

Münstergasse 2
3011 Bern
Telefon 031 633 76 78
Telefax 031 633 76 25

32.13-12.39

Beschwerdeentscheid vom 18. Dezember 2012

Vormerkung eines Rückfallsrechts bei der Schenkung von Grundstücken mit Nutzniessungsvorbehalt

Der Schenker kann den Rückfall der geschenkten Sache an sich selbst vorbehalten für den Fall, dass der Beschenkte vor ihm sterben sollte. Dieses Rückfallsrecht kann bei der Schenkung von Grundstücken im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 247 OR). Bei der schenkungsweisen Übertragung einer Liegenschaft mit gleichzeitigem Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzniessung zu Gunsten des Schenkenden leistet die oder der Beschenkte im Umfang der Nutzniessung kein Entgelt, weshalb das Geschäft als Schenkung zu qualifizieren ist (E. 6).



Annotation d'un droit de retour en cas de donation d'immeubles avec réserve d'usufruit

Le donateur peut stipuler à son profit le retour des objets donnés, pour le cas de prédécès du donataire. Un tel droit de retour peut être annoté au registre foncier lorsque la donation comprend des immeubles (art. 247 CO). Dans le cas du transfert d'un bien-fonds à titre gracieux assorti d'une réserve d'usufruit à vie en faveur du donateur, le ou la donataire ne fournit aucune contrepartie financière correspondant à l'usufruit, raison pour laquelle l'affaire doit être qualifiée de donation (c. 6).

Sachverhalt

A.

Am 30. Dezember 2011 meldete Notar A. beim Grundbuchamt einen Schenkungsvertrag zwischen B. und ihrem Sohn C. betreffend das Grundstück Gemeinde D. Gbbl. Nr. 1000 (Urschrift Nr. 100) zur Eintragung an (Beleg Nr. 100). Dieser Schenkungsvertrag beinhaltet unter anderem die Festlegung eines Ausgleichungswerts in der Höhe von Fr. 600'000.– für die dereinstige erbrechtliche Auseinandersetzung und ein Rückfallsrecht an die Schenkerin bei Vorversterben des Beschenkten.

Mit Schreiben vom 24. April 2012 forderte das Grundbuchamt Notar A. auf, den Antrag auf Vormerkung des Rückfallsrechts zurückzuziehen, weil materiell ein Erbvorbezug vorliege, Rückfallsrechte aber nur bei reinen Schenkungen vormerkbar seien.

Notar A. antwortete am 26. April 2012, im konkreten Fall handle es sich um eine reine Schenkung, der Beschenkte erbringe keine Gegenleistung.

Mit Schreiben vom 2. Mai 2012 wiederholte das Grundbuchamt seine Aufforderung zum Rückzug.

Am 4. Mai 2012 teilte Notar A. dem Grundbuchamt mit, die Parteien hielten am ihrem Antrag auf Vormerkung des Rückfallsrechts fest. Gleichzeitig ersuchte er darum, eine allfällige Abweisung der Grundbuchanmeldung auf die Frage der Vormerkung des Rückfallsrechts zu beschränken.

Mit Verfügung vom 14. Mai 2012 wies das Grundbuchamt die Grundbuchanmeldung bezüglich der Vormerkung des Rückfallsrechts ab. Zur Begründung führte es aus, materiell liege eine Abtretung auf Rechnung zukünftiger Erbschaft bzw. ein Erbvorbezug vor, womit die Voraussetzungen für eine Vormerkung des Rückfallsrechts nicht gegeben seien.

B.

Gegen die Verfügung des Grundbuchamts erhebt Notar A., vertreten durch Fürsprecher E., mit Eingabe vom 14. Juni 2012 Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK). Er beantragt, das Grundbuchamt sei anzuweisen, das von den Vertragsparteien in der Urschrift Nr. 100 vereinbarte Rückfallsrecht vorzumerken.

Das Grundbuchamt beantragt in seiner Vernehmlassung vom 2. Juli 2012 die Abweisung der Beschwerde.

Mit Eingabe vom 11. Juli 2012 verzichtet der Beschwerdeführer auf eine Replik.

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen des Grundbuchamts kann Beschwerde bei der JGK geführt werden (Art. 956a Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] i.V.m. Art. 124 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]). Die Beschwerdefrist an die kantonalen Instanzen beträgt 30 Tage (Art. 956b ZGB). Für das Verfahren gelten nach Art. 10 Abs. 3 EG ZGB die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

1.2 Zur Beschwerde ist befugt, wer durch die angefochtenen Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 956a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; ebenso Art. 65 Abs. 1 VRPG).

Notar A. hat den fraglichen Schenkungsvertrag beurkundet und beim Grundbuchamt angemeldet. Er führt in seinem eigenen Namen Beschwerde bei der JGK, obwohl er nicht Vertragspartei ist. Zur Beschwerde ist nur befugt, wer durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in eigenen Interessen betroffen ist. Zwar billigt die Praxis in bestimmten Situationen auch Drittpersonen ein eigenes Beschwerderecht zu. Bei sog. Drittbeschwerden pro Adressat, also Drittpersonen, die sich für die Aufhebung einer den Verfügungsadressaten belastenden Anordnung einsetzen, ist die Praxis aber streng. Ausserhalb förmlicher gesetzlicher Anerkennung fällt eine Drittbeschwerde pro Adressat nur in Betracht, wenn der Dritte ein selbständiges, eigenes, also unmittelbares Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen kann (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 161 f.; vgl. zur Drittbeschwerde im Allgemeinen BGE 133 V 188 E. 4.3.3, mit Hinweisen, sowie zur Drittbeschwerde pro Adressat die Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BVGer A-5646/2008 vom 13. August 2009, in ZBI 112/2011 S. 86 f.).

Unter der Herrschaft der bis Ende 2011 geltenden Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (aGBV; BS 2 530) sowie des bis Ende 2006 geltenden Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 531) hat das Bundesgericht in konstanter Praxis erwogen, der anmeldende Notar sei zur Beschwerdeführung in eigenem Namen befugt, wenn im Grundbuchbeschwerdeverfahren die richtige Ausübung der beruflichen Tätigkeit der Notarin oder des Notars in Frage stehe. An der Beantwortung dieser Frage habe die Notarin oder der Notar ein offensichtliches Interesse, zumal sie im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeitsklage von Bedeutung sein könne. Da der Notar die Abweisung der Anmeldung gegenüber seinen Kli-

enten zu vertreten und zu verantworten habe, sei er stärker als jedermann betroffen und stehe zur Streitsache in einer besonderen und nahen Beziehung (BGE 116 II 136 E. 4 und 5, BGer 5A.33/2006 vom 24.4.2007 E. 1, nicht in BGE 128 III 18 publizierte E. 1 von BGer 5A.7/2001 vom 6.9.2001). Die bernischen Rechtspflegebehörden haben sich dieser Praxis angeschlossen (vgl. BVR 1999 S. 49 E. 1).

Über die Schlüssigkeit dieser Argumentation liesse sich streiten. Bereits FRITZ GYGI hat die in BGE 105 II 45 E. 1 bejahte Befugnis des Notars zur Beschwerdeführung in eigenem Namen als «fragwürdige Anerkennung der Drittbeschwerde» bezeichnet (a.a.O. S. 162). Sie führt denn auch zu verschiedenen ungeklärten Problemen: Wie verhält es sich, wenn der Notar gegen den Willen des Verfügungsadressaten in eigenem Namen Beschwerde führt? Ist der selbst nicht Beschwerde führende Verfügungsadressat von Amtes wegen an dem vom Notar angestregten Beschwerdeverfahren zu beteiligen? Wie ist die Kostenliquidation vorzunehmen? Auch das Bundesgericht hatte in seiner ursprünglichen Praxis auf «difficultés et inconvénients» dieser Art hingewiesen und die Befugnis des Notars, in eigenem Namen Beschwerde zu führen, auf Fälle beschränkt, in denen ein von ihm angemeldetes Geschäft aus Gründen abgewiesen wurde, die mit seiner Stellung als zur Anmeldung befugte Urkundsperson zusammenhingen (BGE 55 I 341, 344).

Fraglich ist weiter, ob die Zulassung von Notarinnen und Notaren zur Grundbuchbeschwerde in eigenem Namen nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung im Vergleich zu Anwältinnen und Anwälten führt. Auch Anwältinnen und Anwälte sind zwar befugt, in eigenem Namen Beschwerde zu führen, soweit sie ein direktes eigenes Interesse am Verfahrensausgang haben. Das trifft etwa zu bei der Festsetzung des amtlichen Honorars im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege, da der entsprechende Anspruch direkt dem amtlichen Anwalt und nicht seinem Klienten zusteht (vgl. BGE 110 V 360 E. 2). Nicht zur Beschwerdeführung in eigenem Namen sind Anwältinnen und Anwälte aber legitimiert, wenn es nur darum geht, sich von der oberen Instanz die Richtigkeit der vor der Vorinstanz vertretenen Argumentation im Hinblick auf allfällige Schadenersatzbegehren bestätigen zu lassen. Die JGK erkennt nicht, dass Notare und Anwälte unterschiedliche Funktionen wahrnehmen, dass der Notar namentlich ein öffentliches Amt ausübt und – anders als im Regelfall der Anwalt – massgeblich an der Schaffung der zu überprüfenden Tatsachen (Urkunde) beteiligt ist. Es erscheint aber jedenfalls fraglich, ob diese Unterschiede die skizzierte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen.

Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass sich die Regelung zur Legitimation bei der Grundbuchbeschwerde seit dem 1. Januar 2012, an dem die ZGB-Novelle vom 11. Dezember 2009 in Kraft getreten ist, nicht mehr in Art. 103

aGBV, sondern in Art. 956a Abs. 2 ZGB findet. Dessen Wortlaut ist abgestimmt auf die Formulierung der neuen Legitimationsbestimmungen der Bundesrechtspflege, namentlich Art. 76 Abs. 1 und 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110). Ob unter Art. 956a Abs. 2 ZGB an der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 103 aGBV festzuhalten ist, wurde noch nicht richterlich entschieden (vgl. aber BGer 2C_621/2009 vom 23. September 2010, E. 5.3, wo das Bundesgericht immerhin in Zweifel gezogen hat, dass der Notar gestützt auf aArt. 76 BGG [in der bis am 31. Dezember geltenden Fassung gemäss AS 2006 1205] in eigenem Namen zur Beschwerdeführung in Zivilsachen legitimiert ist).

Die JGK hat bereits in einem Entscheid vom 30. August 2012 festgehalten, sie nehme in Aussicht, ihre Praxis zur Legitimation des Notars in künftigen Fällen restriktiver als bisher zu handhaben. Seit kurzem ist dieser Entscheid auf der Internetseite der JGK (<http://www.jgk.be.ch/>) zugänglich („Grundbuchämter“ – „Entscheide“). Die Veröffentlichung erfolgte indessen zu einem Zeitpunkt, in dem Notar A. die vorliegende Beschwerde bereits in seinem eigenen Namen eingereicht hatte. Eine restriktivere Handhabung der Legitimationsregeln ist daher im vorliegenden Fall nicht zulässig: Bei Verfahrensfragen verdient das Vertrauen in die bisherige Auslegung insofern Schutz, als demjenigen, der etwa ein Frist- oder Formvorschrift nach der bisherigen Rechtsprechung beachtet hat, kein Rechtsnachteil erwachsen soll (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 515). Praxisänderungen müssen angekündigt werden, wenn der Betroffene andernfalls einen Rechtsverlust erleiden würde, den er hätte vermeiden können, wenn er die neue Praxis bereits gekannt hätte (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 23 N. 16). Die Beschwerde von Notar A. ist deshalb anhand der bisherigen Praxis zu beurteilen. Danach ist seine Legitimation zu bejahen, so dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

2.1 Im Schenkungsvertrag vom 6. Dezember 2011 vereinbarten die Parteien zusätzlich zur Schenkung des Grundstücks Gemeinde D. Gbbl. Nr. 1000 unter dem Titel «Übrige Vertragsbestimmungen», dass die Schenkerin sich und ihrem Ehemann die lebenslängliche, unentgeltliche Nutzniessung am Vertragsobjekt vorbehalte (Ziff. 1). Ausserdem verpflichteten sie sich dazu, dass die Ausgleichung in der dereinstigen erbrechtlichen Auseinandersetzung beim Tode der Schenkerin nach dem von den Parteien vereinbarten Wert von Fr. 600'000.– erfolge. Über diesen Betrag hinaus werde der Beschenkte von der Ausgleichungspflicht entbunden (Ziff. 3). Weiter behielt sich die Schenkerin den Rückfall des Vertragsobjekts an sich selbst vor, für den Fall, dass der Beschenkte vor der Schenkerin sterben sollte, ohne Nachkommen zu hinterlassen. Der Rückfall sei im Grundbuch vorzumerken (Ziff. 4).

Streitig und zu prüfen ist, ob das zwischen den Parteien vereinbarte Rückfallsrecht am geschenkten Grundstück im Grundbuch vorzumerken ist. Das Grundbuchamt hat eine solche Vormerkung abgelehnt und erwogen, dass materiell keine reine Schenkung vorliege, sondern eine Abtretung auf Rechnung künftiger Erbschaft bzw. ein Erbvorbezug. Die Voraussetzungen für eine Vormerkung des Rückfallsrechts seien daher nicht erfüllt. In seiner Beschwerdevernehmlassung führte es ergänzend aus, Abtretungsverträge auf Rechnung künftiger Erbschaft seien Innominatkontrakte. Dafür gebe es keine gesetzliche Grundlage zur Vormerkung von Rückfallsrechten. Werde in einem Schenkungsvertrag eine Ausgleichungspflicht angeordnet oder vereinbart, so gelte der Vertrag als Abtretungsvertrag auf Rechnung künftiger Erbschaft und ein Rückfallsrecht könne nicht vorgemerkt werden.

2.2 Persönliche Rechte können im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete (Art. 959 ZGB). Der Schenker kann den Rückfall der geschenkten Sache an sich selbst vorbehalten für den Fall, dass der Beschenkte vor ihm sterben sollte. Dieses Rückfallsrecht kann bei der Schenkung von Grundstücken oder dinglichen Rechten an solchen im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 247 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]; vgl. NEDIM PETER VOGT, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2011, Art. 247 OR). Voraussetzung für eine Vormerkung des Rückfallsrechts ist gemäss ständiger Praxis der JGK ein Vertrag, der tatsächlich eine Verpflichtung zu einer Zuwendung ohne Gegenleistung enthält, also eine Schenkung im Sinne von Art. 239 ff. OR und nicht etwa eine gemischte Schenkung (bei der eine entgeltliche Zuwendung mit einer unentgeltlichen verbunden ist) zum Inhalt hat. Eine solche gemischte Schenkung liegt etwa vor, wenn der Beschenkte als Gegenleistung die auf dem Grundstück haftenden Grundpfandschulden zugunsten des Schenkers übernimmt (vgl. JGKE vom 26.3.1998, in ZBGR 2000 S. 187 E. 4).

2.3 Vormerkungen bewirken typischerweise eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers desjenigen Grundstücks, auf das sich die Vormerkung bezieht, und zwar derart, dass das vorgemerkte Recht bzw. die vorgemerkte Rechtsbeziehung den Vorrang gegenüber später am gleichen Grundstück erworbenen dinglichen Rechten erhält. In Bezug auf die Vormerkung des Rückfallsrechts bei einer Grundstücksschenkungen bedeutet dies, dass – anders als bei der kaufweisen Grundstückzübereignung – dem Schenker bei Eintritt der Bedingung die Durchsetzung seines Anspruches nicht nur gegenüber den Erben des Beschenkten, sondern auch gegenüber Dritten möglich ist, die inzwischen Rechte an dem Grundstück erworben haben (vgl. PAUL EITEL, Die Vormerkung nach Art. 247 Abs. 2 OR – konstitutiv oder deklaratorisch?, in ZBGR 1992 S. 137 ff.). Ein

Rechtsgeschäft, das entgegen einer bestehenden Vormerkung abgeschlossen wird, entfaltet daher dieser gegenüber keine Rechtswirksamkeit.

Für die Eintragung einer Vormerkung gilt wie vorstehend dargelegt das Prinzip des *numerus clausus* der im Grundbuch vormerkbaren Rechte. Daher hat das Grundbuchamt im Rahmen der Prüfung der Eintragungsfähigkeit des angemeldeten Rechts zu kontrollieren, ob sich das ihm zur Anmeldung vorgelegte Recht unter die vom Gesetz vorgesehenen Fälle der Vormerkung subsumieren lässt (vgl. BETTINA DEILLON-SCHEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, 1997, S. 215 und S. 242).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer wendet gegen die angefochtene Verfügung ein, Nachkommen hätten Vermögensabtretungen grundsätzlich auszugleichen (Art. 626 Abs. 2 ZGB). Als Vermögensabtretungen würden nicht nur ganze Vermögen, sondern auch einzelne bedeutende Vermögenswerte gelten (BGE 84 II 338 E. 7b). Dazu sei die Liegenschaft Gemeinde D. Gbbl. Nr. 1000 mit einem amtlichen Wert von Fr. 182'000.– zu zählen, zumal der Beschenkte keine Grundpfandschulden übernehme. Die Schenkerin habe entgegen der Meinung des Grundbuchamtes nicht eine (bereits bestehende) Ausgleichungspflicht angeordnet, sondern sie wegbedungen, soweit sie über den festgelegten Betrag hinausgehe. Eine reine Schenkung liege im Übrigen dann vor, wenn das Merkmal der Unentgeltlichkeit gegeben sei. Die Anordnung der Ausgleichungspflicht stelle gemäss BGE 120 II 417 E. 3b keine Gegenleistung zu Lebzeiten dar und sei unentgeltlich. Ein Rechtsgeschäft mit ausdrücklicher Anordnung der Ausgleichungspflicht (ohne sonstige Gegenleistung) bleibe damit eine reine Schenkung. Die Praxis der JGK, wonach bei gemischten Schenkungen ein Rückfallsrecht nicht vorzumerken sei, stosse zudem in der Lehre auf Kritik. Art. 247 Abs. 2 OR sehe die Möglichkeit, ein Rückfallsrecht vorzumerken, ausdrücklich vor. Auch auf gemischte Schenkungen finde das Schenkungsrecht nach Art. 239 ff. OR Anwendung. Dass dies für eine gemischte Schenkung, bei der die Schenkungsabsicht im Vordergrund stehe, nicht möglich sein solle, leuchte nicht ein. Hinzu komme, dass sich die Ausgleichungspflicht und das Rückfallsrecht gegenseitig ausschliessen würden.

3.2 Zivilrechtlich gesehen handelt es sich bei der Abtretung auf Rechnung künftiger Erbschaft bzw. beim Erbvorbezug um eine (gemischte) Schenkung an einen ausgleichungspflichtigen Präsumtiven, das heisst an eine Person, die im Zeitpunkt der Abtretung Erbe des Schenkenden wäre (vgl. FRIEDRICH GERHARD MOSER, Die erbrechtliche Ausgleichung gemischter Schenkungen, Bern 1973, S. 43 ff.). Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat, untersteht im Rahmen der Teilung der Erbschaft der erbrechtli-

chen Ausgleichung, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt (Art. 626 Abs. 2 ZGB). In der Lehre wurde in diesem Zusammenhang diskutiert, ob der Hauptfall der unentgeltlichen Zuwendungen, die Schenkung, nicht generell von der Ausgleichungspflicht auszunehmen sei. Das Bundesgericht hat die Schenkung eines Grundstücks in einem neueren Entscheid jedoch der Ausgleichungspflicht unterstellt (vgl. BGE 131 III 49 ff.; FORNI/PIATTI, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 626 ZGB N. 8 und N.11).

Bei der (ganz bzw. teilweise) unentgeltlichen Zuwendung des Grundstücks Gemeinde D. Gbbl. Nr. 1000 von der künftigen Erblasserin an ihren Sohn, handelt es sich demnach um einen Anwendungsfall der gesetzlichen Ausgleichungspflicht.

3.3 Die Schenkung mit Rückfallsrecht bei Vorversterben des Beschenkten ist eine Schenkung unter der auflösenden Bedingung, dass die geschenkte Sache an den Schenker zurückfällt, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt (vgl. PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch, Schenkung, in Schweizerisches Privatrecht VIII/I, 1977, S. 193 f.). Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, mit der jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert (Art. 239 OR). Demgegenüber geht es bei der Ausgleichung um die erbrechtliche Berücksichtigung (ganz oder teilweise) unentgeltlicher Zuwendungen des Erblassers an gesetzliche Erben bzw. an Nachkommen. Die Ausgleichung erfolgt regelmässig nach dem Wert der Zuwendung im Zeitpunkt des Erbanges oder, wenn die Sache vorher veräussert worden ist, nach dem dafür erzielten Erlös. Der Erblasser kann allerdings wie im hier zu beurteilenden Fall den Ausgleichungsbetrag auch selber konkret ziffernmässig festlegen (Art. 630 ZGB; vgl. BGer 5C.76/2006 vom 16.2.2007, E. 2.1; BGer 5C.60/2003 vom 7.5.2003, E. 3.1 und E. 3.2). Wird ein Ausgleichungsbetrag festgelegt, der unter dem Wert der Zuwendung liegt, kann dies bei ausgleichungspflichtigen Nachkommen einen Ausgleichungsdispens bewirken. Übersteigt hingegen der Betrag den Schätzungswert, kann der ausgleichungspflichtige Erbe die Herabsetzung verlangen, sofern sein Pflichtteil verletzt ist (FORNI/PIATTI, a.a.O., Art. 630 ZGB N. 1). Das Rechtsgeschäft, mit dem der zukünftige Erblasser sein Vermögen oder Teile davon auf einen präsumtiven Erben überträgt, stellt eine gewöhnliche Zuwendung unter Lebenden – entweder einen Kauf oder eine Schenkung – dar. Sind die entsprechenden Begriffsmerkmale erfüllt, bleibt die Zuwendung eine Schenkung, sei sie nun ausgleichungspflichtig oder nicht (FRIEDRICH GERHARD MOSER, a.a.O., S. 36 f.; BGE 57 II 142 E. 1).

4.

4.1 Der Beschwerdeführer beanstandet die Praxis der JGK, wonach ein Rückfallsrecht bei gemischten Schenkungen von Grundstücken von vorneherein nicht vormerkbar ist.

4.2 Wie bereits in E. 2.2 ausgeführt wurde, hat die JGK in einem früheren Entscheid erwogen, Art. 247 Abs. 2 OR könne unter Berücksichtigung von Art. 959 ZGB sinnvoll und rechtssystematisch richtig nur dahingehend verstanden werden, dass Voraussetzung für eine Vormerkung des Rückfallsrechts ein Vertrag sei, der tatsächlich eine Verpflichtung zu einer Zuwendung ohne Gegenleistung enthalte, mithin eine typische Schenkung im Sinne von Art. 239 ff. OR zum Inhalt habe. Als unzulässig qualifizierte die Direktion daher die Vormerkung eines Rückfallsrechts im Falle einer Schenkung, bei welcher der Beschenkte als teilweise Gegenleistung die auf dem Grundstück haftenden Grundpfandschulden übernommen hatte (vgl. JGKE vom 26.3.1998, in ZBGR 2000 S. 187 E. 4, mit weiteren Hinweisen).

4.3 In der Lehre scheint umstritten zu sein, ob die Vormerkung eines Rückfallsrechts im Grundbuch möglich ist, wenn dieses im Zusammenhang mit einer gemischten Schenkung vereinbart wurde (vgl. NEDIM PETER VOGT, a.a.O., Art. 247 N. 2; JÜRGEN SCHMID, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 959 ZGB N. 40 f.; ROLAND PFÄFFLI, Das Rückfallsrecht bei der Schenkung eines Grundstücks, in Jusletter vom 22. Mai 2006). Allerdings finden sich vertiefte Ausführungen zu dieser Frage und insbesondere zur strengen Praxis der JGK nur bei JÜRGEN SCHMID, a.a.O., und in Form von Bemerkungen der Redaktion in ZBGR 2000 S. 191 f. zum bereits soeben erwähnten Entscheid der JGK vom 26. März 1998. Danach trete in der Praxis in den meisten Fällen der Erbvorbezug, das heisst die lebzeitige Abtretung unter Anrechnung an den künftigen Erbteil, als gemischte Schenkung in Erscheinung. Die Absicht der Parteien gehe in einem solchen Fall in der Regel dahin, ein Grundstück von einem Elternteil auf einen Nachkommen zu übertragen, wobei dieser als teilweise Gegenleistung die auf dem Grundstück haftenden Grundpfandschulden und allenfalls ein Wohnrecht zugunsten der Eltern übernehmen müsse, im Übrigen erfolge die Abtretung des Grundstücks schenkungsweise. Meistens stehe bei diesen Verträgen der schenkungsrechtliche Aspekt im Vordergrund. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb die im Schenkungsrecht vorgesehene Vormerkbarkeit eines Rückfallsrechts verneint werden müsse. Die gemischte Schenkung sei gesetzlich nicht geregelt und dennoch würden auf solche Rechtsverhältnisse schenkungsrechtliche Grundsätze angewendet. Zwar sei es aufgrund des Prinzips des numerus clausus der vormerkbaren Rechte nicht zulässig, auf andere Tatbestände ausgerichtete Rückfallsrechte vorzumerken, das bei einem Erbvorbezug vereinbarte Rückfallsrecht könne aber vorgemerkt werden.

4.4 Ob an der vom Beschwerdeführer kritisierten Praxis festzuhalten ist, wonach ein Rückfallsrecht wegen des Numerus-Clausus-Prinzips (Art. 959 ZGB) von vornherein nicht vorgemerkt werden kann, wenn es sich bei der Übertragung um eine gemischte Schenkung handelt, ist fraglich. Die Frage kann jedoch offen

bleiben, falls es sich beim hier zur Diskussion stehenden Geschäft gar nicht um eine gemischte Schenkung handelt. Im Folgenden ist daher zunächst zu klären, wie das Grundgeschäft rechtlich einzuordnen ist.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, entgegen der Meinung des Grundbuchamtes sei die Zuwendung des Vermögenswertes im vorliegenden Fall unentgeltlich erfolgt.

Das Wesensmerkmal einer Schenkung gemäss Art. 239 OR besteht darin, dass sie unentgeltlich ist. Das bedeutet, dass ausser der Schenkungsabsicht (*causa donandi*) kein anderer Rechtsgrund vorhanden ist und dass der Zuwendung keine Gegenleistung entspricht (PIERRE CAVIN, a.a.O., S. 186). Die Praxis nimmt ein mit Schenkung gemischtes Rechtsgeschäft an, sofern eine Zuwendung versprochen oder gemacht wird, der zwar eine Gegenleistung gegenübersteht, die aber nach dem Willen der Vertragsparteien jener Zuwendung dem Werte nach nicht entspricht und auch nicht entsprechen soll. Eine solche gemischte Schenkung verbindet Elemente eines entgeltlichen Vertrages mit solchen der Schenkung und ist gesetzlich nicht geregelt. Das Schenkungsrecht ist insoweit anwendbar, als das gemischte Geschäft eine Schenkung enthält (BGE 98 II 352 E. 3). Dabei ist grundsätzlich für jede Rechtsfrage isoliert zu entscheiden in welchem Umfang die Regeln des jeweils betroffenen Nominattypenrechts zum Tragen kommen (AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2011, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N. 10, N. 14 und N. 23).

5.2 Das Bundesgericht hatte im Jahre 1994 einen ähnlichen Sachverhalt wie den vorliegenden zu beurteilen: In BGE 120 II 417 befasste es sich mit einem Abtretungsvertrag, in welchem eine Mutter ihrem Sohn «auf Rechnung künftiger Erbschaft» das Eigentum an einer Liegenschaft übertragen hatte, wobei sie sich die lebenslängliche unentgeltliche Nutzniessung vorbehielt. Ferner hatten die Schenkungsparteien vereinbart, dass der Anrechnungswert, der «dereinst im Nachlass der Abtreterin zur Ausgleichung zu bringen» sein werde, auf Fr. 260'000.– festgelegt werde. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass das Vermögen der Erblasserin insoweit nicht geschmälert worden sei, als sie sich die Nutzniessung vorbehalten habe. Weiter führte es aus, die Bestimmung, wonach unter Berücksichtigung der Nutzniessung ein Anrechnungswert von Fr. 260'000.– festgelegt und dieser dereinst im Nachlass der Abtreterin zur Ausgleichung zu bringen sein werde, lasse klar erkennen, dass im Umfang des genannten Anrechnungswertes dem Vermögen der Erblasserin vor deren Tod keine Gegenleistung und auch kein Anspruch auf eine solche zukommen sollte. Das Bundesgericht qualifizierte die Abtretung aber als gemischte Schenkung. Den entgeltlichen Teil der Zuwendung erblickte es «im Umfang der von der Erblasserin vorbehaltenen lebenslänglichen und unentgeltlichen Nutzniessung», den unentgeltlichen

Teil «im vollen Umfange des im Abtretungsvertrag unter Berücksichtigung der erwähnten Nutzniessung auf Fr. 260'000.– festgesetzten Betrags» (E. 4a; vgl. auch PAUL EITEL, Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt, in recht 1996, S. 34 ff.).

5.3 Überträgt man diese Erkenntnisse auf den vorliegenden Fall, so ergibt sich als Zwischenergebnis, dass die Festlegung des Anrechnungswertes unter dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit kein Hindernis für die Vormerkung des Rückfallsrechts darstellen würde. Wie soeben ausgeführt wurde, liegt in der Anordnung einer betragsmässig fixierten Ausgleichspflicht keine Gegenleistung des Beschenkten an den Schenker. Die Schenkung ist daher mit Bezug auf dieses Element nicht zu einer «unreinen» bzw. gemischten Schenkung geworden, weshalb einer Vormerkung des Rückfallsrechts insofern nichts im Wege steht.

6.

6.1 Zu prüfen bleibt, ob es sich beim vorliegenden Geschäft deshalb um eine gemischte Schenkung handelt, weil sich die Schenkerin eine lebenslängliche Nutzniessung zu ihren Gunsten und zu Gunsten ihres Mannes vorbehalten hat.

6.2 Wie in E. 5.2 ausgeführt wurde, hat das Bundesgericht in BGE 120 II 417 E. 4a erwogen, bei der schenkungsweisen Übertragung einer Liegenschaft mit gleichzeitigem Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzniessung zu Gunsten der Schenkerin leiste der Beschenkte im Umfang der Nutzniessung ein Entgelt, weshalb das Geschäft als gemischte Schenkung zu qualifizieren sei (vgl. auch BGer 5A_338/2010 vom 4.10.2010, E. 9.1.2, wo das Bundesgericht ebenfalls von einer «donation mixte» spricht, sowie BGE 54 II 93; vgl. ferner DANIEL STAEHELIN, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 475 ZGB N. 8). Diese Rechtsprechung ist von der Lehre kritisiert worden. So sprechen sich gewichtige Stimmen im Schrifttum dafür aus, den Nutzniessungsvorbehalt *nicht* als Entgelt zu betrachten (ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Nutzniessung in der Erbteilung, in successio 2011 S. 5 ff.; FRANÇOIS BIANCHI, Rapport et réduction d'une donation avec réserve d'un usufruit ou d'un droit d'habitation, Not@lex 2011, S. 85 ff.; PAUL EITEL, Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt, in recht 1996, S. 34 ff.). Zur Begründung führen diese Autoren an, es sei in solchen Fällen von einer reinen Schenkung im Zeitpunkt der Übertragung und nicht von einer gemischten Schenkung (Schenkung und teilweise Gegenleistung in Form der Nutzniessung) auszugehen, weil die Nutzniessung bereits von Anfang an vorbehalten worden sei. Die Nutzniessung sei mit anderen Worten Bestandteil der Verhandlungen gewesen und habe den Wert der Schenkung von Anfang an gemindert. Auch sei die Vorstellung einer Übertragung der Sache ohne Nutzniessung an den Beschenkten und der nachträglichen Übertragung der Nutzniessung an dieser Sache vom Beschenkten an den Schenker praxisfremd. In Wirklichkeit

werde das Nutzniessungsvermögen nicht zuerst auf den Beschenkten übertragen, mit dem Ziel, dass alsdann die Rückübertragung der Nutzniessung erfolge. Vielmehr habe der Schenker nicht alle Rechte am Vermögen übertragen, sondern einige Rechte (z.B. die Nutzniessung) für sich zurückbehalten. Folglich liege keine Gegenleistung für die Schenkung vor und sei diese eine reine und nicht eine gemischte (ALEXANDRA RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 16).

6.3 Aus der Sicht der JGK sind diese Einwände der Lehre berechtigt. In der Tat liegt der hier interessierenden Grundstücküberweisung nicht eine gemischte, sondern eine *reine* Schenkung zugrunde. Übertragen wurde – faktisch – ein mit einer lebenslänglichen Nutzniessung belastetes Grundstück oder – anders ausgedrückt – das nackte Eigentum an ebendiesem Grundstück. Die Schenkerin machte ihrem Sohn mit anderen Worten ein im Moment zwar noch wertmässig geringes, aber *reines* Geschenk (der Wert des Geschenks entspricht der Differenz zwischen dem unbelasteten Grundstück und der kapitalisierten Nutzniessung). Die Vorstellung, der Beschenkte habe ein unbelastetes Grundstück erhalten und der Schenkerin seinerseits als Gegenleistung eine Personaldienstbarkeit eingeräumt, ist lebensfremd. Es war die Schenkerin selbst, die sich und ihrem Ehemann eine Nutzniessung vorbehalten hat (was bereits im Begriff Nutzniessungsvorbehalt zum Ausdruck kommt). Der Beschenkte verfügte nicht über einen Wert, den er der Schenkerin als Gegenleistung hätte zuwenden können, da die Nutzniessungsberechtigung nie in seiner rechtlichen Verfügungsmacht stand. Vollends deutlich wird dies, wenn man sich bewusst macht, dass die Schenkerin die Nutzniessung ohne Weiteres auch bereits vor der Grundstücksüberweisung in Form einer Eigentümerdienstbarkeit hätte errichten können (dass Art. 733 ZGB auch auf Personaldienstbarkeiten anwendbar ist, wird sowohl vom Berner Kommentar als auch vom Zürcher Kommentar anerkannt [vgl. HANS LEEMANN, Berner Kommentar, 1925, Art. 733 ZGB N. 16; PETER LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, Art. 733 ZGB N. 37 ff., letzterer mit Hinweis auf die gegenteilige Meinung von Eugen Huber, der den Nutzen an einer als Eigentümerdienstbarkeit ausgestalteten Nutzniessung verneint hatte, was Liver mit dem in N. 42 aufgeführten praktischen Beispiel widerlegte]). Massgebend für die Frage der Entgeltlichkeit bzw. der Natur der Schenkung kann aber nicht sein, ob die Personaldienstbarkeit bereits vorgängig errichtet wurde oder ob sie gleichzeitig mit der Grundstücküberweisung eingeräumt wird. Aus diesen Gründen liegt denn auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Steuerrecht Unentgeltlichkeit auch dann vor, wenn bei einer Übertragung kein weiterer Kapitaleinsatz stattfindet, wie beispielsweise bei einer Abtretung schenkungshalber oder auf Anrechnung künftiger Erbschaft (vgl. BGer 2A.73/2004 vom 2.9.2005, E. 3 f., mit Hinweisen).

6.4 Damit ergibt sich, dass es sich bei der hier in Frage stehenden Schenkung nicht um eine gemischte, sondern um eine reine Schenkung handelt. Das hat zur

Folge, dass einer Vormerkung des Rückfallsrechts nichts im Wege steht. Die Beschwerde ist daher im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, und das Grundbuchamt ist anzuweisen, das von den Vertragsparteien in der Urschrift Nr. 100 vereinbarte Rückfallsrecht vorzumerken. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob ein Rückfallsvorbehalt je nach Situation und in Abweichung von der bisherigen Praxis der JGK auch bei einer *gemischten* Schenkung, etwa bei einer Grundstückübereignung mit Übertragung der aufhaftenden Pfandschulden, im Grundbuch vorgemerkt werden kann.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kanton die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf einen Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Höhe des zu entschädigenden Anwaltshonorars bemisst sich innerhalb des Tarifr Rahmens von 400.– bis 11'800.– Franken nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11] und Art. 11 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Bei der Höhe der Parteientschädigung ist auch zu berücksichtigen, dass für den Aufwand und die Auslagen im Zusammenhang mit der Anmeldung beim Grundbuchamt kein Anspruch auf Parteikostenersatz besteht (Art. 107 Abs. 3 VRPG). In Würdigung des Umfangs der beiden im Verfahren vor der JGK eingereichten Rechtsschriften erscheint ein Parteikostenersatz in der Höhe eines Pauschalbetrags von Fr. 2'000.– (einschliesslich Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demnach entscheidet die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und das Grundbuchamt wird angewiesen, das von den Vertragsparteien in der Urschrift Nr. 100 z.G. der Schenkerin auf dem Grundstück Gemeinde D.-Gbbl. Nr. 1000 vereinbarte Rückfallsrecht vorzumerken.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der Kanton Bern richtet Notar A. für das Beschwerdeverfahren vor der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion einen Parteikostenersatz in der Höhe von pauschal Fr. 2'000.– aus. Dieser ist beim Grundbuchamt einzufordern.