

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

16. Jahrgang
August 2008
ISSN 1434-3460

16/2008

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1149, 1191, 1136, 137, 138, 307, 311b; RDG § 2 Abs. 1; RBerG Art. 1 § 1 – Verkaufsvollmacht für Grundschuldgläubiger als unzulässige Befriedigungsabrede (Bezug auf BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008 vom 7.3.2008)

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

VerkFlBerG § 3 Abs. 1, § 5; GG Art. 14 – Verkehrsflächenbereinigungsgesetz verfassungsgemäß

BGB §§ 634 n. F., 635 a. F.; EStG §§ 7, 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, 21 Abs. 1 Nr. 1 – Kein Vorteilsausgleich für Steuervorteile bei Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1149, 1191, 1136, 137, 138, 307, 311b; RDG § 2 Abs. 1; RBerG Art. 1 § 1 Verkaufsvollmacht für Grundschuldgläubiger als unzulässige Befriedigungsabrede (Bezug auf BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008 vom 7.3.2008)

I. Sachverhalt

Ein Darlehensnehmer ist mit seinen Zins- und Tilgungszahlungen in Verzug geraten, worauf die Bank das Darlehen gekündigt hat. Um die Zwangsversteigerung des Grundstücks des Darlehensnehmers aus einem der Bank gewährten Grundpfandrecht zu vermeiden, soll der Eigentümer (Darlehensnehmer) nun der Bank eine unwiderrufliche Verkaufsvollmacht für das belastete Grundstück erteilen. In der (offenbar formularmäßig von der Bank vorgegebenen) Vollmacht ist ein Mindestkaufpreis genannt; im Übrigen soll die Bank bevollmächtigt werden, die Bedingungen des Kaufvertrages frei zu vereinbaren, die Auflassung zu erklären, Untervollmacht an den Käufer für ein Finanzierungsgrundpfandrecht zu erteilen und alle sonst zur Durchführung des Vertrages „erforderlichen und zweckmäßigen“ Erklärungen und Bewilligungen abzugeben und entgegenzunehmen sowie alle hierzu erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen. Ausdrücklich umfasst die Vollmacht auch den Abschluss oder die Kündigung von Mietverträgen (zu ortsüblichen Konditionen).

In dem vom Eigentümer (Darlehensnehmer) dem Notar ebenfalls vorgelegten Begleitschreiben der Bank heißt es

u. a., dass der Eigentümer ohne Absprache mit der Bank keine Kauf- oder Mietverträge über das Grundstück abschließen und keine neuen Belastungen des Grundstücks bestellen darf. Außerdem soll die Bank erforderliche „verkaufsfördernde“ Reparaturen in Anrechnung auf den Darlehensvertrag durchführen dürfen. Wenn der Verkauf zu dem avisierten Mindestverkaufspreis gelingt, verspricht die Bank, dem Darlehensnehmer die verbleibende Restschuld überwiegend (zu einem bezifferten Prozentsatz) zu erlassen – unter der Bedingung, dass er den nicht erlassenen Rest bis zu einem bestimmten Termin nach Verkauf zahlt.

Der Notar hat Bedenken, ob er den vorgelegten Vollmachtsentwurf so beurkunden kann – insbes. auch mit Blick auf das **Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 7/2008** vom 7.3.2008 (Verkauf von Immobilienkrediten [zuletzt Rundschreiben Nr. 36/2007] – hier: Vollmacht für Grundpfandgläubiger zur freihändigen Verwertung – Internet: www.bnotk.de – unter: Unser Service/Hinweise und Empfehlungen).

II. Fragen

1. Genügt die Beurkundung nur der (einseitigen) Verkaufsvollmacht oder muss auch die zugrunde liegende Vereinbarung zwischen Bank und Eigentümer (d. h. die im Begleitschreiben festgelegten Bedingungen) mitbeurkundet werden?

2. Verstößt die Verkaufsvollmacht für den Grundschuldgläubiger gegen das Verbot der Verfallpfandvereinbarung (§ 1149 BGB) oder ist sie aufgrund der Zwangslage des Darlehensschuldners sittenwidrig?

3. Verstößt die Verkaufsvollmacht gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz?

4. Kann die Vollmacht, wenn sie durch einen Verbraucher erteilt wird, auch beim Verkauf an einen Unternehmer verwendet werden oder verstößt dies gegen § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG?

5. Ist die im Begleitschreiben enthaltene Verpflichtung, das Grundstück nicht ohne Zustimmung der Bank zu veräußern oder zu belasten, zulässig?

6. Muss der Notar die Beurkundung der Vereinbarung und der Verkaufsvollmacht an die Grunderwerbsteuerstelle des Finanzamtes anzeigen?

III. Zur Rechtslage

1. Beurkundungserfordernis (§ 311b Abs. 1 BGB)

a) Vollmacht selbst

Nach der Rechtsprechung erstreckt sich das Formerfordernis des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ausnahmsweise auf die an sich nicht formbedürftige Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB) zu Grundstücksveräußerung oder -erwerb, wenn entweder die **Vollmacht unwiderruflich** erteilt wird (BGH DNotZ 1952, 477 = NJW 1952, 1210; BGH WM 1966, 761; OLG Karlsruhe MittBayNot 1986, 244 = NJW-RR 1986, 100, 101) oder wenn die Vollmacht zwar rechtlich widerrufen werden kann, tatsächlich aber mit der Bevollmächtigung schon die **gleiche Bindungswirkung** eintritt – und nach der Vorstellung des Vollmachtgebers auch eintreten sollte – wie durch Abschluss des formbedürftigen Hauptvertrages, die Vollmacht also den damit in Wahrheit bereits gewollten Grundstücksübertragungsvertrag nur verdeckt (etwa bei Gebrauch der Vollmacht bereits am Tag nach der Vollmachtserteilung: BGH DNotZ 1966, 92 = WM 1965, 1006; OLG Schleswig DNotZ 2000, 775 = NJW-RR 2001, 733; allgemein auch BGH WM 1965, 107; BGH DB 1979, 1226 = DNotZ 1979, 684 m. Anm. Kanzleiter = NJW 1979, 2306; BayObLG DNotZ 1981, 567).

Nach diesen Kriterien der Rechtsprechung ist die Vollmacht als solche vorliegend nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB **beurkundungsbedürftig**, inbes. da sie unwiderruflich erteilt werden soll. Sie soll nach dem Willen der Beteiligten auch beurkundet werden.

b) Zugrundeliegendes Rechtsverhältnis

Die eigentliche Formfrage liegt daher darin, ob die zugrundeliegende Vereinbarung zwischen Bank und Eigentümer (= Darlehensnehmer), also die in dem Begleitschreiben der Bank festgelegten Bedingungen, ebenfalls beurkundungsbedürftig sind.

Hier handelt es sich um eine **fremdnützige Verkaufsvollmacht** zugunsten der Bank. Die Bank soll entscheiden können, ob und an wen verkauft wird; der Eigentümer wird gar nicht mehr gefragt, sondern muss an den von der Bank ausgesuchten Interessenten verkaufen bzw. sich dabei von der Bank vertreten lassen. Damit verpflichtet sich der Eigentümer zum Verkauf an den von der Bank auszusuchenden Interessenten; diese **Verkaufspflicht** bedarf nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der Beurkundung. Sofern der Eigentümer eine Verkaufspflicht eingeht, genügt u.E. eine isolierte Beurkundung nur der Verkaufsvollmacht ohne Beurkundung des Grundverhältnisses nicht.

Bedarf – wie vorliegend – das der Vollmacht zugrundeliegende Kausalgeschäft der Beurkundung, wird es aber nicht beurkundet, so ist mit dem Kausalgeschäft zugleich auch die **Vollmacht formunwirksam** – auch wenn die Vollmacht als solche beurkundet wurde (BGH DNotZ 1970, 743; BGH DNotZ 1985, 294; BGH DNotZ 1990, 359 = NJW-RR 1989, 1099; BGHZ 110, 363 = DNotZ 1991, 374 = NJW 1990, 1721; BGH DB 1992, 1925 = NJW 1992, 3237, 3238; BGH DNotZ 1997, 701 = NJW 1997, 312 – alle zur fehlenden Beurkundung des Grundgeschäftes bei Immobilientreuhand bzw. Bauherrenmodellen; BayObLGZ 1996, 62 BayObLGZ = DNotZ 1997, 312 = NJW-RR 1996, 848: Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht kann sich nur aus dem Grundgeschäft ergeben, das dann auch beurkundungsbedürftig ist; vgl. auch Einsele, DNotZ 1996, 835; Staudinger/Wufka, BGB, 2005, § 311b Abs. 1 Rn 140 ff.).

Vorliegend wäre die Vollmacht daher formunwirksam, wenn nur sie, nicht aber das zugrundeliegende Rechtsgeschäft mitbeurkundet wird (ebenso BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziffer 1). Eine Teilbarkeit von Grundgeschäft und Vollmacht und damit eine Beschränkung der Formnichtigkeit auf das Grundgeschäft bei Aufrechterhaltung der Vollmacht (Teilnichtigkeit nach § 139 BGB), dürfte in aller Regel ausscheiden; auch der BGH nahm in den zitierten Fällen stets Gesamtnichtigkeit an.

(Eine andere, hier nicht zu beantwortende Frage ist, ob umgekehrt sich die Bank auf die Formunwirksamkeit des Grundverhältnisses – und damit auch der Restschuldvereinbarung – berufen könnte, wenn der Verkauf vollzogen ist und der Verkäufer ihn ggf. genehmigt hat. Hier wird man wohl Heilung des Formmangels nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB annehmen – und möglicherweise der Bank schon zuvor nach § 242 BGB eine Berufung auf die von ihr verursachte Formunwirksamkeit versagen.)

2. Inhaltliche Schranken für Verkaufsvollmacht an Grundpfandrechtsgläubiger

a) Verkaufsvollmacht ist vor Darlehensfälligkeit unzulässige Befriedigungsabrede (§ 1149 BGB)

aa) Nach § 1149 BGB kann der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks dem Gläubiger 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, solange die Forderung ihm gegenüber nicht fällig geworden ist. Ebenso wie § 1229 BGB für das Pfandrecht an beweglichen Gegenständen verbietet § 1149 BGB ein **Verfallpfandrecht** wegen seiner besonderen abstrakten Gefährlichkeit, die der Darlehensnehmer bei Gewährung der Sicherheit allzu leicht zu nehmen geneigt ist. Dem Gläubiger soll nur die Möglichkeit der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB) zustehen.

Das Verbot des § 1149 gilt nach § 1192 Abs. 1 BGB für **Grundschulden** entsprechend (BGHZ 130, 101 = DNotZ 1996, 1021 = NJW 1995, 2635 = ZIP 1995, 1322, 1324; Rohe, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1192 Rn. 226; Erman/Wenzel, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1149 Rn. 3; MünchKomm/Eickmann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 1149 Rn. 13; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1149 Rn. 2; Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1149 Rn. 3; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, § 1149 Rn. 16). § 1149 BGB gilt hingegen nach h.M. nicht (auch nicht entsprechend) für nicht pfandrehtlich abgesicherte Gläu-

biger, insbes. nicht für Bürgschaftsgläubiger, weil hier dem Gläubiger kein Verwertungsrecht nach § 1147 BGB zusteht (BGHZ 130, 101 = a. a. O.; BGH DNotZ 2003, 127 m. Anm. Wolfsteiner = NJW 2003, 1041 = ZfR 2003, 56 = ZNotP 2003, 102; BayObLG DNotZ 1997, 727 m. Anm. Eickmann = MittBayNot 1997, 100 = NJW-RR 1997, 590 = Rpfleger 1997, 151 = ZfR 1997, 32; a. A. Gaul AcP 168 (1968), 351, 368, 374; Tiedtke, ZIP 1996, 57; MünchKomm/Eickmann, § 1149 BGB Rn. 12).

Auch eine **Verkaufsvollmacht** ist nach überwiegender Ansicht eine nach § 1149 BGB unzulässige Befriedigungsabrede (Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, Rn. 650; MünchKomm/Eickmann, § 1149 BGB Rn. 10; Soergel/Konzen, § 1149 BGB Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 13; ebenso BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziffer 2).

Anderer Ansicht ist, soweit ersichtlich, lediglich *Wenzel* bei einem Kreditinstitut als Grundpfandrechtsgläubiger – wie vorliegend – unter besonderen Kautelen: „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 grundpfandrechtl(e) belastete Immobilie mit der Maßgabe erhält (gemeint wohl: erteilt), davon nur im Fall der Fälligkeit mit der gesicherten Forderung und unter Anlegung banküblicher Sorgfaltpflichten 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, § 1149 BGB Rn. 2). In der übrigen Literatur wird eine derartige teleologische Reduktion nicht diskutiert; wir folgen der Meinung *Wenzels* auch nicht. *Wenzel* will die klare gesetzliche Grenze aufweichen, ohne dass deutlich würde, welche Fälle genau von der Ausnahme erfasst wären.

Eine nach § 1149 BGB unzulässige Befriedigungsabrede ist **nichtig** (§ 134 BGB) (BGH DNotZ 2003, 127 = NJW 2003, 1041 = a. a. O.; MünchKomm/Eickmann, § 1149 BGB Rn. 5; Palandt/Bassenge, § 1149 BGB Rn. 1; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 13) .

bb) § 1149 BGB gilt nur, soweit die Befriedigungsabrede vor Fälligkeit getroffen wird. **Nach Fälligkeit getroffene Vereinbarungen verstoßen nicht gegen § 1149 BGB** (Erman/Wenzel, § 1149 BGB Rn. 2; MünchKomm/Eickmann, § 1149 BGB Rn. 11; Palandt/Bassenge, § 1149 BGB Rn. 1; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 14). Teilfälligkeit genügt dabei (Erman/Wenzel, § 1149 BGB Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 14).

Bei der Grundschuld ist dabei auf die **Fälligkeit des gesicherten Hauptanspruches** abzustellen, also der Darlehensforderung (Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 16). Ob § 1149 BGB einschlägig ist, hängt also davon ab, ob die gesicherte Forderung dem Vollmachtgeber gegenüber fällig gestellt wurde oder nicht (BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziffer 2). Es genügt nicht, wenn nur der dingliche Anspruch aus der Grundschuld fällig ist (was bei Grundschulden in der Regel abweichend vom gesetzlichen Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 BGB meist formularmäßig vereinbart wird).

Nach dem vom Bundestag beschlossenen **Risikobegrenzungsgesetz** soll künftig eine abweichende Vereinbarung bei Sicherungsgrundschulden nicht mehr möglich sein (§ 1193 Abs. 2 S. 2 BGB in der Fassung durch Art. 6 Nr. 8 des Risikobegrenzungsgesetzes, vgl. Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drucks. 449/08 vom 27.6.2008, S. 7). Sicherungsgrundschulden sind damit nur nach Kündigung und Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist fällig (§ 1193 Abs. 1 BGB). Dies dürfte aber wohl nicht dazu führen, bei der Grundschuld für § 1149 BGB künftig allein auf die Grundschuld fälligkeit abzustellen; denn die Grundregel des § 1193 Abs. 1 BGB galt bisher auch schon. Zu erwägen ist allerdings, ob der Anwendungsbereich des § 1149 BGB erst dann verlassen ist, wenn **sowohl das Darlehen als auch die Grundschuld fällig** sind, so dass es auf die jeweils spätere Fälligkeit ankäme. Dafür spräche die Parallele zur akzessorischen Hypothek, bei der Forderung und Hypothek grds. gleichzeitig fällig werden. Und im Ergebnis würde dies der bisherigen Rechtslage entsprechen (bei der die Fälligkeit der Grundschuld keine Rolle spielte, da i. d. R. formularmäßig sofortige Fälligkeit vereinbart wurde).

Vorliegend ist der gesicherte **Darlehensanspruch fällig** (und auch die Grundschuld). Damit greift das Verbot des § 1149 BGB nicht mehr ein. (Unschädlich wäre u.E. ein bloßes Stillhalteabkommen, wenn sich die Bank verpflichtet, nicht weiter aus dem Darlehensanspruch vorzugehen, während sie sich um den Grundstücksverkauf bemüht, da dies die einmal eingetretene Fälligkeit nicht wieder beseitigt.)

b) AGB-Kontrolle (§§ 305, 307 ff. BGB)

Jedoch sind andere mögliche Schranken zu prüfen; denn auch Verfallklauseln nach Eintritt der Fälligkeit sind nur in den Grenzen der allgemeinen Vorschriften zulässig (Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 14). Die Literatur erwähnt dabei v.a. § 138 BGB als Schranke. Doch ist vorrangig erst eine **AGB-Kontrolle** durchzuführen, wenn es sich – wie im Regelfall und auch vorliegend – um formularvertraglich von der Bank gestellte Bedingungen (§ 305 BGB) oder um einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) handelt.

Spezielle einschlägige Klauselverbote sind uns nicht ersichtlich. Doch ist an das allgemeine Verbot **unangemessener Benachteiligung** (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) und an das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) zu denken.

aa) Häufig wird von den Verkaufsbedingungen lediglich der **Mindestverkaufspreis** ausdrücklich vorgegeben (sei es als Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis, sei es als bloße Beschränkung im Innenverhältnis). Eine unangemessene Benachteiligung und ggf. sogar Sittenwidrigkeit dürfte vorliegen, wenn der vereinbarte Mindestverkaufspreis deutlich unter dem liegt, was normalerweise bei einem freihändigen Verkauf zu erzielen wäre. Dies wird der Notar aber i. d. R. nicht beurteilen können.

Doch spricht vorliegend die Tatsache, dass die Darlehensforderung der Bank den Mindestkaufpreis deutlich überschreitet und die Bank bei einem Verkauf auf **den den Kaufpreis übersteigenden Teil der Darlehensforderung überwiegend verzichten** will, gegen eine willkürlich zu geringe Festsetzung des Mindestverkaufspreises. (Die Gefahr, dass der Preis zu niedrig angesetzt wird, besteht eher, wenn die Forderung der Bank den Verkehrswert des Grundstücks nicht ausschöpft.)

Die bloße Tatsache, dass die Schuldnerschutzvorschriften der Zwangsversteigerung (insbes. §§ 74a, 85a ZVG, wonach der Zuschlag bei Nichterreichen von sieben Zehnteln bzw. der Hälfte des Verkehrswertes zu versagen ist) nicht gelten, führt u.E. nicht zur Unangemessenheit. Anstelle des verfahrensrechtlichen Schutzes der §§ 74a, 85a ZVG kommt es vielmehr materiell-rechtlich auf die Angemessenheit des vereinbarten Mindestkaufpreises an.

bb) Unangemessen oder intransparent kann aber insbes. auch das der Bank eingeräumte **weite Ermessen** zur Bestimmung der Verkaufsbedingungen bzw. der Bevollmächtigung zur Vermietung (ggf. auch der Ermächtigung zu Renovierungsmaßnahmen) sein. Kritisch könnten hier insbes. die Punkte des Kaufvertrages sein, in denen die **Bank zulasten des Verkäufers nachgeben** könnte, ohne ihren eigenen Verwertungsinteressen zu schaden, also etwa hinsichtlich der **Räumungsfrist** und des Ausschlusses der **Sachmängelgewähr**, ggf. auch der Verteilung möglicher **Erschließungskosten** oder der **Vertragskosten**. Je genauer der Inhalt der Verkaufsbedingungen (jedenfalls im Innenverhältnis) bestimmt ist (neben dem Kaufpreis insbes. auch Räumungsfrist, Sachmängelgewähr und Erschließungskosten) und je enger damit der Spielraum der Grundschuldgläubigerin ist, desto transparenter ist dies für den Eigentümer und desto eher ist es für ihn angemessen. Eine Einschränkung des der Bank eingeräumten Ermessens auf das billige Ermessen (§ 315 BGB) genügt allein wohl nicht, kann aber zusätzlich zur inhaltlichen Bestimmung sinnvoll sein.

cc) Auch soweit der Bank zivilrechtlich wirksam ein weites Ermessen eingeräumt werden kann, kann die **Amtspflicht des Notars zur ausgewogenen Vertragsgestaltung** erfordern, dass der Notar hier eine die beiderseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigende Lösung vorschlägt, so dass die Beteiligten überhaupt erst einmal erwägen, bestimmte Punkte zu regeln.

c) Möglicherweise Sittenwidrigkeit bei Ausnutzung einer Zwangslage (§ 138 BGB)

Schließlich sind die Grenzen des § 138 BGB zu prüfen. Diesbezüglich äußert sich in der **Literatur Eickmann** sehr skeptisch zur Wirksamkeit auch von nach Fälligkeit vereinbarten Verfallklauseln: „Dabei ist zu beachten, dass sie regelmäßig aus einer durch die Forderungsfälligkeit und die Leistungsfähigkeit (gemeint wohl: Leistungsunfähigkeit) des Eigentümers bewirkten Zwangslage heraus zustandekommen. Als wirksam werden sie nur dann angesehen werden können, wenn sichergestellt ist, dass die Rechte anderer Hypothekengläubiger oder dinglich Gesicherter nicht beeinträchtigt werden und wenn der Gläubiger keinen über seine Forderung hinausgehenden aktuellen Gewinn erlangt“ (MünchKomm/Eickmann, § 1149 BGB Rn. 11).

aa) Die **Zwangslage** des Schuldners wird man in aller Regel bejahen können. Der Eigentümer weiß, dass die Bank andernfalls die Zwangsversteigerung betreiben kann. Besonders stark dürfte die Zwangslage sein, wenn Forderung und Grundschuld zwischenzeitlich an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger abgetreten wurden und der neue Gläubiger – wie insbes. manche ausländische Fonds, aber auch inländische reine Verwertungsgesellschaften – nur an der Verwertung bzw. Beitreibung des Kredits interessiert ist, nicht aber an der Ausgabe eines neuen Kredits, so dass dem Schuldner die sonst vielleicht mögliche Alternative einer Umschuldung deutlich schwieriger erscheint.

bb) Eine sittenwidrige **Ausbeutung** der Zwangslage setzt aber voraus, dass die Bank etwas fordert, was sie sonst nicht verlangen könnte. Die Veräußerung des Grundstücks könnte sie auch im Wege der Zwangsversteigerung betreiben; sie darf aber insbes. nicht mehr als den ihr geschuldeten Betrag verlangen. Häufig wird beim freihändigen Verkauf ein höherer Erlös zu erzielen sein als in der Zwangsversteigerung; insofern kann der freihändige Verkauf ggf. sogar den Interessen des Schuldners entsprechen.

Eine sittenwidrige Ausbeutung der Zwangslage kann vorliegen, wenn die Bank einen zu niedrigen **Mindestverkaufspreis** diktiert (der zwar ihre Darlehensforderung abdeckt, aber deutlich unter dem sonst erzielbaren Verkaufspreis liegt).

Ggf. könnte auch sittenwidrig sein, wenn die Bank die übrigen **Bedingungen des Kaufvertrages** ohne jede Beschränkung ihres Ermessens, und damit ggf. auch zu Lasten des Schuldners (und Verkäufers) festsetzen darf. So weist die Bundesnotarkammer in ihrem Rundschreiben (Ziffer 3) etwa darauf hin, dass ein Erwerb in der Zwangsversteigerung unter Ausschluss der Gewährleistung erfolgt (§ 56 Satz 3 ZVG), ein freihändiger Verkauf jedoch nach Belieben des Bevollmächtigten gestaltet werden kann – gegebenenfalls mit weiteren nachteiligen Folgen für den verpflichteten Eigentümer.

Andererseits ist jedoch auch die „**Gegenleistung**“ der Bank zu berücksichtigen: So verpflichtet sich die Bank vorliegend, die **Restschuld zu erlassen**, wenn der Verkauf zum vereinbarten Mindestkaufpreis gelingt und der Darlehensnehmer noch einen bestimmten weiteren Teilbetrag zahlt. Verzichtet die Bank damit auf einen größeren Betrag, so wird sie schon im Eigeninteresse versuchen, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Bei einem größeren Verzicht dürfte damit Sittenwidrigkeit ausscheiden (jedenfalls sofern nicht ungesicherte dritte Gläubiger beeinträchtigt werden).

cc) Die von der Literatur angesprochene Möglichkeit einer Sittenwidrigkeit auch wegen der Beeinträchtigung der **Rechte anderer Grundpfandrechtsgläubiger** erscheint uns bei einer bloßen Verkaufsvollmacht nicht praxisrelevant. Denn die nachrangigen Gläubiger können bei einem ihnen zu gering erscheinenden Ablösungsbetrag die Freigabe verweigern und ggf. die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben. Denkbar wäre hingegen eine Benachteiligung ungesicherter Gläubiger, wenn das Grundpfandrecht der Bank den Verkehrswert des Grundstücks nicht ausschöpft.

3. Rechtsdienstleistungsgesetz

a) Früheres Rechtsberatungsgesetz

Auch das bis einschließlich 30.6.2008 geltende Rechtsberatungsgesetz (RBERG) konnte zur Unwirksamkeit einer Verkaufsvollmacht führen. Nach ständiger **Rechtsprechung des BGH** ist der Geschäftsbesorgungsvertrag eines **Treuhänders**, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines **Grundstückserwerbs** oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt und dem Treuhänder dabei umfassende rechtliche Befugnisse einräumt, ohne Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG nichtig – und zwar einschließlich der darin enthaltenen umfassenden Vollmacht (BGHZ 145, 265 = DNotI-Report 2000, 192 = DNotZ 2001, 49 = NJW 2001, 70; BGH DNotZ 2002, 51 = NJW 2002, 66 = WM 2001, 2260 = ZIP 2001, 2091; DNotI-Report 2003, 20 = WM 2003,

247, 249 = ZIP 2003, 165; DNotI-Report 2003, 85 = NJW 2003, 2088; BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252 = NotBZ 2003, 59 = ZfIR 2003, 195; BGHZ 154, 283 = DNotI-Report 2003, 86 = DNotZ 2003, 694 = NJW 2003, 1594; BGH MittBayNot 2004, 37 = NJW-RR 2003, 1203 = ZfIR 2003, 721; NJW 2004, 841 = NZM 2004, 236; DNotZ 2005, 201 = MDR 2005, 259 = NJW 2005, 820 = WM 2004, 2349, 2352; DNotI-Report 2005, 77 = NJW 2005, 1190 = WM 2005, 327, 328; DNotZ 2005, 683 = NJW 2005, 1576 = WM 2005, 828, 830; NJW 2005, 2983 = NotBZ 2005, 323 = WM 2005, 1764, 1765; BB 2006, 234 = NJW-RR 2006, 683 = ZIP 2006, 120; BGHZ 167, 223 = DNotI-Report 2006, 122 = DNotZ 2006, 759 = NJW 2006, 1952).

Es liegt nahe, diese Rechtsprechung vom Erwerb eines Grundstücks auch auf die **Veräußerung** eines Grundstücks zu übertragen (ebenso BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziffer 4). Für einen Verstoß gegen das RBerG kommt es dabei nicht darauf an, ob der Geschäftsbesorger für den Vertragsschluss im Namen des Dritten einen inhaltlichen Gestaltungsspielraum hat oder ob er dabei bestimmte Formulare oder sonst einen vorgegebenen Vertragstext benutzt (BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252, 1253 = a. a. O.).

b) Rechtsdienstleistungsgesetz ab 1.7.2008

Zu dem am 1.7.2008 in Kraft getretenen neuen Rechtsdienstleistungsgesetz (BGBl. 2007 I, 2840) liegt naturgemäß noch keine Rechtsprechung vor. Die erlaubnispflichtige „**Rechtsdienstleistung**“ ist in § 2 Abs. 1 RDG legaldefiniert als „Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine **rechtliche Prüfung des Einzelfalles** erfordert“.

Nach der **Regierungsbegründung** sollen durch den neuen Begriff der Rechtsdienstleistung insbes. die „Fälle **bloßer Stellvertretung** im Rechtsverkehr“ aus der Genehmigungspflicht herausgenommen werden, soweit nicht „der Rechtsuchende eine besondere rechtliche Betreuung oder Aufklärung erkennbar erwartet ... Dies gilt auch in den ‚Treuhandfällen‘ bei Bauträger- oder sonstigen Anlagemodellen ...“ (Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/3655 vom 30.11.2006, S. 46 = BR-Drucks. 623/06 vom 1.9.2006, S. 93 f.). Die jetzt Gesetz gewordene Legaldefinition der Rechtsdienstleistung wurde zwar in ihrem Wortlaut gegenüber dem ursprünglichen Regierungsentwurf gekürzt; eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs war mit dieser klarstellenden Straffung des Textes aber nicht bezweckt (Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6634 vom 10.10.2007, S. 50 f.).

Man könnte den Abschluss eines **Grundstückskaufvertrages** hiervon differenzieren, da hier – anders als bei bereits unterschriftsfertigen Kapitalanlagemodellen – noch Gestaltungsspielraum von Seiten des Abschlussvertreters besteht. Doch erteilt der Eigentümer der Bank nicht etwa deshalb Vollmacht, weil er die Bank für besonders geschäftsgewandt und rechtskundig hält, so dass sie für ihn mehr heraushandeln und ihn möglicherweise auch rechtlich beraten soll, sondern die Vollmacht wird fremdnützig im Interesse der Bank als Gläubigerin erteilt; der Eigentümer will lediglich Schlimmeres – die Versteigerung – verhüten, erwartet aber keine rechtliche Betreuung oder Beratung.

Nach dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz dürfte damit die Geschäftsbesorgung durch den Grundstücksverkauf und die dafür erteilte Vollmacht wohl **nicht mehr genehmigungsbedürftig** sein (offen gelassen in BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziffer 4).

Für die Prüfung einer bereits erteilten Vollmacht bzw. eines bereits abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages kommt es damit darauf an, ob die Vollmacht bereits vor dem 1.7.2008 erteilt bzw. der Geschäftsbesorgungsvertrag bereits zuvor abgeschlossen wurde.

4. Verwendbarkeit der Vollmacht

a) Persönliche Abgabe der Willenserklärung durch Verbraucher (§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG)

Ist die Verkaufsvollmacht wirksam erteilt, so kann ihrer Verwendung gleichwohl die Amtspflicht des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG entgegenstehen. Denn ist der Eigentümer und Vollmachtgeber – wie in aller Regel – Verbraucher und soll **an einen Unternehmer verkauft** werden, so hat der Notar, der den Kaufvertrag beurkunden soll, nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher seine Willenserklärungen persönlich abgibt, also selbst an der Beurkundung des Kaufvertrages beteiligt ist, oder sich durch eine Vertrauensperson vertreten lässt (vgl. BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28.4.2003 – Anwendungsempfehlungen zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG). Die Grundpfandgläubigerin ist sicher keine Vertrauensperson i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG, da sie nicht die Interessen des Eigentümers vertritt, sondern zunächst an einer Eintreibung ihrer eigenen Forderung interessiert ist, und da ihr der Eigentümer die Vollmacht nur zur Vermeidung der Zwangsversteigerung gegeben hat.

(Gegen die Anwendung des § 17 Abs. 2 BeurkG könnte man zwar einwenden, dass der Eigentümer schon mit Erteilung der Verkaufsvollmacht wirtschaftlich sein Grundstück aufgegeben hat; § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG ist aber u.E. formal aufgrund der Verkäuferstellung des Verbrauchers anzuwenden, wenn der Erwerber ein Unternehmer ist.)

Bei einem **Verkauf an einen anderen Verbraucher** gilt hingegen die spezielle Hinwirkungspflicht des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG nicht.

b) Prüfung der Wirksamkeit der Vollmacht

Hinzu kommt, dass der den Kaufvertrag beurkundende Notar die Wirksamkeit der Vollmacht (insbes. nach § 1149 BGB sowie die Formwirksamkeit) nur schwer prüfen kann (insbes. wenn das Grundverhältnis und die Vollmacht selbst in zwei getrennten Urkunden beurkundet sind). Unproblematisch ist dies lediglich, wenn derselbe Notar den nachfolgenden Verkauf beurkundet, der auch die Vollmacht beurkundet hat (oder wenn der Verkäufer nachträglich dem Verkauf zustimmt, was aber die Verkaufsvollmacht ad absurdum führen würde).

5. Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkung (§ 1136 BGB)

Die Bank verlangt, dass der Eigentümer das Grundstück ohne ihre Zustimmung weder anderweitig veräußert noch belastet, will also im Ergebnis eine den Eigentümer **verdrängende Vollmacht**.

a) Auch schuldrechtliches Verfügungsverbot gegenüber Grundpfandrechtsgläubiger nichtig

Nach § 137 BGB kann ein Verfügungsverbot grundsätzlich zwar nicht dinglich (S. 1), wohl aber schuldrechtlich wirksam vereinbart werden (S. 2). Für Grundpfandrechte verbietet hingegen die spezielle Regelung des **§ 1136 BGB auch die schuldrechtliche Verpflichtung**, das Grundstück nicht zu veräußern oder zu belasten; auch diese schuldrechtliche Vereinbarung ist nichtig.

§ 1136 BGB gilt auch für Grundschulden, da er ohnehin nicht das dingliche Rechtsgeschäft, sondern das zugrundeliegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft betrifft (MünchKomm/Eickmann, § 1136 BGB Rn. 19; Palandt/Bassenge, § 1136 BGB Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 15).

b) Für vertragswidrige Verfügung können aber Rechtsfolgen wie Kündigungsrecht vereinbart werden

§ 1136 BGB verbietet nach h.M. nicht, an eine Verfügung des Eigentümers Rechtsfolgen wie etwa die Fälligkeit der Darlehensrückzahlung oder ein Kündigungsrecht des Darlehensgebers anzuknüpfen (BGHZ 76, 371 = MittBayNot 1980, 117 m. Anm. Schmidt = NJW 1980, 1625 = Rpfleger 1980, 271 m. krit. Anm. Gasteyer, S. 422; BayObLG DNotZ 1981, 128; OLG Frankfurt WM 1977, 1291; OLG Hamm NJW 1980, 416; Palandt/Bassenge, § 1136 BGB Rn. 1; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 BGB Rn. 15; **a. A.** – Verstoß gegen § 1136 oder – in AGB – jedenfalls gegen § 307 BGB: OLG Celle Rpfleger 1979, 261; MünchKomm/Eickmann, § 1136 BGB Rn. 5).

Vorliegend soll aber ein allgemeines schuldrechtliches Verfügungsverbot vereinbart werden, nicht nur spezielle Rechtsfolgen an die Verfügung geknüpft werden. Damit ist die beabsichtigte Klausel nach § 1136 BGB nichtig.

6. Grunderwerbsteuerliche Anzeigepflicht des Notars (§ 18 GrEStG)

Das Bayerische Landesamt für Steuern führt in seinem **Merkblatt über die steuerlichen Beistandspflichten der Notare** (Stand Mai 2006 – Internet: <http://www.finanzeamt.bayern.de/informationen/steuerinfos/fachthemen/Erb-schaftsteuer/Notar-Merkblatt-Mai-2006.pdf>) unter Teil B Rn. 2.1.6. u. a. auch die Erteilung einer Verkaufsvollmacht auf, nämlich wörtlich „Rechtsgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten (z.B. Begründung sowie Auflösung eines Treuhandverhältnisses, Wechsel des Treugebers, Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag zum Auftragswerb, Erteilung einer Verkaufsvollmacht)“.

Verkaufsermächtigungen/-vollmachten sind damit eine typische Fallgruppe einer **Verwertungsbefugnis**; denn die Ermächtigung zur Veräußerung eines Grundstücks **auf eigene Rechnung** des Ermächtigten stellt die stärkste Form der Verwertungsmacht dar (BFH/NV 1995, 269). Ein Verwertungsrecht liegt vor, wenn der Berechtigte auf eigene Rechnung am wirtschaftlichen Ergebnis der Verwertung des Grundstücks teilhat und darüber hinaus auch die Verwertung selbst herbeiführen, d. h. die Veräußerung des Grundstücks an bestimmte Personen verlangen kann (BFHE 188, 444 = BStBl. II 1999, 491 = BB 1999, 2177 = DStR 1999, 934 = ZfIR 1999, 546; vgl. auch BFHE 105, 165 = BStBl. II 1972, 495 = DStR 1970, 382 = HFR 1972, 359; BFHE 117, 89 = BStBl. II 1976, 27 = WM 1976, 485; BFHE 139, 440 = BStBl. II 1984, 158 = BB 1984, 390 = DStR 1984, 151; Pahlke, in: Pahlke/Franz, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 249). Die umfassendste Art der Verwertung eines Grundstücks auf eigene Rechnung besteht darin, einen eigenen Verkaufserlös (ggf. Mehrerlös) zu erzielen und einzubehalten (BFH/NV 1995, 269, 271; Boruttau/Fischer, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 1 Rn. 706; Pahlke, in: Pahlke/Franz, § 1 Rn. 251).

Wie sich schon aus dem Merkblatt ergibt und wie die Literatur auch betont, genügt die bloße Erteilung einer Vollmacht an sich noch nicht, um die Möglichkeit der **Verwertung auf eigene Rechnung** zu schaffen, sondern nur wenn weitere Abreden hinzukommen, z. B. dass der Bevollmächtigte den Erlös auch behalten darf (Boruttau/Fischer, § 1 GrEStG Rn. 682).

Im vorliegenden Fall soll die Bank den Kaufpreis aber behalten dürfen, wobei Eigentümer und Bank davon ausgehen, dass sogar der volle Kaufpreis an die Bank fließen wird, da deren Darlehensforderung den voraussichtlichen Kaufpreis noch übersteigt. Damit liegt u. E. **hier ein anzeigepflichtiger Vorgang** vor (ebenso BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008, Ziffer 5).

(Hingegen wäre eine Generalvollmacht oder Vorsorgevollmacht typischerweise nicht anzeigepflichtig, da sie grundsätzlich kein eigennütziges Verwertungsrecht des Bevollmächtigten begründet, sondern die Vollmacht fremdnützig zugunsten des Vollmachtgebers erteilt wird.)

7. Ergebnis und Verhalten des Notars

a) Zulässige Verkaufsvollmachten

Im Ergebnis kann damit eine derartige Verkaufsvollmacht u. E. nur beurkundet werden, wenn

- die Vollmacht erst erteilt wird, nachdem die gesicherte Forderung (und ggf. auch die Grundschuld) **fällig** geworden ist (§ 1149 BGB),
- auch das zugrundeliegende **Innenverhältnis** zwischen Bank und Eigentümer (= Darlehensnehmer) **mitbeurkundet** wird
- und wenn die Befugnisse der Bank hinreichend begrenzt und damit **nicht unangemessen oder intransparent** (§ 307 BGB) und erst recht nicht sittenwidrig sind (§ 138 BGB).

Ist die Verkaufsvollmacht wirksam erteilt, kann der Verwendungsbedürftige Rechtsgeschäfte ggf. gleichwohl die Amtspflicht des Notars nach **§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG** entgegenstehen, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher bei einem Vertrag mit einem Unternehmer seine Erklärungen persönlich abgibt.

b) Unzulässige Verkaufsvollmachten

Das bereits mehrfach zitierte Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 7/2008 weist in Ziffer 6 auf die Amtspflicht des Notars nach § 4 BeurkG hin, ihm **erkennbar unwirksame Beurkundungen abzulehnen**. Werden dem Notar die Unwirksamkeitsgründe erst nach der Beurkundung erkennbar, so hat er seine weitere Mitwirkung zu versagen und den Vollzug abzulehnen (BGH DNotZ 1987, 558; BGH DNotI-Report 2000, 146 = DNotZ 2001, 486 = MittBayNot 2000, 463 = NJW-RR 2000, 1658; BayObLG DNotZ 1998, 645 = MittBayNot 1998, 198 = ZfIR 1998, 113 = ZNotP 1998, 122; OLG Zweibrücken FGPrax 2002, 85 = MittBayNot 2002, 126 = NotBZ 2002, 111 = Rpfleger 2002, 261; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 14 BNotO Rn. 98; Kanzleiter, in: Schippel/Bracker, BNotO, 8. Aufl. 2006, § 14 BNotO Rn. 21).

Bei Rechtsgeschäften, die nicht im eigentlichen Sinne zu vollziehen sind, wie beispielsweise einer Vollmacht, sieht die Bundesnotarkammer den Notar daher als verpflichtet an, die Erteilung von Ausfertigungen und **Abschriften zu verweigern**, weil nur so verhindert werden kann, dass die Urkunde in den Verkehr gebracht wird (ebenso die Litera-

tur, vgl. Frenz, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 14 BNotO Rn. 35; Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 4 BeurkG Rn. 44; ebenso für vollstreckbare Ausfertigungen: von Schuckmann/Preuß, in: Huhn/von Schuckmann, 4. Aufl. 2003, § 4 BeurkG Rn. 15). Wird trotzdem eine Ausfertigung durch den Notar erteilt, so ist nach dem BNotK-Rundschreiben dem Ausfertigungsvermerk ein besonderer Hinweis auf Zweifel an der Wirksamkeit und deren Gründe in Anlehnung an § 17 Abs. 2 BeurkG beizufügen.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

BGB §§ 129, 1945; EGBGB Art. 11; BeurkG § 1; GBO § 29

Unterschriftsbeglaubigung unter Erbschaftsausschlagung durch Amtsnotar des Schweizer Kantons Aargau
Fax-Abruf-Nr.: 14309

EGBGB Art. 21, 25; BGB §§ 1822 Nr. 2, 1942 ff.
Österreich: Familien- bzw. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für Erbausschlagung durch minderjährigen Deutschen mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich
Fax-Abruf-Nr.: 14310

EGBGB Art. 21
Schweiz: Gesetzliche Vertretung eines Schweizer Minderjährigen bei Veräußerung deutschen Grundbesitzes
Fax-Abruf-Nr.: 14311

EGBGB Internationales Gesellschaftsrecht
USA/Florida: Abtretung von Aktien einer nach dem Recht von Florida gegründeten US-corporation
Fax-Abruf-Nr.: 14312

EGBGB Art. 25, 26, 4 Abs. 3; BGB § 2369
USA/Illinois: Erbstatut einer Staatsangehörigen der USA für deutsche Grundstücke; gesetzliche Erbfolge nach dem Erbrecht von Illinois
Fax-Abruf-Nr.: 14313

Rechtsprechung

VerkFIBerG § 3 Abs. 1, § 5; GG Art. 14
Verkehrsflächenbereinigungsgesetz verfassungsgemäß

Das Verkehrsflächenbereinigungsgesetz, insbesondere die Begrenzung des Ankaufspreises für Verkehrsflächen nach § 5, ist verfassungsgemäß.

BGH, Urt. v. 20.6.2008 – V ZR 149/07
Kz.: L VI 28 - § 5 VerkFIBerG
Fax-Abruf-Nr.: **10815**

Problem

In einem Verfahren über ein Ankaufsangebot des Bundes für Teilflächen einer Autobahn (Nordring Berlin) nach § 3 Abs. 1 VerkFIBerG hatte der Grundstückseigentümer eingewandt, das Verkehrsflächenbereinigungsgesetz und insbesondere die niedrige Festsetzung des Ankaufswertes (der nach § 5 VerkFIBerG je nach Gemeindegröße auf 5, 10 oder 15.– € je m² begrenzt ist) verstieße gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

Entscheidung

Ebenso wie das OLG Brandenburg als Vorinstanz sah auch der BGH in den Regelungen des Verkehrsflächenbereinigungsgesetzes eine verfassungskonforme Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG), nicht aber eine Enteignung. Es verwies dabei insbesondere auch auf die entsprechende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bereinigung nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz (BVerfG NJ 2001, 419 = VIZ 2001, 330 = WM 2001, 781 = ZfR 2001, 202).

BGB §§ 634 n. F., 635 a. F.; EStG §§ 7, 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, 21 Abs. 1 Nr. 1

Kein Vorteilsausgleich für Steuervorteile bei Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes

Verlangt der Erwerber einer Immobilie großen Schadensersatz, so muss er sich die Steuervorteile, die er durch Absetzung für Abnutzung erzielt hat, grundsätzlich nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen.

BGH, Urteil vom 19.6.2008 - VII ZR 215/06
Kz.: L I 1 – § 634 BGB n. F.
Fax-Abruf-Nr.: **10816**

Problem

Bei der Rückabwicklung des Kaufs eines vermieteten Grundstücks im Wege des großen Schadensersatzes machten die Verkäufer geltend, dass sich der Käufer den als Abnutzung nach § 7 EStG (AfA) in Ansatz gebrachten Steuervorteil anrechnen lassen müsse.

Entscheidung

Der BGH verneinte die Anrechnung. Zwar könnten zu den auf den Schadensersatzanspruch anzurechnenden Vorteilen auch Steuern gehören, die der Geschädigte infolge der Schädigung erspart hat. Infolge des Erwerbs einer Immobilie erzielte Steuervorteile seien jedoch nicht anzurechnen, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs im Wege des Schadensersatzes zu einer Besteuerung führe, die die erzielten Steuervorteile wieder nehme (BGH BauR 2005, 400, 404 = NJW-RR 2005, 318 = NZBau 2005, 158 = ZfBR 2005, 178 = ZfR 2005, 190; BGH NJW 2006, 499 = ZfR 2006, 584; BGH BauR 2008, 823 = NJW 2008, 694 = ZfR 2008, 459). Kläger und Gericht mussten daher nicht Steuervorteile durch die AfA einerseits und Steuernachteile durch die Versteuerung der Ersatzleistung andererseits näher darlegen und rechnerisch gegenüberstellen, sondern konnten

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

pauschal die früheren Vorteile wie die späteren Nachteile berücksichtigt lassen.

Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Schädiger Umstände darlege, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch nach einer Anrechnung der aus der Ersatzleistung resultierenden Steuerlast außergewöhnlich hohe Steuervorteile verblieben (BGHZ BauR 2008, 823 = NJW 2008, 649).

Literaturhinweise

P. Lamprecht, Gelöschte englische Limiteds in Deutschland – Die Spaltungstheorie im Zeitalter der Niederlassungsfreiheit, ZEuP 2008, 289

C. Luttermann, Die Erbenhaftung bei Kommanditanteilen, ZErB 2008, 139

P.-H. Müther, Prüfungspflicht des Registergerichts im elektronischen Handelsregister, Rpfleger 2008, 233

Veranstaltungen

Termine für **Oktober 2008** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis - Ausgewählte Fragen im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger), 2. - 4.10.2008 Fischbachau

Strukturen des Unterhalts- und Zugewinnausgleichsrechts in der notariellen Praxis – nebst praktischer Umsetzung in eine Berechnung mit dem Microsoft-Programm Excel (Herrmann/Reetz/Reinken), 10./11.10.2008 Bochum

Das neue GmbH-Recht in der notariellen Praxis (Bauer/Schaub), 10.10.2008 Kiel

Das neue GmbH-Recht in der notariellen Praxis (Heck-schen/Wicke), 11.10.2008 Heusenstamm

Das neue GmbH-Recht in der notariellen Praxis (Heck-schen/Mayer), 17.10.2008 Kassel

Das neue GmbH-Recht in der notariellen Praxis (Mayer/Schaub), 18.10.2008 München

Das neue GmbH-Recht in der notariellen Praxis (Schaub/Wicke), 25.10.2008 Köln

Intensivkurs Erbrecht - Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolge (Frenz/Kössinger/Nieder), 16. - 18.10.2008 Bremen

Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß), 24.10.2008 Bochum, 25.10.2008 Kiel

Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht (Hüttemann/Spiegelberger/Wachter), 25.10.2008 München

Update Grundstückskaufvertrag - mit Buch und CD-Rom (Krauß), 31.10.2008 Oldenburg

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg