

RA Dr. Wolfram Theiss, RA Jan Bittler, RAin und Notarin Ulrike Czubyko, RA Dr. Hans Hammann, RAin Dr. Stephanie Herzog, RA Dr. Heinz-Willi Kamps, RAin Christine Martin, RA und Notar Dr. Phillip Sticherling, RA Gerd Uecker

RAin Dr. Stephanie Herzog

## Die „Versilberung des Betongoldes“ oder „Eat your brick“\*

Notar Dr. Hans Frieder Krauß, München\*\*



*Rund 1 Mio. Haushalte in Deutschland mit über 55-Jährigen verfügt zwar über eine lastenfreie Immobilie, jedoch über weniger Liquidität als der relativen Armutsgrenze von derzeit netto 1.200 € mtl. entspräche („Rentenlücke“)<sup>1</sup>. Aus Mangel an Alternativen gelten andererseits Immobilien vielen Kapitalanlegern als lohnende Investition. Es nimmt nicht Wunder, dass Verträge zur Alterssicherung in Gestalt der „Versilberung“ der weiter eigengenutzten Immobilie in der Praxis zunehmen. Sie sind ausgestaltet als „Kauf auf Leibrente“ (nachstehend I), alternativ werden „Umkehrhypotheken“ (II) angeboten, oder es werden beim Verkauf Nutzungsvorbehalte mit Einmalzahlung (III) bzw. die Rückanmietung durch den Verkäufer ausbedungen (IV). Der kurze Abriss behandelt einige der dabei auftretenden rechtlichen Themen und spricht eine Empfehlung zugunsten des letztgenannten Modells aus.*

### I. Verkauf auf Leibrente

#### 1. Leistungsaustausch

Schwierig ist beim Verkauf einer Immobilie gegen eine auf die Lebensdauer des Verkäufers orientierten Leibrente die Bemessung der Gegenleistung, die in kapitalisierter Höhe das „biometrische“ Risiko der Lebensdauer des Verkäufers abbildet. Dem Käufer muss bewusst sein, dass er einen möglicherweise deutlich höheren Kaufpreis zu entrichten hat, falls der Veräußerer länger lebt als nach den allgemeinen Sterbetafeln zu erwarten war. Dieses Risiko ist nicht wie etwa bei Lebensversicherungsgesellschaften durch eine hohe Zahl von Sachverhalten ausgleichbar. Zu- oder Abschläge sind je nach der Abweichung der „konkreten ex ante Situation“ von der in den Sterbetafeln berücksichtigten abstrakten ex ante Sichtweise denkbar. Festzulegen ist ferner, ob eine Mindestlaufzeit (z.B. zur Absicherung etwaiger Erben) oder eine Höchstlaufzeit (die sich allerdings mit dem Versorgungscharakter nicht verträgt) vereinbart sind. Seitdem die schenkungsteuerlichen Tabellen (die jährlich<sup>2</sup> neu gem. § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG bekannt gemacht werden) auf den jeweils aktuellen Sterbetafeln<sup>3</sup> basieren, können auch diese herangezogen werden, allerdings im Bewusstsein dessen, dass dort ein relativ hoher Abzinsungssatz von 5,5 % (§ 12 Abs. 3 BewG) „eingewoben“ ist, der jedenfalls nach derzeitigen Marktverhältnissen allenfalls dann akzeptabel erscheint, wenn zusätzlich eine Anpassung an die Inflation erfolgt (Gleitklausel nach Maßgabe des Verbraucherpreisindex), und andernfalls eher zu höheren Monatszahlungen Anlass geben sollte.

Zu berücksichtigen sind auch die Zahl der Berechtigten (Eheleute als Gesamtgläubiger: mindert sich die Rentenhöhe nach Ableben eines der beiden Berechtigten?),<sup>4</sup> die Zahlungsperioden (monatlich/jährlich), die Vor- oder Nachschüssigkeit, und die ggf. zusätzliche Vereinbarung einer Wertsicherung (ab welchem Schwellenwert? bzw. stets rhythmisch in bestimmten Zeitabstän-

den? nur auf Verlangen oder „automatisch“?). Behält sich der Verkäufer ein Wohnungsrecht vor (nachstehend III.), mindert sich der Rentenbetrag für die Dauer dessen Inanspruchnahme um den Betrag der ersparten Miete (ggf. abzüglich der weiter vom Wohnungsberechtigten zu tragenden Instandhaltungs- und Erhaltungsaufwendungen), wobei aus Sicht beider Beteiligten regelmäßig der Abschluss eines Mietvertrages unter Ausschluss des Eigenbedarfskündigungsrechtes ertragsteuerlich vorzuzugswürdig ist, vgl. nachstehend IV.

#### 2. Absicherung des Verkäufers

Zur Absicherung wiederkehrender Leistungen könnte an eine Absicherung durch eine Reallast (§§ 1108 ff. BGB) gedacht werden. Unbefriedigend gelöst ist (außerhalb des § 9 Abs. 3

\* Der Beitrag basiert auf dem Vortrag, den der Autor am 31.03.2017 auf dem 12. Deutschen Erbrechtstag in Berlin gehalten hat.

\*\* Der Autor ist Notar in München.

1 Nach Ermittlungen der TNS Infratest (Trend FMDS 2007-2012) verfügt z.B. jeder sechste Rentnerhaushalt mit Immobilienbesitz in Bayern über weniger Haushaltseinkommen als 1.250 €/Monat, und sogar jede vierte Einzelperson über weniger als 750 €/Monat.

2 Für 2017: BMF-Schreiben v. 04.11.2016 – IV C 7 – S 3104/09/10001, BStBl I 2016, 166.

3 Derzeit Sterbetafel 2013/2015 des statistischen Bundesamtes, kostenfrei zu beziehen unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de) unter dem Menüpunkt Bevölkerung/ Geburten und Sterbefälle/Periodensterbetafeln und Lebenserwartung/aktuelle Sterbetafeln für Deutschland. Das Deutsche Zentrum für Altersfragen Berlin ermöglicht die Berechnung der durchschnittlichen Lebenserwartung zumeist nach neueren Sterbetabellen, [www.gerostat.de](http://www.gerostat.de).

4 Falls keine Minderung eintritt, kann bei der Berechnung der Rente einfach der Beteiligte mit dem höheren Kapitalisierungsfaktor zugrunde gelegt werden, anderenfalls ist die Summe zu bilden aus der vollen Rente, multipliziert mit dem niedrigeren Kapitalisierungsfaktor, und der verringerten Rente, multipliziert mit der Differenz zwischen dem höheren und dem niedrigeren Kapitalisierungsfaktor für die verbleibenden Jahre.

Nr. 1 ErbbauRG) allerdings die Fortexistenz des dinglichen<sup>5</sup> Reallastrechtes nach Vollstreckung in das Objekt wegen rückständiger Einzelleistungen: An dessen Stelle tritt ein Ersatzanspruch aus dem Versteigerungserlös (§ 91 Abs. 1 ZVG).<sup>6</sup> Die Vereinbarung einer von § 12 ZVG abweichenden Befriedigungsreihenfolge, auch beschränkt auf die Versteigerung aus rückständigen Einzelansprüchen, ist im Allgemeinen Reallastrecht jedoch nicht mit dinglicher Wirkung möglich,<sup>7</sup> wohl auch nicht entgegen der Vorschläge des Schrifttums<sup>8</sup> durch rechtzeitige Teilung der Reallast in einen vorrangigen Teilbetrag wegen der künftigen Leistung und einen nachrangigen Teilbetrag wegen der bereits fälligen Leistung.<sup>9</sup> Der Gläubiger wäre, um den Verlust des dinglichen Rechtes zu vermeiden, auf den persönlichen Anspruch aus § 1108 BGB oder die Anordnung der bloßen Zwangsverwaltung angewiesen. Der BGH empfiehlt, den Anspruch auf Neubestellung einer Reallast nach Untergang des Rechtes, aus dem die Versteigerung betrieben wird, durch vorrangige Vormerkung zu besichern. Der gesicherte Anspruch richtet sich gegen den derzeitigen,<sup>10</sup> bindet jedoch wegen §§ 888 Abs. 1, 883 Abs. 2 BGB im Ergebnis den „jeweiligen“ Eigentümer. Fraglich ist, ob diese Vormerkung mit ihrer erstmaligen Ausnutzung „verbraucht“ wäre.<sup>11</sup> Die Vormerkung sichert allerdings nicht den Anspruch auf Vollstreckungsunterwerfung wegen der zu bestellenden Reallast (in dinglicher und/oder persönlicher Hinsicht).<sup>12</sup> Mit geringeren Kosten verbunden, im Ansatz sicherlich mehrfach wirksam und die Beleihbarkeit des Grundstückes mäßiger einschränkend, ist allerdings der Vorschlag, im Rang nach der Reallast eine nicht abtretbare Grundschuld in geringer Höhe zu bestellen, die der Absicherung der rückständigen Verbindlichkeiten aus der Reallastabrede dient (der Betrag sollte die voraussichtliche Summe der Rückstände wiedergeben, die zu einer Versteigerung Veranlassung geben) und aus der sodann die Versteigerung wegen der Rückstände betrieben wird, so dass die Reallast wiederum insgesamt in das geringste Gebot fällt. Zur Erhaltung der mehrfachen Verwendung könnte der Gläubiger rechtzeitig die Grundschuld teilen und lediglich aus dem letztrangigen Teil die Vollstreckung betreiben. Es empfiehlt sich ferner, bei Rückstand mit einer bestimmten Zahl an Raten oder in einer bestimmten Höhe, im Fall der Insolvenz des Käufers oder der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz dem Verkäufer die Möglichkeit einzuräumen, den noch offenen kapitalisierten, jedoch abgezinsten Gesamtbetrag einschließlich der Rückstände fällig zu stellen; da dieser Betrag nicht über die Reallast gesichert ist, kann die im Rang danach eingetragene, gem. § 800 ZPO vollstreckbare Grundschuld für den Verkäufer auch hierfür als Sicherheit dienen.

Für den Fall der Leistungsstörung auf Erwerberseite ist der Verkäufer aber nicht nur hinsichtlich der Beitreibung der offenen Rentenzahlungen für die Zukunft (also in der Variante des „Vorwärtsganges“) schutzbedürftig, sondern auch für den Fall des Rücktritts (also in der Variante des „Rückwärtsganges“). Damit Letzterer nicht durch zwischenzeitliche Veräußerungen oder Belastungen faktisch vereitelt wird, muss an erster Rangstelle daher eine Vormerkung den möglichen künftigen Rückgewähranspruch des Verkäufers sichern; wie alle anderen dinglichen Rechte löschar bei Todesnachweis, also als durch den Tod auflösend befristetes Recht.

#### Hinweis:

Es muss für den Rücktrittsfall vertraglich vereinbart werden, in welcher Höhe die bereits geleisteten Rentenzah-

lungen (Tilgungsanteil im Unterschied zum Zins- und zum Nutzungsanteil) Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Immobilie zurückzuzahlen sind. Eine Pflicht zur entschädigungslosen Rückübertragung bei Rückständen mit der Rentenzahlung („Verfallklausel“) verstößt regelmäßig gegen die guten Sitten, zumal sie den Käufer umso härter trifft, je länger er sich vertragstreu verhalten hat.<sup>13</sup> Der Einbehalt bemisst sich am Wert der Nutzungen je Monat, die der Käufer (durch Eigennutzung oder Vermietung) hätte ziehen können, und wird oft unter Verbrauchern oder im rein unternehmerischen Verkehr maßvoll erhöht zur pauschalierten Abgeltung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, der in einer bloßen Verschlechterung der Marktlage liegt; im Verbrauchervertrag ist insoweit § 309 Nr. 5 BGB zu beachten. Hinzu kommt konkret zu belegender Schadensersatz, etwa wegen einer Verschlechterung des Kaufobjektes, die über die bloße Abnutzung hinausgeht (infolge Beschädigung oder objektiv wertmindernden Umbaus), oder wegen einer Vermietung, die von marktüblichen Konditionen schuldhaft nachteilig abweicht (Abschluss eines Mietvertrages mit geringer Miete und langjährigem Ausschluss des Kündigungsrechtes kurz vor der Rückübertragung). Werterhöhende Aufwendungen des Käufers sind regelmäßig nur nach den Grundsätzen aufgedrängter Bereicherung zu ersetzen; die Rückübertragung ist Zug-um-Zug gegen Entrichtung des sich insgesamt zu Gunsten des Käufers ergebenden Saldos geschuldet.

- 5 Aus dem regelmäßig gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO titulierte persönlichen Anspruch gem. § 1108 BGB kann der Reallastberechtigte ebenfalls vorgehen, die dingliche Reallast fällt dann insgesamt, da einer besseren Rangklasse angehörend (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 statt 5 ZVG), in das geringste Gebot (allerdings ebenfalls alle etwaigen nachrangigen Sicherungshypotheken etc., so dass das Grundstück häufig nicht mehr verwertbar ist!).
- 6 Bei Reallasten auf unbestimmte Dauer (Lebenszeit) ist hierfür dem Versteigerungserlös ein sog. Deckungskapital zu entnehmen, das dem kapitalisierten Wert der künftigen Leistungen (max. jedoch dem 25-fachen Jahresbetrag) entspricht, dessen Anlageart der Gläubiger bestimmt, und dem er sodann quartalsweise (§ 92 Abs. 2 ZVG) den Jahreswert der Realleistung entnehmen kann.
- 7 BGH, ZNotP 2004, 110 auf Divergenzvorlage des OLG Hamm, ZNotP 2003, 31; a.A. BayObLG, DNotZ 1991, 805 (nach *Amann*, DNotZ 1993, 233 war die Regelung jedoch vollstreckungsrechtlich ungeeignet).
- 8 Reithmann/Albrecht/*Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rn. 642; *Amann*, DNotZ 1993, 230 und DNotZ 2004, 605; OLG Hamm, ZfR 2002, 994; dagegen krit. *Dümic*, ZfR 2002, 962: Rückständige Raten sind Einzelleistungen und damit nicht mehr reallastfähig.
- 9 BGH, 02.10.2003 – V ZB 38/02, DNotZ 2004, 615 m. Anm. *Oppermann*, RNotZ 2004, 86 und *Dümic*, MittBayNot 2004, 153. *Amann*, DNotZ 2004, 605 ff. verteidigt die Aufspaltung der Reallast in rangverschiedene Teile zugleich als Ausdruck eines allgemein aus § 1151 BGB sprechenden Teilbarkeitsgrundsatzes. Umfasst die nachrangige Teilreallast nur rückständige Leistungen (ohne Stammrechtsanteil), sei die Aufspaltung zwar nicht eintragungsfähig, jedoch im Versteigerungsverfahren nach Anmeldung (§ 37 Nr. 4 ZVG) zu berücksichtigen.
- 10 Die Vormerkung muss auch so bewilligt werden, OLG München, 30.01.2007 – 32 Wx 9/07, DNotZ 2007, 296 m. Anm. *Amann* = NotBZ 2007, 102 m. Anm. *Otto*.
- 11 So *Oppermann*, RNotZ 2004, 87 f.; a.A. wohl OLG München, 30.01.2007 – 32 Wx 9/07, NotBZ 2007, 102 m. Anm. *Otto*, obwohl die dort angeführten Belegzitate andere Sachverhalte umfassten (z.B. BayObLG, NotBZ 2003, 72: einheitliches Anspruchsziel [Eigentumsverschaffung] aus mehreren Gründen [Ankaufs- und Vorkaufrecht]).
- 12 *Amann*, DNotZ 2004, 602.
- 13 BGH, 17.10.2008 – V ZR 14/08, ZNotP 2008, 490 (dort im Verein mit einem Belastungsverbot).

**Hierzu folgender Formulierungsvorschlag:****Leibrentenverpflichtung****1. Zahlungspflicht****a) Höhe und Fälligkeit**

Der Verkäufer erhält als Gegenleistung für die Verschaffung von Eigentum und mittelbarem Besitz eine wertgesicherte (nachstehend b) Leibrente i.H.v. anfangs monatlich ... €, erstmals für den Monat ... 20 ...

Die Leibrente ist jeweils monatlich im Voraus bis zum dritten Tage eines jeden Monats durch Überweisung zu bezahlen, und zwar auf das Konto des Verkäufers bei der

... Bank, IBAN ... BIC ...

solange der Verkäufer nicht schriftlich ein anderes Konto benennt, wozu er jederzeit berechtigt ist.

Der Zahlungsanspruch ist – ebenso wie die nachstehend zu seiner Sicherung bestellte Reallast und die Kapitalisierungsgrundschuld – abtretbar; die Zahlungspflicht erlischt jedoch mit dem Tod des heutigen Verkäufers.

Der Notar wies darauf hin, dass nach Ablauf der Zahlungsfrist Verzug eintritt. Während der Dauer des Verzugs ist der jeweils fällige Betrag kraft Gesetzes mit 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich zu verzinsen.

**b) Wertsicherung**

Im Hinblick auf eine etwaige Veränderung der Kaufkraft soll die Leibrente wertbeständig sein. Sollte sich daher der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Verbraucherpreisindex für Deutschland auf der jeweils aktuellen Originalbasis gegenüber dem Stand bei Beurkundung dieses Vertrages um mehr als ... % nach oben oder unten verändern, so verändert sich der Betrag der Leibrente mit Wirkung zu dem Kalendermonat, in dem die Änderung erstmals mehr als ... % beträgt, automatisch entsprechend, ohne dass es hierzu eines Anpassungsverlangens eines Beteiligten bedarf. Die nächste Anpassung findet statt, wenn gegenüber dem Monat, in welchem hiernach die letzte Veränderung der Leibrente wirksam geworden ist, eine erneute Veränderung des vorgenannten Lebenskostenindex um mehr als ... % eingetreten ist.

**c) Sicherung durch Reallast**

Zur Sicherung des Leibrentenzahlungsanspruchs des Verkäufers wird die Eintragung einer Reallast auf Zahlung der in Ziffer (1) vereinbarten, gemäß (b) wertgesicherten Leibrente (§ 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB) für den Verkäufer im Rang nach der nachstehend 2) bewilligten Rückübertragungsvormerkung im Grundbuch bewilligt und beantragt mit der Maßgabe, dass zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt. Etwaige zu diesem Zeitpunkt bestehende Rückstände sind daher schuldrechtlich beizutreiben.

Zum Inhalt dieser Reallast wird bestimmt:

aa) Die Zahlungen aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und den dinglichen Ansprüchen aus der Reallast sind jeweils gegeneinander anzurechnen. Dem Rentenverpflichteten und dem Grundstückseigentümer steht ein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede zu,

wenn der Rentenbetrag aus einer dieser Verpflichtungen geleistet wurde. Die Eintragung dieser Einrede in das Grundbuch bei der Reallast wird bewilligt und beantragt.

bb) Die Beteiligten vereinbaren vorsorglich, dass das sog. „Stammrecht der Leibrente“ erst 30 Jahre nach gesetzlichem Beginn bzw. Neubeginn der Verjährung verjährt; für die Einzelleistungen bleibt es bei der gesetzlichen Verjährungsfrist von drei Jahren.

cc) Der Verkäufer kann im Falle der Eröffnung eines Zwangsversteigerungsverfahrens in den Kaufgegenstand anstelle des in monatlichen Teilbeträgen fällig werdenden Wertersatzes nach § 92 Abs. 2 ZVG einen in einer Summe auszubezahlenden Ablösebetrag, der sich gemäß nachstehend 2 a) ermittelt, verlangen. Als – im Grundbuch gem. § 882 Satz 2 BGB einzutragender – Höchstbetrag wird ... € vereinbart.

dd) Die dingliche Reallast ist ferner durch den Erhalt des Ablösebetrages gem. § 3 Nr. 2a auflösend bedingt.

**d) Sicherung durch Vollstreckungsunterwerfung**

Der Käufer unterwirft sich wegen des dinglichen und wegen des persönlichen Anspruchs aus dieser Reallast sowie wegen der vorstehend vereinbarten schuldrechtlichen Zahlungspflicht in Höhe des Ausgangsbetrags von ... € monatlich und der vereinbarten Änderungen, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex für Deutschland ergeben, der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein Vermögen mit der Maßgabe, dass vollstreckbare Ausfertigung auf Antrag des Gläubigers ohne weitere Nachweise erteilt werden kann.

**2. Leistungsstörung****a) Ablösungsrecht des Verkäufers; Sicherung durch Grundschuld**

Wenn über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse dessen Eröffnung abgelehnt wurde, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in den betroffenen Grundbesitz eröffnet wird oder ein Zahlungsrückstand in Bezug auf mindestens drei Monatsbeträge entsteht, kann der Verkäufer anstelle der künftigen wiederkehrenden Leistungen einen Ablösebetrag in einer Summe verlangen.

Deren Höhe ist zu ermitteln als Gegenwartswert der künftigen Leistungen auf Lebenszeit (wobei die Lebenserwartung nach den jeweils neuesten allgemeinen Sterbetafeln gem. § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG, der Abzinsungsprozentsatz jedoch, sofern der Zinssatz des Bewertungsgesetzes – derzeit § 12 Abs. 5 BewG – höher ist, mit zwei Prozentpunkten über dem seinerzeitigen Basiszins gem. § 247 BGB anzusetzen ist), zuzüglich etwaiger Rückstände.

Zur Sicherung dieses Ablösebetrags und zur Sicherung etwaiger Rückstände aus der Reallast auch ohne Ausübung des Ablösungsrechtes wird die Eintragung einer (grundbuchlich abstrakten) zinslosen Buchgrundschuld über ... € für den Verkäufer im Rang nach der Reallast bewilligt und beantragt. Der jeweilige Grundstückseigentümer unterwirft sich wegen dieses Grundschuldbetrags der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde gegenüber dem Verkäufer,

was hiermit vereinbart und zur Eintragung bewilligt und beantragt wird (§ 800 ZPO). Die Grundschuld wird bereits hiermit gem. § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB gekündigt, der Käufer bestätigt den Erhalt der Kündigung. Sie ist auf den Tod des heutigen Verkäufers befristet und damit löschar gegen Todesnachweis.

Die Reallast ihrerseits ist auflösend bedingt durch Erhalt des Ablösebetrags, was zur Eintragung bei der vorbestellten Reallast bewilligt und beantragt wird.

Klargestellt wird, dass ein Recht des Käufers auf vorzeitige Ablösung der Leibrente (etwa durch Entrichtung des Kapitalisierungsbetrages) nicht besteht.

### b) Rückübertragungsanspruch; Sicherung durch Vormerkung

Wenn über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse dessen Eröffnung abgelehnt wurde, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in den betroffenen Grundbesitz eröffnet wird oder ein Zahlungsrückstand von mehr als drei Monatsbeträgen entsteht, kann der heutige Verkäufer, anstatt weiter Leistung aus der Reallast (Nr. 1) oder aus dem Ablösungsbetrag (Nr. 2a) zu verlangen, vom Vertrag zurücktreten. Abweichend vom Gesetz gilt in diesem Fall:

Der Käufer bzw. sein Rechtsnachfolger erhält die bisher geleisteten Zahlungen (ohne Beilage von Zinsen) abzüglich eines Betrages von ... € pro Monat seit Übergang des mittelbaren Besitzes durch den Verkäufer (bzw. im Falle der Abtretung des Leibrentenzahlungsanspruchs für dessen Rechnung) rückerstattet; der Einbehalt entspricht wirtschaftlich einer Entschädigung für die gezogenen (Eigen- oder Fremd) Nutzungen und enthält zugleich pauschalierten Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich einer etwaigen zwischenzeitlichen Verschlechterung der Marktlage. Darüber hinaus gehende Schadensersatzansprüche (etwa wegen zu vertretender, die übliche Abnutzung überschreitender Verschlechterung oder wertmindernden Umbaus des Kaufobjektes, wegen einer Vermietung zu nicht marktüblichen nachteiligen Konditionen etc.) bleiben gegen Nachweis vorbehalten. Lediglich werterhöhende Verwendungen des Käufers sind zu ersetzen, und zwar nur nach den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung. Die Rückerstattung des geschuldeten Betrages ist fällig Zug um Zug gegen vollständige Räumung des Vertragsobjektes, es sei denn es ist zu diesem Zeitpunkt vermietet, und weiter Zug um Zug gegen Erklärung der Rückauflassung, deren Vollzug von der Entrichtung des Rückerstattungsbetrages abhängig gemacht sein kann. Im Übrigen gelten für die geschuldete Rückübertragung die Regelungen dieses Vertrages entsprechend. Die Kosten der Rückabwicklung trägt der Rentenzahlungsverpflichtete.

Zur Sicherung des bedingten Anspruchs des Verkäufers auf Rückübertragung des Eigentums an dem Kaufgegenstand bewilligt der Käufer und beantragt der Verkäufer, an erster Rangstelle – demnach im Rang vor der Reallast und der Grundschuld – mit Umschreibung im Grundbuch eine Vormerkung zugunsten des Verkäufers einzutragen. Auch diese Vormerkung ist auf den Tod des heutigen Verkäufers auflösend befristet und daher gegen Todesnachweis löschar.

### 3. Verbleibende Nachteile

Zum Verkauf gegen Leibrente eignen sich in erster Linie Objekte, die in Abt. III unbelastet sind (anderenfalls ist der Anspruch auf die monatlichen Leistungen jedenfalls in Höhe der Annuität an die abzulösende Bank abzutreten, und der Käufer muss hinsichtlich der bei frühem Versterben des Verkäufers verbleibenden Restschuld durch eine Risikolebensversicherung des Verkäufers [Restschuldversicherung] abgesichert sein, deren Prämien ebenfalls in Anrechnung auf die Leibrente von ihm bedient werden es sei denn, der Käufer ist damit einverstanden, als Mindestkaufpreis den zur Lastenfreistellung erforderlichen Betrag zu entrichten, selbst bei frühem Ableben des Leibrentenempfängers). Je älter der Verkäufer, und je besser die Bonität des Käufers, umso geringer sind die mit dem Leibrentenkauf verbundenen wechselseitigen Risiken. Dem Käufer muss darüber hinaus bewusst sein, dass ein Weiterverkauf des Objektes vor Erledigung der Leibrentenpflicht ihn im Verhältnis zum Verkäufer nicht von der Pflicht zur Leistung der Leibrente befreit, auch wenn im Innenverhältnis der neue Käufer diese zu übernehmen verspricht. Ein Weiterverkauf kann ferner wirtschaftlich nur an einen Nacherwerber erfolgen, der die Leibrentenzahlung zu übernehmen bereit ist, da eine Lastenfreistellung mangels Ablösungsrecht des Käufers erst mit dem Tod des Verkäufers herbeigeführt werden kann.

Daher eignen sich Leibrentenkäufe in der Praxis insb. für Käufer, die (etwa wegen der in ferner Zukunft geplanten Eigennutzung) keinen Weiterverkauf vor dem Ableben des Verkäufers in Betracht ziehen. Anderenfalls sollte der Käufer darauf drängen, dass ihm nachgelassen wird, die Leibrentenzahlungspflicht (gegen Löschung aller zugunsten des Verkäufers eingetragener Rechte) abzulösen durch Einzahlung eines Einmalbetrages in eine der staatlichen Rentenaufsicht unterliegende Rentenversicherung, die ihrerseits dem Verkäufer die geschuldeten Zahlungen in wertgesicherter Höhe auf Lebenszeit garantiert; noch nicht verbrauchtes Kapital verbleibt dadurch beim Käufer. Behält er sich dieses Recht vor, wird häufig auch der Verkäufer für sich eine solche Option (mit ausreichend langer Ankündigungsfrist) wünschen.

### II. Umkehrhypotheken

Als Alternative insb. für die Zielgruppen „Senioren ohne Erben“, „Senioren ohne Geld“ und „Senioren mit mehr Wünschen als Geld“ entwickelt der Bundesverband öffentlicher Banken Deutschlands (VÖB) das Konzept einer sog. „Umkehrhypothek“ (bzw. des „Immobilienverzehr-kreditvertrages“<sup>14</sup>) nach angloamerikanischem Vorbild (reverse mortgage, Slogan: „eat your brick“),<sup>15</sup> wonach über 60-jährige Immobilieneigentümer diese gegen Zahlung einer lebenslangen Rente („Verzehrrente“) zugunsten einer Bank beleihen (die auf Lebenszeit festen Zinsen werden dem Kapital zugeschlagen; der maximale Rückzahlungsbetrag – fällig bei

14 So der Begriff in der deutschen Fassung der EU-Richtlinie 2014/17 v. 04.02.2014 (Wohnimmobilienkreditrichtlinie), Art. 3 Abs. 2i. Ein am 21.12.2016 im Kabinett beschlossener Gesetzesentwurf soll klarstellen, dass die Kreditwürdigkeitskriterien der §§ 505a ff. BGB solchen Kreditvergaben nicht entgegen stehen.

15 Gefördert durch die Federal Housing Administration, im Jahr 2008: 17 Mrd. \$, im Jahr 2015: ca. 56.000 Hypotheken mit (nur mehr) 9,3 Mrd. \$ Volumen. Immobilien werden nur mit 50-80 % ihres aktuellen Verkehrswertes in die Verrentungskalkulation einbezogen.

Übersiedlung in ein Pflegeheim, sonst beim Tod – soll den Verkehrswert nicht überschreiten)<sup>16</sup>. Sofern der ins Pflegeheim übersiedelte Darlehensnehmer<sup>17</sup> bzw. die Erben das Darlehen nicht aus eigenem Vermögen oder durch Verkauf der belasteten Immobilie tilgen, verwertet die Bank das Beleihungsobjekt und kehrt einen etwaigen Überschuss an die Erben aus. Allerdings wird das Langlebigkeitsrisiko durch außerordentlich hohe Risikoaufschläge kompensiert; und kaum ein Anbieter in Deutschland ist derzeit bereit, solche Rückwärtsdarlehen auf völlig unbestimmte Zeit zu gewähren.<sup>18</sup> Es eignet sich auch nur für schuldenfreie Liegenschaften in guten Lagen.

Daneben haben sich Anbieter etabliert (wie etwa die Stiftung Liebenau [Meckenbeuren]), oder Genossenschaften, wie z.B. die WBG Reale Werte eG in Holzwickede, NRW bzw. gewerbliche Anbieter<sup>19</sup>), die (ebenfalls in Fortführung einer US-amerikanischen Tradition<sup>20</sup>) Immobilien gegen ein lebenslang gewährtes, grundbuchlich besichertes, Wohnungsrecht und eine auf Lebenszeit gewährte Rente (alternativ auch eine Einmalzahlung mit Verrentung im Übrigen), besichert durch eine Grundschuld, sofort erwerben. Bei der Bemessung der Rente mindern diese Anbieter freilich den Immobilienwert um die vom Eigentümer während der Wohnungsrechtszeit zu tragenden laufenden Gebäudekosten, die Stiftung Liebenau auch um einen Zustiftungsbetrag von etwa 25 %, außerdem führen die dauerhaft niedrigen Kapitalmarktzinsen zu einer weiteren Rentenreduzierung. Ferner ist die „lebenslange“ Nutzungsbindung an die möglicherweise nicht altersgerechte Immobilie unrealistisch; früherer freiwilliger Auszug führt freilich i.d.R. nicht zu einer „Nachvergütung“<sup>21</sup>. Der Verkäufer wird allerdings emotional zusätzlich dadurch entschädigt, dass er seine Immobilie nach seinem Tod gemeinnützigen Zwecken gewidmet weiß. Der Erwerb zahlreicher Objekte durch dieselbe Stiftung nivelliert zudem das Risiko eines „statistischen Ausreißers“, während ein privater Einzelkäufer im Leibrentenmodell ganz unverhohlen auf den frühen Tod seines Vertragspartners hoffen muss.

### III. Nutzungsrecht und Geldleistung

Verkaufswillige Senioren, die die im selbstgenutzten Eigenheim/der selbstgenutzten Eigentumswohnung verkörperte Vermögensaufbauleistung zur Erreichung höherer Liquidität im Alter „versilbern“ möchten, aber dennoch, solange möglich, noch in den vertrauten vier Wänden verbleiben wollen, wünschen häufig eine Kombination aus vorbehaltenem Nutzungsrecht (Wohnungsrecht oder Nießbrauch), einerseits, und Geldleistung andererseits, sei sie einmaliger oder wiederkehrender Natur (Leibrente bzw. Kaufpreiszahlung). Gegen Letztere spricht neben den allgemeinen Nachteilen aus Verkäufersicht (Risiko der Einbringlichkeit, also der Leistungsfähigkeit und des Leistungswillens des Käufers über längere Zeit) aus Sicht des Käufers weiter, dass die vom Verkäufer typischerweise gewünschte grundbuchliche Absicherung der Ratenzahlungspflicht (durch Rückübertragungsvormerkung für den Fall des Rücktritts [„Rückwärtsgang“] und, dahinter, Grundpfandrechte zur Sicherung der Beitreibung [„Vorwärtsgang“]) die Beleihbarkeit (und Weiterveräußerlichkeit) des Objekts erschwert, wenn nicht gar ausschließt. Auch bleibt das niemals befriedigend lösbare Problem des inflationsbedingten Wertschwunds der Monatsraten, das durch Wertsicherungsklauseln nur teilweise aufgefangen werden kann. Wenn irgend möglich, sollte daher die Geldleistung als Einmal-Betrag vereinbart sein.

Hinsichtlich des vorbehaltenen Nutzungsrechtes ist zu bedenken: der Käufer berücksichtigt das vorbehaltene Nutzungsrecht mit einem außerordentlich hohen Betragsabschlag, da er bzw. seine Bank von einer mutmaßlich hohen Lebenserwartung des Verkäufers ausgeht; beim Nießbrauch kommt als weiteres wertreduzierendes Moment hinzu, dass der Käufer (wie auch jeder künftige Eigentümer) nicht sicher sein kann, welcher Mieter zu welchen Mietkonditionen ggf. bei Beendigung des Mietvertrags von ihm zu übernehmen ist (§ 1056 BGB hebt den sozialen Wohnraumkündigungsschutz nicht aus). Eine spätere „Gutschrift“ bei statistisch vorzeitigem Ableben des Verkäufers (und damit vorzeitiger Beendigung des Wohnungsrechts/Nießbrauchs) ist selten vorgesehen. Praxisbedeutsam ist daher allenfalls die Kombination „Wohnungsrecht + Kaufpreis“, und nur dann, wenn das Objekt so seniorengerecht ausgestattet ist, dass ein Bewohnen durch den Verkäufer bis in die letzten Lebensstage wahrscheinlich ist, und zudem über ein Raumangebot verfügt, das auch die Aufnahme von unterstützendem Pflegepersonal ermöglicht. Bei der Bemessung des Geschäftswertes zur Ermittlung der Notargebühren ist naturgemäß das Wohnungsrecht (mit dem Multiplikationsfaktor des § 52 GNotKG) mit zu berücksichtigen (sofern nicht der höhere Verkehrswert maßgebend ist); bei der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer gilt dagegen der Multiplikator nach § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG (basierend für 2017 auf der Sterbetafel 2013/2015<sup>22</sup>).

Im Vergleich zum allgemeinen Kaufvertragsmuster ist insb. die Formulierung der Passagen zum Wohnungsrecht<sup>23</sup> von Interesse, wobei die Herausforderung zuvörderst in der (vom Gesetz selbst nicht, auch nicht durch Verweisung auf § 1047 BGB, normierten) Regelung der Lastenverteilung liegt; dies wird dadurch weiter erschwert, dass im Einzelnen nicht vollkommen geklärt ist, welche Vereinbarungen mit dinglicher, welche nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen werden können: Gem. §§ 1093, 1090 Abs. 2, 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB kann (bei entsprechender Grundbucheintragung oder Verweisung gem. § 874 BGB) auch mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, dass der Grundstückseigentümer (nicht aber mit dinglicher Wirkung der Wohnungsberechtigte)<sup>24</sup> verpflichtet sei, das Gebäude „in gut bewohn- und beheizbarem Zustand

16 Beispiel: R & V Versicherung; der Anbieter ImmoKasse (Oberhaching) meldete im Januar 2013 Insolvenz an, das Pilotprojekt der IB Investitionsbank Schleswig-Holstein wurde im März 2013 eingestellt.

17 Der freilich zu diesem Zeitpunkt, neben seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung, damit regelmäßig überfordert sein wird!

18 Die R & V Versicherung nimmt hohe Risikoabschläge vor. Ein Ehepaar (er 75, sie 71 Jahre alt) erhält demnach für eine Immobilie im Verkehrswert von 500.000 € lediglich 581 € Darlehensauszahlung im Monat.

19 Z.B. die „HausplusRente GmbH“: 76jähriger männlicher Bewohner erhält bei einem Verkehrswert von 700.000 € neben dem Wohnungsrecht 410.000 €.

20 Seit etwa 1850 durch die American Bible Society, mittlerweile bieten in den USA mehrere tausend gemeinnützige Organisationen den Tausch „Eigentum gegen Rente“, sog. gift annuity, als Instrument des fundraising an.

21 Die Stiftung Liebenau gewährt allerdings bei vorzeitiger Aufgabe des Wohnungsrechts eine vorab definierte, gestaffelte Teilrückzahlung.

22 BMF-Schreiben v. 04.11.2016 – IV C 7 – S 3104/09/10001, BStBl II, 2016, 1166.

23 Vgl. eingehend Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl., Rn. 1333 ff.

24 BayObLG, DNotZ 1989, 569 mit der Begründung, es handle sich um ein „unzulässiges Entgelt“ für die Wohnungsrechtsbestellung, außerdem verweise § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht auf § 1047 BGB; a.A. LG Gießen, Rpfleger 1986, 174.

zu erhalten“. Auch kann mit dinglicher Wirkung<sup>25</sup> vereinbart werden, dass der Grundstückseigentümer die Kosten der Ver- und Entsorgung (z.B. Heizung, Strom, Wasser Gas) und alle sonstigen Kosten des Bewohnens zu tragen habe.<sup>26</sup> Aus der Berechtigung zur Mitnutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen (§ 1093 Abs. 3 BGB, insb. der Heizung) folgert der BGH<sup>27</sup> im Wege ergänzender Auslegung, dass der Wohnungsberechtigte, auch wenn er die Wohnung leer stehen lässt, sich an den Kosten zu beteiligen hat, die durch die gewöhnliche Unterhaltung dieser gemeinschaftlichen Einrichtungen entstehen, insb. den verbrauchsunabhängigen Kosten der Warmwasserbereitung und Heizung. Im Übrigen<sup>28</sup> muss jedoch die Beteiligung des Wohnungsberechtigten an den allgemeinen Hauskosten (Grundsteuer, Straßenreinigung, Müllabfuhr, Brandversicherungsprämie etc.) oder an den verbrauchsabhängigen Kosten seines Bewohnens (Heizung, ggf. auch Gasverbrauch, Strom) vertraglich geregelt werden, da § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht auf § 1047 BGB verweist. Eine Beteiligung des Wohnungsberechtigten an den weiteren privaten Lasten i.S.d. § 1047 BGB (Verzinsung von grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten, Überbau- und Erbbaurenten) sowie an solchen öffentlichen Lasten, die auf den „Stammwert der Sache“ entfallen (Erschließungskosten) ist jedenfalls lediglich schuldrechtlich möglich.<sup>29</sup> Hierzu folgender

#### Formulierungsvorschlag: Wohnungsrecht als Teil der Gegenleistung

Die Gegenleistung besteht

a) in der Entrichtung eines Barkaufpreises i.H.v. ..., € – in Worten: ... Euro –

gemäß nachstehender **Ziffer 1**

sowie

b) der Gewährung eines **lebenslangen Wohnungsrechts** entsprechend der Regelungen dieses Vertrages gemäß nachstehender **Ziffer 2**,

an den Verkäufer.

*Folgt unter Ziffer 1 die (übliche) Regelung zur Fälligkeit des Barkaufpreises.*

2.

Der Verkäufer („Berechtigter“) erhält ein Wohnungsrecht in dem verkauften Anwesen (einschließlich aller Nebengebäude und des Gartens), so dass er alleine berechtigt ist, das Vertragsobjekt unter Ausschluss des Käufers bzw. sonstigen künftigen Eigentümers zu nutzen. Die im Objekt vorhandene Küche und das sonstige Mobilier bleiben ohnehin im Eigentum des Wohnungsberechtigten.

Die Beteiligten sind sich in schuldrechtlicher Hinsicht einig, dass

a) der Berechtigte weiterhin befugt ist, die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume auf eigene Kosten und nach eigenem Gutdünken auszugestalten, auch Boden- und Wandbeläge, Farben etc. zu ändern, solange kein Eingriff in tragende Teile des Gebäudes stattfindet oder die Außenansicht des Gebäudes verändert wird, und er ferner die Gartenpflege selbstständig durchführen kann, jedoch unter Wahrung der Maßgaben der örtlichen Baumschutzverordnung

b) der Berechtigte andererseits in Entlastung des Eigentümers die Verkehrssicherungspflichten wahrzunehmen bzw. für deren Wahrnehmung zu sorgen hat, wie z.B. das Räumen und Streuen des Zugangs und des vor dem Anwesen liegenden Gehwegs, die Überprüfung des baulichen Gebäudeszustandes und der Standfestigkeit des Bewuchses, und entsprechende Feststellungen, die zu weiteren Maßnahmen Anlass geben, unverzüglich dem Eigentümer zu melden hat

c) der Berechtigte die laufenden Kosten seines Wohnens sowie die nach der Betriebskostenverordnung auf einen Mieter umlegungsfähigen sonstigen Nebenkosten zu tragen bzw. – soweit möglich – im Außenverhältnis unmittelbar an den Vertragspartner (Wasserwerk, Gaslieferant etc.) zu entrichten hat

d) der Berechtigte kleinere laufende Reparaturen und Erneuerungen am Vertragsobjekt auf eigene Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 500 €/Jahr vorzunehmen hat. (*ALTERNATIV*: Der Berechtigte hat ferner sowohl die Kosten der gewöhnlichen Unterhaltung als auch die Kosten für die außerordentlichen Ausbesserungen und Erneuerungen für das Vertragsobjekt zu tragen, wobei ihm die alleinige Entscheidungsbefugnis darüber obliegt, ob und welche Ausbesserungen und/oder Erneuerungen er am Vertragsobjekt auf seine Kosten vornehmen lassen möchte.)

e) Zur Räumung wird vereinbart, dass der Berechtigte bzw. dessen Erben bei Beendigung des Wohnungsrechtes, sei es durch Tod der Wohnungsberechtigten oder durch freiwillige Aufgabe des Wohnungsrechtes bzw. sonstiges Erlöschen nicht verpflichtet sind, das Vertragsobjekt zu renovieren oder sonst zu verändern, sondern lediglich geräumt von beweglicher Habe sowie unter Entfernung der Küche besenrein zu übergeben. Ist dies nicht binnen 60 Tagen nach dem Erlöschen des Wohnungsrechtes erfolgt, kann der Eigentümer die beweglichen Gegenstände, auf Kosten des Nachlasses bzw. des Berechtigten, räumen und einlagern. Im Übrigen gelten §§ 570, 571 BGB entsprechend.

f) Dem Eigentümer ist jegliche Veränderung des Vertragsobjekts während der Dauer des Wohnungsrechtes untersagt, es sei denn es handelt sich um notwendige Verwendungen, bzw. es ist Gefahr im Verzug.

Der Eigentümer ist verpflichtet, vorstehende Vereinbarungen Rechtsnachfolgern im Eigentum aufzuerlegen mit der Verpflichtung, auch diese ihrerseits zur Weitergabe zu verpflichten. Der Berechtigte geht die Verpflichtungen zugleich zugunsten etwaiger Rechtsnachfolger des Käufers im Eigentum ein, gem. § 328 BGB.

25 BayObLG, DNotZ 1981, 125.

26 *Schöner/Stüber*, Grundbuchrecht, Rn. 1253, schlägt hier die Vereinbarung einer Reallast vor. Die Gegenmeinung verweist auf § 1021 Abs. 2 BGB, wonach auf die Unterhaltungspflicht für eine Anlage auf dem belasteten Grundstück die Vorschriften über die Reallast entsprechende Anwendung finden, vgl. *Amann*, MittBayNor 2008, 366 f.

27 BGH, 21.10.2011 – V ZR 57/11, MittBayNor 2012, 289 m. Anm. *Stürner/Klett*, (Verteilungsmaßstab nach Maßgabe der HeizkostenVO); zum Ganzen vgl. *M. Schmid*, ZfR 2012, 231 ff. und ZfR 2013, 489 (491).

28 Vgl. im Einzelnen *Schmid*, ZfR 2012, 231 ff.

29 Dies käme einem dinglich nicht möglichen Entgelt für die Wohnungsausübung nahe; ferner verweist § 1093 BGB nicht auf § 1047 BGB, vgl. BayObLG, DNotZ 1989, 569; a.A. LG Gießen, Rpfleger 1986, 174.

Die Beteiligten sind sich weiter in dinglicher Hinsicht einig, dass

a) eine Überlassung des Wohnungsrechtes zur Ausübung an Dritte (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht gestattet ist, der Berechtigte jedoch – klarstellend – berechtigt ist, Angehörige, Gäste, oder Haus- bzw. Pflegepersonal aufzunehmen,

b) das Wohnungsrecht dinglich auflösend bedingt ist, wenn dem Grundbuchamt eine notarielle Eigenurkunde über das Erlöschen vorgelegt wird. Der amtierende Notar, sein Vertreter oder Nachfolger im Amt wird hiermit in einseitig nicht widerruflicher Weise ersucht, diese Eigenurkunde zu fertigen, wenn dem Notar ein schriftliches ärztliches Attest vorgelegt wird, demzufolge der Berechtigte aus gesundheitlichen Gründen mit hoher Wahrscheinlichkeit dauernd an der Ausübung des Wohnungsrechtes durch Selbstnutzung gehindert ist.

Der Verkäufer und der Käufer bestellen hiermit das auflösend bedingte Wohnungsrecht an dem in § 1 beschriebenen Grundbesitz zugunsten des Verkäufers als Berechtigten und (Ggf.: *der Verkäufer als Berechtigter gem. § 428 BGB*)

bewilligen und beantragen

die Eintragung an nächstfolgender Rangstelle. Die Eintragung wird **sofort** beantragt, als Eigentümerwohnungsrecht, damit das Wohnungsrecht Rang vor Finanzierungsgrundschulden des Käufers und dessen Vormerkung erhält.

*Ggf., bei Gesamtberechtigung: Im Hinblick darauf, dass das den Veräußerern als Gesamtgläubigern (§ 428 BGB) eingeräumte Wohnungsrecht der Versorgung und Absicherung beider dient, wird vereinbart:*

- *Kein Berechtigter ist befugt, zu Lasten des Anderen über diese Rechte zu verfügen.*
- *Nach dem Tod des einen stehen die Rechte dem anderen ungeschmälert zu.*
- *Das Leistungsangebot allein an einen Berechtigten hat keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen.*

Mittelbarer Besitz, Nutzungen und Lasten, Haftung Verkehrssicherung und Gefahr gehen mit vollständiger Kaufpreiszahlung auf den Käufer über, soweit und solange das eingeräumte Wohnungsrecht nicht entgegensteht.

#### IV. Einmalzahlung und Rückanmietung

Aus Sicht des Käufers kommt bei der vorstehend erörterten Alternative (vorbehaltenes Nutzungsrecht in Verbindung mit Kaufpreiszahlung) als weiterer Nachteil hinzu, dass eine steuerliche Abzugsfähigkeit seiner (Schuldzins-)Aufwendungen zur Finanzierung des (ggf. ratierlichen) Kaufpreises mangels Einkunftserzielung ausscheidet, und auch Abschreibungen und sonstiger Werbungskostenabzug für Instandhaltungs- und Erhaltungsaufwand nicht gewährt werden. In den meisten Erörterungen mit Betroffenen stellt sich demzufolge die Kombination aus einem Direktverkauf mit Einmalzahlung durch den Käufer und einer Rückanmietung des Objekts durch den Verkäufer als ideale Lösung heraus: Der Verkäufer erhält sofort die Gesamtsumme, braucht also um die spätere Uneinbringlichkeit nicht zu fürchten und benötigt auch keine Grundbuchsicherungen mehr im Objekt, so dass der Käufer nicht eingeschränkt ist. Der Käufer seinerseits kann die erforderlichen Aufwendungen und Schuld-

zinsen steuerlich als Werbungskosten geltend machen und erzielt eine sichere Rendite (die Bonität des Verkäufers steht aufgrund des erhaltenen Kaufpreises außer Frage) durch eine Person, die sich psychologisch immer noch eher als Eigentümer denn als Mieter fühlen wird, also mutmaßlich dafür sorgt, dass das Objekt stets in gutem Zustand bleibt, und manche kleine Reparatur wie bisher in eigener Regie erledigt.

Der (mit zu beurkundende) Mietvertrag ist so ausgestaltet, dass er, der Verkäufer, vor dem Eigenbedarfsrisiko und dem Risiko der Kündigung wegen unwirtschaftlicher Verwertung, § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB (aufgrund Ausschlusses dieser Kündigungsrechte) geschützt ist, und zwar wegen § 566 BGB<sup>30</sup> mit Wirkung gegen jeden Vermieter, also auch künftige neue Eigentümer. Dieser vertragliche Ausschluss wird auch im Versteigerungsfall nicht durch das Sonderkündigungsrecht des Ersteigerers überwunden, da § 57a ZVG (ebenso wie § 111 InsO in der Insolvenz des Vermieters) bei Wohnraummietverhältnissen lediglich dazu führt, vertraglich verlängerte Kündigungsfristen auf die gesetzliche Frist zu reduzieren, jedoch keine Änderung hinsichtlich der Kündigungsgründe (bzw. deren Ausschlusses) bewirkt.<sup>31</sup> Lediglich die 30-Jahres-Grenze des § 544 BGB bleibt bestehen.<sup>32</sup> Umgekehrt kann der Verkäufer/Mieter jederzeit ausziehen und den Mietvertrag in der kurzen mieterseitigen Frist des § 573c Abs. 1 BGB beenden, z.B. um in ein Objekt des betreuten Wohnens zu übersiedeln. Er zahlt die Miete also (im Sinn einer wirtschaftlichen Teilrückzahlung des Kaufpreises) nur so lange, als er im Objekt wohnt, und muss keinen von vorneherein tendenziell überhöhten und bei früherem Auszug nicht mehr korrigierbaren Kaufpreisschlag in Kauf nehmen. Der Mietvertrag könnte z.B. folgenden Wortlaut haben:<sup>33</sup>

#### Formulierungsvorschlag: Mietvertrag mit dem Verkäufer

*Anlage und Bestandteil des Kaufvertrages vom ..., UR ... des Notars ...:*

Mietvertrag

*Zwischen dem Verkäufer/den Verkäufern*

(im Folgenden Mieter)

und

*dem Käufer/den Käufern*

(im Folgenden Vermieter)

*§ 1 Mietgegenstand, Mietzweck*

(1) Vermietet wird das Verkaufsobjekt des in der Überschrift genannten Kaufvertrages, das dem Mieter als bisherigem Eigentümer bekannt ist. Der Mieter ist und bleibt im Besitz sämtlicher Schlüssel, im Einzelnen handelt es sich um: ...

30 Jeder Erwerber tritt in die Rechte und Pflichten so ein, wie sie zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestehen (BGH, NJW 1962, 1388 (1390); BGH, NJW 2012, 3032 Rn. 25, 28 in Bezug auf den Anspruch auf Kautionsleistung; vgl. auch Erman/Jendrek, BGB, § 566 Rn. 9). Kündigungsausschlussregelungen gehören zweifellos zu den „mietvertragsimmanenten“ Regelungen, die auf den neuen Eigentümer übergehen, vgl. MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 566 Rn. 24.

31 Mayer, RPfeger 1999, 210; BGHZ 84, 90 (100); BayObLG, RPfeger 1992, 531 (533).

32 Finke, ZMR 1994, 353.

33 Unter Anpassung des Musters von Eggert, Nr. 15.1.1. in Beck'sche Online-Formulare Vertrag.

(2) Die Vermietung erfolgt zu Wohnzwecken sowie zur Nutzung als häusliches Arbeitszimmer.

#### § 2 Mietzeit

(1) Das Mietverhältnis beginnt am Tag des Besitzübergangs (Gutschrift der Kaufpreiszahlung) und läuft auf unbestimmte Zeit.

(2) Setzt der Mieter den Gebrauch der Mietsache nach Ablauf der Mietzeit fort, so gilt das Mietverhältnis nicht als verlängert. § 545 BGB findet keine Anwendung.

#### § 3 Miete

(1) Die Miete beträgt monatlich ... € zzgl. Miete für Garage/Stellplatz ... € zzgl. monatliche Vorauszahlungen auf die Betriebskosten gem. § 2 Betriebskostenverordnung (Anlage) ...<sup>3</sup>, insgesamt monatlich ... €. Für den Rumpffmonat des Besitzübergangs sind diese Zahlungen zeitanteilig zu entrichten. Bei Erhöhung bzw. Neueinführung von umlagefähigen Betriebskosten ist der Vermieter berechtigt, diese im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften umzulegen.

(2) Betriebskosten für Heizung und Warmwasser werden entsprechend der Heizkostenverordnung abgerechnet. Im Übrigen werden die Betriebskosten nach dem Anteil der Wohnfläche umgelegt.

(3) Über die monatlichen Vorauszahlungen für Betriebskosten wird nach Ablauf des jährlichen Abrechnungszeitraumes nach den gesetzlichen Vorschriften abgerechnet. Erwaige Nachzahlungen oder Guthaben sind unverzüglich auszugleichen.

(4) Für die Fälligkeit der Miete gilt § 556 Abs. 1 BGB, die Miete ist daher spätestens am 3. Werktag eines jeden Monats an den Vermieter auf Kontonummer IBAN ... im Voraus zu zahlen. Vorauszahlungen auf die Betriebskosten sind zugleich mit der Miete zu zahlen. Für die Rechtzeitigkeit kommt es nicht auf die Absendung, sondern auf den Eingang des Geldes auf dem Konto des Vermieters an.

(5) Bei verspäteter Zahlung von Miete und Nebenkostenvorauszahlung/-pauschale ist der Vermieter berechtigt, Mahnkosten i.H.v. ... € zu verlangen, die gesetzlichen Regelungen über Verzugszinsen bleiben hiervon unberührt. Dem Mieter bleibt der Nachweis gestattet, dass auf Grund der verspäteten Zahlung ein Mahnaufwand nicht entstanden oder wesentlich niedriger ist als die Pauschale.

#### § 4 Haftung des Vermieters, Aufrechnung, Zurückbehaltung

(1) Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters gem. § 536 Abs. 1 BGB für bei Mietvertragsschluss vorhandene Sachmängel ist ausgeschlossen.

(2) Der Mieter kann mit einer Forderung aus § 536a BGB und auf Rückerstattung von auf Grund Minderung zu viel gezahlter Miete die Aufrechnung erklären bzw. ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Mit anderen Ansprüchen kann er nur aufrechnen bzw. ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, soweit sie unbestritten oder rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind. Sind die Aufrechnung bzw. das Zurückbehaltungsrecht des Mieters zulässig, muss er sie/es mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Vermieterforderung diesem anzeigen.

#### § 5 Benutzung der Mieträume, Untervermietung

(1) Die Benutzung der Mieträume ist nur im Rahmen des vertraglich vereinbarten Zweckes gestattet. Tierhaltung in den Mieträumen ist ohne Einwilligung des Vermieters nicht gestattet. Dies gilt nicht für Kleintiere.

(2) Der Mieter ist ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insb. sie weiterzuvermieten. Die Aufnahme von Angehörigen, Gästen, Haus- und Pflegepersonal ist jedoch statthaft.

#### § 6 Kautions

Eine Kautions ist nicht geschuldet.

#### § 7 Veränderungen der Mietsache

Bauliche oder sonstige den vertragsgemäßen Verbrauch überschreitende Veränderungen innerhalb des Mietgegenstandes oder der darin befindlichen Einrichtungen und Anlagen darf der Mieter ohne Einwilligung des Vermieters nicht vornehmen.

#### § 8 Schönheitsreparaturen, Instandhaltung und Instandsetzung des Mietgegenstandes

(1) Der Mieter ist verpflichtet, den Mietgegenstand (ggf. auch die gemeinschaftlichen Einrichtungen) sowie die darin befindlichen Einrichtungen und Anlagen pfleglich und schonend zu behandeln sowie den Mietgegenstand entsprechend den technischen Gegebenheiten ausreichend zu beheizen und zu belüften.

(2) Der Mieter ist verpflichtet, die Schönheitsreparaturen fachgerecht auszuführen. Ausgenommen sind dekorative Schäden, die nicht auf den Mietgebrauch zurückzuführen sind; diese sind vom Vermieter zu beseitigen.

(3) Der Mieter ist verpflichtet, die Kosten für Kleinreparaturen derjenigen Teile der Mietsache zu tragen, die häufig seinem Zugriff ausgesetzt sind, wie Installationsgegenstände für Elektrizität, Gas und Wasser, Heiz- und Kocheinrichtungen, Fenster- und Türverschlüsse, Verschlussvorrichtungen von Fensterläden, Rollläden, Markisen, Jalousien und evtl. mitvermietete Einrichtungsgegenstände wie etwa Kühlschränke, Waschmaschinen, soweit die Kosten für die einzelne Reparatur 60 € und der dem Mieter dadurch entstehende jährliche Aufwand 5 % der Jahresbruttokaltmiete (Miete zzgl. Nebenkosten ohne Heizkosten) nicht übersteigen.

(4) Der Mieter hat Schäden am Mietgegenstand unverzüglich dem Vermieter anzuzeigen.

(5) Für Beschädigungen des Mietgegenstandes sowie der im Mietgegenstand vorhandenen Einrichtungen und Anlagen ist der Mieter ersatzpflichtig, wenn und soweit sie von ihm oder unter Verletzung der ihm obliegenden Obhuts- und Sorgfaltspflichten von den zu seinem Haushalt gehörenden Personen, von seinen Untermietern oder Dritten, denen er den Gebrauch der Mietsache überlassen hat, von Besuchern, deren Erscheinen ihm zuzurechnen ist, von ihm beauftragte Lieferanten oder von ihm beauftragten Handwerkern schuldhaft verursacht werden.

(6) Eine Pflicht des Vermieters, die Schönheitsreparaturen durchzuführen, besteht nur sofern und soweit sie in diesem Mietvertrag oder in einem Mietvertragsnachtrag schriftlich vereinbart sind.



§ 9 Betreten der Mieträume durch den Vermieter

(1) Der Vermieter, ein von ihm Beauftragter oder beide sind bei Gefahr in Verzug berechtigt, die Mieträume zur Feststellung und Durchführung der zur Gefahrenabwehr notwendigen Maßnahmen zu betreten.

(2) Will der Vermieter das Grundstück verkaufen oder ist das Mietverhältnis gekündigt, sind die in vorstehendem Abs. 1 bezeichneten Personen berechtigt, zusammen mit Kauf- bzw. Mietinteressenten die Mieträume nach Terminvereinbarung mit angemessener Frist und zu angemessenen Zeiten zur Besichtigung zu betreten.

§ 10 Beendigung der Mietzeit

(1) Das Kündigungsrecht des Vermieters wegen Eigenbedarfs und unwirtschaftlicher Verwertung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB) ist ausgeschlossen, solange der Mietvertrag mit dem eingangs genannten Mieter / dem Längerlebenden der eingangs genannten Mieter besteht. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen.

(2) Der Mietgegenstand ist bei Beendigung der Mietzeit gesäubert, geräumt, und unter Rückgabe sämtlicher Schlüssel zurückzugeben. Auf § 8 wird verwiesen.

Ggf.: § 11 Personenmehrheiten als Mieter

(1) Sind mehrere Personen Mieter, haften diese für alle Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis als Gesamtschuldner.

(2) Willenserklärungen müssen von oder gegenüber allen Mietern abgegeben werden. Die Mieter bevollmächtigen sich in jederzeit widerruflicher Weise gegenseitig zur Entgegennahme oder Abgabe solcher Erklärungen; diese Vollmacht gilt jedoch nicht für die Zustimmung zu einem Mieterhöhungsverlangen, für den Ausspruch von Kündigungen, für ein Verlangen auf Verlängerung des Mietverhältnisses sowie Mietaufhebungs- und Mietänderungsverträge.

Ende der Anlage

**Schlussbetrachtung:**

Auch wenn es psychologisch dem Verkäufer schwer fallen mag, ist die Rückanmietung der (vormals) eigenen Immobilie die für alle Beteiligten beste Lösung zur Schaffung von Liquidität im Alter bei (möglichst langer) Aufrechterhaltung der Eigennutzung. Der zugunsten des (Wohnraum-)Mieters starke gesetzliche (und durch Vertrag mit quasidinglicher Wirkung, § 566 BGB, noch weiter verstärkbare) Schutz vor Verdrängung braucht den Vergleich mit grundbuchlich gesicherten Wohnungsrechten nicht zu scheuen.

# Fallstricke „(Lebzeitige) Übertragung des Familienheims“

## – Steuerliche Aspekte –\*

Rechtsanwältin Alexandra Mack, Köln\*\*



Wenn einleitend von „Fallen“ die Rede ist im Zusammenhang mit steuerlichen Aspekten bei der Übertragung des Eigenheims, ist das richtig und nicht richtig. Richtig ist, dass Fehler bei der Übertragung von Eigenheimen gemacht werden können, die sich steuerlich nachteilig auswirken.

Allerdings: Das Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht ist geprägt von der Vorstellung und dem Willen des Gesetzgebers, „das Familienheim“ und seine steuerliche Behandlung im Fall von Schenkung und/oder Erbfall zu privilegieren. Dies geschieht im Wesentlichen durch die Vergünstigung des § 13 Abs. 1 Nr. 4a–4c ErbStG. Hier geht es deshalb weniger um Fallen, als darum, die Privilegierungsmöglichkeiten zu erkennen und richtig zu nutzen.

### A. Steuervergleich: Übertragung des Familienheims zu Lebzeiten – Vererben

#### I. Entgeltliche Übertragung des Familienheims zu Lebzeiten

1. Ertragsteuerlich handelt es sich bei der Veräußerung einer Immobilie um ein Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Der Veräußerungsgewinn gehört zu den sonstigen Einkünften gem. § 22 Nr. 2 EStG und ist steuerpflichtig.

Voraussetzung für die Steuerpflicht ist, dass die zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre liegen. Ist diese Zehnjahres-Frist (Spekulationsfrist) überschritten, ist ein Gewinn nicht mehr nach §§ 22, 23 EStG zu versteuern.

Eine Ausnahme von der Zehnjahres-Frist gilt gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG für selbstgenutztes Wohneigentum: „Ausgenommen (erg.: von der Zehnjahres-Frist) sind Wirtschaftsgüter, die im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt

\* Der Beitrag basiert auf dem Vortrag, den die Autorin am 31.03.2017 auf dem 12. Deutschen Erbrechtstag der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im Deutschen Anwaltverein in Berlin gehalten hat.

\*\* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Steuerrecht bei STRECK MACK SCHWEDHELM Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in Köln.