

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 193474**letzte Aktualisierung:** 31. März 2023**BGB §§ 491 Abs. 3 S. 4 Nr. 2, 1149, 1191****Verkaufsvollmacht beim Immobilienverzehrkredit; unzulässige Befriedigungsabrede****I. Sachverhalt**

Eine Bank („B“) bietet ihren Kunden Immobilienverzehrkredite gemäß § 491 Abs. 3 S. 4 BGB an. Zielgruppe dieses Produktes sind ältere Verbraucher („Darlehensnehmer“), die Eigentümer einer selbstgenutzten Wohnimmobilie sind, diese als Gegenwert für eine Kapitalbeschaffung auf Einmalzahlung oder „Rente“ einsetzen, aber gleichzeitig weiter als ihre Wohnung nutzen wollen. Beim Immobilienverzehrkredit wird entsprechend den gesetzlichen Regelungen das von B gewährte Darlehen in einer Summe oder in regelmäßigen Teilzahlungen ausgezahlt. Die Rückzahlung des Darlehensbetrags und der anfallenden Zinsen kann regelmäßig nur nach dem Tod des Darlehensnehmers und nur aus dem künftigen Veräußerungserlös der Wohnimmobilie verlangt werden (außer bei außerordentlicher Kündigung durch B aus wichtigem Grund, insbesondere bei Pflichtverletzung des Darlehensnehmers). Eine regelmäßige Tilgung des Darlehens und Zahlung von Zinsen findet während der Laufzeit nicht statt. Die Immobilie wird bei Fälligkeit, die mit dem Ableben des Darlehensnehmers eintritt, durch B oder die Erben des Darlehensnehmers veräußert. Unabhängig von der Höhe des tatsächlich im Rahmen des Verkaufs der Immobilie erzielten Erlöses erlöschen mit Eingang des Nettoverkaufserlöses bei B alle Ansprüche gegen den Darlehensnehmer aus dem Darlehensvertrag. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Nettoverkaufserlös geringer sein sollte als der Fälligkeitsbetrag. Ein über den Fälligkeitsbetrag herausgehender Erlös steht den Rechtsnachfolgern des Darlehensnehmers zu. Die Rechtsnachfolger des Darlehensnehmers haben zudem das Recht, den Fälligkeitsbetrag an B zu zahlen und somit eine Veräußerung zu vermeiden. Zum Zwecke der Veräußerung der Immobilie erteilt der Darlehensnehmer der B im Rahmen eines separaten Vertrags eine unwiderrufliche Verkaufsvollmacht, welche über das Ableben des Darlehensnehmers hinaus wirksam bleiben soll. Diese wird notariell beurkundet. Außerdem erwirbt B bei der Darlehensgewährung, wie von § 491 Abs. 3 S.4 Nr. 2 a. E. BGB vorgesehen, bei der Darlehensgewährung ein Recht an der Wohnimmobilie, nämlich eine Grundschuld. Diese dient zur Sicherung vor Zwischenverfügungen des Darlehensnehmers während der Laufzeit und vor abredewidrigen Verfügungen der Erben.

II. Frage

Stellt die Erteilung der Verkaufsvollmacht bei Darlehensgewährung eine nach § 1149 BGB unzulässige Befriedigungsabrede dar?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur Anwendbarkeit des § 1149 BGB

Gem. § 1149 BGB kann der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks dem Gläubiger, solange die Forderung ihm gegenüber nicht fällig geworden ist, nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

Ebenso wie § 1229 BGB für das Pfandrecht an beweglichen Gegenständen verbietet § 1149 BGB ein sog. „Verfallpfandrecht“ wegen seiner besonderen abstrakten Gefährlichkeit, die der Darlehensnehmer bei Gewährung der Sicherheit ggf. geneigt ist, mangels Verhandlungsposition zu akzeptieren. Dem Gläubiger soll nur die Möglichkeit der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB) zustehen. Auch eine Verkaufsvollmacht ist nach überwiegender Ansicht eine nach § 1149 BGB unzulässige Befriedigungsabrede (Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, Rn. 650; MünchKommBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1149 Rn. 10; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2019, § 1149 Rn. 15; ebenso BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziff. 2).

Anderer Ansicht ist, soweit ersichtlich, lediglich *Wenzel*, soweit – wie vorliegend – ein Kreditinstitut als Grundpfandrechtsgläubiger in Erscheinung tritt:

„Soweit es sich bei dem Gläubiger um ein Kreditinstitut, ein Versicherungsgeschäft oder eine vergleichbar zuverlässige und bonitätsmäßig einwandfreie Institution handelt, steht § 1149 (BGB) der Möglichkeit nicht entgegen, dass der Eigentümer eine Verkaufsvollmacht für die auch grundpfandrechtlich(e) belastete Immobilie mit der Maßgabe erhält [gemeint wohl: erteilt], davon nur im Fall der Fälligkeit mit der gesicherten Forderung und unter Anlegung banküblicher Sorgfaltspflichten Gebrauch zu machen. Die Gefahr der Verfallabrede besteht hier nicht, da der Gläubiger sicherstellt, von der Vollmacht nur insoweit Gebrauch zu machen, als er auch zur zwangsweisen Verwertung des Beleihungsobjekts berechtigt wäre.“

(Erman/Wenzel, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1149 Rn. 3)

In der übrigen Literatur wird eine derartige teleologische Reduktion (soweit ersichtlich) nicht diskutiert. Auch u. E. ist die Auffassung nicht überzeugend. Denn es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst eine klare Grenze setzen wollte, unabhängig von wirtschaftlichen Erwägungen.

2. Ausnahme für Immobilienverzehrkredite?

Es wurde in der Anfrage angemerkt, dass berücksichtigt werden müsse, dass die neu eingeführten Regelungen zum Immobilienverzehrkredit gem. § 491 Abs. 3 S.4 Nr. 2 BGB ausdrücklich die Abrede zur Tilgung des Darlehens durch Veräußerung der Immobilie ermöglichen, ja sogar voraussetzen würden. Gleichzeitig sei in § 491 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 BGB der Erwerb eines Rechts an der Immobilie vorgesehen.

Zutreffend ist, dass der Gesetzgeber in § 491 Abs. 3 S. 4 BGB Immobilienverzehrkredite bewusst von den Regelungen der Immobiliarverbraucher-Darlehensverträge ausgenommen hat. Die Vorschrift wurde aus der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (RL 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, Amtsblatt L 60/34) eins-zu-eins in das deutsche Recht übernommen. Die Terminologie ist also europarechtlich determiniert und nicht vollständig an das deutsche Recht angepasst. Gleichzeitig ist anzumerken, dass § 491 BGB sich nur auf Verbraucherdarlehensverträge und Immobiliarverbraucher-Darlehensverträge bezieht, also auf die schuldrechtliche Ebene, wohingegen § 1149 BGB eine Vorschrift des Sachenrechts ist, die sich allein auf Hypothek und Grundschuld bezieht.

Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber durch die Einfügung der Sondervorschriften für Immobilienverzehrkredite den Anwendungsbereich des § 1149 BGB modifizieren wollte, vermögen wir nicht zu erkennen. Der Wortlaut des Gesetzes sieht zudem nicht *beides* vor (also Veräußerung der Immobilie *und* Erwerb eines Rechts an der Immobilie). Der Wortlaut geht vielmehr davon aus, dass *nur* ein Betrag aus dem künftigen Erlös des Verkaufs einer Immobilie zu zahlen ist *oder* ein Recht an einer Wohnimmobilie erworben wird *und* erst nach dem Tod des Verbrauchers eine Rückzahlung gefordert werden kann. Das Gesetz sieht an dieser Stelle also den Erwerb des Rechts an der Immobilie als Alternative zur Befriedigung aus dem künftigen Erlös vor. Maßgeblich für die Einordnung als Immobilienverzehrkredit ist insofern, dass der Darlehensnehmer nicht persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftet, sondern ausschließliches Haftungsobjekt die Immobilie ist (Jungmann, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 56 Rn. 94). Verschiedene in Betracht kommende Gestaltungsmodelle können der Literatur entnommen werden (Allstadt, Die zivilrechtlichen Aspekte des Immobilienverzehrkreditvertrags, S. 231-246; Kulms, ZfIR 2002, 614 ff.). Ob man statt der Verkaufsvollmacht auf einen betagten Kaufvertrag zurückgreifen kann, scheint durch die Rechtsprechung nicht geklärt, wird in der Literatur aber erwogen (Allstadt, S. 238 ff. m. w. N.). Ginge man hiervon aus, so wäre zu berücksichtigen, dass damit die Verpflichtung des Gläubigers einhergeht, die Immobilie auch tatsächlich zu übernehmen.

Die Vorschrift des § 491 Abs. 3 S. 4 BGB regelt zur Gestaltungsfrage nur abstrakt, dass der Darlehensgeber aus dem künftigen Erlös des Verkaufs einen Betrag erhält. In der Vorschrift ist weder geregelt, auf welche Weise der Verkauf zu erfolgen hat, noch, dass der Verkauf durch den Gläubiger (=Darlehensgeber) zu erfolgen habe. Der Grundschuldgläubiger soll jedoch grundsätzlich nur im Wege der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld Befriedigung suchen können. Zur Grundschuld bzw. Hypothek selbst ist aber in § 491 Abs. 3 S. 4 BGB nichts geregelt. Insofern vermögen wir auch nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber § 1149 BGB durch § 491 Abs. 3 S. 4 BGB modifizieren wollte.

Zweifelhaft erscheint zudem, eine Grundschuld nur zu dem Zwecke zu bestellen, um abredewidrige Zwischenverfügungen auszuschließen. Im Rahmen des § 17 Abs. 1 BeurkG wird man zu ermitteln haben, ob dann eine Grundschuld tatsächlich dem Parteiwillen entspricht und geeignet ist, das rechtsgeschäftliche Ziel zu verwirklichen. Denn eine Grundschuld hindert zwar faktisch, keinesfalls aber rechtlich die Weiterveräußerung des Grundstücks. Soll die Weiterveräußerung des Grundstücks verhindert werden, käme beispielsweise die Bestellung eines vormerkungsgesicherten Ankaufsrechts (dann ohne Grundschuldbestellung) in Betracht.

3. Rechtsfolge einer unwirksamen Regelung

Das Verbot des § 1149 BGB gilt nach § 1192 Abs. 1 BGB für Grundschulden entsprechend (BGHZ 130, 101; Erman/Wenzel, § 1149 Rn. 4; MünchKommBGB/Lieder, § 1149 Rn. 13; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rn. 25). Umstritten ist die Anwendung auf nicht pfandrechtlich abgesicherte Gläubiger, insbesondere für Bürgschaftsgläubiger, weil hier dem Gläubiger kein Verwertungsrecht nach § 1147 BGB zusteht (BGHZ 130, 101; BGH DNotZ 2003, 127 m. Anm. Wolfsteiner = NJW 2003, 1041; BayObLG DNotZ 1997, 727 m. Anm. Eickmann = MittBayNot 1997, 100; a. A. Gaul, AcP 168 (1968), 351, 368, 374; Tiedtke, ZIP 1996, 57; MünchKommBGB/Lieder, § 1149 Rn. 12).

Eine nach § 1149 BGB unzulässige Befriedigungsabrede ist nichtig (§ 134 BGB) (BGH DNotZ 2003, 127 MünchKommBGB/Lieder, § 1149 Rn. 5). Lediglich *nach* (Teil)Fälligkeit getroffene Vereinbarungen verstößen nicht gegen § 1149 BGB (Erman/Wenzel, § 1149 Rn. 3; MünchKommBGB/Lieder, § 1149 Rn. 11; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rn. 14). Wirksam ist eine Abrede zudem, wenn die Verpflichtung völlig unabhängig von der Nichtzahlung des Eigentümers am Fälligkeitstag eingegangen wird. Entscheidend dafür ist nicht der Wortlaut der Vereinbarung, sondern ihr wirtschaftlicher Zweck. Bei der Beurteilung einer solchen Vereinbarung muss jedoch davon ausgegangen werden, dass regelmäßig eine im äußeren oder zeitlichen Zusammenhang mit einer Grundpfandrechtbestellung getroffene Abrede nach der Lebenserfahrung nur den wirtschaftlichen Sinn haben kann, den Gläubiger im Hinblick auf seinen Anspruch zu sichern (MünchKommBGB/Lieder, § 1149 Rn. 8; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rn. 10).

4. Zusammenfassung/Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach unserem Dafürhalten § 491 Abs. 3 BGB keine Abweichung von § 1149 BGB rechtfertigt. Insofern ist der abstrakte Begriff des „Immobilienverzehrkredits“ durch im Übrigen wirksame zivilrechtliche Gestaltungen umzusetzen, was u. E. auch ohne Kombination von Grundschuld und Verkaufsvollmacht möglich erscheint.