

ARBEITSHILFEN
NOTARIAT



Schönenberg-Wessel,
Szalai, Uhl, Hahner,
Richter

Überlassungsverträge in der notariellen Praxis

2. Auflage



Deutscher**Notar**Verlag

Schönenberg-Wessel/Szalai/Uhl/Hahner/Richter
Überlassungsverträge in der notariellen Praxis

N O T A R P R A X I S

Überlassungsverträge in der notariellen Praxis

2. Auflage 2026

Von
Rechtsanwalt und Notar
Ulf Schönenberg-Wessel, Kiel,
Notar **Dr. Stephan Szalai**, Neuenhagen,
Notarin **Anja Uhl**, Naumburg,
Rechtsanwalt und Steuerberater
Dr. Arne Hahner, Hamburg,
Diplom-Wirtschaftsjurist (FH)
Roy Richter, Leipzig



Deutscher**Notar**Verlag

Vorwort

Der Entwurf und die Abwicklung von Überlassungsverträgen gehören zu den grundlegenden Aufgaben eines/einer jeden Notarfachangestellten. Dabei erweist sich diese Art von Verträgen oftmals als Herausforderung, da viele verschiedene rechtliche Aspekte eine Rolle spielen können – je nachdem, welche Interessen die Beteiligten vertreten. So können Schuld- und Sachenrecht relevant werden, aber auch Familien-, Erb- oder Sozialrecht. Auch steuerrechtliche Fragestellungen sind keine Seltenheit. Häufig ist ein Überlassungsvertrag in Verbindung mit einer vorweggenommenen Erbfolge gewünscht und hat Grundbesitz zum Gegenstand.

Einem Überlassungsvertrag können diverse Motive zugrunde liegen: Das mehrfache Ausnutzen von Erbschafts- und Schenkungssteuerfreibeträgen, die Reduzierung von Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüchen oder die Streitvermeidung bei der vorweggenommenen Erbfolge – das sind nur einige Beispiele. Damit Notarfachangestellte den Vertrag sachgerecht aufsetzen können, ist es unerlässlich, dass zuallererst Klarheit über das Motiv herrscht.

Da der Begriff „Überlassungsvertrag“ gesetzlich nicht definiert ist, kann die Überlassung selbst sowohl in Form einer reinen Schenkung, einer Schenkung unter Vorbehalt (z.B. eines Nießbrauchsrechts) als auch in Form einer Schenkung unter Auflage vollzogen werden.

Wir hoffen, mit der aktualisierten und erweiterten 2. Auflage des vorliegenden Werkes einen Beitrag zu einer effektiven und zielgerichteten Gestaltung und Abwicklung von Überlassungsverträgen zu leisten. Wir haben uns dabei auf typische Fallkonstellationen beschränkt.

Kiel, im September 2025

*Ulf Schönenberg-Wessel, Dr. Stephan Szalai,
Anja Uhl, Dr. Arne Hahner, Roy Richter*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Musterverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	15
Literaturverzeichnis	19
 § 1 Mandatsannahme	 21
A. Mandanteninteressen	21
I. Steuerliche Motive	22
II. Vermögenssicherung für den Fall der späteren Pflege	22
III. Reduzierung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungs- ansprüchen	24
IV. Vorweggenommene Erbfolge	26
V. Ehebedingte Zuwendung	27
1. Unterhaltsrechtlich geschuldete Leistungen und angemessene Altersversorgung	29
2. Nachträgliche Vergütung langjähriger Dienste	31
3. Ausstattung	33
B. Geldwäschegesetz	34
C. Mandantenbogen	35
 § 2 Schenkung i.S.d. BGB	 39
A. Schenkungsbegriff	39
B. Vorweggenommene Erbfolge	41
C. Pflicht- und Anstandsschenkungen	45
I. Pflichtschenkung	45
II. Anstandsschenkung	46
D. Gemischte Schenkungen	47
E. Schenkungen unter Auflage	48
F. Ausstattung	49
 § 3 Überlassungsgegenstand	 53
A. Eigentumswohnung	53
B. Land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke	54

C. Selbstgenutztes Einfamilienhaus	54
D. Mehrfamilienhaus	55
§ 4 Vorbehaltene Rechte und Gegenleistungen	57
A. Allgemeines	57
I. Leistungsbeziehungen	57
II. Mehrberechtigung – Grundsätzliches	58
III. Löschungsfähigkeit der Rechte	61
IV. Unterscheidung nach Forderungs- bzw. Rechtsinhalt	62
B. Rückforderungsrechte	63
I. Freies Rückforderungsrecht	63
1. Standard (ein Veräußerer/ein Erwerber)	65
2. Mehrere Veräußerer	66
3. Absicherung von Ehegatten/Dritten	69
4. § 428 BGB	71
II. Enumeratives Rückforderungsrecht	73
1. Standardmuster (ein Veräußerer/ein Erwerber)	74
2. Mehrere Veräußerer	76
3. Absicherung von Ehegatten/Dritten	79
4. Mehrere Veräußerer als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB	83
5. Rückforderungsrecht wegen des Anfalls von Steuern	85
C. Nutzungsrechte	86
I. Wohnungsrecht, § 1093 BGB	87
1. Ein Veräußerer, der nur sich selbst absichert	88
2. Ein Veräußerer, der seinen Ehegatten bedenkt	90
3. Zwei Veräußerer, die sich Wohnungsrechte vorbehalten ...	92
4. Wohnungsrecht nach § 428 BGB (Muster)	95
II. Wohnrecht nach §§ 1090–1092 BGB	97
1. Ein Veräußerer, der seinen Ehegatten bedenkt	97
2. Zwei Veräußerer, die sich Wohnrechte vorbehalten	99
3. Wohnrecht nach § 428 BGB	100
III. Nießbrauch	102
1. Einzelrecht	103
2. Mehrere Rechte im Gleichrang	104
IV. (Aufschiebend bedingtes) Nutzungsrecht für Ehegatten	105

V. Mitbenutzungsrechte	106
VI. Leibrente	107
VII. Wart- und Pflegeleistungen	111
VIII. Leibgeding	113
IX. Zahlung, Abgeltung und Ratenzahlung	115
1. Zahlung an Veräußerer	116
2. Abgeltung bereits erbrachter Leistungen des Erwerbers ...	117
3. Zahlung an weichende Geschwister mit Pflichtteilsverzicht .	118
4. Zahlung an Veräußerer mit Ratenzahlung ohne dingliche Sicherung	121
X. Schuldübernahme etc.: Freistellung im Innen- und/oder Außenverhältnis	126
1. Schuldübernahme durch Erwerber	126
2. Darlehen wurde von Anfang durch Erwerber gezahlt	128
3. Erfüllungsübernahme	128
§ 5 Nachträgliche Änderung des Vertrages	131
A. Nachträgliche Änderung des Vertrags vor bindend gewordener Auf- lassung	133
B. Nachträgliche Änderung des Vertrags nach bindend gewordener Auf- lassung	133
C. Vereinbarung eines nachträglichen Kaufpreises	134
D. Vereinbarung nachträglicher Pflege	136
§ 6 Rückforderung und Widerruf der Schenkung, Sozialhilferegress	139
A. Verarmung des Schenkers	139
I. Eigener Unterhaltsbedarf	141
II. SGB II	144
III. Regress nach § 33 SGB II	146
IV. SGB IX	149
V. Regress nach § 141 SGB IX	152
VI. SGB XII	154
VII. Regress nach § 93 SGB XII	155
VIII. Erbenhaftung	159
B. Grober Undank	163

C. Ausstattung	166
D. Anrechnung	168
E. Ausgleichung	170
§ 7 Überlassungsverträge im Pflichtteilsrecht	173
A. Pflichtteilergänzungsanspruch	173
I. Schenkungen an den Ehegatten/eingetragenen Lebenspartner	175
II. Schenkung unter Nutzungsvorbehalt	175
III. Einräumung von Rückforderungsrechten bei lebzeitiger Vermögensübertragung	178
B. Pflichtteilsverzicht	179
§ 8 Kostenrecht	183
A. Vorbemerkung	183
B. Gebührensatz	184
C. Geschäftswert	184
D. Leistungen des Erwerbers (Gegenleistungen)	186
E. Mehrere Erklärungen in einer Urkunde	186
F. Vollzugsgebühr	191
G. Betreuungsgebühr	192
§ 9 Steuerrecht	195
A. Einkommensteuer	195
I. Schenkung – Einkommensteuerliche Tatbestände	195
1. Allgemeine Hinweise	195
2. Einkommensteuerliche Zielsetzungen	196
3. Privates Veräußerungsgeschäft gem. § 23 EStG	196
4. Schenkungen unter Vorbehalt des Nießbrauchs	197
5. Überlassungsvertrag gegen Versorgungsleistungen an den Schenker	198
II. Einkommensteuer bei entgeltlicher oder teilentgeltlicher Überlassung von Immobilien	198
1. Allgemeine Hinweise	198
2. Vereinbarungen von Ausgleichs- und Abstandsverpflichtungen im Überlassungsvertrag	201

3. Übernahme von Verbindlichkeiten	201
4. Aufteilung des Überlassungsvorgangs in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil	202
5. Exkurs zu § 11d EStDV	202
B. Grunderwerbsteuer	203
I. Allgemeine Hinweise	203
II. Erwerbstatbestände	203
III. Grundstücke im Sinne des GrEStG	204
IV. Steuerbefreiungen	206
1. Allgemeine Steuerbefreiungen	206
a) Bagatellfälle gem. § 3 Nr. 1 GrEStG	206
b) Grundstückserwerb von Todes wegen und Grundstücksschenkungen gem. § 3 Nr. 2 GrEStG	206
2. Besondere Steuerbefreiungen	208
V. Bemessungsgrundlage	210
VI. Steuersatz	212
VII. Besteuerungsverfahren	213
C. Schenkungsteuer	214
I. Systematische Einordnung der Erbschaft- und Schenkungsteuer	214
1. Maßgeblichkeit des Zivilrechts	215
2. Schenkungen gem. § 7 ErbStG	215
3. Stichtagsprinzip gem. § 11 ErbStG	216
II. Einzelhinweise	216
1. Sachliche Steuerpflicht	216
2. Persönliche Steuerpflicht	217
3. Entstehung der Schenkungsteuer	217
4. Ermittlung der Bemessungsgrundlage	217
5. Einzelheiten zur Bemessungsgrundlage	218
a) Schenkung unter Auflagen	218
b) Gemischte Schenkung	219
c) Hinweise zur vorweggenommenen Erbfolge und Vor-schenkung	220
6. Stichtagsprinzip	220
7. Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs einer Überlassung – Abzugsfähigkeit von Kosten	221

8. Hinweise zu praxisrelevanten Steuerbefreiungen	222
a) Wichtige sachliche Steuerbefreiungen	222
b) Wichtige persönliche Steuerbefreiungen	223
9. Hinweise zur Bewertung der überlassenen Gegenstände ...	223
10. Steuerklassen gem. § 15 ErbStG	225
11. Steuersätze gem. § 19 ErbStG	225
12. Verfahrensrechtliche Hinweise/Anzeigepflichten	226
 § 10 Abwicklung des Vertrages	 229
A. Grundbuchvollzug – Erstvollzug	229
I. Stellvertretung und Genehmigung	229
II. Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 BGB	231
III. Verwalterzustimmung nach § 12 WEG	232
IV. Vormerkung	234
B. Grundbuchvollzug – Endvollzug	235
Stichwortverzeichnis	237
Benutzungshinweise für den Download	245

Musterverzeichnis

§ 1 Mandatsannahme

1.1	Notarbogen für die Überlassung über Grundvermögen	35
-----	---	----

§ 2 Schenkung i.S.d. BGB

2.1	Anrechnungsbestimmung	42
2.2	Ausstattung	50
2.3	Keine Ausstattung	51

§ 4 Vorbehaltene Rechte und Gegenleistungen

4.1	Freies Rückforderungsrecht – ein Berechtigter	65
4.2	Freies Rückforderungsrecht – mehrere Veräußerer/Berechtigte – Abtretungslösung	66
4.3	Freies Rückforderungsrecht – ein Veräußerer, der seinen Ehegatten/ einen Dritten absichern will – Abtretungslösung	69
4.4	Freies Rückforderungsrecht – in Gesamtberechtigung nach § 428 BGB ..	71
4.5	Enumeratives Rückforderungsrecht – ein Berechtigter	74
4.6	Enumeratives Rückforderungsrecht – mehrere Berechtigte/Veräußerer ..	76
4.7	Enumeratives Rückforderungsrecht – mehrere Berechtigte, Abtretungslösung	79
4.8	Enumeratives Rückforderungsrecht – mehrere Berechtigte – Ergänzung: mehrere selbstständige Rechte (Ranglösung)	82
4.9	Rückforderungsrecht (Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB)	83
4.10	Rückforderungsrecht (wegen Anfalls von Schenkungsteuer)	85
4.11	Wohnungsrecht – ein Veräußerer, der nur sich absichert	88
4.12	Wohnungsrecht – ein Veräußerer, der seinen Ehegatten mit absichert ...	90
4.13	Wohnungsrecht – zwei Veräußerer, die sich beide bzw. wechselseitig absichern	92
4.14	Wohnungsrecht – zwei Veräußerer mit einem Wohnungsrecht in Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB	95
4.15	Wohnrecht – ein Veräußerer, der seinen Ehegatten bedenkt	97
4.16	Wohnrecht – zwei Veräußerer, die sich wechselseitig absichern	99
4.17	Wohnrecht – zwei Veräußerer, die sich ein Wohnrecht als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB vorbehalten	100
4.18	Nießbrauch – ein Veräußerer behält sich ein Nießbrauchsrecht vor	103
4.19	Nießbrauch – mehrere Nießbrauchsrechte im Gleichrang	104
4.20	Nießbrauch – (aufschiebend bedingtes) Nutzungsrecht für Ehegatten ...	106
4.21	Mitbenutzungsrecht (ein Veräußerer)	106

4.22	Leibrente (wertgesichert) mit Reallast – mehrere Veräußerer als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB	108
4.23	Wart und Pflege für den Veräußerer und dessen Ehegatten	112
4.24	Leibgeding	114
4.25	Zahlungsverpflichtung	116
4.26	Abgeltung erbrachter Leistungen	117
4.27	Ausgleichszahlungen an Geschwister mit Pflichtteilsverzicht des Geschwisterkindes samt Pflichtteilsverzicht des Erwerbers	119
4.28	Ratenzahlung – Abfindungsbetrag an Veräußerer	121
4.29	Schuldübernahme – Freistellungspflicht im Innen- und Außenverhältnis	126
4.30	Klarstellung, dass das Darlehen allein vom Erwerber gezahlt wurde	128
4.31	Erfüllungsübernahme (Freistellung im Innenverhältnis)	128

§ 5 Nachträgliche Änderung des Vertrages

5.1	Gegenleistung in Geld	134
5.2	Gegenleistung, Ausgleich geleisteter Pflegeleistungen	136

§ 6 Rückforderung und Widerruf der Schenkung, Sozialhilferegress

6.1	Verarmung des Schenkers – Belehrung durch Notar	141
6.2	Anordnung zur Ausstattung	167

§ 7 Überlassungsverträge im Pflichtteilsrecht

7.1	Pflichtteilsverzichtsvertrag	182
-----	------------------------------------	-----

§ 10 Abwicklung des Vertrages

10.1	Vereinbarung nachträglicher Genehmigung	230
10.2	Genehmigungserklärung	230
10.3	Anschreiben	233
10.4	Antrag Grundbuchamt Vormerkung	235
10.5	Verzicht auf Vormerkung	235
10.6	Grundbuchantrag	236

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AGBGB	Gesetz zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BeckOGK	beck.online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
bspw.	beispielsweise
BtBG	Betreuungsbehördengesetz
BTHG	Bundesteilhabegesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift, Verkündungsblatt der Bundesnotarkammer
eGbR	eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts
EGZVG	Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
ESTG	Einkommensteuergesetz
EUR	Euro
f.	folgend

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FEVS	Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte (Zs.)
GB0	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
grds.	grundsätzlich
GrdstVG	Grundstückverkehrsgesetz
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GwG	Geldwäschegesetz
HEZ	Die Heim und ErzieherInnen Zeitschrift
i.d.R.	in der Regel
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JW	Juristische Wochenschrift (Zs.)
KG	Kommanditgesellschaft
KV	Kostenverzeichnis
LG	Landgericht
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LSG	Landessozialgericht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
NDV-RD	Rechtsprechungsdienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und private Fürsorge e.V.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis

Nr.	Nummer
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht (Zs.)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.Ä.	oder Ähnliche(s)
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report (Zs.)
OVG	Oberverwaltungsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn	Randnummer
S.	Satz, Seite
s.	siehe
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Justizministerialblatt)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte/er/es
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WEMoG	Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfF	Zeitschrift für das Fürsorgewesen (ZfF)
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
Zs.	Zeitschrift

Literaturverzeichnis

I. Kommentare, Monografien

Abele/Klinger/Maulbetsch, Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, 3. Aufl. 2023

Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, Kommentar, 9. Aufl. 2022

Bamberger/Roth, Beck'scher Onlinekommentar BGB, 74. Edition, 2025

BeckOGK, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2025

Bieritz-Harder/Conradis/Thie, Sozialgesetzbuch XII, Kommentar, 12. Aufl. 2020

Burandt/Rojahn, Erbrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022

Dauner-Lieb/Grziwotz, BGB, Kommentar, 4. Aufl. 2021

Doering-Striening, Der Sozialhilferegress bei Erbfall und Schenkung, 2. Aufl. 2022

Dörndorfer/Neie/Wendtland/Gerlach, Beck'scher Online-Kommentar zum Kostenrecht, 47. Edition, 2024

Dombek/Kroiß, FormularBibliothek Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2023

Eicher/Luik/Harich, SGB II – Grundsicherung für Arbeitssuchende, Kommentar, 6. Aufl. 2024

Gagel, SGB II – SGB III, Kommentar, 93. Aufl. 2025

Griesel, Aktuelle Probleme der Pflichtteilsergänzung, 1. Aufl. 2018

Groll/Rösler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 6. Aufl. 2024

Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII – Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024

Grüneberg (vormals Palandt), BGB, Kommentar, 84. Aufl. 2025

Kappler/Kappler, Die vorweggenommene Erbfolge, 2. Aufl. 2023

Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023

Korintenberg, Gerichts- und Notarkostengesetz: GNotKG, Kommentar, 22. Aufl. 2022

Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 7. Aufl. 2025

- Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht, 3. Aufl. 2023
- Krug/Horn*, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl. 2021
- Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltformulare Erbrecht, 6. Aufl. 2019
- Mayer/Süß/Tanck/Bittler*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 5. Aufl. 2024
- Meincke/Hannes/Holtz*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2021
- Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 6. Aufl. 2024
- Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023
- Münder/Geiger*, Sozialgesetzbuch II, Grundsicherung für Arbeitsuchende, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2024
- Muscheler*, Erbrecht Band 1, 1. Aufl. 2010
- Neie*, Überlassungsvertrag, 3. Aufl. 2025
- Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*, Sozialgesetzbuch IX: SGB IX, Kommentar, 15. Aufl. 2024
- Notarkasse Anstalt des öffentlichen Rechts, Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021
- Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, Beck'scher Onlinekommentar zum Sozialrecht, 76. Edition, 2025
- Rose/Watrin*, Erbschaftsteuer mit Schenkungsteuer und Bewertungsrecht, 13. Aufl. 2021
- Sauer/Ritzer/Schuhmann*, Handbuch Immobilienbesteuerung, Loseblatt-Sammlung, Stand: Mia 2025
- Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2023
- Schlitt/Müller*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2024
- Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, 3. Aufl. 2020
- Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 70. Aufl. 2025
- Viskorf*, Grunderwerbsteuergesetz, 21. Aufl. 2024

II. Zeitschriftenbeiträge

Die Zitierung von Zeitschriftenbeiträgen erfolgt durch Angabe der Zeitschrift, des Erscheinungsjahres sowie der Seite.

§ 1 Mandatsannahme

Ulf Schönenberg-Wessel

A. Mandanteninteressen

Die Motiv- und Interessenlage der Beteiligten ist für den Notar bei Beratung und Gestaltung von elementarer Bedeutung. Auch, wenn die Beteiligten häufig ein prägendes Motiv angeben, sollte der Notar ebenso über die **Fernwirkungen** der jeweiligen Gestaltung beraten. Was steuerlich günstig ist (Überlassung gegen Nießbrauchsvorbehalt) kann negative erbrechtliche Folgen (Pflichtteilsergänzungsansprüche) der pflichtteilsberechtigten Nichterben auslösen. Es gilt auch insoweit den **wahren Willen** der Beteiligten nach § 17 Abs. 1 BeurkG zu erforschen.

1

Es ist die zentrale Aufgabe des Notars, den **Willen** der Beteiligten zu erforschen, den **Sachverhalt** zu klären und die Beteiligten über die **rechtliche Tragweite** des Geschäfts zu belehren. Er soll darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel bei den Beteiligten vermieden werden. Aufgabe des Notars ist es, den Willen der Beteiligten mit den Erklärungen in der Niederschrift in Einklang zu bringen. Hierzu hat der Notar im Vorfeld – spätestens bei – der Beurkundung die, je nach Art des beantragten Rechtsgeschäfts regelungsbedürftigen, Aspekte abzufragen und zu erörtern, ob die Beteiligten bewusst oder unbewusst über einen bestimmten Aspekt keine Regelung treffen wollen.¹

2

Der Notar kann seiner **Beratungs- und Belehrungspflicht** jedoch nur nachkommen, wenn er den zu regelnden Sachverhalt kennt, insbesondere die diesen ausmachenden Tatsachen einschließlich der Vorstellungen der Beteiligten kennt, um eine dem wahren Willen der Beteiligten nentsprechende Urkunde errichten zu können. Grundsätzlich ist es Sache der Beteiligten, dem Notar den Sachverhalt und die für die beantragte Regelung relevanten Angaben zu übermitteln. Dies entbindet den Notar jedoch nicht davon, durch gezielte Nachfragen und Belehrungen den tatsächlich **regelungsbedürftigen Kern** des Beurkundungsvorganges zu ermitteln. Gerade bei Überlassungsverträgen ist der Beratungs- und Belehrungsbedarf sehr hoch,

3

1 BGH, NJW 1994, 2283; DNotZ, 1995, 407 (409); Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, § 17 BeurkG Rn 21; BeckOGK/*Regler*, BeurkG § 17 Rn 23.

da die Beteiligten häufig nur einen sehr eingeschränkten Blick auf die Wirkungen des Vertrages haben.

I. Steuerliche Motive

- 4 Die **Vermeidung von Erbschaftsteuer** für den Fall, dass die Immobilie erst im Erbfall an die Begünstigten übergeht, steht ganz häufig an der Spitze der Motive. Durch rechtzeitige Übertragung von Immobilienvermögen sollen die Freibeträge innerhalb der Familie möglichst optimiert ausgenutzt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Freibetrag nach dem ErbStG mehrfach ausgenutzt werden kann, wenn zwischen zwei Schenkungen bzw. einer Schenkung und dem Erbfall zehn oder mehr Jahre liegen.

Angesichts der zu erwartenden Wertsteigerung von Immobilien ist eine rechtzeitige Übertragung zu empfehlen, da sich der Wertzuwachs in diesem Fall realisiert, wenn der Überlassungsgegenstand sich schon im Eigentum des Übernehmers befindet. Er wird also bei der Berechnung der Erbschaftsteuer nicht berücksichtigt.

5 *Hinweis*

Verfügt der Überlasser über erhebliches Immobilienvermögen, empfiehlt es sich, die Immobilien **sukzessiv** zu übertragen und zunächst jeweils die Festsetzung des Werts der Schenkung durch das Finanzamt abzuwarten, bevor weitere Immobilien oder Anteile an Immobilien übertragen werden. Alternativ kann an die Einbringung der Immobilie in einen Familienpool unter **sukzessiver** Übertragung von Gesellschaftsanteilen an die Begünstigten gedacht werden.

II. Vermögenssicherung für den Fall der späteren Pflege

- 6 Die **Übertragung** einer Immobilie wird auch für den Fall in Betracht gezogen, dass der Eigentümer verhindern möchte, dass die Immobilie später für den eigenen Unterhalt bzw. die eigene Pflege verbraucht werden muss. Es soll, wenn gleich zu Lasten der Allgemeinheit, verhindert werden, dass das aufgebaute Vermögen „an das Sozialamt“ fällt, wenn die Pflege nicht mehr finanziert werden kann. Hauptmotiv ist insoweit, den Schenkungsrückforderungsanspruch nach § 528 BGB auszuschließen.
- 7 Gemäß § 528 BGB kann der Schenker vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkten verlangen, sofern der Schenker nach der Vollziehung der

Schenkung nicht in der Lage ist, seinen eigenen Unterhalt zu bestreiten und/oder die gegebenenfalls gegenüber Verwandten bestehenden Unterhaltsansprüche zu erfüllen. Da der Zweck des § 528 BGB darin besteht, dem Schenker die Deckung seines eigenen Unterhaltsbedarfs zu ermöglichen, lastet dieser Rückforderungsanspruch von Beginn an auf jeder Schenkung.²

Damit der Sozialhilfeträger einen Schenkungsrückforderungsanspruch aus § 528 BGB auf sich überleiten kann, muss er beweisen können, dass eine Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB vorliegt. Demnach ist eine Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, beide Teile sich diesbezüglich einig sind und die Zuwendung unentgeltlich erfolgt ist.

Die **Rückforderung** des Geschenks ist ausgeschlossen, wenn seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind, § 529 Abs. 1 letzter Hs. BGB. Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Schenker alles für den Vollzug Erforderliche getan hat, bei einem Grundstück entsprechend ab dem Umschreibungsantrag.³ Der Fristlauf wird nicht dadurch gehindert, dass sich der Schenker an dem verschenkten Grundstück ein lebenslanges Nutzungsrecht vorbehält.⁴ Im Gegensatz zum Pflichtteilsberechtigten, dessen Recht nicht durch die Konstruktion des Nießbrauchvorbehalts in zeitlicher Hinsicht geschmälert werden soll, bedarf der Schenker keines weitergehenden Schutzes, zumal der Vorbehalt der eigenen Unterhaltssicherung dient.⁵

Schenkungen, die aus sittlicher Pflicht oder Anstand getätigt werden, unterfallen nicht dem Schenkungsrückforderungsanspruch aus § 528 BGB. Diese sind nach § 534 BGB ausgenommen.

Die Rückforderung des Geschenks ist ferner dann ausgeschlossen, wenn der Beschenkte die **Bedürftigkeitseinrede** aus § 529 Abs. 2 BGB geltend machen kann. Für die Ermittlung der Bedürftigkeit nach § 529 Abs. 2 BGB gelten die allgemeinen unterhaltsrechtlichen Regelungen und die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Richtlinien. Die Leistungsfähigkeit eines Beschenkten beurteile sich zuerst nach den §§ 1603 Abs. 1, 1610 Abs. 1 BGB.

2 Kroiß/Horn/Solomon/Hußmann, NachfolgeR, § 33 Rn 20; MüKoBGB/Koch, § 528 Rn 2.

3 BGH, NJW 2000, 728; 2011, 3082 Rn 13 ff.; OLG Köln, FamRZ 1986, 985; a.A. Zeranski, NJW 2017, 1345 ff.

4 BGH NJW 2011, 3082; BeckOK-BGB/Gehrlein, § 529 Rn 3.

5 BeckOGK/Harke, § 529 Rn 6.1; Zeranski, NJW 2017, 1345 (1349).

Das Mindestmaß zur Leistungsfähigkeit i.S.v. § 1603 Abs. 1 BGB beurteile die Praxis regelmäßig aus einem Sockelbetrag und der Hälfte des darüber hinausgehenden Einkommens.⁶ Die 100.000 EUR-Grenze des § 94 Abs. 1a SGB XII hat keine Bedeutung hinsichtlich der Bestimmung des angemessenen Unterhalts i.S.v. § 529 Abs. 2 BGB. Der Ausschluss des Übergangs von Unterhaltsansprüchen wegen § 94 Abs. 1a S. 2 SGB XII hat auf Ansprüche aus § 528 Abs. 1 BGB keinen Einfluss.⁷

III. Reduzierung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen

- 12** In der Praxis stetig wiederkehrend ist die Vorstellung der Beteiligten, dass durch Übertragung eines Vermögensgegenstandes auf den anderen Ehegatten oder einen Abkömmling Pflichtteilsansprüche des jeweils „ungeliebten“ Kindes vermieden bzw. verringert werden können.
- 13** **Zuwendungen** des Erblassers an andere Personen als den Pflichtteilsberechtigten eignen sich zur Reduzierung des Pflichtteils, wenn es sich um eine freigiebige Schenkung handelt, die die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB auslöst. § 2325 BGB soll verhindern, dass der Pflichtteilsanspruch durch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers ausgehöhlt wird. Dieser sog. **Pflichtteilsergänzungsanspruch** gem. § 2325 BGB ist sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht begrenzt.⁸ Innerhalb des Pflichtteilsergänzungsanspruchs wird das durch Schenkung Zugewendete zu dem Nachlass dazu gerechnet. Anhand dieses sog. **fiktiven Nachlasses** wird dann der Pflichtteilsanspruch des Berechtigten berechnet.⁹ Gemäß § 2317 Abs. 2 BGB handelt es sich bei dem Pflichtteilsergänzungsanspruch um einen vererblichen Anspruch, sofern er vor dem Tod des berechtigten Nichterben entstanden ist. Der berechtigte Nichterbe muss zum Zeitpunkt der Schenkung allerdings noch nicht gelebt haben oder bereits pflichtteilsberechtigt gewesen sein.¹⁰
- 14** Nach § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB beginnt die **Abschmelzungsfrist** von zehn Jahren bei Schenkungen an einen Ehegatten/eingetragenen Lebenspartner

6 BGH, Urt. v. 16.4.2024 – X ZR 14/23, Rn 10.

7 BGH, Urt. v. 16.4.2024 – X ZR 14/23; notar 2025, 112 m. Anm. *Schönenberg-Wessel*.

8 MüKoBGB/*Lange*, § 2325 Rn 1 f.

9 BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2325 Rn 1.

10 BGH, Urt. v. 23.5.2012 – IV ZR 250/11, ZEV 2012, 478.

nicht vor Auflösung der Ehe zu laufen. Die Regelung erfasst sämtliche Schenkungen während der Ehezeit. Schenkungen, die vor Begründung der Ehe an den zukünftigen Ehegatten erfolgt sind, unterliegen dagegen der Abschmelzung. Hat der Erblasser Schenkungen an einen früheren Ehegatten getätigt und wurde diese Ehe geschieden, aufgehoben oder durch Tod des beschenkten Ehegatten aufgelöst, so bleiben die Schenkungen des Erblassers im Rahmen der Pflichtteilsergänzung unberücksichtigt, wenn seit der Auflösung mehr als zehn Jahre verstrichen sind.¹¹

Wird die Ehe erst durch den Tod des Erblassers aufgelöst wird, findet keine Abschmelzung statt. Dies hat zur Folge, dass Schenkungen an den Ehegatten selbst dann ergänzungspflichtig nach § 2325 BGB sind, wenn diese schon vor Jahrzehnten erfolgt sind.¹² Die Problematik des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB greift hingegen nicht ein, wenn die Zuwendung an den Ehegatten entgeltlich erfolgt ist. Dies ist etwa der Fall, wenn die Übertragung zur Erfüllung eines tatsächlichen Zugewinnausgleichsanspruchs oder als ehebedingte Zuwendung erfolgt ist. Im Wege der **Güterstandsschaukel** bzw. der Vereinbarung nachträglicher Entgeltlichkeit kann der Rechtsgrund einer früheren Schenkung nachträglich noch korrigiert werden.

Erhält der Erblasser für die Zuwendung eine **Gegenleistung**, kann es bereits an der objektiven Unentgeltlichkeit der Zuwendung für eine Schenkung i.S.v. § 516 BGB fehlen, sofern die Gegenleistung den Wert der Zuwendung erreicht.¹³ Bei der Bewertung der Höhe von Leistung und Gegenleistung kommt den Vertragsparteien des Schenkungsvertrags ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.

15

Grenzen zieht die Rechtsprechung diesem **Beurteilungsspielraum** jedoch, sofern ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt. Ob ein solches vorliegt, bemisst sich anhand objektiver Kriterien (objektiver Wert des Zugewandten im Verhältnis zur Gegenleistung).¹⁴ Diesbezüglich trägt der Pflichtteilsberechtigte die Beweislast. Dementsprechend muss er im Prozess den **Wert** der Leistung und Gegenleistung sowie das bestehende Missverhältnis darlegen.¹⁵ Gelingt ihm dieser Nachweis, wird zu

11 MüKoBGB/Lange, § 2325 Rn 84.

12 MüKoBGB/Lange, § 2325 Rn 84.

13 Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, § 2325 BGB Rn 30.

14 BGH, Urt. v. 14.6.1972 – IV RZ 53/71, NJW 1972, 1708 (1709); BGH, Beschl. v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77 (78).

15 OLG Oldenburg, Urt. v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, NJW-RR 1997, 263 (264).

seinen Gunsten vermutet, dass das Missverhältnis sowohl für den Zuwendungsempfänger als auch für den Zuwendenden ersichtlich gewesen ist.¹⁶

- 16** Wird das objektive Missverhältnis bejaht, so berechnet sich der Wert des Pflichtteilsanspruchs aus der **Differenz** vom objektiven Wert der Zuwendung und dem noch vertretbaren Wert bei einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls.¹⁷ Maßgeblich für den Zeitpunkt der Ermittlung des objektiven Werts ist der Zeitpunkt des **Vertragsschlusses**.¹⁸

Hinweis

Von der Pflichtteilsergänzung ausgeschlossen sind sog. Anstands- und Pflichtschenkungen (§ 2330 BGB).

IV. Vorweggenommene Erbfolge

- 17** „*Mit warmer Hand geben*“: Dieser Wunsch kann ein weiteres Motiv zur lebzeitigen Übertragung von Immobilien sein. Der Überlasser eröffnet sich damit die Möglichkeit, die eigentliche Erbfolge vorwegzunehmen und wesentliche Vermögenswerte gezielt zuzuordnen.

Für den Übergeber steht neben dem Hauptanliegen der geordneten **Vermögensnachfolge** – nicht in jedem Fall, aber doch regelmäßig – die Schaffung von Versorgungssicherheit für sich (und seinen Ehegatten) im Mittelpunkt, gibt er doch (vorzeitig) oftmals sein wesentliches Vermögen aus der Hand. Daneben tritt der Wunsch, dem Übernehmer bei dessen Existenzgründung unter die Arme zu greifen und dabei gleichsam das geschaffene Vermögen im Kreis der Familie zu halten. Diese Motive können unterschiedlich gewichtet sein; sie müssen nicht kumulativ vorliegen.¹⁹

Der Begriff der **vorweggenommenen Erbfolge** ist dem BGB fremd. Die Kennzeichnung einer Vermögensübertragung im Überlassungsvertrag als „vorweggenommene Erbfolge“ kann eine bloße Motivangabe sein oder allein aus steuerlichen Gründen erfolgen. Darin kann aber auch eine Anrechnungsbestimmung zu sehen sein.²⁰ Ohne nähere Konkretisierung kann in

16 BGH, Urt. v. 14.6.1972 – IV RZ 53/71, NJW 1972, 1708 (1709); OLG Oldenburg, Urt. v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, NJW-RR 1997, 263 (264).

17 BGH, Urt. v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458 (2459).

18 *Klinger*, in: Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, § 2 Rn 33.

19 *Kappler/Kappler*, MittBayNot 2019, 217.

20 BGH, ZEV 2010, 190 m. Anm. *Keim*; *Thubauville*, MittRhNotK 1992, 289 (297).

der Bezeichnung auch eine Ausgleichungsanordnung oder gar die zulässige Kombination aus Anrechnungs- und Ausgleichungsanordnung zu sehen sein. Der Notar ist hier gehalten die **gewünschten Wirkungen** klar und unmissverständlich in der Urkunde festzuhalten. Das OLG Brandenburg nahm in einer zu Recht kritisierten Entscheidung sogar an, dass in der Zuwendung eines Vermögenswerts durch notariellen Überlassungsvertrag im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zugleich eine Enterbung liegen kann, wenn nach dem Überlassungsvertrag die Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil nach § 2325 BGB erfolgen soll.²¹ Diese Fernwirkung sollte unbedingt vermieden werden.

V. Ehebedingte Zuwendung

Die Zuwendung einer Immobilie an den anderen Ehegatten findet sich häufig mit dem vermeintlichen Ziel der Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen der („unliebsamen“) Abkömmlinge. Dieses Ziel kann aufgrund der Regelung des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB i.d.R. nicht erreicht werden, da etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche weiterhin ohne Abschmelzung bestehen. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine Ausgestaltung der Überlassung als **unbenannte Zuwendung** möglich ist.

18

Ehebedingte Zuwendungen können entgeltlich und somit nicht nach § 2325 BGB ergänzungspflichtig sein.²² Das Rechtsinstitut der **Ehegattenzuwendung** ist jedoch unterschiedlich zu bewerten, je nach dem in welchem Rechtsgebiet man sich befindet und wie sich im Einzelfall die Interessenslage gestaltet. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer ehebedingten Zuwendung gilt es herauszuarbeiten und daraus mögliche Gestaltungen in der Praxis abzuleiten.

19

Zuwendungen in der Ehe sind auch dadurch gekennzeichnet, dass der zuwendende Ehegatte sie nicht in Schenkungsabsicht erbringt, sondern „*um der Ehe willen*“ als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung und Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft.²³

20

Unbenannte Ehegattenzuwendungen unterscheiden sich im Vergleich zu Schenkungen auch dadurch, dass ihnen der Zuwendende keine echte Freigebigkeit zugrunde legt, sondern die Erwartung oder Vorstellung, die Ehe

21 OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.8.2022 – 3 W 55/22.

22 Schlitt/Müller-Engels, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rn 76.

23 BGH, MittBayNot 1997, 295.