

# Briefing

+ Banking + Finance + Real Estate + Banking + Finance + Real Es

April 2009

Seite

- 1 Editorial
- 1 Insolvenzrechtliche Risiken des Käufers bei Notverkäufen von Grundstücken
- 3 Kündigung eines Mietverhältnisses zum Zwecke der anderweitigen wirtschaftlichen Verwertung der Immobilie
- 6 Betriebskostenabrechnung: Vermieter muss rechtzeitigen Zugang der Abrechnung beim Mieter nachweisen
- 7 Verwertung von Sicherungsgrundschulden nach dem Risikobegrenzungs-gesetz
- 9 Grunderwerbsteuer: Systemwechsel bei der mittelbaren Anteilsvereinigung durch Urteil des FG Münster vom 17.09.2008?

## Editorial

*Unsicherheiten haben das Investitionsklima der letzten 18 Monate geprägt. Deflation oder Inflation? Indizes in der Talsohle oder nicht? Aufschwung in 2009, 2010 oder 2011? Oder haben wir gar ein japanisches Jahrzehnt vor uns? Unsicherheiten schrecken Investoren ab. Es scheinen aber erste Lichtstrahlen im Dunkel der Unsicherheiten auf, mit guter Aussicht, dass der Aufschwung in 2010 einsetzen wird, dass die Indizes sich jedenfalls in Bodennähe bewegen und dass mittelfristig Inflation wahrscheinlicher als Deflation ist. Viele Investoren haben die Marktentwicklungen der letzten Monate genau verfolgt und positionieren sich jetzt für Käufe. Eine Reihe von institutionellen Investoren haben bereits erste Kaufgelegenheiten ergriffen. Die Chancen stehen gut, dass die Zeit für wertorientierte Investoren gekommen ist.*



*Thomas Ziegler  
Practice Group  
Koordinator*

*Mit den besten Wünschen  
Ihr  
Thomas Ziegler*

**Insolvenzrechtliche Risiken des Käufers bei Notverkäufen von Grundstücken**



*Melanie Kersting, München*

## Immobilienrecht, Insolvenzrecht

**Es ist damit zu rechnen, dass die konjunkturelle Lage im Allgemeinen und erhöhte Anforderungen für Immobilienrefinanzierungen im Besonderen in zunehmendem Maße zu Immobilienverkäufen mit signifikanten Preisabschlägen führen werden. Solche Notverkäufe bieten einerseits attraktive Investitionsgelegenheiten, sind andererseits aber im Hinblick auf eine drohende Insolvenz des Verkäufers oft mit Risiken eigener Art verbunden. Nachfolgend wollen wir kurz typische Konstellationen darstellen, bei denen die Gefahr besteht, dass die im Zusammenhang mit Notverkäufen abgeschlossenen Geschäfte nach Eintritt der Insolvenz des Verkäufers durch den Insolvenzverwalter angefochten werden.**

Das Insolvenzrecht kennt eine Vielzahl von Sachverhaltskonstellationen, die den Insolvenzverwalter zur Anfechtung von Rechtsgeschäften berechtigen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurden. Diese Anfechtungstatbestände können hier nicht abschließend dargestellt werden. Ein erhöhtes Risiko der Anfechtbarkeit besteht jedenfalls immer dann, wenn ein Vermögensgegenstand unter Marktwert verkauft wird oder wenn der Kaufpreis nicht in voller Höhe dem Aktivvermögen des Verkäufers zufließt, wie beispielsweise im

Falle der Rückführung von Darlehen des Verkäufers aus dem Verkaufserlös. Nachfolgend werden kurz diejenigen Tatbestandsvoraussetzungen dargestellt, deren Hinzutreten zu einer solchen Grundsituation die Anfechtbarkeit der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossenen Rechtsgeschäfte begründen.

### **1. Zeitliche Nähe zur Insolvenz**

Die insolvenzrechtliche Anfechtung wegen Verkauf unter Marktwert oder wegen nicht vollständigem Zufluss des Erlöses in das Aktivvermögen des Verkäufers setzt voraus, dass die relevanten Rechtshandlungen nicht mehr als drei Monate vor Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden.

### **2. Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenzantrag**

Des Weiteren setzt die Anfechtbarkeit voraus, dass zum Zeitpunkt der Vornahme der relevanten Rechtshandlung der Verkäufer zahlungsunfähig war oder bereits Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt war.

### **3. Kenntnis**

Ferner muss der Käufer zum Zeitpunkt der Vornahme der relevanten Rechtshandlung Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers gehabt haben. Wurde die relevante Rechtshandlung zeitlich nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen, reicht auch Kenntnis des Käufers von dem Eröffnungsantrag aus. Eine Kenntnis i.d.S. liegt bereits dann vor, wenn dem Käufer die Umstände bekannt sind, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit bzw. den Insolvenzantrag schließen lassen.

### **4. Relevante Rechtshandlungen, Wirkung der Anfechtung**

Kauf und Übereignung von Immobilien unterliegen einem mehrstufigen Prozess, der typischerweise eine Reihe von Rechtsgeschäften beinhaltet:

- (a) Abschluss des Kaufvertrages
- (b) Bewilligung und Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung
- (c) Auflassungserklärungen
- (d) Antrag auf Eintragung der Auflassung

Die Anfechtbarkeit ist für jede Rechtshandlung gesondert festzustellen. Es sind daher im Einzelfall nicht notwendigerweise alle der vorgenannten Rechtshandlungen anfechtbar. Nachfolgend sei kurz dargestellt, in welchem Maße dies zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen kann:

#### **a) Grundstückskaufvertrag**

Für die Anfechtbarkeit des Grundstückskaufvertrages kommt es darauf an, ob er in dem anfechtungsrelevanten Dreimonatszeitraum beurkundet wurde und ob zu diesem Zeitpunkt der Verkäufer zahlungsunfähig war oder ob bei der Beurkundung bereits Insolvenzantrag gestellt war, und der Käufer zu dem jeweiligen Zeitpunkt hiervon Kenntnis hatte. Wurde der Kaufvertrag erst nach Beurkundung wirksam, z.B. bei Vertretung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht und nachträglicher Genehmigung oder bei einer sonstigen Genehmigungsbedürftigkeit (z.B. Sanierungsgebiet), kommt es darauf an, ob die vorgenannten Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens (hier Erteilung der Genehmigung) vorlagen.

Ist der Grundstückskaufvertrag erfolgreich angefochten, hat der Käufer alles aufgrund des Kaufvertrags Erlangte zur Insolvenzmasse zurückzugewähren. Ist für den Käufer bereits eine Auflassungsvormerkung eingetragen oder die Auflassung bereits erfolgt, ist die Vormerkung zu löschen bzw. das Grundstück rück zu übertragen. Gleiches gilt für bis dahin vereinnahmte Mieten. Im Gegenzug hat der Käufer Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, den er jedoch nur als einfacher Insolvenzgläubiger geltend machen kann.

### b) Auflassungsvormerkung

Für die Anfechtbarkeit der Auflassungsvormerkung kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung beim Grundbuchamt eingegangen ist. Ist der Antrag innerhalb des relevanten Drei-monatszeitraum beim Grundbuchamt eingegangen und war zu diesem Zeitpunkt der Verkäufer zahlungsunfähig oder war bei Eintrageseingang Insolvenzantrag gestellt, und hatte der Käufer hiervon Kenntnis, kann der Insolvenzverwalter die Auflassungsvormerkung, auch nach Eintragung, anfechten. Mit der erfolgreichen Anfechtung der Auflassungsvormerkung entfällt die damit verbundene Sicherung des Auflassungsanspruches des Käufers. Der Insolvenzverwalter hat dann das Recht zwischen Vertragserfüllung oder Ablehnung der Vertragserfüllung zu wählen. Hat der Käufer den Kaufpreis bereits entrichtet oder erleidet der Käufer anderweitig Schaden wegen der Nichterfüllung, kann er seine Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises oder Schadensersatz lediglich als einfacher Insolvenzgläubiger geltend machen.

### c) Auflassung

Auch die Auflassung unterliegt grundsätzlich der insolvenzrechtlichen Anfechtung. Für die Bestimmung des relevanten Zeitraumes kommt es grundsätzlich, wie bei der Anfechtbarkeit der Auflassungsvormerkung, auf den Zeitpunkt an, zu dem der Antrag auf Eintragung der Auflassung beim Grundbuch gestellt wurde. Wurde der Auflassungsanspruch (wie üblich) durch Auflassungsvormerkung gesichert, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Eintragung der Vormerkung beim Grundbuch beantragt wurde. Im Falle der erfolgreichen Anfechtung ist das Grundstück an die Insolvenzmasse zurückzugewähren.

## 5. Zusammenfassung

Der Grundstückserwerb von Unternehmen in der Krise ist mit spezifischen Risiken verbunden, insbesondere wenn die Transaktion zeitlich in unmittelbarer Nähe zum Insolvenzverfahren des Verkäufers vollzogen wird. In solchen Fällen bedarf der Transaktionsprozess einer besonders sorgfältigen Abstimmung, wodurch die relevanten Risiken unter Kontrolle gebracht werden können.

## Mietrecht

**Kündigung eines Mietverhältnisses zum Zwecke der anderweitigen wirtschaftlichen Verwertung der Immobilie**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 28. Januar 2009 (Az. VIII ZR 07/08) entschieden, dass der Erwerber eines Grundstückes berechtigt ist, die bestehenden Wohnraummietverträge ordentlich zu kündigen, um das Gebäude abzureißen und durch einen Neubau zu ersetzen (sog. Verwertungskündigung). Dies gilt wenigstens dann, wenn das Gebäude zum Zeitpunkt der Kündigung so stark sanierungsbedürftig ist, dass im Vergleich zu einem Abriss und anschließendem Neubau die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen nicht mehr den Geboten der wirtschaftlichen Vernunft entspricht.

### 1. Allgemeine Voraussetzungen einer sogenannten Verwertungskündigung

Gemäß § 573 Absatz 2 Nr. 3 BGB kann der Vermieter ein Wohnraummietverhältnis ordentlich kündigen, wenn er durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert ist und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde. Eine derartige Kündigung setzt demnach voraus, dass

- der Vermieter beabsichtigt, das Grundstück anderweitig wirtschaftlich zu verwerten, z.B. durch eine Veräußerung,
- die geplante Verwertung angemessen ist, d.h. von vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird,
- der Fortbestand des Mietverhältnisses diese Verwertung unmöglich macht, und
- der Vermieter ohne diese Verwertung erhebliche Nachteile erleiden würde.

Die Verwertungskündigung spielte in der Praxis bislang bloß eine untergeordnete



Christoph Müller,  
München

te Rolle, da die Gerichte deren Voraussetzungen eher restriktiv ausgelegt haben.

## 2. Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Vermieter hatte Anfang 2005 ein Grundstück mit einem 1914 erbauten, stark sanierungsbedürftigen Gebäude mit 6 Wohneinheiten und einer Gesamtwohnfläche von ca. 280 qm zum Preis von EUR 653.500,00 erworben. Anschließend kündigte er die bestehenden Mietverträge mit ordentlicher Frist, da er - wie er es bereits von Anfang an geplant hatte - das Gebäude abreißen und durch einen Neubau mit 6 Eigentumswohnungen und einer Gesamtwohnfläche von 610 qm ersetzen wollte. Sowohl der geplante Abriss als auch der Neubau waren baurechtlich genehmigt. Die projektierten Eigentumswohnungen wurden bereits zum Kauf angeboten. Der kalkulierte Veräußerungserlös sollte die Aufwendungen des Grundstückseigentümers für Erwerb, Abriss und Neubau um mehr als 40% übersteigen, im Ergebnis eine Rendite des eingesetzten Kapitals in Höhe von 16% erzielt werden. Im Gegensatz dazu wären allein für die Durchführung auch nur der notwendigsten Erhaltungsmaßnahmen durch den Vermieter (sog. „Minimalsanierung“) Kosten in Höhe von über EUR 70.000,00 entstanden. Eine Vollsanierung des Gebäudes, d.h. eine Entkernung und Erneuerung von Teilen des Rohbaus und des gesamten Innenausbau, hätte Kosten von ca. EUR 580.000,00 verursacht, die anschließende Weitervermietung oder -veräußerung des sanierten Gebäudes dem Vermieter - ebenso wie bei einer Minimalsanierung - lediglich eine Rendite des eingesetzten Kapitals in Höhe von rund 2,5 % erbracht.

## 3. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes lagen im konkreten Fall die Voraussetzungen für eine sog. Verwertungskündigung gemäß § 573 Ansatz 2 Nr. 3 BGB vor; die Kündigungen des Vermieters waren folglich wirksam.

Das Vorhaben des Vermieters stelle eine **angemessene wirtschaftliche Verwertung** des Grundstücks dar. Durch den vom Vermieter beabsichtigten Abriss des sanierungsbedürftigen Gebäudes und die anschließende Errichtung eines Neubaus mit einer größeren Gesamtwohnfläche werde der Wert des Grundstückes gesteigert. Bei Fortbestehen der Mietverhältnisse wären die geplanten Maßnahmen jedoch nicht möglich, der Vermieter wäre stattdessen auf die Durchführung einer bloßen „Minimalsanierung“ verwiesen.

Der Vermieter würde bei Fortbestehen der Mietverhältnisse schließlich auch einen **erheblichen Nachteil** erleiden, da das Vorhaben des Vermieters die einzige wirtschaftlich vernünftige Alternative darstelle:

- Bei einer bloßen **Minimalsanierung** des bestehenden Gebäudes müsste der Vermieter erhebliche Kosten aufwenden, ohne dass hierdurch die Restnutzungsdauer des Gebäudes von etwa 15 bis 20 Jahren verlängert würde. Außerdem bestünde wegen des schlechten Zustandes des Gebäudes das Risiko, dass alsbald weitere - in keinem angemessenen Verhältnis zur Restnutzungszeit des Gebäudes stehende - Instandsetzungsarbeiten erforderlich würden. Dieses Risiko könne dem Vermieter jedoch nicht zugemutet werden.
- Auch eine **Vollsanierung** des bestehenden Gebäudes sei dem Vermieter nicht zumutbar. Die hierdurch vom Vermieter erzielbare Rendite in Höhe von 2,5 % liege deutlich unter der marktüblichen Rendite für Mehrfamilienhäuser mit mehr als 4 Wohnungen von 3,5 bis 4,5 %. Zudem müssten die bestehenden Mietverhältnisse auch bei einer Vollsanierung des Gebäudes beendet werden, da auch in diesem Fall die Wohnungsgrundrisse verändert werden müssten.

Durch den **Abriss des bestehenden Gebäudes und die Errichtung eines völlig neuen Gebäudes** könne der Vermieter dagegen - im Gegensatz zu ei-

ner Minimalisierung - nachhaltig neuen Wohnraum schaffen. Darüber hinaus könne der Vermieter hierdurch auch eine um über das sechsfache höhere Rendite als bei einer Minimal- oder Vollsanierung erzielen. Hierbei sei schließlich auch das Interesse des Vermieters, das Gebäude alsbald und nicht erst nach dem vollständigen Verbrauch der Bausubstanz zu renovieren und dauerhaft zu erneuern, zu berücksichtigen. Dies entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, der in den Gesetzesmaterialien gerade den Abriss eines Gebäudes mit anschließendem Wiederaufbau als Beispielsfall einer Verwertungskündigung anführt.

*Es ist zu begrüßen, dass der Bundesgerichtshof das Tatbestandsmerkmal "erheblicher Nachteil" im Sinne des § 573 Absatz 2 Nr. 3 BGB des Vermieters nunmehr verstärkt nach objektiven Kriterien feststellt. Im Rahmen der bei der Prüfung vorzunehmenden Abwägung des von der Eigentumsgarantie in Art. 14 GG geschützten Verwertungsinteresses des Vermieters mit dem ebenfalls grundrechtlich geschützten Bestandsinteresse des Mieters kommt es nach Auffassung des Bundesgerichtshofes maßgeblich auf den konkreten Zustand des Gebäudes an. Der Vermieter ist demnach berechtigt, das Mietverhältnis ordentlich zu kündigen, wenn wegen des schlechten Zustandes des Gebäudes weitere Investitionen in das bestehende Gebäude wirtschaftlich nicht mehr vertretbar sind, d.h. nur noch eine Vollsanierung oder ein Abriss mit anschließendem Neubau dem Gebot der wirtschaftlicher Vernunft entsprechen. Dem ist zuzustimmen: In diesem Fall wäre auch der Voreigentümer berechtigt gewesen, eine Verwertungskündigung auszusprechen. Es kann dann aber keinen Unterschied machen, ob die objektiv gebotene Maßnahme durch den Voreigentümer oder durch den derzeitigen Vermieter durchgeführt wird, so dass auch der derzeitige Vermieter zur Kündigung berechtigt sein muss.*

*Leider hat sich der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich mit der Problematik eines sogenannten spekulativen Geschäftes auseinandergesetzt. Ein spekulatives Geschäft soll dann vorliegen, wenn der Vermieter das Grundstück in Kenntnis von dessen Unrentabilität erworben hat, um nach Kündigung der bestehenden Mietverträge und Abschluss der Verwertung die neu geschaffenen Wohnungen mit Gewinn zu verkaufen oder zu vermieten. In diesem Fall soll der Vermieter durch den Fortbestand der Mietverhältnisse aber keinen Nachteil erleiden, da dem Grundstück schon bei Erwerb der durch die bestehenden Mietverträge begründete Minderwert anhaftete. Die Instanzgerichte sehen eine Verwertungskündigung des Vermieters im Falle eines solchen spekulativen Geschäftes deshalb als unwirksam an (LG Kiel, Urteil vom 2. September 2008, Az. 1 S 26/08; OLG Stuttgart, WuM 2005, 658). Umstritten ist jedoch, ob dies nur dann gelten soll, wenn der Vermieter wegen des schlechten Zustandes des Gebäudes und der bestehenden Mietverhältnisse einen besonders niedrigen Kaufpreis gezahlt hat. Nach Auffassung des LG Kiel kann aber selbst dann, wenn der Vermieter einen hohen Kaufpreis bezahlt hat, ein spekulatives Geschäft vorliegen. Denn der Vermieter würde in diesem Fall einen Wert realisieren, der ihm nie zuvor zugestanden habe (LG Kiel, a.a.O.). Auf diese Fragen ist der Bundesgerichtshof in seiner Urteilsbegründung jedoch nicht näher eingegangen. Die Entscheidung lässt daher keine über die entschiedene Fallkonstellation hinausgehenden Rückschlüsse für die Wirksamkeit von Verwertungskündigungen im Allgemeinen zu. Fraglich ist insbesondere, ob der Bundesgerichtshof den konkreten Fall nicht anders entschieden hätte, wenn der Vermieter das Grundstück zu einem besonders niedrigen Kaufpreis erworben hätte. Es bleibt daher abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof und die Instanzgerichte die Voraussetzungen der Verwertungskündigung und des spekulativen Geschäftes zukünftig weiter konkretisieren werden.*

**Betriebskostenabrechnung: Vermieter muss rechtzeitigen Zugang der Abrechnung beim Mieter nachweisen**



*Gero Martin,  
München*

**Nach der gesetzlichen Regelung des § 556 Absatz 3 BGB ist der Vermieter verpflichtet, die Nebenkosten jährlich abzurechnen. Die entsprechende Abrechnung ist dabei dem Mieter innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf des jeweiligen Abrechnungszeitraumes mitzuteilen. Danach kann der Vermieter eine etwaige Nachforderung gegen den Mieter grundsätzlich nicht mehr geltend machen. Zudem kann der Mieter Nachzahlungen, die er auf eine verspätete Betriebskostenabrechnung geleistet hat, wieder zurückverlangen.**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun mit seinem Urteil vom 21. Januar 2009 (VIII ZR 107/08) ausdrücklich klargestellt, dass im Streitfall der Vermieter den rechtzeitigen Zugang der Betriebskostenabrechnung beim Mieter innerhalb der Abrechnungsfrist konkret nachweisen muss, um vorhandene Nachzahlungsansprüche geltend machen zu können.

Der BGH hatte über folgenden konkreten Fall zu entscheiden: Der Vermieter hatte die Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2004 erstellt. Aus dieser Abrechnung ergab sich eine Nachforderung des Vermieters gegenüber dem Mieter in Höhe von EUR 625,71. Der Vermieter gab die Abrechnung schließlich zwecks Versendung an den Mieter am 21. Dezember 2005 per einfachem Brief zur Post. Der Mieter reagierte hierauf nicht. Insbesondere leistete der Mieter auch keinerlei Nachzahlungen auf die betreffende Betriebskostenabrechnung. Im anschließenden Gerichtsverfahren über die vom Vermieter verlangte Betriebskostennachzahlung machte dann der Mieter geltend, die betreffende Abrechnung nicht innerhalb der Abrechnungsfrist, also bis spätestens 31. Dezember 2005, erhalten zu haben. Der Vermieter habe die gesetzliche Abrechnungsfrist nicht eingehalten und somit auch keinen Anspruch mehr auf eine Nachzahlung zu den Betriebskosten. Der Vermieter hingegen vertrat die Auffassung, er habe durch die rechtzeitige Aufgabe der Abrechnung zur Post am 21. Dezember 2005 die Abrechnungsfrist des § 556 Absatz 3 BGB gewahrt.

Der Bundesgerichtshof gab dem Mieter recht: Zur Wahrung der Abrechnungsfrist muss die Betriebskostenabrechnung dem Mieter noch innerhalb dieser Frist tatsächlich zugegangen sein; die rechtzeitige Absendung der Abrechnung genügt nicht. Der Vermieter hat den rechtzeitigen Zugang beim Mieter konkret nachzuweisen. Bei zur Post gegebenen Briefen besteht jedoch kein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung beim Empfänger innerhalb einer bestimmten Frist. Da der Vermieter im konkreten Fall den fristgerechten Zugang der Betriebskostenabrechnung beim Mieter nicht nachweisen konnte, war er mit seinen Nachforderungen gegenüber dem Mieter ausgeschlossen.

Für den Vermieter ist es von entscheidender Bedeutung, dass er bei Übermittlung der Betriebskostenabrechnung an den Mieter auch den Nachweis des rechtzeitigen Zugangs führen kann. Die Abrechnung sollte daher möglichst zeitnah erstellt und an den Mieter versandt werden, so dass für den Fall, dass der Mieter nicht reagiert oder den Zugang bestreitet, die Abrechnung innerhalb der Jahresfrist dem Mieter noch einmal in nachweisbarer Form zugestellt werden kann. Am sichersten erfolgt eine solche Zustellung durch eine persönliche Übergabe der Abrechnung an den Mieter oder per Botendienst gegen Empfangsbzw. Auslieferungsbestätigung. Bei einer Versendung per Post ist ein Einwurf-Einschreiben zu empfehlen: der Postbote dokumentiert den Einwurf des Schreibens in den Briefkasten des Empfängers auf einem Auslieferungsbeleg. Der Vermieter kann dann mit seinem Einlieferungsbeleg und dem bei der Post anzufordernden Auslieferungsbeleg den Zugang beim Mieter nachweisen. Etwas anderes gilt bei einem Übergabe-Einschreiben: Trifft der Postbote den Adressaten nicht persönlich an, hinterlässt er lediglich einen Benachrichtigungsschein. Das Schreiben gilt dann grundsätzlich erst mit Abholung des Schreibens bei der Post durch den Empfänger als zugegangen.

## Verwertung von Sicherungsgrundschulden nach dem Risikobegrenzungsgesetz



Dr. Sandra Hofmann,  
München

## Bank- und Finanzierungsrecht

Das am 19.9.2008 in Kraft getretene sog. Risikobegrenzungsgesetz sollte den mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken und unerwünschten Entwicklungen in Bereichen, in denen Finanzinvestoren tätig sind, entgegenwirken (*Briefing vom Juli 2008*). In der Praxis der Banken hat es insbesondere durch die Einführung einer zwingenden sechsmonatigen Kündigungsfrist für Sicherungsgrundschulden zu gleichermaßen großer Aufmerksamkeit wie Unsicherheit gesorgt. Die Folgen der Neuregelung für die Grundschuldbestellung, insbesondere aber für die Verwertung von (neu bestellten) Grundschulden sind noch nicht abschließend geklärt.

Hintergrund der Neuregelungen waren, wie bereits im Juli berichtet, die in den Medien gezeichneten Schreckensszenarien von Kredit- und Grundschuldverkäufen durch Banken an vor allem an schneller Rendite interessierte Investoren, die durch eine schnelle Verwertung (insbesondere der bestellten Grundschulden) hohe Renditen erzielen wollten.

Eben diese Verwertungsmöglichkeit von Sicherungsgrundschulden soll für nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes zur Sicherung einer Geldforderung bestellte Grundschulden (um die es im Folgenden ausschließlich gehen soll) durch die Einführung einer zwingenden sechsmonatigen Kündigungsfrist (§ 1193 Abs. 2 BGB) zeitlich um mindestens 6 Monate verzögert werden, um dem Eigentümer zeitlichen Spielraum für Sanierungs- bzw. Refinanzierungsversuche zu schaffen und so den auf ihm lastenden Handlungsdruck zu reduzieren. Für die Bank andererseits bedeutet dies, dass bei Eintritt eines „Verwertungsfalls“ („Event of Default“) die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück, d.h. dessen Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung grds. erst nach erfolgter Kündigung der Grundschuld und Ablauf der zwingenden sechsmonatigen Kündigungsfrist möglich bzw. erlaubt ist.

Nach ganz herrschender Meinung in der Literatur geht die Neuregelung jedoch aufgrund des Fehlens einer vergleichbaren Regelung für die Grundschuldzinsen und die Nebenleistungen weitgehend ins Leere:

Die Grundschuld gewährt deren Inhaber je nach konkreter Ausgestaltung das Recht das belastete Grundstück zwangsversteigern zu lassen und aus dem Erlös die Zahlung eines bestimmten Kapitalbetrags, meist auch bestimmter Zinsen hinsichtlich dieses Betrags (sog. Grundschuldzinsen) und einer einmaligen Nebenleistung aus dem Grundstück zu fordern. Dieses (Grundstücksverwertungs-)Recht kann der Grundschuldinhaber ausüben, wenn die Grundschuld *fällig* ist.

Die gesetzliche Neuregelung betrifft die *Frage der Fälligkeit* der Grundschuld und legt nun zwingend fest, dass „das Kapital der Grundschuld“ erst nach Kündigung und Ablauf einer sechsmonatigen Kündigungsfrist fällig wird. Die Nebenleistung und die Grundschuldzinsen sind dagegen nach dem Wortlaut der Neuregelung nicht betroffen.

Deshalb wird in der Literatur ganz überwiegend und insbesondere auch von der Bundesnotarkammer die Ansicht vertreten, dass die Verwertung der Grundschuld wegen der Nebenleistung und/oder der Zinsen auch weiterhin ohne vorherige Kündigung (samt sechsmonatiger Kündigungsfrist) möglich wäre, so dass die Bank das Grundstück insbesondere wegen fälliger Zinsen „sofort“ zwangsversteigern lassen könnte. Bei einem üblichen Zinssatz von ca. 18% und der Vereinbarung der jährlich nachträglichen Fälligkeit und einer Dauer des Versteigerungsverfahrens von nur einem Jahr können Grundschuldzinsen für 4 bis 5 Jahre geltend gemacht werden und so zusammen mit der Nebenleistung schnell den Kapitalbetrag der Grundschuld erreichen oder sogar übersteigen. Dem wegen der Zinsen begonnenen Versteigerungsverfahren (mit einer üblichen Verfahrensdauer von etwa zwei Jahren) könnte die Bank schließlich nach Ablauf der Kündigungsfrist wegen des Grundschuldkapitals beitreten, d.h. die Versteigerung auch wegen des Kapitals der Grundschuld betreiben und auf diese Weise den durch das neue Kündigungserfordernis entstandenen Zeitverlust wettmachen. Anstelle oder neben der Versteigerung könnte sie wegen der Grundschuldzinsen auch die Zwangsverwaltung betreiben und sich so die Einnahmen daraus, insbesondere also eventuelle Mieteinnahmen sichern.

Allerdings wird auf diese Weise der eigentliche Zweck der Neuregelung verfehlt, den Handlungsdruck auf den Eigentümer zu reduzieren. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass dieses vom Gesetzgeber wohl ungewollte Ergebnis durch die Rechtsprechung korrigiert wird.

#### **a) Korrektur im Wege der analogen Anwendung des § 1193 BGB**

Insbesondere lässt sich nicht ausschließen, dass die Rechtsprechung § 1193 BGB auf die Fälligkeit der Grundschuldzinsen und der Nebenleistung analog anwenden wird, denn ausweislich der Gesetzesbegründung zur Neuregelung des § 1193 BGB sollte die Fälligkeit der Grundschuld zwingend an das Erfordernis einer vorgängigen Kündigung geknüpft werden, denn andernfalls könne der Schuldner in eine schwierige Situation gebracht werden und zeitlich unter großen Handlungsdruck geraten. Dies trifft jedoch nicht nur auf die Vollstreckung der Grundschuld wegen des Hauptsachebetrags zu, sondern auch wegen der Verwertung wegen der Zinsen und der Nebenleistung. Dementsprechend hat der Gesetzgeber bei seiner Gesetzesbegründung auch nicht danach unterschieden, ob die Vollstreckung wegen des Hauptsachebetrags oder der Zinsen und der Nebenleistung erfolgt. Auch dies spricht dafür, dass die Vollstreckbarkeit von Grundschulden allgemein hinausgezögert werden sollte. Ausgehend davon ließe sich eine analoge Anwendung des Kündigungserfordernisses auf die Verwertung der Grundschuld wegen der Zinsen und der Nebenleistung gut begründen. Kommt die Rechtsprechung zu diesem Ergebnis, so wäre eine abweichende Bestimmung bereits gem. § 1193 II 2 BGB (analog) nichtig.

#### **b) Korrektur im Wege der AGB-Kontrolle**

Ergibt sich ein Verbot für die infrage stehenden Bestimmungen zur kündigungsunabhängigen Verwertung der Grundschuld nicht bereits aus einer solchen analogen Anwendung des § 1193 BGB, käme eine Korrektur derartiger Bestimmungen grundsätzlich auch im Wege der AGB-Kontrolle in Betracht. In diesem Zusammenhang relevant ist das Verbot einer Bestimmung in AGBs, die mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der diese Bestimmung abweicht, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 II Nr. 1 BGB). Dieses Verbot könnte auf die Bestimmungen bezogen werden, nach denen die Nebenleistung sofort bzw. die Grundschuldzinsen kalenderjährlich nachträglich fällig werden. Dazu müsste dem § 1193 BGB jedoch der wesentliche Grundgedanke zu entnehmen sein, dass der Verwertung der Grundschuld eine Kündigung oder zumindest eine Androhung der Vollstreckung und der Ablauf einer sechsmonatigen Frist vorauszugehen hat. Dies würde jedoch grundsätzlich bereits die analoge Anwendung des § 1193 BGB auf diese Bestimmungen auslösen (siehe a)), so dass es auf die AGB-Kontrolle nicht mehr ankäme. Außerdem setzt diese voraus, dass durch die relevante Bestimmung von einer gesetzlichen Regelung abgewichen wird (§ 307 III BGB). Dies ist bei Vereinbarung der sofortigen Fälligkeit der Nebenleistung und der jährlich nachträglichen Fälligkeit der Grundschuldzinsen grds. aber nicht der Fall, denn die üblichen Regelungen entsprechen weitgehend den diesbezüglich geltenden gesetzlichen Regelungen. Die in Frage stehende Bestimmung weicht deshalb nicht von bestehenden gesetzlichen Vorschriften ab. Sie widerspricht allenfalls der möglichen aber nicht Gesetz gewordenen Absicht des Gesetzgebers, die Vollstreckbarkeit von Grundschulden hinauszuzögern.

#### **c) Fazit**

Die notarielle Praxis zeigt sich von der Neuregelung des § 1193 BGB unbeeindruckt und verwendet hinsichtlich der Zinsen und der Nebenleistung weiter die bankfreundlichen Regelungen zur Fälligkeit der Grundschuld. Entscheidungen der Rechtsprechung hierzu stehen noch aus. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung das Kündigungserfordernis des § 1193 BGB (analog) auch auf die Fälligkeit der Grundschuld wegen der Grundschuldzinsen und der Nebenleistung anwendet und dementsprechend eine vorherige Kündigung einschließlich Fristablauf voraussetzt.

**Grunderwerbsteuer:  
Systemwechsel bei der  
mittelbaren Anteilsver-  
einigung durch Urteil  
des FG Münster vom  
17.09.2008?**



*Dr. Stefan Diemer, München*

## Steuerrecht

**Grunderwerbsteuer wird auch bei der Übertragung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft ausgelöst. Erforderlich ist, dass durch die Übertragung mindestens 95% der Anteile an der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft durch einen Erwerber unmittelbar oder mittelbar gehalten werden (sog. Anteilsvereinigung). Für Unternehmensveräußerungen und Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen spielt die Anteilsvereinigung eine große Rolle. Insbesondere bei mehrstufigen Konzernstrukturen können Gesellschafterwechsel auf oberen Ebenen zu Grunderwerbsteuer führen.**

Bisher ist man davon ausgegangen, dass eine Anteilsvereinigung bei mehrstufigen Beteiligungsketten nur dann vorliegt, wenn jede Obergesellschaft an der nachfolgenden Untergesellschaft mit mindestens 95% beteiligt ist. In seiner Entscheidung vom 17.09.2008 hat sich das FG Münster auf den Standpunkt gestellt, dass nicht auf jeder Ebene eine Beteiligung von mindestens 95% vorliegen müsse. Es soll vielmehr eine Durchrechnung erfolgen. Dies hatte in dem vom FG Münster zu entscheidenden Fall zur Folge, dass Grunderwerbsteuer verneint wurde. Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde:

An der grundbesitzenden T-GmbH war die Holding-GmbH mit 97,5% beteiligt. An der Holding-GmbH wurde eine Beteiligung von 96,92% an die Klägerin veräußert.

Wendet man auf diesen Fall die bisherige Auffassung der Finanzverwaltung an, so liegt auf jeder Beteiligungsebene eine Beteiligung von mehr als 95% vor, so dass Grunderwerbsteuer durch die Veräußerung der 96,92%igen Beteiligung an der Holding-GmbH anfallen würde. Aufgrund der vom FG Münster für richtig erachteten Durchrechnung ergibt sich eine mittelbare Beteiligung der Klägerin an der grundbesitzenden T-GmbH jedoch nur von 94,5% ( $96,92\% \times 97,5\%$ ). Damit läge mangels einer mittelbaren 95%igen Beteiligung noch keine Anteilsvereinigung vor.

## Kontakt

Für weitergehende Informationen kontaktieren Sie bitte:

**Thomas Ziegler**  
Practice Group Koordinator  
Tel ++49 (0) 89 545 65 316  
[t.ziegler@heisse-kursawe.com](mailto:t.ziegler@heisse-kursawe.com)  
[www.heisse-kursawe.com](http://www.heisse-kursawe.com)

Eine vollständige Liste aller Büros von Eversheds International Limited finden Sie unter [www.eversheds.com](http://www.eversheds.com)

Die Entscheidung des FG Münster ist zu begrüßen, das sie mehr Spielraum für Gestaltungen eröffnet. Die Entscheidung ist jedoch noch nicht rechtskräftig und eine Revision ist anhängig. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung vom BFH aufrechterhalten wird. Sollte dies der Fall sein, wäre dies ein echter Systemwechsel bei der grunderwerbsteuerlichen Anteilsvereinigung bei Kapitalgesellschaften

Diese Veröffentlichung hat den Stand 29. April 2009. Die darin enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und ohne vorherige Beratung im Einzelfall nicht als Entscheidungsgrundlage geeignet. Insbesondere ersetzen sie keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in dieser Veröffentlichung enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.

© Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft

Als redaktioneller Ansprechpartner im Sinne des § 55 RStV steht Ihnen zur Verfügung: Daniela Vogt, Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft, Maximiliansplatz 5, 80333 München, Deutschland, [d.vogt@heisse-kursawe.com](mailto:d.vogt@heisse-kursawe.com)

Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft mit Sitz in München ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 1 eingetragen. Partner von Heisse Kursawe Eversheds sind nur die im vorgenannten Partnerschaftsregister eingetragenen Anwälte.

Heisse Kursawe Eversheds ist Mitglied von Eversheds International Limited.