren ihren Eltern  
-nachfolgend auch "**Austragsberechtigte**" genannt- als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB mit der Maßgabe, dass der überlebende Elternteil alleinberechtigt ist, vom Tag des Besitzübergangs an auf Lebensdauer folgenden

**A u s t r a g:**

a) **Zur Wohnung:**

Das ausschließliche Wohnungsrecht in dem vom Treppenaufgang hinten links gelegenen Raum im Obergeschoß des Anwesens Seeblick der in dem als **Anlage 1** beigefügten Grundrißplan **gelb** gekennzeichnet ist.

Mit dem Wohnungsrecht verbunden ist das Recht, den Stellplatz, der in der **Anlage 2** zu dieser Urkunde **orange** gekennzeichnet ist, unter Ausschluß des Eigentümers zum Abstellen von Fahrzeugen und anderen Gegenständen zu benutzen, und zwar nicht nur während der Zeit, in welcher die Austragsberechtigten einen zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw halten. Die Anlagen 2 und 3 wurden den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt. Die Beteiligten verweisen auf diese Anlagen 2 und 3.

Mit dem Wohnungsrecht verbunden ist ferner das Recht, alle dem gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Räume, Anlagen und Einrichtungen, insbesondere die ebenfalls im Obergeschoß gelegene Küche, das Wohnzimmer, die Bäder und WCs sowie die Flure, mitzubenützen, sowie das Recht, sich auf dem gesamten Hausgrundstück frei zu bewegen. Die Übernehmer haben die Austragsräume stets in gutem wohnlichem Zustand zu erhalten und bei Bedarf zu heizen. Die Kosten für

Strom, Wasser, Warmwasser, Heizung, Müllabfuhr, Abwasserbeseitigung, Kaminkehrer, Instandhaltung und Schönheitsreparaturen tragen die Übernehmer.

b) **Bei Krankheit oder Gebrechlichkeit:**

Sorgsame Wart und Pflege im übergebenen Anwesen durch die Übernehmer oder in ihrem Auftrag. Dies umfaßt nicht die Leistungen geschulten Personals, im übrigen aber alle Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens, zu denen die Austragsberechtigten selbst nicht mehr in der Lage sind, insbesondere bei der Körperpflege, Ernährung, Mobilität und hauswirtschaftlichen Versorgung.

c) Rein schuldrechtlich vereinbaren die Beteiligten:

Die Pflicht zu Wart und Pflege ruht insoweit, als die Austragsberechtigten Leistungen aus einer Pflegeversicherung beanspruchen können; soweit den Übernehmern Pflegegeld überlassen wird, haben sie jedoch die Leistungen, die dem Pflegegeld ihrer Art nach entsprechen, zu erbringen, aber nur im vorstehend vereinbarten Umfang. Bei der Ausgestaltung der Wart und Pflege sind persönliche und örtliche Verhältnisse, Bedarf und Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Krankheitskosten oder Kosten von Versicherungen für die Austragsberechtigten müssen die Übernehmer nicht tragen.

d) **Als Tischkost:**

Die volle tägliche Kost, wie sie ein Übernehmer zu sich nimmt, jedoch in einer dem Alter und dem Gesundheitszustand der Austragsberechtigten entsprechenden Art und Zubereitung, und zwar am Tisch der Übernehmer oder auf Verlangen der Austragsberechtigten in deren Wohnung.

Die Austragsberechtigten können auch statt der Tischkost jeweils am Monatsersten deren Geldwert fordern, welcher -abhängig von der

Personenzahl- durch die jeweils gültige Sachbezugsverordnung bestimmt wird, solange diese nicht offensichtlich unbillig ist.

e) **Als fortlaufende Zahlung:**

Den Betrag von monatlich

**2000,-- EUR**

(zweitausend Euro)

zahlbar jeweils im Voraus am Monatsersten, erstmals zu Beginn des Monats Oktober 2010.

Dieser Betrag soll nicht an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten gekoppelt werden. Bei einer wesentlichen Veränderung der heutigen Verhältnisse, insbesondere der Bedürfnisse der Austragsberechtigten, der Kaufkraft des Geldes oder der Leistungsfähigkeit der Übernehmer, ist jeder Vertragsteil gemäß § 323a ZPO berechtigt, eine entsprechende Anpassung der monatlichen Zahlung zu verlangen.

Die Übernehmer unterwerfen sich wegen dieser Zahlungspflicht und wegen der dinglichen und persönlichen Ansprüche aus der nachstehend bestellten Reallast jeweils in Höhe des vorgenannten Ausgangsbetrags der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. Vollstreckbare Ausfertigung darf ohne weitere Nachweise erteilt werden.

Die Übernehmer bestellen den Austragsberechtigten als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB mit der Maßgabe, dass der überlebende Elternteil alleinberechtigt ist, zur Sicherung des Wohnungs- und Benutzungsrechts eine entsprechende beschränkte persönliche Dienstbarkeit am Hausgrundstück und zur Sicherung der vorstehend unter a), b), d) und e) vereinbarten wiederkehrenden Leistungen - bei der Geldzahlung in Höhe des heute vereinbarten Ausgangsbetrags- eine entsprechende Reallast am gesamten übernommenen Grundbesitz.

Die Vertragsteile bewilligen und

**beantragen,**

diese Rechte als einheitliches Leibgeding in das Grundbuch einzutragen mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des/der betreffen den Berechtigten genügt.

Ziehen die Austragsberechtigten vom Anwesen weg, so gelten die gesetzlichen Bestimmungen. Die Austragsberechtigten dürfen jederzeit zurückkehren. Ein Mehrbedarf der Austragsberechtigten, der sich aus ihrem Wegzug ergibt, ist nur zu berücksichtigen, soweit die Übernehmer nach den gesetzlichen Bestimmungen Schadenersatz zu leisten haben.

Stirbt von mehreren Austragsberechtigten einer, so vermindert sich der Austrag des verbleibenden Berechtigten im Zweifel nicht, auch nicht nach § 323 ZPO.

Forderungen der Austragsberechtigten, die zu deren Lebzeiten zu erfüllen sind, sind nur insoweit vererblich, als die Austragsberechtigten sie persönlich geltend gemacht haben.

## zu 5.

### Zwangsversteigerung

#### a)

#### Rechte der Eltern, falls Ulrich seine Pflichten nicht erfüllt

Der Notar wird empfehlen, sämtliche Rechte der Eltern im Grundbuch abzuschreiben. Dies bedeutet:

1. Das Wohnungsrecht wurde **auf Lebensdauer der Übergeber bestellt** und in Abteilung II des Grundbuchs (ggf. im Rahmen des Leibgedings) eingetragen. Es erlischt daher – vorbehaltlich eines Zwangsversteigerungsverfahrens durch einen vorrangigen Gläubiger – nur durch ihren Tod oder durch eine von ihnen abgegebene Löschungsbewilligung. Da es sich um ein dingliches Recht handelt, besteht es auch dann fort, wenn Ulrich das Grundstück an einen Dritten veräußert. Wohnungs-

rechte, insbesondere solche die sich über mehrere Stockwerke erstrecken, dürften sich jedoch in der Praxis ohnehin regelmäßig verkaufshemmend auswirken.

2. Die übrigen Rechte der Eltern sind durch Reallast gesichert, d. h. sie haben sämtliche in Abschnitt 4 c) genannten Ansprüche. Soweit die persönlichen Zahlungsansprüche gegen Ulrich ins Leere gehen sollten, steht Ihnen ein Verwertungsrecht am Grundstück gemäß §§ 1105, 1107, 1147 BGB zu. In dem in Abschnitt 4. c) genannten Umfang stehen diese Rechte den Eltern auch gegen einen etwaigen Erwerber des Grundstücks zu. Als dingliche Rechte lasten sie am Grundstück.

Die Zwangsversteigerung des belasteten Grundbesitzes wegen rückständiger Einzelleistungen aus einer nachrangigen Reallast führt zum **Erlöschen** der Reallast (§§ 91, 92 ZVG), da diese nicht in das **geringste Gebot** fällt (§§ 44ff. 59 ZVG). An ihre Stelle tritt ein Ersatzanspruch gemäß § 92 ZVG, und zwar:

- Bei einer Reallast von **bestimmter Dauer** eine Kapitalabfindung gemäß § 92 I ZVG in Höhe der Ausgangssumme.
- Bei einer Reallast von **unbestimmter Dauer** wird gemäß §§ 92 II 1, 121 ZVG ein **Deckungskapital** gebildet, das sich nach dem Jahreswert richtet, multipliziert mit der statistischen Lebenserwartung des Berechtigten, aber nicht höher als 25 Jahresbeträge, oder eines etwa eingetragenen Höchstbetrags (§ 882 BGB). Der aus der Reallast Berechtigte erhält somit das volle, ihm aus der Reallast zustehende Kapital nicht in einer Summe, sondern lediglich Zahlungen aus dem gebildeten Deckungskapital, die jeweils für drei Monate im Voraus zu leisten sind (§ 92 II 2 ZVG). Der Berechtigte kann jedoch (zumindest) die Anlageform bestimmen.

## b)

### Vorrang der Sparkasse

1. Betreibt die Sparkasse die Zwangsvollstreckung aus einem Grundpfandrecht (§§ 1147, 1192 BGB) durch Zwangsversteigerung, so hängt der Fortbestand der Rechte der Eltern grds. davon ab, ob diese Rechte **im Grundbuch im Rang vor oder nach** der Sparkasse eingetragen sind. Nur Rechte, die dem Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers im Range vorgehen, werden in das geringste Gebot gemäß § 44 I ZVG mit aufgenommen. Nachrangige und/oder gleichrangige Rechte erlöschen durch den Zuschlag, § 91 ZVG. Die Berechtigten haben lediglich einen **Anspruch auf Wertersatz gemäß § 92 ZVG**. Dieser Anspruch geht in der Praxis jedoch oftmals ins Leere, weil vom Versteigerungserlös nach Befriedigung aller vorrangigen Gläubiger und der Verfahrenskosten (§§ 109, 10, 11 ZVG) meist nichts mehr übrigbleibt.
2. Die Banken wünschen im Regelfall „erstrangige Sicherheit“. Ihnen ist nicht daran gelegen, dass Rechte der Übergeber, insbesondere Wohnungsrechte und schon gar nicht schwer faßbare wiederkehrende Leistungen wie „Wart und Pflege“, die durch Reallast gesichert sind, ihren Grundpfandrechten im Rang vorgehen. Im Versteigerungsfall wären diese nämlich in das geringste Gebote aufzunehmen, was im Regelfall dazu führt, dass sich niemand findet, der die Immobilie unter diesen Bedingungen zu einem angemessenen Preis ersteigert. Umgekehrt muss der Notar auch die Interessen der Übergeber im Auge haben, deren Absicherung erheblich geringer ist, wenn ihre Rechte im Grundbuch Rang nach etwaigen Grundpfandrechtsgläubigern haben. Der Notar muss einen sachgerechten Ausgleich vorschlagen (hierzu sogleich unter 3.) oder jedenfalls alle Beteiligten, insbesondere die Übergeber, klar und unmißverständlich über die Bedeutung des Rangverhältnisses belehren.
3. Oftmals läßt sich in der Praxis ein Kompromiss dergestalt finden, dass die Eltern mit dem aus ihrer Sicht wichtigsten Recht, dem Wohnungsrecht, Rang vor der Bank erhalten, umgekehrt etwaige Grundpfandrechten jedoch Vorrang vor ihren wiederkehrenden Leistungen ein-

räumen, die durch Reallast gesichert sind. Zur Rangbestimmung ist es auch möglich, die unter dem einheitlichen Begriff Leibgeding zusammengefaßten Einzelrechte entsprechend aufzusplitten. Ist die Finanzierung bei Errichtung der Übergabeurkunde noch nicht geklärt oder ist noch kein konkreter Finanzierungsbedarf absehbar, kann über einen Rangvorbehalt erreicht werden, dass der Übernehmer in einem festgelegten Umfang Grundpfandrechte im Rang vor den Rechten der Eltern bestellen kann.

**Formulierungsvorschlag:** Der Übernehmer behält sich das Recht vor, im Range vor den für sonstige an dieser Urkunde Beteiligte zur Eintragung gelangenden Rechten Grundpfandrechte für Kreditinstitute bis zum Höchstbetrage von 200.000,-- EUR mit jährlichen Nebenleistungen bis zu 18 % ab heute im Grundbuch eintragen zu lassen. Der Rangvorbehalt kann mehrmals ausgenützt werden.

Die Beteiligten bewilligen und

**beantragen,**

diesen Rangvorbehalt im Grundbuch einzutragen.

Der Notar hat insbesondere über folgendes belehrt: Wenn der Rangvorbehalt ausgenützt wird und es zu einer Zwangsversteigerung kommt, kann diese zum Erlöschen der nachrangigen Rechte führen. Diese erhalten aus dem Versteigerungserlös einen Wertersatz nur, soweit vom Versteigerungserlös nach Befriedigung der vorbehaltenen Rechte und der sonst vorgehenden Rechte etwas übrig bleibt. Der Betrag der vorbehaltenen Grundpfandrechte kann sich infolge der Grundpfandrechtsnebenleistungen erheblich erhöhen, z.B. auf das Doppelte.

c)

### **Das Zwangsversteigerungsprivileg des Leibgedings**

1. Betreibt die Sparkasse die Zwangsversteigerung aus einem Grundpfandrecht, so Erlöschen bei einem Zuschlag sämtliche Rechte, die

nicht in das geringste Gebot mitaufgenommen worden sind, weil es sich im Verhältnis zum Grundpfandrecht des betreibenden Gläubigers um nachrangige Rechte handelt, §§ 44 I, 91 I ZVG.

2. Handelt sich bei den nachrangig eingetragenen Rechten jedoch um ein Leibgeding, so besteht das **Vollstreckungsprivileg aus § 9 EGZVG**. Jeder Inhaber eines dem Leibgeding vor- oder gleichrangigen Rechts, das durch das Fortbestehen des Leibgedings beeinträchtigt würde, kann gemäß § 9 II EGZVG beantragen, das Erlöschen des Leibgedings als Versteigerungsbedingung festzulegen. Der Antrag führt dann zu einem sog. **Doppelausgebot** gemäß § 59 II, III ZVG:
- Ausgebot unter der Versteigerungsbedingung, dass die zum Leibgeding gehörenden Rechte bestehen bleiben;
  - Ausgebot unter der Versteigerungsbedingung, dass die zum Leibgeding gehörenden Rechte erlöschen;

Der Zuschlag ist dann unter der Bedingung zu erteilen, dass die Rechte aus dem Leibgeding bestehen bleiben, wenn das abgegebene Gebot ausreicht, um den oder die betreibenden Gläubiger (hinsichtlich des Grundpfandrechtsnennbetrags, der Zinsen und der Verfahrenskosten) vollständig zu befriedigen.

## zu 6.

### Rechte der Geschwister

#### a)

#### Wohnungsrecht

Das Nutzungsrecht für Ruprecht ist durch Eintragung eines **Wohnungsrechts** im Grundbuch zu sichern. Hierzu kann auf die Ausführungen in Abschnitt 4. a) verwiesen werden. Das Wohnungsrecht kann zeitlich befristet werden, etwa „auf die Dauer seines ledigen Standes“ bzw. bis zum Erreichen der genannten Altersgrenze von 25 Jahren.

**b)****Geldzahlung**

1. Anders als bei seinen Eltern soll die monatliche Zahlung an Ruprecht nicht von seiner Bedürftigkeit und/oder der Leistungsfähigkeit seines Bruders abhängig sein. Eine dauernde Last und demgemäß ein Vorbehalt gemäß § 323 ZPO ist also nicht gewünscht. In Betracht kommt eine Zeitrente, also wiederkehrende Zahlungen, deren Dauer zeitlich bestimmt ist. Auch diese können wiederum durch Reallast gesichert werden.
2. Wesentliches Anliegen von Ruprecht ist jedoch sein Schutz vor Geldentwertung. Konkret bedeutet dies, dass die Höhe der Zahlungen mit der Geldentwertung Schritt halten soll. Hierzu ist es zweckmäßig, sie an einen Index zu koppeln. Es bietet sich regelmäßig der Verbraucherpreisindex für Deutschland an, den das Statistische Bundesamt seit 1.1.2003 als einheitlichen Index veröffentlicht. Basisjahr (= 100) ist das Jahr 2000. Monatliche Anpassungen sind nicht praktikabel. In Betracht dürften regelmäßig jährliche oder zweijährliche Anpassungen kommen. Ggf. bedarf eine solche Wertsicherungsklausel der Genehmigung nach § 2 PreisG durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle.

**c)****Zahlung an Henriette**

1. Die Zahlung an Henriette soll nicht in wiederkehrenden Beträgen, sondern in einer Summe erfolgen. Zweckmäßig erscheint eine **Sicherung durch Hypothek** oder durch **Eintragung einer Grundschuld**, die der Schwester im Krisenfall jeweils neben dem persönlichen Zahlungsanspruch gegen Ulrich einen dinglichen Anspruch auf **Duldung der Zwangsvollstreckung** in den belasteten Grundbesitz **gegen den jewei-**

**ligen Eigentümer** gemäß §§ 1147, 1192 BGB, § 800 ZPO gewährt. Hierbei sind wiederum Rangfragen zu beachten.

Ob der Notar die Eintragung einer Grundschuld oder einer Hypothek wählt, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Die Grundschuld ist in der (bayerischen) Praxis üblicher. Für sie spricht auch, dass ein Auswechseln der Forderung durch Änderung der Sicherungsabrede jederzeit möglich ist.

2. Als weitere Sicherheit sollte der Notar Ulrich eine Unterwerfungserklärung, und zwar sowohl wegen der persönlichen als auch wegen der dinglichen Ansprüche gemäß § 794 I Nr. 5 ZPO abgegeben lassen. Bei Grundschulden und Hypotheken kann diese auch mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer abgegeben werden, § 800 ZPO. Dies soll bei einer Reallast wegen des einschränkenden Wortlauts von § 800 ZPO hingegen nicht möglich sein.

**Formulierungsvorschlag:**

Der Übernehmer zahlt an seine Schwester Henriette Hochkalter einen einmaligen **Betrag** in Höhe von

**50.000,-- EUR**

(fünfzigtausend Euro),

der am 1.5.2012 fällig ist. Zinsen sind nur bei Zahlungsverzug zu entrichten. Der Zahlungsanspruch ist abtretbar und vererblich.

Der Übernehmer bestellt zugunsten seiner Schwester Henriette Hochkalter eine sofort fällige unverzinsliche

**Grundschuld ohne Brief**

in Höhe von

50.000,-- EUR (fünfzigtausend Euro)

am übernommenen Grundbesitz. Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass auch ein höherer oder niedrigerer Grundschuldbetrag sowie eine Ausstattung der Grundschuld mit Zinsen möglich ist.

Die Beteiligten wünschen dies nicht. Diese Grundschuld ist nicht ab-

tretbar, wohl aber vererblich. Der Übernehmer unterwirft sich wegen der vorstehend vereinbarten Zahlungspflicht und wegen der vorstehend bestellten Buchgrundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde, und zwar wegen der Grundschuld in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig ist. Vollstreckbare Ausfertigung darf ab dem 1.5.2009 ohne weitere Nachweise erteilt werden.

Es wird bewilligt und

**beantragt,**

diese Grundschuld für Frau Henriette Hochkalter einschließlich der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Grundbuch im Range nach der erwähnten Buchgrundschuld zu 50.000,-- EUR der Sparkasse Berchtesgadener Land und den Rechten der Eheleute Watzmann im Grundbuch einzutragen und dabei den Ausschluß ihrer Abtretbarkeit im Grundbuch ausdrücklich zu vermerken.

Schuldrechtlich vereinbaren die Beteiligten, dass diese Grundschuld ausschließlich den bedingten Zahlungsanspruch gemäß den vorstehenden Vereinbarungen sichert.

**zu 7.**

### **Sonstige Rechte im Grundbuch**

**a)**

#### **Wege- und Leitungsrechte als Beispiele für Grunddienstbarkeiten**

Soweit es zur Erschließung von Fl.Nr. 5 erforderlich ist, Fl.Nr. 4 zu nutzen, kommt die Eintragung eines Wegerechts (bzw. Geh- und Fahrrechts) sowie eines Leitungsrechts in Betracht. Diese Rechte sollen unabhängig von einer bestimmten Person als Berechtigten bestehen. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gemäß § 1090 BGB scheiden daher aus. Es kommen nur Grunddienstbarkeiten gemäß § 1018 BGB in Betracht.

Regelmäßig stellen sich dabei folgende Fragen:

- **Belastungsgegenstand** sollte regelmäßig ein (ganzes) Grundstück sein, weil eine echte Teilflächenbelastung gemäß § 7 GBO in der Praxis schwierig herbeizuführen ist. Die Praxis zieht bei der Bestellung einer Dienstbarkeit die Belastung des ganzen Grundstücks mit einer **konkreten Bestimmung des Ausübungsbereichs** (§ 1026 BGB setzt dies voraus; im Regelfall erfolgt dies durch Planeinzeichnung) der **echten Teilflächenbelastung** deshalb vor, weil § 7 II 2 i.V.m. § 2 III GBO, für die (echte) Teilflächenbelastung eine **amtliche Karte** fordert. Auch das von § 7 II 1 GBO angesprochene Problem der **Grundbuchverwirrung** stellt sich bei einer unechten Teilflächenbelastung nicht. Diese ist im Übrigen nämlich schon dann anzunehmen, wenn ein Grundpfandrecht der Dienstbarkeit im Rang vorgeht. Ein weiterer Vorteil der unechten Teilflächenbelastung ergibt sich aus der Möglichkeit zur „**lastenfreien Abschreibung**“ gemäß **§ 1026 BGB**. Wird also beispielsweise eine Teilfläche veräußert, auf die sich der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit nicht erstreckt, kann die veräußerte Teilfläche von der Dienstbarkeit ohne Bewilligung des Berechtigten durch bloßen Planvergleich freigegeben („abgeschrieben“) werden.
- Zu regeln sind etwaige **Nebenpflichten** wie die **Unterhaltung** und/oder die **Verkehrssicherungspflicht** der errichteten Anlagen; solche können jedoch nur in beschränktem Umfang (vgl. § 1021 BGB) verdinglicht werden; ggf. ist wiederum mit auflösenden Bedingungen zu arbeiten (vgl. hierzu bereits die Anmerkung zu Abschnitt 4. a)).
- Bei einer Grunddienstbarkeit ist Berechtigter der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Da durch Dienstbarkeiten „**ewiges Recht**“ geschrieben wird, sollte große Sorgfalt auf ihre Formulierung gelegt werden; zudem sollten sie „**vor der Bank**“ im Grundbuch eingetragen werden; die Banken gestehen dies auch regelmäßig zu, weil es sich etwa bei Wege- oder Leitungsrechten, die **keine Verwertungsrechte** sind, meist um keine wertmindernden Rechte handelt.
- Nochmals der Hinweis: Durch Dienstbarkeiten können **nur Duldungs- und Unterlassungspflichten** verdinglicht werden. Soll also etwa die Pflicht, einen Zaun zu errichten und zu unterhalten, grundbuchmäßig abgesichert werden, kommt nur eine Reallast in Betracht.

- Grundbuchrechtlich genügt die bloße **Bewilligung** der Eintragung einer Dienstbarkeit durch den Eigentümer des belasteten Grundbesitzes in grundbuchtauglicher Form (**§§ 19, 29, 39 GBO**). **Materiell-rechtlich** ist aber eine **Einigung und eine Eintragung (§ 873 BGB)** erforderlich.

**Formulierungsvorschlag** (Weggerecht):

Der Eigentümer von Fl.Nr. 4 der Gemarkung Königssee – nachstehend dienendes Grundstück genannt – bestellt zugunsten des jeweiligen Eigentümers von Fl.Nr. 5 Gemarkung Königssee – nachstehend herrschendes Grundstück genannt– eine

**Grunddienstbarkeit:**

mit folgendem Inhalt

Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes ist berechtigt, über die im beigefügten Lageplan **rot** eingezeichnete - in der Natur vorhandene bestehende - Auffahrtsfläche zu gehen und mit Fahrzeugen aller Art zu fahren bzw. gehen und fahren zu lassen, um Zugang zum herrschenden Grundbesitz zu erhalten.

Die Kosten der Instandhaltung und Unterhaltung des Weges und die Verkehrssicherungspflicht trägt der Eigentümer des herrschenden Grundstücks alleine.

Art und Umfang der Befugnis werden auch künftig durch die derzeitige, eingangs bezeichnete Nutzung des herrschenden Grundstücks bestimmt. Sollte sich die Nutzung ändern, darf die Zugangs- und Zufahrtsfläche dennoch nicht stärker in Anspruch genommen werden.

Die Beteiligten bewilligen und

**beantragen**

die Eintragung der vorstehend bestellten Grunddienstbarkeit am dienenden Grundbesitz zugunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundbesitzes im Rang vor Verwertungsrechten, jedenfalls aber vorerst an nächststoffener Rangstelle.

Der Eigentümer von Fl.Nr. 4 stimmt allen Gläubigererklärungen mit dem

Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug zu. Die Kosten des Rangrücktritts trägt der Berechtigte.

**b)****Durch Vormerkung gesicherte Rückübertragungspflicht**

1. Übergeber wünschen oftmals einen Schutz davor, dass der Übernehmer aus ihrer Sicht über den überlassenen Grundbesitz **„zu früh“ oder „falsch“ verfügt**. Sie wollen daher eine Sicherung gegen
  - Verfügungen des Übernehmers über den Vertraggrundbesitz (**Kontrollinteresse**),
  - eine ungewollte Vererbung des überlassenen Grundbesitzes (**Familienbindungsinteresse**)
  - den **Zugriff von Gläubigern** des Übernehmers
  - einen **Vermögensverlust durch ein Scheidungsverfahren** des Übernehmers.
2. Jedoch dürfen die mit einer Rückübertragungsmöglichkeit verbundenen **Nachteile** nicht übersehen werden. So wird der Übernehmer regelmäßig **psychologisch** dadurch **belastet**, dass ihm „alles noch nicht ganz gehört“. Rückübertragungsrechte schränken den Übernehmer nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich in seiner Verfügungsmacht ein, weil insbesondere auch die **Kreditaufnahme erschwert** ist. Banken sind regelmäßig nicht bereit, die zu ihren Gunsten bestellten Grundpfandrechte im Rang hinter einer Rückübertragungsvormerkung zu Gunsten des Übergebers (hierzu sogleich) zu akzeptieren. Zudem wird der **allgemeine Rechtsverkehr mit Immobilien eingeschränkt**. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund problematisch, dass die Überbergeneration immer älter wird. Der Übergeber kann oftmals im hohen Alter, etwa bei Geschäftsunfähigkeit, keine Erklärungen wie einen Rangrücktritt oder eine Zustimmung zu wirtschaftlich sinnvollen

Belastungen und Veräußerungen mehr abgeben. Schließlich ist die **rechtliche Ausgestaltung im Detail sehr kompliziert** und höchsttrichterlich nicht hinreichend abgesichert. Auch eine mögliche Pfändbarkeit durch Gläubiger des Rückerwerbsanspruches bei Vermögensverfall des Übergebers kann eine gegenteilige Wirkung haben als gewollt.

3. Nicht möglich ist es, in das Grundbuch ein (allgemeines) Verfügungsverbot einzutragen. Ein solches kann nur das Insolvenzgericht im Rahmen eines Insolvenzverfahrens gemäß § 21 II 1 Nr. 2 InsO eintragen. Der Gesetzgeber möchte nicht, dass der Rechtsverkehr mit Grundstücken durch Verfügungsverbote im Grundbuch dauerhaft erschwert wird (Verbot sog. „Rektratrechte“).
4. Als Ausweg bleibt nur, dem Übergeber vertraglich ein Rückforderungsrecht einzuräumen, das **zweistufig** ausgestaltet, also **doppelt bedingt**, sein sollte:

Es entsteht, wenn

- **erstens** ein bestimmter **Rückforderungstatbestand** verwirklicht wird (etwa Veräußerung, Vorversterben des Übernehmers und Vererbung an - aus der Sicht des Übergebers - „falsche Personen“, Insolvenz des Übernehmers; Einzelzwangsvollstreckung in den Grundbesitz durch Gläubiger des Übernehmers) und
  - **zweitens** der Übergeber den Rückerwerb form- und fristgerecht **verlangt**.
5. Sehr kompliziert sind die **Modalitäten der Rückabwicklung**, insbesondere wenn diese erst nach mehreren Jahrzehnten erfolgt und der Übernehmer bereits erhebliche Aufwendungen für den überlassenen Grundbesitz gemacht hat. Zu klären ist auch, ob der Rückforderungsanspruch vererblich und übertragbar ist.

6. Dinglich wird der Rückübertragungsanspruch durch Eintragung einer Eigentumsvormerkung im Grundbuch gesichert. Dies hat für den Übernehmer (die vom Übergeber durchaus gewollten und vorstehend beschriebenen) rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteile zur Folge. Für den Fall des Vorversterbens des Übernehmers kann diese Vormerkung noch mit einer Rückübertragungsvollmacht zu Gunsten des Übergebers kombiniert werden. Dieser kann dann das Eigentum **„im Wege der Selbstbedienung“** wieder auf sich umschreiben lassen.
7. **„Mildere Mittel“** im Vergleich zur Eintragung einer Rückübertragungsvormerkung sind lediglich schuldrechtliche Abreden, die bei einem Verstoß zu einer Schadensersatzpflicht oder einer etwa vereinbarten Vertragsstrafe führen.

**Formulierungsvorschlag:** Wenn das heute dem Übernehmer übergebene Eigentum an Grundbesitz ganz oder teilweise, durch Rechtsgeschäft, Erbfolge oder in anderer Weise zu Lebzeiten des Übergebers auf andere Personen übergeht als den Übernehmer oder dessen Abkömmlinge, kann der Übergeber verlangen, dass das ganze heute übergebene Eigentum an den Übergeber zurückübereignet wird. Wird vor dem Eigentumsübergang rechtsgeschäftlich eine Übereignungspflicht begründet oder ist das übergebene Eigentum in ein Insolvenzverfahren geraten oder länger als drei Monate von einem Zwangsvollstreckungsverfahren betroffen, so hat dies jeweils dieselben Wirkungen wie ein derartiger Eigentumsübergang.

Den Rückübereignungsanspruch kann nur der Übergeber persönlich geltend machen, und nur durch notariell beurkundete Erklärung, zu deren Wirksamkeit aber kein Zugang erforderlich ist. Er kann ihn auch wegen jedes weiteren anspruchsauslösenden Vorgangs geltend machen, aber nicht wegen solcher Umstände, die dem Übergeber schon länger als drei Jahre bekannt sind.

Dann gilt folgendes:

- a) Der Grundbesitz ist unter Ausschluß von Rechten wegen etwaiger Sachmängel in dem Zustand zurückzuübereignen, in dem er sich bei Zugang des Rückübereignungsverlangens befindet. Die Nutzungen für die Zeit ab Zugang des Rückübereignungsverlangens stehen dem Übergeber zu. Im übrigen erfolgt der wirtschaftliche Übergang entsprechend Abschnitt V. mit der Rückauflassung.
- b) Die Rückübereignung kann nur vom Ersatz solcher Verwendungen, Investitionen oder Aufwendungen abhängig gemacht werden, für welche ordnungsgemäße Rechnungen Dritter vorliegen, und nur insoweit, als hieraus noch eine Werterhöhung vorhanden ist.
- c) Die vom Übernehmer in dieser Urkunde übernommenen Leistungen entfallen für die Zeit ab Erfüllung des Rückerübereignungsanspruchs. Die Tilgung der in Abs. 1. der Anlage aufgeführten Verbindlichkeiten ist dem Übernehmer zu erstatten, dagegen nicht die von ihm erbrachten Leistungen auf Zinsen und andere Nebenpflichten.
- d) Der zurückzuübereignende Grundbesitz ist auf Kosten des heutigen Übernehmers freizustellen von Nutzungsrechten Dritter, soweit solche den Übergeber in unüblicher Weise verpflichten, sowie von allen Grundbuchbelastungen, die hinter der nachfolgend bewilligten Vormerkung eingetragen sind und auch nicht in dieser Urkunde bestellt oder übernommen wurden. Soweit danach kein Freistellungsanspruch besteht, wird der Übergeber alle damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten schuldbeitend übernehmen, durch Grundpfandrechte gesicherte Verbindlichkeiten aber nur insoweit, als diese wirtschaftlich für den zurückzuübereignenden Vertragsgegenstand begründet worden sind.
- e) Die Kosten der Rückübereignung und alle damit zusammenhängenden Verkehrsteuern trägt der heutige Übergeber. Im übrigen erfolgt die Rückübereignung unentgeltlich und ohne Ersatzansprüche des Übernehmers.

Im übrigen ist der Rückübereignungsanspruch nur übertragbar und vererblich, wenn er gemäß den vor a) festgelegten Bestimmungen geltend gemacht ist.

Es wird bewilligt und

**beantragt,**

zur Sicherung des vorstehend begründeten bedingten Rückübereignungsanspruchs eine Vormerkung für den Übergeber in das Grundbuch einzutragen. Die Vormerkung soll Rang nach den in dieser Urkunde bestellten oder übernommenen Rechten erhalten. Die Vormerkung erlischt mit dem Tod des Übergebers.

Die Beteiligten wurden vom Notar insbesondere über folgendes belehrt:

Die durch Vormerkung gesicherte Rückübereignungspflicht führt im praktischen Ergebnis dazu, dass der Übernehmer ohne Zustimmung des Übergebers den belasteten Grundbesitz nicht an Dritte veräußern und nicht zur Sicherung von Darlehen verwenden kann.

Aufwendungen des Übernehmers für den betroffenen Grundbesitz können bei Geltendmachung des Rückübereignungsanspruchs verloren sein.

Wenn der Übergeber seiner Vormerkung jetzt oder später andere Belastungen im Range vorgehen läßt, kann dies die Durchsetzung eines Rückübereignungsanspruchs gefährden. Ebenso kann das automatische Erlöschen der Vormerkung die Durchsetzung eines entstandenen Rückübereignungsanspruchs nach dem Tod der Berechtigten erschweren.

**zu 8.**

### **Überlassung unter Nießbrauchsvorbehalt**

Es sind zwei Fragenkomplexe voneinander zu trennen:

1. Zum einen ist das **Erwerbsverhältnis** der Kinder zu klären. In Betracht kommen:

- Erwerb durch die Kinder als **Gesellschafter** (etwa als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts, §§ 705ff. BGB),
- Erwerb durch die Kindern **als Miteigentümer** zu gleichen Anteilen mit oder ohne Benutzungsregelung gemäß § 1010 BGB (jedes Kind erhält einen ideellen Anteil am überlassenen Grundbesitz; durch die Regelung der Benutzung können einzelnen Kindern einzelne Wohnungen zugewiesen werden, wobei die Zuweisung nicht zu sonderrechtsfähigem Eigentum führt)
- **Aufteilung des Mietshauses in Wohnungs- und Teileigentum** vor der Überlassung gemäß § 8 WEG (Teilung durch Übergeber als Eigentümer; anschließend Überlassung der einzelnen sonderrechtsfähigen Einheiten an die Kinder) oder durch die Kinder als Miteigentümer gemäß § 3 WEG nach der Überlassung.

Welche Gestaltung sinnvoll ist, muss im Einzelfall entschieden werden. Vorteil der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum ist eine gewisse Unabhängigkeit der Erwerber voneinander. Die einzelnen Einheiten können separat veräußert und belastet werden.

2. Die von den Eltern gewünschten Rechte (Mietzins steht ihnen allein zu, sie tragen aber auch weiterhin alle Lasten) lassen sich am besten durch Vereinbarung eines sog. **Vorbehaltsnießbrauchs** erreichen, §§ 1030ff. BGB. Der Nießbrauch berechtigt den Nießbraucher dazu, sämtliche Nutzungen zu ziehen. Umgekehrt verpflichtet er den Nießbraucher grundsätzlich auch alle gewöhnlichen Lasten zu tragen, vgl. § 1047 BGB; hierzu sogleich. Der Nießbrauch gehört systematisch zu den Dienstbarkeiten. Bei ihm handelt es sich um ein umfassendes dingliches Nutzungsrecht. Der einer natürlichen Person eingeräumte Nießbrauch ist nicht übertragbar (§ 1059 S. 1 BGB) und nicht vererbbar (§ 1061 BGB). Der Nießbraucher kann im Rahmen den Nießbrauchs auch die dem Nießbrauch unterliegenden Räume an Dritte vermieten. Die tatsächliche Nutzung haben die Mieter, die Mieteinnahmen als

„Nutznießungen“ stehen dem Nießbraucher zu, der Eigentümer duldet all dies, § 1030 BGB.

3. Steuerrechtlich wird unterschieden zwischen einem Vorbehaltsnießbrauch und einem Zuwendungsnießbrauch:
  - Ein **Vorbehaltsnießbrauch** entsteht, wenn sich der Eigentümer an einem von ihm übertragenen Vermögenswert den Nießbrauch vorbehält (Merke: „Eigentum geht über, Nutzung bleibt“).
  - Ein **Zuwendungsnießbrauch** entsteht, wenn der Eigentümer einem anderen den Nießbrauch einräumt (Merke: „Eigentum bleibt, Nutzungsrecht geht über“).
  
4. Beim Nießbrauch stehen **sämtliche Nutzungen** grundsätzlich dem Nießbraucher zu, soweit nicht ein Fall der §§ 1039, 1040 BGB vorliegt. Als Inhalt des Nießbrauchs kann aber vereinbart werden, dass bestimmte Nutzungen davon ausgeschlossen sind, also beim Eigentümer verbleiben (§ 1030 II BGB). Zulässig ist etwa ein sog. **Quotennießbrauch**, nach dessen Inhalt nur ein bestimmter Bruchteil der Nutzungen des Nießbrauchsgegenstandes dem Nießbraucher zustehen soll und dieser demgemäß auch nur einen entsprechenden Bruchteil der Lasten zu tragen hat.
  
5. Regelmäßig zu klären ist, wer die Lasten trägt. Das Gesetz sieht hierzu in den §§ 1041, 1047 BGB folgende Verteilung vor:
  - Vom **Nießbraucher** sind die **gewöhnlichen Unterhaltungslasten** zu tragen, also solche Lasten, die bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung regelmäßig, also wiederkehrend und innerhalb kürzerer Zeitabstände, zu erwarten sind, wie öffentlichen Lasten (Bsp: Grundsteuer, Betriebskosten).
  - Zu den **außergewöhnlichen Unterhaltungslasten und Erneuerungsmaßnahmen** und den außerordentlichen öffentlichen Lasten (Bsp: größere Reparaturen, Herstellungsbeiträge an die Gemeinde) schweigt das Gesetz, so dass insoweit eine Pattsituation

zwischen Nießbraucher und Eigentümer besteht, die ohnehin der vertraglichen Klärung bedarf.

6. Aus einkommensteuerrechtlicher Sicht ist es jedoch regelmäßig sinnvoll, dass der derjenige, der die Einnahmen hat, auch alle Lasten trägt. Wegen des einkommensteuerrechtlichen **Korrespondenzprinzips** sollten also beim Vorbehaltsnießbrauch für die Dauer des Nießbrauchs alle Lasten beim Übergeber verbleiben. Er kann dann im Rahmen der Werbungskosten entsprechende Abzüge von seiner Einkommensteuerlast erreichen. Dem Übernehmer steht diese Möglichkeit nicht zu, weil er auch keine Einnahmen hat. Mit anderen Worten: Aus steuerlichen Gründen sollte darauf geachtet werden, dass derjenige, der die Einnahmen (etwa aus Vermietung und Verpachtung) hat, auch die Ausgaben trägt.

#### zu 9.

### Überlassung und Kreditverpflichtungen

#### a)

#### Freistellungspflicht

1. Ist der zu überlassende Grundbesitz mit Grundschulden belastet, die noch valutiert sind, ist nicht nur die Frage zu klären, wer künftig die Kredite bedient, sondern auch wer den Grundbesitz mit neuen Schulden belasten kann. Regelmäßig sind dabei folgende Interessen zu berücksichtigen, wenn eine Übernahme der Verbindlichkeiten durch den Übergeber beabsichtigt ist:
  - **Befreiung des Übergebers von der Haftung** für die gesicherten Verbindlichkeiten und von der Haftung aus dem in der Grundschuldbestellungsurkunde abgegebenen abstrakten Schuldversprechen,

- **gleichwertige Sicherheiten für die Bank** gegenüber dem Übernehmer,
  - **ununterbrochen wirksamer Sicherungsvertrag**, zunächst mit dem Übergeber und anschließend mit dem Übernehmer,
  - Keine Möglichkeit des Übergebers mehr, die Grundsuld oder nicht valutierte Grundsuldteile oder Rückgewähransprüche zur Sicherung eigener Verbindlichkeiten zu verwenden.
2. Schuldrechtlich ist hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeiten eine **Schuldübernahme gemäß §§ 414f. BGB** erforderlich. Auf eine zwischen Übergeber und Übernehmer vereinbarte befreiende Schuldübernahme nach Maßgabe von § 415 BGB (hierzu ist die Zustimmung des Gläubigers erforderlich) finden jedoch möglicherweise die **§§ 491ff. BGB** (früheres Verbraucherkreditgesetz) Anwendung. Dies führt - auch bei notarieller Beurkundung - zu den gemäß § 491 III Nr. 1 BGB vorgeschriebenen **Informationspflichten**, deren Verletzung die Gültigkeit des ganzen Vertrags gefährdet (§ 494 BGB).
3. In der Praxis zweckmäßig und weitgehend üblich ist es daher, eine Freistellungspflicht zu vereinbaren, bei der – anders als bei der Schuldübernahme - nicht der Weg vorgegeben ist, sondern nur das Ziel: Ziel ist es, den Übergeber aus der Haftung für die bisherigen Verbindlichkeiten vollständig zu befreien. Wie der Übernehmer dies bewerkstelligt, etwa durch Vereinbarung einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB mit dem Gläubiger, Abschluß eines neuen Darlehensvertrages bei derselben Bank oder bei einer anderen Bank, ist ihm freigestellt. In jedem Fall muss vereinbart werden, dass der Sicherungsvertrag entsprechend geändert ist. Zudem müssen Rückgewähransprüche aus der Grundsuld an den neuen Eigentümer übertragen werden.

**Formulierungsvorschlag:**

Der Übergeber ist Schuldner von Verbindlichkeiten gegenüber der Postbank (Darlehensnummer und Stand), gesichert durch die Brief-

grundschuld zu 200.000,-- EUR.

Der Übernehmer verpflichtet sich dem Übergeber gegenüber, den Übergeber von diesen Verbindlichkeiten mit Wirkung ab ??? (= Stichtag) freizustellen. Dem Übernehmer steht es frei, dies zu bewirken, indem er mit dem Gläubiger eine befreiende Schuldübernahme vereinbart oder indem er die Verbindlichkeiten tilgt und mit diesem oder einem anderen Gläubiger ausschließlich im eigenen Namen eine neue Darlehensverbindlichkeit begründet oder indem er auf andere Weise die Freistellung des Übergebers herbeiführt. Hierbei handelt es sich um eine wesentliche Pflicht des Übernehmers, deren Erfüllung der Übernehmer dem Übergeber innerhalb von drei Monaten ab heute durch Bestätigung des Gläubigers nachzuweisen hat. Die Bestätigung darf an die Bedingung geknüpft sein, dass der Übernehmer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird. Die Vorlage dieser Urkunde zur Eigentumsumschreibung auf den Übernehmer soll nicht davon abhängen, dass dem Notar die Erfüllung der Freistellungspflicht durch schriftliche Bestätigung des Übergebers oder des Gläubigers nachgewiesen ist.

Die vorstehend aufgeführte Briefgrundschuld soll bestehen bleiben. Alle daran bestehenden Eigentümerrechte werden hiermit mit Wirkung ab Eigentumsumschreibung auf den neuen Eigentümer übertragen. Entsprechende Grundbucheintragungen werden bewilligt.

Was die Sicherungsgrundschuld angeht, vereinbaren Übergeber und Übernehmer hiermit mit Wirkung ab dem vorgenannten Stichtag im eigenen Namen und namens des Grundschuldgläubigers vorbehaltlich dessen Zustimmung folgendes:

Der Sicherungsvertrag wird dahingehend geändert, dass die eingetragene Briefgrundschuld folgende Verbindlichkeiten sichert:

- Die vorstehend aufgeführten derzeitigen Verbindlichkeiten;
- Künftige - auch bedingte oder befristete - Verbindlichkeiten des Übernehmers.

Jede persönliche Haftung des Übergebers aus der Grundschuldbestellungsurkunde erlischt.

Der Übernehmer bekennt durch dieses abstrakte Schuldversprechen, der Postbank einen sofort fälligen Betrag in Höhe von 200.000,-- EUR zu schulden nebst 16 % Jahreszinsen hieraus ab heute, die immer am Ende eines Kalenderjahres nachträglich fällig sind. Der Übernehmer unterwirft sich wegen dieser Zahlungspflicht der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. Dieses Schuldversprechen und die Zwangsvollstreckungsunterwerfung sichern in gleicher Weise Verbindlichkeiten des Übernehmers gegenüber dem betreffenden Gläubiger wie dies vorstehend vereinbart ist.

Zu diesen Vereinbarungen ist die Zustimmung des Gläubigers und dessen Erklärung erforderlich, dass der Übergeber für die vorgenannten Verbindlichkeiten nicht mehr haftet. Die Beteiligten ersuchen und bevollmächtigen den Notar, den Gläubiger um eine entsprechende schriftliche Erklärung zu bitten. Der Notar soll dem Gläubiger zur Abgabe dieser Erklärung ohne weiteren Nachweis eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde übersenden. Etwaige Kosten der Durchführung vorstehender Vereinbarungen sowie eine etwaige Vorfälligkeitsentschädigung trägt der Übernehmer.

#### zu b)

#### Stehenlassen von Grundschulden

Auch bei nicht mehr valuierten Grundschulden muss geklärt werden, wer künftig **neue Verbindlichkeiten** unter den Schirm dieser Grundschulden stellen kann. Regelmäßig wird dies der Übernehmer sein. Entsprechend sind die **Eigentümerrechte** und **Rückgewähransprüche** auf den Übernehmer zu übertragen. Behält sich der Übergeber Rechte am überlassenen Grundbesitz vor, sind Rangfragen zu klären (vgl. hierzu bereits ausführlich Abschnitt 5 b.).

D.

**Muster einer notariellen Urkunde**

I.

**Allgemeine Hinweise zum Urkundsaufbau**

1. Das Beurkundungsverfahren ist im Beurkundungsgesetz von 1967 (und nicht in § 128 BGB!) geregelt. Über rechtsgeschäftliche Erklärungen ist eine Niederschrift nach §§ 8ff. BeurkG aufzunehmen, die den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorzulesen und sodann von ihnen zu genehmigen und zu unterschreiben ist. Es findet also eine **Beurkundungsverhandlung** statt.
2. Das Beurkundungsgesetz enthält nur wenige Vorschriften zum Urkundsaufbau. In der **Kautelarpraxis** haben sich jedoch gewisse Konventionen herausgebildet. Eine Grobgliederung könnte demgemäß wie folgt aussehen (vgl. auch § 9 BeurkG)

**Urkundseingang**

- Ort, Datum,
- Bezeichnung des Notars und der Beteiligten, §§ 9 I 1 Nr. 1, 10 I BeurkG,
- Feststellungen zur Identität der Beteiligten, § 10 II BeurkG,
- Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit, § 11 BeurkG, soweit veranlaßt,
- Feststellungen zur Vertretungsberechtigung, § 12 BeurkG, soweit veranlaßt,
- Feststellung, dass das Grundbuch oder der Brief (bei Briefpfandrechten) eingesehen wurde, § 21 BeurkG, soweit veranlaßt.

**Erklärungen der Beteiligten**

(§ 9 I 1 Nr. 2 BeurkG)

**I.**

**Grundbuch- und Sachstand**

**II.**

**Leistungen des Veräußerers**

(z.B. Verkauf oder Überlassung)

**III.**

**Leistungen des Erwerbers**

(z.B. Kaufpreiszahlung, Einräumung von Rechten, Pflichtteilsverzicht)

**IV.**

**Erklärungen zum dinglichen Vollzug**

(Auflassung, Vormerkung)

**V.**

**Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten**

**VI.**

**Umfang der Veräußererpflichten**

(Gewährleistungsfragen, insb. (negative) Beschaffenheitsvereinbarungen, Ausschluß der Mängelrechte)

**VII.**

**Vollmacht des Notars, Belehrungen, Kosten, Abschriften**

II.

**Muster einer vollständigen Überlassungsurkunde**

*(Hinweis: Alle Kinder werden als volljährig behandelt!)*

URNr. /2009

**Überlassung unter Nießbrauchsvorbehalt**

Heute, den dreizehnten August

Zweitausendneun

- 13. August 2009-

erschieden gleichzeitig vor mir,

**Dr. Gunnar Götschen ,**

Notar in Berchtesgaden, in meinen Amtsräumen in Berchtesgaden:

1. Herr Waldemar **Watzmann**, geb. am 1.4.1937, Gastwirt in 83471 Schönau am Königssee, Am See 13, und seine Ehefrau Frau Walburga **Watzmann** ...
2. die Kinder der Eheleute Watzmann
  - a) Herr Ruprecht **Watzmann** ...
  - b) Herr Ulrich **Watzmann-Kar** ...
  - c) Frau Henriette **Hochkalter** ...
  - d) Frau Gabriele **Göll** ...

Die Erschienenen wiesen sich aus durch ihre deutschen Personalausweise.

Über den Grundbuchinhalt habe ich mich unterrichtet.

Die Erschienenen erklärten mit dem Ersuchen um Beurkundung was folgt:

I.

**Grundbuch- und Sachstand**

1. Im Grundbuch des Amtsgerichts Laufen für  
Königssee Blatt 4711  
sind die Eheleute Waldemar und Walburga Watzmann als Eigentümer  
in Gütergemeinschaft u.a. des in der Gemarkung Königssee gelegenen  
und nachstehend beschriebenen Grundbesitzes eingetragen:

Fl.Nr. 6 An der Rodelbahn, Gebäude- und Freifläche zu 2.000 m<sup>2</sup>

In Abteilung II des Grundbuchs sind keine Belastungen eingetragen. In  
Abteilung III des Grundbuchs ist eine Buchgrundschuld zu 350.000,--  
EUR zu Gunsten der Deutschen Bank AG, München eingetragen.

2. Nach Angabe der Beteiligten
- ist die Brandversicherungsstammsumme 1914 der darauf be-  
findlichen Gebäude (Baujahr 1975) 73.400,-- DM
  - ist vorgenannter Grundbesitz nicht Bestandteil eines Be-  
triebsvermögens, sondern Privatvermögen,
  - haben und hatten die Eheleute Watzmann nur vier Kinder,
  - sichert die eingetragene Grundschuld noch Verbindlichkeiten  
der Eheleute Watzmann in Höhe von ca. 230.000,-- EUR.

II.

**Überlassung**

Herr Waldemar **Watzmann** und Frau Walburga **Watzmann**

- nachfolgend auch "**Veräußerer**" genannt -

überlassen hiermit

a n

ihre Kinder

- a) Herrn Ruprecht **Watzmann**,
- b) Herrn Ulrich **Watzmann-Kar**,
- c) Frau Henriette **Hochkalter** und
- d) Frau Gabriele **Göll**

- nachfolgend auch "**Erwerber**" genannt, auch wenn es sich um mehrere Personen handelt -

zum Miteigentum zu gleichen Anteilen den vorbeschriebenen Grundbesitz mit allen Rechten und Pflichten, Bestandteilen und dem Zubehör, soweit es bei Erlöschen des nachstehend bestellten Nießbrauchs dem Veräußerer gehört.

### III.

#### **Nießbrauch, Abfindung, Ausstattung**

1. Die Eheleute Waldemar und Walburga Watzmann behalten sich auf Lebensdauer des längerlebenden Eheteils einen Nießbrauch am Vertragsgegenstand vor, kraft dessen Nutzungen und Lasten grundsätzlich bei ihnen verbleiben.

Für diesen Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen mit folgenden Besonderheiten:

Die Berechtigten haben für die Dauer des Nießbrauchs alle Lasten der Nießbrauchsgegenstände zu tragen, also auch außerordentliche Lasten und solche Lasten, die als auf den Stammwert gelegt anzusehen sind, wie insbesondere Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch und nach anderen Rechtsvorschriften und außerordentliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen.

Es wird bewilligt und

**beantragt,**

den Nießbrauch für die Eheleute Watzmann als Berechtigte in Gütergemeinschaft mit der Maßgabe, dass der überlebende Ehepartner alleinberechtigt ist, am Vertragsgegenstand im Grundbuch an nächstfolgender Rangstelle einzutragen mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des/der betreffenden Berechtigten genügt.

Die Nießbrauchsberechtigten vereinbaren, dass im Verhältnis zwischen ihnen die Rechte und Pflichten aus diesem Vorbehaltsnießbrauch entsprechend den überlassenen Miteigentumsanteilen zu gleichen Teilen verteilt sind und nach dem Tod eines Berechtigten dem überlebenden Berechtigten allein zustehen.

Die Berechtigten dürfen den Nießbrauch jederzeit einseitig aufgeben, indem sie seine Löschung im Grundbuch bewirken.

2. Die Erwerber verzichten jeweils mit Wirkung für sich und für ihre Abkömmlinge auf ihren gesetzlichen Pflichtteil gegenüber ihrem Vater und ihrer Mutter. Der Verzicht gilt unabhängig von der künftigen Entwicklung der Vermögensverhältnisse und unabhängig davon, wer Erbe wird. Die Eltern der Erwerber nehmen diesen Verzicht an.

Der Notar hat die Beteiligten insbesondere über folgendes belehrt:

- a) Durch den Verzicht verlieren die Erwerber den Pflichtteil, nicht jedoch das gesetzliche Erbrecht und ein Erbrecht aufgrund Verfügungen von Todes wegen ihrer Eltern.
- b) Der Verzicht bewirkt also im Wesentlichen, dass die Erwerber Erb- und Übergaberegeln ihrer Eltern nicht mit eigenen Ansprüchen durchkreuzen können.

3. Im übrigen erhält der Erwerber die heutige Zuwendung unentgeltlich als Schenkung, deren Wert die Beteiligten nicht beziffern möchten, die aber bewirkt, dass sie wegen aller für den Vertragsgrundbesitz gemachten Aufwendungen abgefunden sind.

#### IV.

#### **Auflassung**

Die Vertragsteile sind über den unter II. vereinbarten Eigentumsübergang einig. Sie bewilligen und

#### **beantragen,**

diesen Eigentumsübergang in das Grundbuch einzutragen.

Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs des Erwerbers wird bewilligt, zunächst aber nicht beantragt.

#### V.

#### **Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten**

1. Besitz, Nutzungen, Lasten, Haftpflichtrisiko und Gefahr gehen vorbehaltlich des Nießbrauchs sofort auf den Erwerber über.
2. Der Erwerber trägt alle Erschließungskosten nach dem Baugesetzbuch und nach anderen Rechtsvorschriften, die ab Ende des Nießbrauchs fällig werden, auch soweit Erschließungsanlagen bereits hergestellt sind. Dasselbe gilt für etwaige vom Erwerber zuvor schon bezahlte Erschließungskosten.

VI.

**Umfang der Pflichten des Veräußerers**

1. Der Veräußerer hat dem Erwerber das Eigentum zu verschaffen frei von im Grundbuch eingetragenen Belastungen und Beschränkungen, soweit sie der Erwerber nicht jeweils ausdrücklich in dieser Urkunde übernimmt. Die Beteiligten beantragen den Grundbuchvollzug aller dazu geeigneten Erklärungen.
2. Im Übrigen werden Rechte des Erwerbers wegen offener oder verborgener Mängel ausgeschlossen. Insbesondere hat der Erwerber eine etwaige Vermietung des Vertragsgegenstands über die Dauer des Nießbrauchs hinaus im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hinzunehmen.
3. Die eingetragene Grundschuld soll auch nach der Eigentumsumschreibung im Range vor dem Nießbrauch bestehen bleiben, aber während der Dauer des Nießbrauchs zur Sicherung **neuer** Verbindlichkeiten nur verwendet werden, soweit alle heutigen Vertragsteile zustimmen. Demgemäß werden hiermit alle Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche hinsichtlich dieser Grundschuld abgetreten, und zwar
  - a) mit sofortiger Wirkung in der Weise, dass sie während der Dauer des Nießbrauchs den heutigen Vertragsteilen als Gesellschaftern des bürgerlichen Rechts zustehen,
  - b) mit Wirkung ab Beendigung des Nießbrauchs an die Erwerber als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts.

Entsprechende Grundbuchberichtigung wird bewilligt. Der Notar hat darüber belehrt, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche der Grundschuldgläubigerin gegenüber erst wirkt, wenn sie dieser angezeigt ist. Sie werden diese Anzeige selbst vornehmen und den bei der Grundschuldgläubigerin bestehenden Sicherungsvertrag (Zweckbestimmungserklärung) dahingehend ändern, dass die Grundschuld während der Dauer des

Nießbrauchs neue Verbindlichkeiten nur sichert, soweit alle heutigen Vertragsteile zugestimmt haben.

5. Die eingetragenen Grundschuld sichert derzeit noch Verbindlichkeiten des Nießbrauchers, der verpflichtet bleibt, diese gemäß den Vereinbarungen im Darlehensvertrag zu tilgen und zu verzinsen. Von dem danach bei Erlöschen des Nießbrauchs verbleibenden Rest dieser Verbindlichkeiten hält der Erwerber mit Wirkung ab Erlöschen des Nießbrauchs alle etwaigen sonstigen Schuldner vollständig frei. Die ungefähre heutige Höhe dieser Verbindlichkeiten und die für sie geltenden Bestimmungen sind dem Erwerber bekannt.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass zur Freistellung der sonstigen Schuldner die Zustimmung des Gläubigers erforderlich ist. Diese wird der Erwerber nach Erlöschen des Nießbrauchs unverzüglich besorgen; soweit dies nicht gelingt, hat der Erwerber auf Verlangen auch nur eines Mitschuldners die übernommenen Verbindlichkeiten unverzüglich vollständig zu tilgen. Etwaige Kosten der Durchführung vorstehender Vereinbarungen trägt der Erwerber.

## VII.

### Vollmacht des Notars

Die Beteiligten erteilen dem Notar Vollmacht, sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten und die zur Wirksamkeit oder zum Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen und Genehmigungen einzuholen und entgegenzunehmen.

Anfechtbare Bescheide sind aber den Beteiligten selbst zuzustellen.

## VIII.

### Belehrungen

Der Notar hat die Beteiligten insbesondere über folgendes belehrt:

1. Alle Vereinbarungen, auch Nebenabreden, müssen richtig und vollständig beurkundet sein. Nicht beurkundete Vereinbarungen sind nichtig und können zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages führen.
2. Der jeweilige Eigentümer haftet unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen für öffentliche Abgaben.
3. Der Erwerber wird erst Eigentümer, wenn der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen ist. Hierzu ist die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts erforderlich.
4. Der Notar hat keine steuerliche Beratung übernommen, sondern den Beteiligten empfohlen, sich vor der Beurkundung über die steuerlichen Auswirkungen dieser Urkunde anhand eines Entwurfs von einem Steuerberater beraten zu lassen.

## IX.

### Kosten und Steuern

Unabhängig von der nach dem Gesetz bestehenden Gesamthaftung aller Beteiligten übernimmt der Erwerber die Kosten für Notar, Grundbuchamt, Lastenfreistellung und alle Genehmigungen sowie etwaige durch diese Urkunde ausgelöste Verkehrsteuern.

**X.**

**Ausfertigungen und Abschriften**

Von dieser Urkunde erhalten

1. Ausfertigungen:  
jeder Vertragsteil nach Eigentumsumschreibung,
2. beglaubigte Abschrift:  
das Grundbuchamt,
3. einfache Abschriften:  
jeder Vertragsteil,  
die Grunderwerbsteuerstelle des Finanzamts,  
das Finanzamt -Schenkungssteuerstelle-.