

Steffen Jaspert

Die Bewertung von Schenkungen im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs

Am Beispiel zurückbehaltener Rechte bei
Grundstücksschenkungen



Nomos



Stämpfli Verlag



Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Elisabeth Koch
Prof. Dr. Saskia Lettmaier
Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp
Prof. Dr. Karlheinz Muscheler
Prof. Dr. Anne Sanders

Band 24

Steffen Jaspert

Die Bewertung von Schenkungen im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs

Am Beispiel zurückbehaltener Rechte bei
Grundstücksschenkungen

 **Nomos**



Stämpfli Verlag


C.H. BECK

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6133-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0256-0 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-1648-0 (Stämpfli Verlag AG, Print)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Anfang Oktober 2018 berücksichtigt werden.

Während der Entstehung der Arbeit haben mich viele Menschen begleitet, bei denen ich mich bedanken möchte. In erster Linie möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Löhnig einen großen Dank für die hervorragende Betreuung aussprechen. Er stand zu jeder Zeit als Ansprechpartner und Ratgeber zur Verfügung und ließ zugleich jeden wissenschaftlichen Freiraum. Für sein Engagement danke ich ihm von Herzen. Darüber hinaus möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. Grziwotz für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

An dieser Stelle möchte ich mich ebenso bei Herrn Dr. Achim Schmitt dafür bedanken, dass er mein Interesse am Erbrecht insgesamt sowie am Thema dieser Arbeit im Speziellen geweckt hat und mir jederzeit als Ratgeber zur Seite steht. Meinem guten Freund Kai Ströhlein danke ich für seine Unterstützung, die es mir ermöglichte, Teile der Dissertation im Ausland zu schreiben.

Zudem möchte ich meiner gesamten Familie dafür danken, dass sie immer ein Rückhalt für mich ist. Großer Dank gebührt insbesondere meinen Eltern und Großeltern, die mich während meiner gesamten juristischen Ausbildung in jeder Hinsicht großzügig unterstützt haben. Meiner Mutter Dr. Antje Jaspert danke ich zudem für ihr Engagement in der Endphase der Dissertation.

Schließlich gilt mein größter Dank meiner wundervollen Frau Felicia Jaspert, die in allen Phasen der Promotion unterstützend an meiner Seite stand. Meine Bewunderung für Felicia nimmt kein Ende. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Der Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB	14
II. Bewertungsprobleme bei Vermögensübertragungen	15
III. Gang der Darstellung	16
B. Ausgestaltung von Rechten zugunsten des Übergebers	17
I. Nießbrauch	17
1. Gegenstand und Inhalt des Nießbrauchs	18
2. Dauer des Nießbrauchs und Berechtigte	21
3. Übertragungsvorgang beim Vorbehaltsnießbrauch	22
II. Wohnrecht	23
1. Begriff des Wohnrechts	24
2. Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB	25
III. Rückforderungsrecht	26
1. Rechtliche Konstruktion	27
a) Auflösende Bedingung	27
b) Vertragliches Widerrufsrecht	29
c) Vertragliches Rücktrittsrecht	29
d) Vertragliches Rückforderungsrecht i.e.S.	30
2. Vereinbarung von Bedingungen	30
3. Weitere Ausgestaltungsmöglichkeiten	33
IV. Weitere Rechte zugunsten des Übergebers	35
V. Fazit zu den typischen Rechten zugunsten des Übergebers	38
C. Die Schenkungsvoraussetzung im Pflichtteilergänzungsanspruch	39
I. Der Schenkungsbegriff nach derzeitigem Verständnis	39
1. Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Erblassers	40
2. Einigung über die Unentgeltlichkeit	41
a) Grundsatz	41

b) Ausnahme: Ehebedingte Zuwendungen	42
3. Das Prinzip der subjektiven Äquivalenz	46
4. Beurteilungszeitpunkt	52
II. Die Einordnung von Rechten zugunsten des Schenkers	55
1. Grundsatz	55
2. Die Einordnung von Nutzungsrechten	57
D. Bewertung der Schenkung in Rechtsprechung und Schrifttum	60
I. Bewertung des Grundstücks	60
II. Bewertung der Schenkung nach der Rechtsprechung	63
1. Wertvergleich nach dem Niederstwertprinzip	63
a) Vergleichsvorgang	63
b) Beispiel	65
c) Argumentation der Rechtsprechung	65
2. Vorbehaltene Nutzungsrechte	66
a) Abzugsfähigkeit	66
b) Bewertung des Nutzungsrechts	68
c) Beispiel	72
aa) Variante 1 – Maßgeblichkeit des Schenkungszeitpunkts	72
bb) Variante 2 – Maßgeblichkeit des Erbfallzeitpunkts	73
d) Argumentation der Rechtsprechung	73
e) Entwicklung der Rechtsprechung und abweichende Urteile	76
3. Rückforderungsrechte	79
a) Abzugsfähigkeit	79
b) Bewertung von Rückforderungsrechten	79
aa) OLG Brandenburg, 7.10.1997, Az. 10 W 23/97	80
bb) OLG Düsseldorf, 17.2.1999, Az. 9 U 125/98	80
(1) Sachverhalt und Urteilsinhalt	80
(2) Anmerkung	81
cc) OLG München, 14.3.2000, Az. 12 UF 765/00	82
(1) Sachverhalt und Urteilsinhalt	82
(2) Anmerkung	83
dd) OLG Koblenz, 17.10.2001, Az. 9 U 166/01	83
(1) Sachverhalt und Urteilsinhalt	83
(2) Anmerkung	84
ee) OLG Hamm, 22.2.2005, Az. 10 U 134/04	85
ff) BGH, 25.11.2009, Az. XII ZR 92/06	86

gg)	BGH, 28.9.2016, Az. IV ZR 513/15	87
hh)	OLG München, 23.11.2016, Az. 20 U 2998/16	88
	(1) Sachverhalt und Urteilsinhalt	88
	(2) Anmerkung	89
	ii) Zusammenfassung zu den Entscheidungen	90
4.	Gegenleistungen und Auflagen	90
III.	Bewertung der Schenkung durch das Schrifttum	92
1.	Vorbehaltene Nutzungsrechte	92
a)	Abzugsfähigkeit	93
aa)	Kein Abzug	93
	(1) Grundsatz	94
	(2) Weitere Differenzierungen nach <i>Reiff</i>	97
bb)	Unbedingter Abzug	98
cc)	Berücksichtigung beim Wertvergleich nach dem Niederstwertprinzip	101
dd)	Weitere Vorschläge	104
ee)	Zusammenfassung zur Abzugsfähigkeit von Nutzungsrechten	105
b)	Bewertung	106
2.	Rückforderungsrechte	111
3.	Gegenleistungen und Auflagen	113
a)	Berücksichtigung von Gegenleistungen	113
b)	Berücksichtigung von Auflagen	114
c)	Bewertung der Gegenleistung oder Auflage	118
4.	Kaufkraftausgleich hinsichtlich der Grundstückswerte	120
5.	Fazit	122
E.	Hintergrund und praktische Probleme des Pflichtteils(ergänzungs)rechts	124
I.	Hintergrund	124
1.	Pflichtteilsrecht	124
a)	Der Zweck des Pflichtteilsrechts	124
aa)	(Ursprünglicher) Zweck	125
bb)	Reformüberlegungen	126
cc)	Stellungnahme	128
b)	Verfassungsrecht	130
aa)	Ausgangslage	131

bb) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2005	132
(1) Entscheidungsinhalt	133
(2) Anmerkung	135
cc) Zusammenfassung zum Verfassungsrecht	138
c) Fazit zum Pflichtteilsrecht	140
2. Pflichtteilsergänzungsrecht	140
a) Notwendigkeit des Pflichtteilsergänzungsrechts	140
b) Grundtheorien zum Pflichtteilsergänzungsanspruch	141
c) Verfassungsrecht	143
d) Gesetzgeberische Entscheidungen	143
II. Verbesserungsbedarf der derzeitigen Situation	144
1. Verhinderung der Schenkungsvoraussetzung	144
a) Scheitern vieler Pflichtteilsergänzungsansprüche an dieser Voraussetzung	145
b) Unzureichende Beweislast erleichterung	146
c) Bewertungsspielräume der Vertragsparteien	147
d) Rückforderungsrechte als weiteres Werkzeug	149
e) Anreiz durch die Rechtsprechung zum Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB	150
f) Zwischenergebnis	150
2. Spekulation zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten	151
3. Niederstwertprinzip als Zufallselement	153
a) Gesetzesmaterialien und Erläuterung	153
b) Die Rechtsprechung zu vorbehaltenen Nutzungsrechten	156
c) Auswirkungen dieser Rechtsprechung für die Beteiligten	157
4. Lange Pflichtteilsprozesse	158
5. Fazit zum Verbesserungsbedarf	158
III. Zielsetzung	159
F. Lösungsvorschlag	161
I. Maßgeblichkeit eines objektiven Ansatzes	161
1. Bisher vertretene objektive Ansätze	162
2. Vorteile von rein objektiven Bewertungen	164
3. Subjektive Verknüpfung gegenseitiger Leistungen	165
4. Bewertung aus einer ex-post Perspektive	167
a) Objektiver Ansatz zur Ermöglichung der ex-post Bewertung	167
b) Vorteile der ex-post Bewertung	168

5. Einheitliche Handhabung aller Rechte zugunsten des Schenkers	169
6. Zusammenfassung des Ansatzes	170
II. Begründung	171
1. Das Auslegungsziel	171
2. Wortlaut im systematischen Zusammenhang	173
a) Der Begriff im juristischen und alltäglichen Gebrauch	173
b) Abweichungen vom Schenkungsbegriff	176
c) Zusammenfassung	177
3. Historische Gesichtspunkte	178
a) Begriff der Schenkung bei der Entstehung des BGB	178
b) Wandel der Normsituation	179
c) Zusammenfassung	183
4. Teleologische Gesichtspunkte	183
a) Die Bedeutung der teleologischen Auslegung	183
b) Der Zweck der Pflichtteilsergänzung	185
c) Notwendigkeit eines objektiven Ansatzes zur Verwirklichung des Zwecks	185
d) Zusammenfassung	188
5. Weitere auslegungsrelevante Gesichtspunkte	188
a) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	188
b) Andere Rechtsinstitute mit vergleichbarem Zweck	189
c) Konsequenz und Praktikabilität	192
6. Auslegungsergebnis	193
a) Gewichtung der Auslegungskriterien	194
b) Abwägung	195
III. Einzelne Bewertungsfragen	196
1. Die Behandlung von vorbehaltenen Nutzungsrechten	196
a) Das Niederstwertprinzip und die Abzugsfähigkeit	197
aa) Zusammenfassung des Meinungsbild	197
bb) Wertvergleich nach dem Niederstwertprinzip	198
cc) Kaufkraftausgleich hinsichtlich des Grundstücks	200
dd) Abzugslösung als maßgeblicher Ansatz	202
(1) Kritik an der Rechtsprechung	202
(2) Begründung der Abzugslösung	205
b) Die Bewertung des Nutzungsrechts	212
aa) Ex-post Bewertung zum Erbfallzeitpunkt	213
bb) Zum Erbfall noch bestehende Nutzungsrechte	216
cc) Kaufkraftausgleich hinsichtlich der Nutzungsrechte	219

dd) Zusammenfassung zu der Bewertung von Nutzungsrechten	220
c) Beispiele	221
aa) Variante 1	221
bb) Variante 2	222
2. Die Behandlung von Rückforderungsrechten	223
a) Zusammenfassung des Meinungsbilds	223
b) Vorschlag	224
aa) Kritik an der Rechtsprechung	225
bb) Notwendigkeit einer ex-post Bewertung	226
cc) Im Erbfall noch bestehende Rückforderungsrechte	228
dd) Zusammenfassung zu den Rückforderungsrechten	230
3. Die Behandlung von gemischten Schenkungen und Auflagen	231
4. Zusammenfassung zu den Bewertungsfragen	235
IV. Kritik am objektiven Ansatz mit der Bewertung im Erbfallzeitpunkt	235
1. Unvorhersehbarkeit für den Beschenkten	236
2. Einschränkung der Vertragsfreiheit des Erblassers	238
3. Impraktikabilität	239
4. Fazit zur Kritik	240
V. Fazit zum Lösungsvorschlag	241
1. Inhalt des Lösungsvorschlags	241
2. Vorteile dieser Lösung	242
G. Ergebnis	244
I. Zusammenfassung der Ergebnisse	244
1. Typische vorbehalten Rechte und Schenkungsbegriff	244
2. Die Meinungslage hinsichtlich der Bewertungen	245
3. Hintergrund und Verbesserungsbedarf	245
4. Lösungsansatz	245
II. Die Ergebnisse im Kontext	247
Literaturverzeichnis	249

A. Einleitung

Streitigkeiten rund um einen Erbfall finden in aller Regel innerhalb der Familie statt.¹ *Kues* formuliert: „kein Anspruch im Erbrecht ist besser geeignet, langjähriges Eheglück und Familienfrieden radikaler, effizienter und nachhaltiger zu zerstören als Ansprüche aus dem Pflichtteilsrecht“². Pflichtteilsansprüche stellen die Beteiligten vor eine erhebliche emotionale Herausforderung.³ Auch viele Erblasser⁴ befassen sich hiermit und versuchen schon zu Lebzeiten, das Pflichtteilsrecht zu Lasten des Berechtigten zu umgehen.⁵ Trotz des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist die Vermögensweggabe durch den Erblasser ein effektives Mittel zur Pflichtteilsreduzierung.⁶ Die Bedeutung der lebzeitigen Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge⁷ hat in den letzten Jahren immer mehr zugenommen.⁸ Der Schutz vor solchen Pflichtteilsumgehungen ist heute eine der praktisch bedeutsamsten Fragen des Erbrechts.⁹ Gerade der Pflichtteilsergänzungsanspruch spielt in der Praxis eine herausragende Rolle und ist Gegenstand vieler Streitigkeiten.¹⁰

1 Siehe *Groll*, ZEV 2011, S. 218 (222).

2 *Kues*, FamRZ 1992, S. 924 (925).

3 Vgl. *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, Rn. 39; *Rösler*, in: Erbrechtsberatung, C. VI. Rn. 12.

4 Zur besseren Lesbarkeit wird ausschließlich die männliche Personenbezeichnung verwendet und auf die gleichzeitige Verwendung geschlechterspezifischer Sprachformen verzichtet; sämtliche Personenbezeichnungen sind geschlechterübergreifend zu verstehen.

5 Nach *Westermann*, ZfPW 2016, S. 85 (93) gehört das Pflichtteilsrecht zu den Rechtsinstituten, die am häufigsten von Umgehungsversuchen betroffen sind.

6 Siehe *Worm*, RNotZ 2003, S. 535 (556); *Röthel*, AcP 212 (2012), S. 157 (164); *Olsen*, Vorweggenommene Erbfolge, S. 70.

7 Die „vorweggenommene Erbfolge“ ist kein fest definierter Begriff; im Grunde wird damit ein Vertragstypus bezeichnet, der eine Übertragung von Vermögen des Erblassers auf in Aussicht genommene Erben umfasst; siehe dazu: *BGH*, Urt. v. 1.2.1995 – Az. IV ZR 36/94, juris, Rn. 11 = *NJW* 1995, S. 1349; detailliert auch: *Waldner*, Vorweggenommene Erbfolge, Rn. 2 f. sowie *Kollbosser*, AcP 194 (1994), S. 231 (231 ff.).

8 *Waldner*, Vorweggenommene Erbfolge, Rn. 1.

9 *Röthel*, AcP 212 (2012), S. 157 (159).

10 *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, Rn. 547; *Reimann*, ZEV 2018, S. 198 (198).

A. Einleitung

Die emotionale Aufgeladenheit des Pflichtteilsergänzungsrechts sorgt dafür, dass viele Beteiligte nicht gewillt sind, dem Gegenüber auch nur im Ansatz entgegenzukommen. Je komplizierter die Rechtslage, desto mehr Anhaltspunkte für Konflikte zwischen den Beteiligten gibt es. In der derzeitigen Situation gibt es viele Brandherde, über die gestritten wird. Insbesondere an der Bewertung von Schenkungen entzünden sich die Gemüter. Das führt unweigerlich zu langen Pflichtteilsprozessen und viel Frustration. Erforderlich sind klare und nachvollziehbare Regeln. Es ist Ziel dieser Arbeit, einen Beitrag zu einer reibungslosen Abwicklung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu leisten.

I. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB

Zentrale Norm im Pflichtteilsergänzungsrecht ist § 2325 BGB.¹¹ Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, kann der Pflichtteilsberechtigte gem. § 2325 Abs. 1 BGB den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch richtet sich gegen den Erben und subsidiär gem. § 2329 BGB gegen den Beschenkten.¹² Die Berücksichtigung von Schenkungen des Erblassers findet eine Einschränkung im dritten Absatz des § 2325 BGB. Dieser zum 1.1.2010¹³ neu gefasste Absatz beinhaltet eine pro-rata-Regelung, die sogenannte „Abschmelzung“¹⁴, nach der die Schenkung sukzessive weniger Berücksichtigung findet. In der Praxis stellt sich aber häufig bereits die Frage, wie überhaupt die Schenkung zu bewerten ist, welcher Betrag also gem. § 2325 Abs. 1 BGB dem Nachlass hinzuzurechnen ist. Relevant für die Bewertung ist der zweite Absatz des § 2325 BGB. Danach kommen verbrauchbare Sachen mit dem Wert in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatten (S. 1); ein anderer Gegenstand kommt mit dem Wert in Ansatz, den er zur Zeit des

11 Aus Sicht von *Dieckmann*, in: Soergel BGB Band 23, Vorb § 2325 Rn. 5 ist die Schenkung eine „Art Schlüsselbegriff im Pflichtteilsergänzungsrecht“.

12 *Olshausen*, in: Staudinger BGB, Stand 2015, Vorb §§ 2325–2330 Rn. 8; *Dieckmann*, in: Soergel BGB Band 23, Vorb § 2325 Rn. 1; *Griesel*, Aktuelle Probleme, S. 37 f. sowie zu den Einzelheiten, wann der Erbe nicht verpflichtet ist, S. 57 ff.; dazu auch *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, Rn. 175.

13 Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009, BGBl. 2009 I Nr. 63, S. 3143.

14 Vgl. die Begriffsverwendung bei *Lange*, in: MüKo BGB Band 10, § 2325 Rn. 60; *Olshausen*, in: Staudinger BGB, Stand 4.9.2016, § 2325 Rn. 60a.

Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, wird nur dieser in Ansatz gebracht (S. 2). § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB formuliert das sogenannte „Niederstwertprinzip“¹⁵. Die genaue Bewertung von Schenkungen stellen Praxis und Wissenschaft auch heute noch, über 100 Jahre nach Inkrafttreten des BGB, vor Herausforderungen.

II. Bewertungsprobleme bei Vermögensübertragungen

Während zwar viele Erblasser eine Vermögensübertragung auch zu Lebzeiten wünschen, sind sie dennoch nicht gewillt, vollständig auf den Vermögensgegenstand zu verzichten. Deshalb behalten sie sich hieran oftmals lebenslange Rechte vor, was insbesondere bei Grundstücksübertragungen die Regel ist.¹⁶ Oftmals bilden Grundstücke den Hauptbestandteil des Erblasservermögens, diese werden daher besonders häufig weitergegeben.¹⁷ Grundstücksübertragungen unter vorbehaltenen Rechten verursachen eine Reihe von Bewertungsproblemen, weil der Grundstückserwerber zunächst bloß einen belasten Gegenstand erhält, der später – in der Regel mit dem Tod des Übergebers – unbelastet wird.¹⁸ Vor allem die Verknüpfung mit dem Niederstwertprinzip sorgt für Schwierigkeiten. Mit diesen Bewertungsproblemen setzt sich die vorliegende Arbeit auseinander.

Zu unterscheiden ist zwischen Nutzungsrechten, die sich der Erblasser am Grundstück vorbehält, Rückforderungsrechten und grundstücksunabhängigen Leistungen, die sich der Erblasser im Gegenzug zur Übertragung des Grundstücks versprechen lässt.

Hinsichtlich der Bewertung einer Grundstücksschenkungen unter vorbehaltenem Nutzungsrecht gibt es seit vielen Jahren eine ständige Rechtsprechung, die im Schrifttum scharf kritisiert wird. Gleichzeitig gibt es eine Reihe von alternativen Lösungsvorschlägen, von denen sich bislang keiner hat durchsetzen können. Die Behandlung eines Nießbrauchsvorbehalts in

15 Siehe dazu *Dieckmann*, in: FS Beitzke, S. 399 (403). Siehe die Verwendung des Begriffs auch bei *Birkenheier*, in: jurisPK BGB Band 5, Stand 12.4.2018, § 2325 Rn. 136; *Müller-Engels*, in: BeckOK BGB, Stand 1.8.2018, § 2325 Rn. 32.

16 *Griesel*, Aktuelle Probleme, S. 212.

17 Vgl. *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, Rn. 547.

18 *Griesel*, Aktuelle Probleme, S. 213.

A. Einleitung

der Pflichtteilergänzung gehört seit Langem zu den am heftigsten diskutierten Fragen des Pflichtteilsrechts.¹⁹

Bei Rückforderungsrechten, die zugunsten des Erblassers vereinbart werden, sieht die Lage anders aus. Hier gibt es trotz der Häufigkeit dieser Rechte nur sehr wenige Urteile, auf die im Schrifttum dafür vielfach Bezug genommen wird. Die Urteile selbst lassen bei genauer Betrachtung allerdings einige Fragen offen. Eine zufriedenstellende Lösung fehlt auch hier.

Die dargestellte Häufigkeit von Grundstücksübertragungen unter vorbehaltenen Rechten sorgt für eine hohe Praxisrelevanz der Bewertungen. Im Rahmen dieser Arbeit sollen die verschiedenen Ansätze für die Behandlung vorbehaltenen Rechte beleuchtet und bewertet werden. Zugleich soll untersucht werden, ob es einen dogmatisch wie praktisch überzeugenden einheitlichen Ansatz für alle Bewertungen dieser Grundstücksübertragungen geben kann.

III. Gang der Darstellung

Die Arbeit beginnt mit einer Darstellung der in der Praxis häufig zurückbehaltenen Rechte bei Grundstücksübertragungen, wobei aufgrund der bewertungstechnischen Schwierigkeiten insbesondere auf diejenigen Rechte eingegangen wird, die sich der Übergeber am Grundstück selbst zurückbehält. Kenntnis der gängigen Ausgestaltungen ist für die Erarbeitung eines Bewertungsansatzes unerlässlich. Aufgrund der Wichtigkeit des Schenkungsbegriffs für die Pflichtteilergänzung und der engen Verknüpfung mit Bewertungsproblemen wird vor Behandlung der einzelnen Probleme der geltende Schenkungsbegriff näher untersucht. Darauf folgt eine detaillierte Darstellung der Rechtsprechung und des Meinungsbildes im Schrifttum zu den einzelnen Bewertungsproblemen im Pflichtteilergänzungsrecht.

Im Anschluss daran werden die Hintergründe des Pflichtteils(ergänzungs-)rechts untersucht sowie der konkrete Verbesserungsbedarf der derzeitigen Situation herausgearbeitet. Dies ermöglicht die Formulierung der Anforderungen an einen Lösungsansatz und eine genaue Zielsetzung. Im letzten Abschnitt wird der Versuch unternommen, eine Lösung für alle behandelten Bewertungsprobleme zu finden.

¹⁹ *Lukoschek*, FPR 2008, S. 546 (548); nach *Blum*, FF 2005, S. 19 (19) ist die Bewertung von Schenkungen unter vorbehaltenem Nutzungsrecht ein „Kernproblem des Pflichtteilsrechts“.

B. Ausgestaltung von Rechten zugunsten des Übergebers

Lebzeitige Grundstückszuwendungen erfolgen in der Praxis nur selten vorbehaltlos.²⁰ In Grundstücksübergabeverträgen lassen sich vielfach Rechte finden, die sich der Übergeber am Grundstück zurückbehält oder die der Übergeber sich oder Dritten unabhängig vom Grundstück einräumen lässt. Angesichts der vielen Streitigkeiten rund um die Bewertung der vorbehaltenen Rechte sollen die praxisrelevanten Ausgestaltungsformen im Folgenden genauer beleuchtet werden.

I. Nießbrauch

Besonders häufig wird dem Übergeber ein Nießbrauch am Grundstück eingeräumt.²¹ Ein Nießbrauch beinhaltet gem. § 1030 Abs. 1 BGB die Belastung einer Sache in der Weise, dass der Begünstigte berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen. Der Nießbrauch gewährt also eine umfangreiche Sachnutzungsbefugnis.²²

Ein Nießbrauch wird häufig deshalb zurückbehalten, weil er dem Übergeber zivilrechtlich eine weitgehende Absicherung ermöglicht.²³ Die größte praktische Bedeutung hat der Nießbrauch im privaten Bereich in der vorweggenommenen Erbfolge.²⁴ Nach einer Umfrage aus dem Jahr 2002 unter Teilnehmern aus Anwaltsnotariaten und Nur-Notariaten hat sich der Übergeber bei übertragenen Einfamilienhäusern und Eigentumswohnungen, die vom Übergeber weiter genutzt werden, in 68,8 % der Fälle einen

20 *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 284.

21 Vgl. *Reiff*, ZEV 1998, S. 241 (243) demzufolge Grundstückschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt in der Praxis eine „überragende Rolle“ spielen; nach *Geck*, DStR 2009, S. 1005 (1005) ist die Vermögensübertragung gegen Nießbrauch ein „Klassiker der Gestaltungsberatung“.

22 *Wegmann*, in: BeckOK BGB, Stand 1.5.2018, § 1030 Rn. 1; siehe auch *Spiegelberger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, V. 2. Rn. 6.

23 *N. Mayer*, ZEV 1994, S. 325 (325); vgl. auch *Gehse*, RNotZ 2009, S. 361 (362); *Milatz* (Hrsg.), Übertragung von Familienvermögen, S. 157.

24 *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1030 Rn. 11 ff., 14 mit Bezug auf Umfragen aus den Jahren 1999 und 2000.

Nießbrauch vorbehalten.²⁵ Selbst bei vom Erbwerber genutzten Einfamilienhäusern/Eigentumswohnungen war der Anteil von Nießbrauchsvorbehalten mit 12,7 % hoch.²⁶ In den letzten Jahren hat die Schenkung von Grundstücken unter Nießbrauchsvorbehalt sogar erheblich an Bedeutung gewonnen.²⁷ Nach dem Zweck des Nießbrauchs wird unterschieden zwischen der Einräumung zur Versorgung, zur Sicherung von Ansprüchen und der Einräumung aus steuerlichen Motiven.²⁸ Relevant ist in der Praxis insbesondere der sogenannte Versorgungsnießbrauch.²⁹

1. Gegenstand und Inhalt des Nießbrauchs

Gegenstand des für diese Arbeit im Fokus stehenden Sachnießbrauchs können alle Sachen i.S.d. § 90 BGB sein.³⁰ Möglich ist auch, dass ein ideeller Bruchteil einer Sache den Gegenstand des Nießbrauchs bildet („Bruchteilsnießbrauch“).³¹ Ein Fall des Bruchteilsnießbrauchs liegt etwa vor, wenn ein Miteigentümer einen Nießbrauch an seinem Anteil bestellt (§ 1066 BGB).³² Zu unterscheiden ist der Bruchteilsnießbrauch vom sogenannten „Quotennießbrauch“, bei dem die Sache insgesamt belastet wird, aber der Nießbrauch auf einen quotenmäßig festgelegten Anteil beschränkt ist.³³

25 *Bengel*, MittBayNot 2003, S. 270 (276).

26 *Bengel*, MittBayNot 2003, S. 270 (276).

27 *Ivens*, ZEV 2012, S. 71 (71); vgl. auch *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1030 Rn. 14.

28 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, Vorb zu §§ 1030 ff. Rn. 24.

29 *Frank*, MittBayNot 2010, S. 96 (96); *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, Vorb zu §§ 1030 ff. Rn. 24; *Lenders* in: jurisPK BGB Band 3, Stand 1.4.2017, § 1030 Rn. 3 zufolge spielt daneben der Sicherungsnießbrauch eine große Rolle in der Praxis; a.A. zum Sicherungsnießbrauch *Trömer*, RNotZ 2016, S. 421 (425).

30 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1030 Rn. 2; *Wegmann*, in: BeckOK BGB, Stand 1.5.2018, § 1030 Rn. 3.

31 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1030 Rn. 22; *von Hoyenberg*, Vorweggenommene Erbfolge, S. 125.

32 Weil im Nießbrauchsrecht Vorschriften wie §§ 1095, 1106, 1114, 1192 Abs. 1, 1200 Abs. 1 BGB fehlen, ist es zudem möglich, dass ein Alleineigentümer einen Bruchteil der Sache mit dem Nießbrauch belastet: siehe *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1030 Rn. 22 und *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1030 Rn. 88.

33 *BGH*, Urt. v. 6.6.2003 – Az. V ZR 392/02, NJW-RR S. 1290 (1291); *von Hoyenberg*, Vorweggenommene Erbfolge, S. 125; siehe zur Unterscheidung auch: *Heinze*, in:

Beim Nießbrauch handelt es sich um eine Unterform der Dienstbarkeit, sodass keine Leistungspflichten, sondern nur Duldungs- und Unterlassungspflichten des Grundstückseigentümers begründet werden.³⁴ Anders als bei schuldrechtlichen Nutzungsrechten, die nur zwischen den Vertragsparteien wirken, wirkt der Nießbrauch gegen den jeweiligen Eigentümer und gibt insofern eine sachenrechtliche Befugnis zur Nutzungsziehung.³⁵ Gem. § 1059 S. 1 BGB ist der Nießbrauch grundsätzlich nicht übertragbar (Ausnahmen regelt § 1059a BGB); er ist auch unvererblich.³⁶ Dies ist zwingendes Recht.³⁷ Die Ausübung kann allerdings Dritten überlassen werden, § 1059 S. 2 BGB.³⁸ Der Dritte erhält dadurch eine obligatorische Rechtsstellung.³⁹ Praktisch gibt es dann wenige Unterschiede zur Übertragung des Nießbrauchs, allerdings bleibt die Anknüpfung beim Nießbraucher.⁴⁰

Nach dem gesetzlichen Regelfall korrespondiert mit dem Recht des Berechtigten, die Nutzungen zu ziehen, auch die Pflicht, gem. § 1041 S. 1 BGB für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen obliegen dem Berechtigten aber nur, soweit sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören (S. 2). Die ordnungsgemäße Abnutzung hat der Nießbraucher gem. § 1050 BGB nicht zu vertreten.

Staudinger BGB, Stand 2017, § 1030 Rn. 26 f. sowie *Wicke*, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Stand 1.6.2018, 8.3.15 Rn. 2.

34 *BayObLG*, Beschl. v. 10.1.1985 – Az. BReg. 2 Z 117/85, *BayObLGZ* 1985, S. 6 (9); ausführlich: *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, Vorb zu §§ 1030 ff. Rn. 4; siehe auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 1358, 1361.

35 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 1360.

36 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 1059 Rn. 1; siehe auch § 1061 BGB.

37 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1059 Rn. 2.

38 Zur umstrittenen Frage, ob die Vermietung eine Überlassung oder reine Gebrauchmachung des Nutzungsrechts ist, siehe: *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1059 Rn. 10.

39 So die h.M.: *RG*, Urt. v. 16.1.1939 – Az. V 75/38, *RGZ* 159, S. 193 (208); *BGH*, Urt. v. 18.12.1970 – Az. V ZR 31/68, *juris*, Rn. 23 = *BGHZ* 55, S. 111; *Berger*, in: Jauernig BGB, § 1059 Rn. 4; *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1059 Rn. 18 m.w.N.

40 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1059 Rn. 14; *Lenders*, in: *jurisPK BGB* Band 3, Stand 1.4.2017, § 1059 Rn. 5 f.; einzelne Befugnisse aus dem Nießbrauch können auch mit dinglicher Wirkung (meint: von der Substanz her) auf Dritte übertragen werden (§§ 398, 401 BGB), sodass der Dritte sie im eigenen Namen geltend machen kann: *BGH*, Urt. v. 18.12.1970 – Az. V ZR 31/68, *juris*, Rn. 22, 23, 25 = *BGHZ* 55, S. 111; *RG*, Urt. v. 20.11.1920 – Az. V 282/20, *RGZ* 101, S. 5 (7); *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1059 Rn. 19; *Berger*, in: Jauernig BGB, § 1059 Rn. 2; *Lenders*, in: *jurisPK BGB* Band 3, Stand 1.4.2017, § 1059 Rn. 5.

Ob die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers nach S. 1 mit dinglicher Wirkung abdingbar ist, ist umstritten.⁴¹ Die Tragung der Pflichten gem. § 1041 BGB durch den Eigentümer kann nach wohl überwiegender Ansicht nur schuldrechtlich, nicht aber dinglich vereinbart werden.⁴² Jedenfalls ist es möglich, den Nießbrauchsberechtigten über die gewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen hinaus ebenfalls zur Vornahme der außergewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen zu verpflichten – auch mit dinglicher Wirkung.⁴³ Soweit die Lasten hauptsächlich vom Berechtigten zu tragen sind, ist von einem „Nettonießbrauch“ die Rede.⁴⁴ Von einem „Bruttonießbrauch“ wird gesprochen, wenn dem Eigentümer die Pflichten selbst obliegen.⁴⁵

Die privatrechtliche Ausgestaltung des Nießbrauchs wird vom Steuerrecht grundsätzlich anerkannt.⁴⁶ Aus steuerlichen Gründen wird im Schrifttum häufig ein Nettonießbrauch empfohlen.⁴⁷ Hintergrund ist die damit einhergehende Möglichkeit der Geltendmachung von Werbungskosten sowie (im Fall des Vorbehaltsnießbrauchs)⁴⁸ der AfA (Absetzung

41 Siehe zum Meinungsstand: *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1041 Rn. 8 und *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, Vorb zu §§ 1030 ff. Rn. 13.

42 Vgl. *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1041 Rn. 8 m.w.N.; siehe auch *BayObLG*, Beschl. v. 10.1.1985 – Az. BReg. 2 Z 117/85, *BayObLGZ* 1985, S. 6 (9).

43 *Lenders*, in: jurisPK BGB Band 3, Stand 1.4.2017, § 1041 Rn. 6; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 21.1.2009 – Az. V ZR 197/09, *NJW* 2009, S. 1810 (1811) und *BayObLG*, Beschl. v. 10.1.1985 – Az. BReg. 2 Z 117/85, *BayObLGZ* 1985, S. 6 (12).

44 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, Vorb zu §§ 1030 ff. Rn. 23; *Trömer*, *RNotZ* 2016, S. 421 (425); *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 311; *Promberger*, *MittBayNot* 2010, S. 22 (22).

45 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, Vorb zu §§ 1030 ff. Rn. 23; *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 308; *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1030 Rn. 8; *Promberger*, *MittBayNot* 2010, S. 22 (22).

46 *Goetze*, *RNotZ* 2013, S. 147 (150) zugleich insgesamt zur steuerlichen Behandlung.

47 *Ivens*, *ZEV* 2012, S. 71 (72); *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 313; *Goetze*, *RNotZ* 2013, S. 147 (155); *Horst*, *ZAP* Fach 12, S. 243 (243 f.); in steuerlicher Hinsicht abratend vom Bruttonießbrauch auch *Milatz* (Hrsg.), Übertragung von Familienvermögen, S. 179.

48 *Goetze*, *RNotZ* 2013, S. 147 (154) mit der Begründung, dass hier der Vorbehaltsnießbraucher die Anschaffungs- und Herstellungskosten getragen hatte. Siehe zum Vorbehaltsnießbrauch auch unter B. I. 3.

für Abnutzung)⁴⁹, weil die Vorteile (etwa Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung) und die Kostentragung in einer Person zusammentreffen.⁵⁰

Die Tragung der auf der Sache ruhenden Lasten regelt § 1047 BGB. Aus steuerlichen Gründen wird auch hier im Schrifttum die Vereinbarung einer möglichst weitreichenden Lastentragung durch den Nießbraucher empfohlen.⁵¹

2. Dauer des Nießbrauchs und Berechtigte

Der Nießbrauch entsteht durch Einigung der Parteien und Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB). Gem. § 1061 BGB erlischt der Nießbrauch mit dem Tod des Berechtigten. Nicht ausgeschlossen sind aber Gestaltungen, die zu einem früheren Ende führen, etwa Befristung oder Bedingung.⁵²

Möglich ist es, den Nießbrauch für mehrere Berechtigte zu bestellen.⁵³ Vielfach wird gewünscht, dass ein Nießbrauch nach dem Tod eines Berechtigten einem anderen Berechtigten allein zusteht.⁵⁴ Eine solche Sukzessivberechtigung kann in unterschiedlichen Varianten vereinbart werden.⁵⁵ So können etwa mehrere Personen gemeinsam berechtigt sein; nach dem Tod einer Person bleibt die andere berechtigt.⁵⁶ Möglich ist es auch,

49 Der AfA unterliegen Anschaffungs- und Herstellungskosten für Wirtschaftsgüter nach § 7 Abs. 1 S. 1 EStG.

50 *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 313; *Horst*, ZAP Fach 12, S. 243 (243 f.); siehe auch *Ivens*, ZEV 2012, S. 71 (72) und *Goetze*, RNotZ 2013, S. 147 (153, 155); abratend von einem Bruttonießbrauch aufgrund eines Verlustes des Werbungskostenabzugs auch *Spiegelberger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, V. 2. Rn. 6; differenzierter: *Promberger*, MittBayNot 2010, S. 22 (23).

51 *Wegmann*, in: BeckOK BGB, Stand 1.5.2018, § 1047 Rn. 2, 14.

52 *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1061 Rn. 7.

53 Als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB: *BGH*, Beschl. v. 9.7.1980 – Az. V ZB 5/80, NJW 1981, S. 176 (177); *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 298; *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1030 Rn. 42 m.w.N.; a.A. *Kessler*, DNotZ 2010, S. 123 (123 f.); nach h.M. allerdings nicht als Mitberechtigte gem. § 432 BGB: *BGH*, Beschl. v. 9.7.1980 – Az. V ZB 5/80, NJW 1981, S. 176 (177); *OLG München*, Beschl. v. 25.6.2009 – Az. 34 Wx 041/09, DNotZ 2010, S. 120 (121 ff.); *Heinze*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1030 Rn. 43 m.w.N.; a.A. *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 298; *Frank*, MittBayNot 2012, S. 387 (389).

54 *Amann*, DNotZ 2008, S. 324 (333 f.).

55 *Reetz*, in: BeckOK GBO, Stand 1.9.2018, § 47 Rn. 47 ff.

56 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 261g, 1370; ausführlich: *Schippers*, Mitt-RhNotK 1996, S. 197 (207) und *Amann*, DNotZ 2008, S. 324 (334 ff.); siehe auch

mehreren Personen jeweils einen selbständigen Nießbrauch einzutragen.⁵⁷ Diese nebeneinander bestehenden Rechte beschränken sich gem. §§ 1060, 1024 BGB. Nach dem Versterben eines Berechtigten bleibt der Nießbrauch des anderen bestehen.⁵⁸ Hiermit sind allerdings doppelte Eintragungskosten verbunden.⁵⁹ Teilweise wird auch gewünscht, dass zunächst eine Person Alleinberechtigter ist und erst nach dessen Tod eine andere Person, oftmals der Ehegatte, berechtigt wird. Hierbei ist insbesondere problematisch, dass der Nießbrauch nicht übertragbar und nicht vererblich ist.⁶⁰ Richtigerweise wird diese Konstellation daher nur mit zwei selbständigen Rechten erreicht, von denen das eine aufschiebend bedingt auf den Tod des (Erst-)Berechtigten ist.⁶¹ Möglich ist auch die Vereinbarung einer vorwerkungsfähigen Verpflichtung des Eigentümers, nach dem Tod des Berechtigten einem Dritten (etwa einem Abkömmling oder Erben des Berechtigten) einen Nießbrauch zu gewähren.⁶²

3. Übertragungsvorgang beim Vorbehaltsnießbrauch

Es wird unterschieden zwischen dem Vorbehaltsnießbrauch, bei dem sich der Übergeber eines Grundstücks den Nießbrauch zurückbehält, dem Zuwendungsnießbrauch, bei dem der Nießbrauch als solcher zugewendet

Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 1996, S. 189 (190) sowie den Formulierungsvorschlag bei *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 299.

57 *Schippers*, MittRhNotK 1996, S. 197 (207); siehe auch *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 300 und *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 1996, S. 189 (190).

58 *Spiegelberger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, V. 2. Rn. 10.

59 *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 300.

60 Siehe oben B. I. 1.

61 *Spiegelberger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, V. 2. Rn. 10; *von Hoyenberg*, Vorweggenommene Erbfolge, S. 111 f.; *Langenfeld*, in: Langenfeld/Günther, Kap. 3 Rn. 16; *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1061 Rn. 16; vgl. auch *OLG Frankfurt/Main*, Beschl. v. 22.7.2014 – Az. 20 W 182/14, juris, Rn. 8 f.; zweifelnd, dass dies mit nur einem Nießbrauch zu erreichen ist, auch: *Schippers*, MittRhNotK 1996, S. 197 (210); mit Verweis auf *Schippers* auch: *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 1996, S. 189 (190); siehe zudem die Darstellung der früheren Rechtsprechung von *Liedel*, DNotZ 1991, S. 855 (857 ff.).

62 *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1061 Rn. 18; *LG Traunstein*, Beschl. v. 26.6.1962 – Az. 4 T 269/62, NJW 1962, S. 2207 (2207); *Berger*, in: Jauernig BGB, § 1061 Rn. 2; *Horst*, ZAP Fach 12, S. 243 (244).

wird, und dem Vermächtnisnießbrauch, bei dem der Erblasser den Nießbrauch vermacht.⁶³

Für die Bewertung im Rahmen des Pflichtteilergänzungsanspruchs ist insbesondere der Vorbehaltsnießbrauch relevant, der auch das in der Praxis am häufigsten eingesetzte Sicherungs- und Vorsorgemittel darstellt.⁶⁴ Dieser kann auf unterschiedliche Weisen bestellt werden.⁶⁵ Der Eigentümer kann sich zunächst selbst den Nießbrauch als EigentümergeNießbrauch bestellen und anschließend das Grundstück übereignen.⁶⁶ Zudem kann der Übergeber das Grundstück auch zuerst übereignen und sich sodann den Nießbrauch vom neuen Eigentümer eintragen lassen.⁶⁷ Schließlich wird diskutiert, ob die Übertragung und die Nießbrauchsbestellung auch gleichzeitig vorgenommen werden können.⁶⁸ Zu konstatieren ist, dass es hier – wie auch sonst – bei der Vereinbarung eines Nießbrauchs viele Gestaltungsmöglichkeiten gibt.

II. Wohnrecht

Ein weiteres Recht, das sich ein Übergeber am Grundstück einräumen lassen kann, ist das Wohnrecht, welches ebenfalls ein klassisches Gestaltungsinstrument der vorweggenommenen Erbfolge ist.⁶⁹

63 Siehe *Pohlmann*, in: MüKo BGB Band 7, § 1030 Rn. 8; *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, § 4 Rn. 16, 19, 20.

64 *Milatz* (Hrsg.), Übertragung von Familienvermögen, S. 158.

65 *Ivens*, ZEV 2012, S. 71 (72); sehr ausführlich hat sich *Reiff*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 25 ff. diesen Möglichkeiten gewidmet. Siehe auch *Link*, Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen, S. 74 ff.

66 *Reiff*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 33 f., 65, der dies auch als überlegenen Weg sieht (S. 81 ff.); *Ivens*, ZEV 2012, S. 71 (72); *Spiegelberger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, V. 2. Rn. 6; zur Zulässigkeit des EigentümergeNießbrauchs: *BGH*, Beschl. v. 14.7.2011 – Az. V ZB 271/10, *NJW* 2011, S. 3517 (3517 f.), wobei auch auf die Vorteile des EigentümergeNießbrauchs bei der Grundstücksübertragung eingegangen wird.

67 *Reiff*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 26 f., 79; *Ivens*, ZEV 2012, S. 71 (72); *Spiegelberger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, V. 2. Rn. 6; *Milatz* (Hrsg.), Übertragung von Familienvermögen, S. 165; *Benkö*, Aushöhlung, S. 37 f. scheint dies als einzige Möglichkeit zu sehen.

68 *Ivens*, ZEV 2012, S. 71 (72); gegen die Zulässigkeit dieser Konstruktion: *Reiff*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 39, 53; *Link*, Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen, S. 75.

69 Vgl. *Milatz* (Hrsg.), Übertragung von Familienvermögen, S. 181 f. bezüglich des Wohnungsrechts. Nach *Krause*, ZFE 2006, S. 453 (454) ist der Vorbehalt des

1. Begriff des Wohnrechts

Vorab bedarf es einer Klärung der Begrifflichkeiten. Sehr häufig werden die Begriffe „Wohnungsrecht“ und „Wohnrecht“ unpräziserweise gleichermaßen benutzt, obwohl nur das Wohnungsrecht i.S.d. § 1093 BGB gemeint ist.⁷⁰ Richtigerweise ist der Begriff „Wohnrecht“ als Überbegriff zu verstehen, der die Wohnrechtsdienstbarkeit, das Dauerwohnrecht gem. §§ 31 ff. WEG sowie das Wohnungsrecht i.S.d. § 1093 BGB umfasst.⁷¹ Soll der Berechtigte lediglich zu einer Mitbenutzung von Wohnraum neben dem Eigentümer berechtigt sein, handelt es sich um eine Wohnrechtsdienstbarkeit.⁷² Merkmale des Dauerwohnrechts gem. §§ 31 ff. WEG liegen darin, dass es an einer abgeschlossenen Wohnung besteht und nicht höchstpersönlich, sondern veräußerlich und vererblich ist; zudem ist die Ausübungsüberlassung an Dritte zulässig.⁷³ In aller Regel geht es aber in der Theorie und Praxis um das Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB⁷⁴ – dieses ist sehr häufig Teil einer vorweggenommenen Erbfolge.⁷⁵

Wohnungsrechts eine der „häufigsten von den Beteiligten gewünschten Gegenleistungen des Erwerbers in Grundstücksübertragungsverträgen“.

70 *Mohr*, in: MüKo BGB Band 7, § 1093 Rn. 1; parallele Verwendung beispielsweise bei: *Staudinger*, in: HK-BGB, § 1093 Rn. 1; *BGH*, Urt. v. 29.6.2016 – Az. IV ZR 474/15, NJW 2016, S. 2957 (2958 f.) = BGHZ 211, S. 38. Auch *Cornelius*, Der Pflichtteilergänzungsanspruch, Rn. 209 ff. vermischt die Begriffe.

71 *Milzer*, BWNNotZ 2005, S. 136 (136); zum Teil wird auch eine Wohnungsrealast einbezogen, so etwa *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 1236; siehe auch: *BayObLG*, Beschl. v. 9.4.1981 – Az. BReg 2 Z 21/81, juris, Rn. 26 f. = MDR 1981, S. 759 m.w.N. Bei der Wohnungsrealast ist der Eigentümer des Grundstücks allgemein verpflichtet, Wohnraum zur Verfügung zu stellen, unabhängig von bestimmten Räumen (*Reymann*, in: *Staudinger BGB*, Stand 8.11.2017, § 1093 Rn. 6 m.w.N.).

72 *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 347; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 1236; *BayObLG*, Beschl. v. 9.4.1981 – Az. BReg 2 Z 21/81, juris, Rn. 26 = MDR 1981, S. 759 m.w.N.

73 *Lehmann*, RNotZ 2011, S. 1 (4); *Spiegelberger/Wartenburger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, VIII. 22. Rn. 3.

74 *Mohr*, in: MüKo BGB Band 7, § 1093 Rn. 2; vgl. auch *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 14.10.1994 – Az. 3 W 120/94, DNotZ 1997, S. 325 (326); *Krause*, ZFE 2006, S. 453 (454).

75 *Herrler*, DNotZ 2009, S. 408 (408 f.); vgl. auch *Spiegelberger/Wartenburger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, VIII. 22. Rn. 1 sowie *Brückner*, NJW 2008, S. 1111 (1111).

2. Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB

Beim Wohnungsrecht kann, ähnlich wie beim Nießbrauch, zwischen Zuwendungswohnrecht und Vorbehaltswohnrecht unterschieden werden, wobei letzteres das zugunsten des Übergebers eingeräumte Wohnungsrecht beschreibt.⁷⁶

Das Wohnungsrecht ist eine Spezialform der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und beinhaltet gem. § 1093 Abs. 1 S. 1 BGB das Recht, das Gebäude oder einen Teil davon als Wohnung unter Ausschluss des Eigentümers zu benutzen. In weitem Umfang wird in § 1093 Abs. 1 S. 2 BGB auf das Recht des Nießbrauchs verwiesen. Beim Wohnungsrecht kann aber kein ideeller Bestandteil belastet werden.⁷⁷

Ebenso wie beim Nießbrauch ist auch beim Wohnungsrecht als subjektiv-persönliches Recht eine Übertragbarkeit gem. § 1092 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen. Die Unübertragbarkeit kann auch nicht durch Parteivereinbarung abbedungen werden.⁷⁸ Ein ganz wesentlicher Unterschied zum Nießbrauch liegt allerdings darin, dass gem. § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB eine Überlassung an andere nur erfolgen darf, wenn dies ausdrücklich gestattet ist. Nur soweit eine Überlassung an Dritte zulässig ist, ist das Wohnungsrecht pfändbar und auch auf den Sozialhilfeträger überleitbar.⁷⁹ Insofern bietet das Wohnungsrecht Schutz vor Gläubigern.⁸⁰ Auch eine Vermietung der Räume ist dem Berechtigten nur möglich, wenn die Überlassung an Dritte ausdrücklich gestattet ist.⁸¹ Das Wohnungsrecht erlischt grund-

76 Vgl. *Spiegelberger/Wartenburger*, in: Münchener Vertragshandbuch Band 6, VIII. 22. Rn. 3.

77 *Wicke*, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Stand 1.6.2018, 8.3.5 Rn. 4; siehe auch *Reymann*, in: Staudinger BGB, Stand 8.11.2017, § 1093 Rn. 17.

78 *BayObLG*, Beschl. v. 18.6.1980 – Az. BReg 2 Z 28/80, *BayObLGZ* 1980, S. 176 (178); *OLG München*, Beschl. v. 18.4.2012 – Az. 34 Wx 35/12, *MittBayNot* 2012, S. 466 (467); *Mohr*, in: MüKo BGB Band 7, § 1092 Rn. 2.

79 Ausführlich hierzu *Reymann*, in: Staudinger BGB, Stand 8.11.2017, § 1093 Rn. 53, 55; siehe auch *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, § 5 Rn. 42.

80 *Wegmann*, in: BeckOK BGB, Stand 1.5.2018, § 1093 Rn. 12.

81 *Mohr*, in: MüKo BGB Band 7, § 1093 Rn. 8; nur ausnahmsweise wurde eine Vermietung gem. § 242 BGB zugelassen, wenn der Berechtigte die Wohnung nicht nutzen konnte: *OLG Köln*, Beschl. v. 6.2.1995 – Az. 2 W 21/95, *NJW-RR* 1995, S. 1358 (1358); *OLG Celle*, Beschl. v. 13.7.1998 – Az. 4 W 129/98, *NZM* 1998, S. 929 (930); siehe auch: *Brückner*, *NJW* 2008, S. 1111 (1112 f.). Zur Frage, wem der Mietzins bei unberechtigter Vermietung gebührt, siehe *BGH*, Urt. v. 2.6.1972 – Az. V ZR 154/70, *NJW* 1972, S. 1416 (1418); *Mohr*, in: MüKo BGB Band 7, § 1092 Rn. 9 m.w.N.

sätzlich gem. §§ 1090 Abs. 2, 1061 S. 1 BGB mit dem Tod des Berechtigten. Ebenso kann das Recht durch Befristung oder Eintritt einer auflösenden Bedingung enden.⁸²

Letztlich gibt es beim Wohnungsrecht damit – ebenso wie beim Nießbrauch – viele Gestaltungsmöglichkeiten.

III. Rückforderungsrecht

Der Übergeber hat oftmals den Wunsch, zu einem späteren Zeitpunkt auf eintretende Ereignisse reagieren zu können und sich das Grundstück gegebenenfalls wieder in das eigene Vermögen einzuverleiben.⁸³ Die Motivlage des Übergebers ist dabei unterschiedlich. Hintergrund kann zum Beispiel eine Wohlverhaltenserwartung an den Erwerber oder der Schutz vor Gläubigerzugriff auf das Grundstück sein.⁸⁴

Die teilweise aufgeworfene Frage, ob Rückforderungsrechte etwas am Schenkungscharakter ändern, kann als geklärt gelten. Es besteht – anders als etwa im französischen Recht (Art. 894, 943 ff. Code Civil)⁸⁵ – kein Endgültigkeitserfordernis, sodass vertragliche Rückforderungsrechte keinen Einfluss auf den Schenkungscharakter haben.⁸⁶ Dafür spricht auch die Existenz der gesetzlich normierten Widerrufsrechte.⁸⁷

Gesetzliche Rückforderungsrechte aus dem Schenkungsrecht können bei Nichtvollzug einer Auflage (§ 527 BGB), Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB) oder grobem Undank (§ 530 BGB) bestehen. Zudem können ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder eine Zweckverfeh-

82 *Von Hoyenberg*, Vorweggenommene Erbfolge, S. 130; *Reymann*, in: Staudinger BGB, Stand 2017, § 1090 Rn. 47.

83 Vgl. *Kohlbosser*, AcP 194 (1994) S. 231 (236); *Langenfeld*, in: Langenfeld/Günther, Kap. 3 Rn. 84 f.

84 *Herrler*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A. V. Rn. 466.

85 Ausführlich dazu *Knobbe-Keuk*, in: FS Flume, S. 149 (154).

86 *Kollbosser*, AcP 194 (1994), S. 231 (237 f.); *Koch*, in: MüKo BGB Band 3, § 516 Rn. 13; *Chiusi*, in: Staudinger BGB, Stand 20.6.2018, § 516 Rn. 35; ausführlich dazu *Böning*, Grundstücksschenkungen unter Widerrufs- und Nießbrauchsvorbehalt, S. 27 ff., 49 insbesondere zur Abgrenzung zu bloß fiduziarischer Eigentumsübertragung; siehe für das Steuerrecht auch *BFH*, Urt. v. 13.9.1989 – Az. II R 67/86, NJW 1990, S. 1750 (1751); a.A. sowohl für das Zivilrecht als auch für das Steuerrecht aber *Knobbe-Keuk*, in: FS Flume, S. 149 (153, 161). Für weitere Nachweise siehe *Butz-Petzoldt*, Grundstücksübertragungen, S. 57.

87 *Chiusi*, in: Staudinger BGB, Stand 20.6.2018, § 516 Rn. 35; *Böning*, Grundstückschenkungen unter Widerrufs- und Nießbrauchsvorbehalt, S. 33 f.

lung i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB vorliegen. All diese Rückforderungsgründe sind aber an hohe Voraussetzungen geknüpft, zudem lassen die Rückabwicklungsmodalitäten Flexibilität vermissen.⁸⁸ Häufiger Bestandteil von Übergabeverträgen sind deshalb vertraglich vereinbarte Rückforderungsrechte.⁸⁹ Der Begriff „Rückforderungsrecht“ soll dabei, unabhängig von der rechtlichen Konstruktion, als Oberbegriff verstanden werden.

1. Rechtliche Konstruktion

Die rechtliche Konstruktion von Rückforderungsrechten kann unterschiedlich sein. Im Schrifttum werden im Wesentlichen die Ausgestaltungen als auflösende Bedingung, vertragliches Widerrufsrecht, vertragliches Rücktrittsrecht oder vertragliches Rückforderungsrecht i.e.S. diskutiert.⁹⁰

a) Auflösende Bedingung

Bei der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB würde der Eintritt der Bedingung dazu führen, dass das schuldrechtliche Rechtsgeschäft wegfällt. Bei Grundstückszuwendungen scheitert eine auflösende Bedingung auf sachenrechtlicher Ebene an § 925 Abs. 2 BGB.⁹¹ Die Rückabwicklung müsste über das Bereicherungsrecht erfolgen, was praktische Schwierigkeiten zur Folge haben kann und in den Details nicht immer dem Parteiwillen entspricht. Der Erwerber müsste gem. § 818 Abs. 1 BGB die gezogenen Nutzungen herausgeben, was gerade bei langen Zeiträumen zwischen Übertragung und Eintritt der auflösenden Bedingung konfliktträchtig ist.⁹² Dafür stellt sich im Gegenzug die Frage, ob der

88 *Ellenbeck*, MittRhNotK 1997, S. 41 (42 ff.); *Langenfeld*, in: Langenfeld/Günther, Kap. 3 Rn. 92; *Horst*, ZAP Fach 12, S. 255 (255).

89 *Von Hoyenberg*, Vorweggenommene Erbfolge, S. 150; *Weidlich*, MittBayNot 2015, S. 193 (193); *Schippers*, DNotZ 2001, S. 756 (756); vgl. auch *Langenfeld*, in: Langenfeld/Günther, Kap. 3 Rn. 84 f.

90 *Weidlich*, MittBayNot 2015, S. 193 (193); *Langenfeld*, in: Langenfeld/Günther, Kap. 3 Rn. 92 ff.; weitergehend: *Ridder*, in: MAH Erbrecht, § 32 Rn. 153 ff. sowie *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, S. 1 (5 f.).

91 *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, S. 1 (5); *Ellenbeck*, MittRhNotK 1997, S. 41 (44); *Milatz* (Hrsg.), Übertragung von Familienvermögen, S. 52.

92 Vgl. *Ellenbeck*, MittRhNotK 1997, S. 41 (42).