

## Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht

Bearbeitet von  
Dr. Markus Sikora, Dr. Andreas Mayer

4., neu bearbeitete Auflage 2015. Buch. XII, 206 S. Kartoniert

ISBN 978 3 8006 4973 0

Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

Gewicht: 659 g

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Lösungshinweise

### A. Vorbemerkung, Gestaltungsziele und Interessen

#### I. Vorbemerkung

Das Thema Vermögensübertragung ist in der Praxis von außerordentlicher Bedeutung. Jedes Jahr werden erhebliche Vermögenswerte an die nächste Generation übertragen. Vor allem im Rahmen der »vorweggenommenen Erbfolge«, die als Begriff zwischenzeitlich sogar in das BGB (§ 593a) Eingang gefunden hat, werden verschiedene Ziele verfolgt. Eine von *Bengel*<sup>281</sup> auf dem Deutschen Juristentag 2002 vorgestellte Untersuchung hat unter anderem 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%).

453, 454

Die notarielle Praxis kennt die vorweggenommene Erbfolge vor allem in der Form des »Übergabevertrags« oder des »Überlassungsvertrags«. Bisweilen ist hiermit ein echter Generationennachfolgevertrag gemeint, der im Wesentlichen dadurch geprägt ist, dass die nächste Generation in eine wenigstens teilweise existenzsichernde Wirtschaftseinheit nachrückt. Dieser Vertragstyp ist vor allem aus dem Bereich der Landwirtschaft bekannt. Aber auch außerhalb dieses Bereichs werden vor allem Immobilien – meist aus steuerlichen Überlegungen heraus – an die nächste Generation übertragen.

455

#### II. Die Interessen der Eltern

Die Eheleute Watzmann möchten ihre Grundstücke sowie das Gasthaus als wesentlichen Teil ihres Vermögens an die nächste Generation übergeben. Ihnen ist daran gelegen, das Eigentum möglichst rasch zu übertragen, um die Vorteile des geltenden Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts zu sichern. Ihr Sohn Ulrich soll aber auch in der Lage sein, eigenständig zu wirtschaften. Sie selbst benötigen zur Altersversorgung neben einem monatlichen Taschengeld vor allem ein lebenslanges Wohnrecht. Hierbei ist es für sie entscheidend, dass diese Rechte verlässlich gesichert sind. Auch soll die lebzeitige Übertragung Streit zwischen den Kindern vermeiden und den Eltern Gestaltungsfreiheit verschaffen, wenn sie ihr Restvermögen vererben. Letztlich sieht der »Übergabeplan« der Eltern vor, dass auch die weichenden Geschwister angemessene Vermögenswerte (Geldabfindung, Bauplatz, Taschengeldzahlung) erhalten.

456

#### III. Die Interessen des Erwerbers

Auch Sohn Ulrich will eine etwaige Steuerbelastung möglichst gering halten. Ihm ist zudem daran gelegen, dass die Übertragung des Grundbesitzes an ihn gesichert ist. Im Verhältnis zu seinen Geschwistern soll vermieden werden, dass diese nach dem Tod der Eltern wegen der Übertragung der Immobilie irgendwelche Ergänzungsansprüche gegen ihn erheben können. Kritisch ist hier vor allem die Position des nichtehelichen Kindes Hans zu sehen. Den Kredit, den Ulrich zur Renovierung benötigt, möchte er im Grundbuch möglichst durch eine erstrangige Grundschuld absichern, weil er so einen günstigen Zins von der Bank bekommt.

457

<sup>281</sup> MittBayNot 2003, 275.

#### IV. Die Interessen der weichenden Geschwister

- 458 Tochter Henriette soll für den Verzicht auf »ihren Anteil« am Vermögen der Eltern eine (einmalige) Ausgleichzahlung von ihrem Bruder Ulrich erhalten. Neben einem möglichst steuerfreien Erwerb der vereinbarten 50.000 EUR ist ihr vor allem daran gelegen, dass ihr Zahlungsanspruch, den sie zwei Jahre zu stunden bereit ist, hinreichend gesichert ist. Ruprecht möchte bis zum Alter von 25 Jahren eine monatliche Zahlung iHv 400 EUR von Ulrich zu erhalten, die zudem wertgesichert sein soll, ihm also einen Inflationsausgleich gewährt. Zudem müssen Zugang und Versorgung zu dem ihm zugeordneten Bauplatz auf Dauer gesichert sein.

#### B. Zu Frage 1 a) – Vermeidung von Ansprüchen der Kinder nach dem Tod der Eltern

- 459 Soweit Kinder aus dem Elternvermögen Zuwendungen erhalten, stellt sich oftmals die Frage, ob es sich um eine Schenkung (§ 516 BGB) oder um eine Ausstattung (§ 1624 BGB) handelt. Rechtsgrund einer Ausstattung ist keine Schenkung, sondern sie ist »causa sui generis«.<sup>282</sup> Als Ausstattung gilt, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zur Begründung 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 528 ff. 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 aber regelmäßig 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. Bereits insoweit sollte also der Vertragsgestalter klarstellen, welcher Rechtsgrund der Vermögensübertragung zugrunde liegt. Formulierungen wie »erhält A den Grundbesitz im Wege der vorweggenommenen Erbfolge« sind somit schon vor dem Hintergrund des § 2050 BGB nicht angezeigt, weil eine – auch ungewollte – Ausgleichung zu einem Verrechnungsanspruch im Rahmen der Erbauseinandersetzung unter Abkömmlingen führen würde.
- 460 Noch wichtiger ist es jedoch, die Auswirkungen von lebzeitigen Zuwendungen auf den Erb- und Pflichtteil des Erwerbers und weiterer Berechtigter zu bedenken. Grundsätzlich ist jeder Erblasser frei, über sein Vermögen zu verfügen. Wichtige Einschränkung der Testierfreiheit neben § 138 BGB ist jedoch das Pflichtteilsrecht, §§ 2303 ff. BGB. Gem. § 2303 I 1 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 im Gegensatz zum Erben nicht dinglich am Nachlass teil, sondern hat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch in Geld (§ 2317 I BGB) gegen diesen. An einer etwa entstehenden Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB) ist er nicht beteiligt. Der Pflichtteilsanspruch kann dem Berechtigten einseitig nur gem. §§ 2333 ff. BGB entzogen werden.
- 461 Um sicherzustellen, dass der Erwerber oder andere Pflichtteilsberechtigte im Todesfall des Veräußerers keine (weiteren) Ansprüche gegen den/die Erben geltend machen und damit letztlich das vom Übergeber gewählte Übertragungskonzept durchkreuzen, sind folgende Gestaltungen denkbar:
- 462 • **Ausgleichsanordnung gem. § 2050 III BGB:** Sie bewirkt nicht den Verlust der Erbentstellung, sondern nur eine Verringerung des Erbauseinandersetzungsanspruchs nach

<sup>282</sup> Palandt/Diederichsen § 1624 Rn. 3.

§§ 2050 ff. BGB. 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 (→ Rn. 459) und vor allem
- sie nur unter Kindern stattfindet und nicht gegenüber dem Ehegatten und anderen Beteiligten.
- **(einseitige) Anrechnungsbestimmung gem. § 2315 BGB**, also Anordnung des (künftigen) Erblassers, dass der Wert der Zuwendung auf den gesetzlichen Pflichtteil des Empfängers anzurechnen ist. Die Anrechnung nach § 2315 BGB schmälert somit den Pflichtteil des Anrechnungsberechtigten. Sie setzt eine lebzeitige, freigiebige Zuwendung des Erblassers und vor allem eine Anrechnungsbestimmung voraus. Erforderlich ist somit eine einseitige Willenserklärung des Erblassers, die dem Pflichtteilsberechtigten vor oder mit der Zuwendung zugeht. Eine nachträgliche Anordnung ist unwirksam. Die einseitige Anrechnungsbestimmung führt indes häufig zu erheblichen Bewertungsschwierigkeiten insbes. bei Grundbesitz (Bildung eines fiktiven Nachlasswerts oder Ermittlung des Werts der Zuwendung). Sie sollte daher nur gewählt werden, wenn eine Vereinbarung zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten nicht erzielt werden kann. 463
- **Erbverzicht gem. § 2346 I 1 BGB**: § 2346 I 1 BGB erlaubt den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht durch Vertrag zwischen dem Erblasser einerseits und dem Ehegatten bzw. einer mit dem Erblasser verwandten Person andererseits. Der wirksame Erbverzicht führt zur Fiktion des Vorversterbens (§ 2346 I 2 BGB), der Verzichtende ist also von der gesetzlichen Erbfolge in gleicher Weise ausgeschlossen, wie wenn er beim Erbfall des Erblassers bereits nicht mehr gelebt hätte. Allerdings bezieht sich der Verzicht nur auf das gesetzliche Erbrecht, sodass der Erblasser den Verzichtenden gleichwohl noch durch Verfügung von Todes wegen als Vermächtnisnehmer oder als Erbe einsetzen kann. In der Praxis wird der Erbverzicht indes selten gewählt. Er ist auch in der vorliegenden Klausurkonstellation den Beteiligten nicht zu empfehlen. Der Grund hierfür ist, dass die Vorversterbensfiktion zwangsläufig dazu führt, dass sich die gesetzliche Erbquote und damit zwangsläufig auch die Pflichtteilsquote der anderen Beteiligten erhöht. Vor allem im Hinblick auf den nicht ehelichen Sohn Hans (hierzu näher in Teil II) würde ein Erbverzicht der ehelichen Kinder von Waldemar bewirken, dass sich dessen Pflichtteilsquote dramatisch von 1/16 auf 1/4 erhöht, §§ 1924 I, 1931 I, 1371 I, 2303 I 2 BGB. 464
- Diese Schwierigkeiten vermeidet ein **Pflichtteilsverzicht gem. § 2346 II BGB**. Das BGB 465 behandelt ihn als Unterfall des Erbverzichts. Wesentlicher Unterschied ist, dass durch den Pflichtteilsverzicht die gesetzliche Erbfolge und damit auch das Pflichtteilsrecht der übrigen Berechtigten nicht geändert werden. 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. Er ist somit den Beteiligten zu empfehlen.

**Hinweis:** Ein Pflichtteilsverzicht wird in der Praxis häufig dann vereinbart, wenn ein Pflichtteilsberechtigter bereits zu Lebzeiten Vermögen des Erblassers übertragen erhält oder sonstwie ein Ausgleich vereinbart worden ist. Es sind auch Beschränkungen des Pflichtteilsverzichts möglich, wie etwa auf einen Bruchteil des Pflichtteils, eine feste Summe oder 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.<sup>283</sup> 466

### C. Zu Frage 1 b) – Vertretung von Walburga Watzmann

Als Unterfall des Erbverzichts gelten für einen Pflichtteilsverzicht die Formvorschriften der §§ 2347, 2348 BGB. Danach bedarf der Pflichtteilsverzicht der notariellen Beurkundung, § 2348 BGB. Aus dem Formerfordernis folgt zugleich das Gebot der Ausdrücklichkeit, das 467

<sup>283</sup> Zum Ganzen Palandt/Weidlich § 2346 Rn. 5 ff.

der Annahme stillschweigender Verzichte, auch wenn diese noch so nahe liegen mögen, entgegensteht.<sup>284</sup>

- 468 Bedeutsam und auch in der Praxis nicht allgemein bekannt ist indes § 2347 II 1 BGB. Danach muss der Erblasser persönlich anwesend sein. Der Verzichtende kann sich hingegen vertreten lassen.<sup>285</sup> Hinsichtlich des Erblassers bedeutet die persönliche Anwesenheit, dass eine Vertretung durch Vollmacht oder der Abschluss des Verzichtsvertrages im Wege der Nachgenehmigung ausscheidet. Nur in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit, bei denen eine gesetzliche Stellvertretung vorgesehen ist (Eltern, Vormund oder Betreuer, § 2347 II 1, 2 BGB) kommt eine Ausnahme von der persönlichen Anwesenheit des Erblassers infrage. Auch durch notariell beurkundete Generalvollmacht kann sich Walburga Watzmann daher nicht vertreten lassen, wenn in der Urkunde auch ein Pflichtteilsverzicht ihrer Kinder ihr gegenüber vereinbart werden soll. Die persönliche Anwesenheit des Erblassers soll sicherstellen, dass dieser verlässlich vom Verzicht Kenntnis hat und sich dadurch der Notwendigkeit bewusst wird, neu verfügen zu müssen. Vor allem im Hinblick auf den Erbverzicht, der wie erwähnt zur Vorversterbensfiktion führt, leuchtet diese Rechtsfolge ein. Sie ist jedoch auch im Rahmen des Pflichtteilsverzichts als Unterfall des Erbverzichts zu beachten.
- 469 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 später an.

#### D. Zu Frage 2 – Versorgungsrechte

- 470 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 »Taschen«-geldzahlungen. 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).

#### I. Zu Frage 2 a) – Wohnungsrecht

- 471 Wirtschaftliches und rechtliches Ziel der Eltern und von Ulrich ist die Übertragung des Eigentums auf den Erwerber. Damit entfallen für den Übergeber zugleich alle Rechte, die sich aus dem Eigentum ergeben, also insbes. 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« 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<sup>286</sup>).
- 472 Waldemar und Walburga Watzmann wollen im Haupthaus auf Lebenszeit wohnen bleiben. Ein bloßer schuldrechtlicher Mietvertrag ist den Beteiligten hierbei nicht zu empfehlen, selbst wenn das Kündigungsrecht des Vermieters (Sohn) auf Lebensdauer des Mieters (Eltern) ausgeschlossen sein sollte. Der Mietvertrag wirkt nämlich nur zwischen den Beteiligten und gegenüber Dritten grds. lediglich im Umfang des § 566 BGB. Der Mieter erhält somit zwar einen Schutz im Falle der Veräußerung des Anwesens durch den Vermieter, indem der Mietvertrag vom Erwerber unter den bisherigen Bedingungen fortzuführen ist. Kein (wirksamer) Schutz besteht jedoch für den Fall der Zwangsversteigerung oder in der Insolvenz. Gerät also der Übernehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten, droht den Eltern der Auszug aus dem ihnen ehemals gehörenden Haus (vgl. § 57a ZVG). Sachgerecht ist daher in Überga-

<sup>284</sup> Vgl. RGZ 115, 391.

<sup>285</sup> Palandt/Weidlich § 2347 Rn. 1 f.

<sup>286</sup> Vgl. hierzu auch den Übungsfall von *Sikora* JA 2006, 524, der eine zweistufige Vermögensübergabe darstellt.

beverträgen regelmäßig nur ein dingliches Wohnungsrecht, das – bei rangrichtiger Eintragung im Grundbuch (→ Rn. 496 ff.) – einen umfassenden Schutz bietet.

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 fremden Sache befugt ist, also insbesondere auch die Erträge aus einer Vermietung erhält, §§ 1030 ff. BGB.

Folgende Fragen sind im Zusammenhang mit einem Wohnungsrecht regelmäßig zu klären: 474

- Als **Belastungsgegenstand** kommen in Betracht: Grundstücke, Wohnungseigentum oder grundstücksgleiche Rechte (wie etwa das Erbbaurecht); anders als beim Nießbrauch kommt aber kein (ideeller) Miteigentumsanteil infrage. Vorliegend ist also die gesamte Fl.Nr. 1 zu belasten. 475
- Die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume/Gebäude und damit der **Ausübungsbereich** müssen in der Eintragungsbewilligung genau bestimmt sein, also insbesondere nach Stockwerk und genauer Lage, sodass jeder Dritte ohne Weiteres feststellen kann, welche Räume gemeint sind. Dies ist auch für die Bewertung des Wohnungsrechts in der Zwangsversteigerung gem. § 92 II ZVG von Bedeutung. In der Regel wird der Ausübungsbereich durch eine Planeinzeichnung kenntlich gemacht, die zu den Grundakten genommen wird. Vorliegend ist also der Ausübungsbereich auf die Räume im Erdgeschoss und im 1. Obergeschoss zu beschränken. 476
- Zu klären ist, wer die laufenden Kosten und die öffentlichen Grundstückslasten trägt. Wird nichts Abweichendes vereinbart, trägt sie der Eigentümer, weil § 1093 I 2 BGB nicht auf § 1047 BGB verweist. Zudem sollte geregelt werden, wer für die Schönheitsreparaturen der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume verantwortlich ist. Im Fall ist gewünscht, dass der Übernehmer alle Nebenkosten trägt. 477
- Bei mehreren Berechtigten ist das **Gemeinschaftsverhältnis** (etwa Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB) anzugeben. Klarzustellen ist auch, was geschieht, wenn ein Berechtigter stirbt. Regelmäßig ist dann keine Änderung des Ausübungsbereichs gewünscht, der Umfang des Wohnungsrechts soll also unverändert bleiben. 478
- 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. Insoweit vom Gesetz abweichende Vereinbarungen wünschen die Beteiligten im vorliegenden Fall nicht. 479

**Hinweis:** 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 zB 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.<sup>287</sup> 480

<sup>287</sup> Hierzu auch Palandt/Bassenge § 1018 Rn. 12, 27.

## II. Zu Frage 2 b) – Sicherung der Wart und Pflege etc.

- 481 »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.<sup>288</sup> 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 (§ 1199 BGB) auf, 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 (§ 1105 I 2 BGB) sein müssen. 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.<sup>289</sup> Ausreichend ist etwa die Anknüpfung an einen amtlichen Index oder das Beamtengehalt einer bestimmten Besoldungsgruppe; als ausreichend wird ferner 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«.<sup>290</sup> Reallastfähig ist ferner die Übernahme der Sterbefalls-, Grabdenkmals- und Grabpflegekosten, obwohl einzelne dieser Leistungen einmalig sind, weil sie eingebettet sind in eine Reihe wiederkehrender Leistungen.<sup>291</sup> Dennoch werden 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 Todesnachweis (Sterbeurkunde) im vereinfachten Verfahren nach § 23 GBO erfolgen kann.
- 482 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 gem. § 1108 I BGB auch ein (abdingbarer) persönlicher akzessorischer Anspruch. Schließlich tritt neben diesen Anspruch regelmäßig ein weiterer persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch, etwa aus einer Leibrentenverpflichtung (§ 759 BGB).
- 483 **Beispiel:** A hat ein Grundstück an B gegen Zahlung einer monatlichen Leibrente überlassen. Der Zahlungsanspruch wurde durch Reallast gesichert. A hat demnach gegen B drei Ansprüche: den persönlichen Anspruch aus § 759 BGB, den ebenfalls 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 gem. §§ 414 ff. 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.

## III. Zu Frage 2 c) – Sicherung im Grundbuch

- 484 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

288 Vgl. zur Reallast die kompakte und präzise Darstellung von Staudinger/*Amann* (2009) Einl zu §§ 1105–1115.

289 Vgl. zur Bestimmbarkeit einzelner Leistungen Palandt/*Bassenge* § 1105 Rn. 6.

290 BGH NJW 1995, 2780.

291 BayObLG DNotZ 1985, 42.

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. Andere Bezeichnungen für den Begriff »Leibgeding« sind »Leibzucht«, »Altenteil« und »Auszug«, vgl. § 49 GBO.

Der Begriff Leibgeding ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung<sup>292</sup> handelt es sich um **485**

- 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. **486**

Typischerweise werden als Leibgeding folgende Rechte – wie im vorliegenden Fall – zusammengefasst: Wohnungsrecht, Wart und Pflege, Übernahme der Sterbefallskosten und der Grabpflege sowie Taschengeldzahlungen. **487**

Das Leibgeding hat aber auch vollstreckungsrechtliche Bedeutung. Es führt zu einem sog. Doppelausgebot, → Rn. 502. **488**

Schließlich hat das Leibgeding auch 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. 18 ff. BayAGBGB. Sie enthalten etwa Bestimmungen zu der Frage, was bei einem Wegzug des Berechtigten gilt. **489**

#### IV. Zu Frage 2 d) – Sicherung der Zahlung an die Eltern

Monatlich wiederkehrende Geldzahlungen werden typischerweise als **Leibrente** oder als **dauernde Last** ausgestaltet. Bis zum Jahressteuergesetz 2008 (BGBl. 2007 I 3150 ff.) gab es einen Unterschied in der Abzugsfähigkeit. Leibrenten konnten nur mit dem **Ertragsanteil**, dauernde Lasten dagegen **in voller Höhe** durch den Zahlungspflichtigen von seiner Einkommenssteuerschuld abgezogen werden. Diese Unterscheidung besteht seit 2008 nicht mehr, sodass die Frage, was gewollt ist, allein an zivilrechtlichen Maßstäben zu orientieren ist. **490**

Zivilrechtlich definiert das Gesetz 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 richtet, insbesondere wenn eine Anpassung der Höhe der Zahlungen gem. § 239 FamFG vereinbart wird. Durch die Vereinbarung einer dauernden Last wird in gewisser Weise (zivilrechtlich) die Versorgung des Übergebers an den (meist unternehmerischen) Erfolg des Übernehmers geknüpft. Vorliegend dürfte von den Eheleuten Watzmann eine dauernde Last gewünscht sein, weil sie offenbar zum einen die steuerlichen Vorteile im Auge haben und zudem die Entwicklung ihrer Versorgung vom wirtschaftlichen Schicksal ihres Sohnes abhängig machen wollen. **491**

<sup>292</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1994, 1158.

### E. Zu Frage 3 a) – Rechte der Eltern bei Veräußerung

- 492 Der Notar wird dafür Sorge tragen, dass sämtliche Rechte der Eltern im Grundbuch abgesichert sind. Nur so lässt sich ein wirksamer Schutz auf Dauer sicherstellen. Dies bedeutet:
- 493 Das Wohnungsrecht wird auf Lebensdauer der Eltern bestellt und in Abteilung II des Grundbuchs (ggf. im Rahmen eines Leibgedings) eingetragen. Es erlischt daher – vorbehaltlich der Betreibung eines Zwangsversteigerungsverfahrens durch einen vorrangigen Gläubiger – nur durch ihren Tod oder durch eine freiwillige Aufgabe des Rechts (Erklärung des Berechtigten in der Form des § 29 GBO und Löschung des Rechts im Grundbuch, § 874 I 1 BGB). Da es sich um ein dingliches Recht handelt, besteht es auch dann fort, wenn Ulrich das Grundstück an einen Dritten veräußert. Wohnungsrechte, insbesondere solche die sich über mehrere Stockwerke erstrecken, dürften sich jedoch in der Praxis ohnehin regelmäßig verkaufshemmend auswirken. Der ersteigende Erwerber muss nämlich diese Rechte und damit die Nutzung der Räume durch die Eltern im bisherigen Umfang, also auch unentgeltlich, weiterhin dulden.
- 494 Die übrigen Rechte der Eltern sind durch Reallast zu sichern, dh, sie haben sämtliche in → Rn. 482 genannten Ansprüche. Soweit die persönlichen Zahlungsansprüche gegen Ulrich ins Leere gehen sollten, steht ihnen ein Verwertungsrecht am Grundstück gem. §§ 1105, 1107, 1147 BGB zu. In dem in → Rn. 483 genannten Umfang stehen diese Rechte den Eltern auch gegen einen etwaigen Erwerber des Grundstücks zu. Als dingliche Rechte lasten sie am Grundstück.
- 495 Die Zwangsversteigerung des belasteten Grundbesitzes wegen rückständiger Einzelleistungen aus einer nachrangigen Reallast führt hingegen zum Erlöschen der Reallast (§§ 91, 92 ZVG), da diese nicht in das geringste Gebot fällt (§§ 44 ff., 59 ZVG). An ihre Stelle tritt ein Ersatzanspruch gem. § 92 ZVG, und zwar:
- bei einer Reallast von bestimmter Dauer eine Kapitalabfindung gem. § 92 I ZVG in Höhe der Ausgangssumme;
  - bei einer Reallast von unbestimmter Dauer wird gem. §§ 92 II 1, 121 ZVG ein Deckungskapital gebildet, das sich richtet nach dem Jahreswert, 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.

### F. Zu Frage 3 b) – Rangverhältnis im Grundbuch

- 496 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 gem. § 44 I ZVG aufgenommen. Nachrangige und/oder gleichrangige Rechte erlöschen durch den Zuschlag, § 91 ZVG. Die Berechtigten haben lediglich einen Anspruch auf Wertersatz gem. § 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 nicht mehr viel übrigbleibt.
- 497 Die Banken wünschen im Regelfall »erstrangige Sicherheit«. Ihnen ist daran gelegen, dass keine 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 Gebot aufzunehmen, was im Regelfall dazu führt, dass sich niemand findet, der die Immobilie unter diesen Bedingungen zu einem angemessenen Preis ersteigert. Umgekehrt