

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

32.13-10.29

Beschwerdeentscheid vom 21. März 2011

Rückerstattung der Handänderungssteuer wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags



- a *Die Handänderungssteuer ist zurückzuerstatten, wenn der Kaufvertrag ex tunc nichtig ist. Das Grundbuchamt ist befugt zur Prüfung, ob Nichtigkeitsgründe vorliegen. Er ist nicht an einen Vergleich zwischen den Parteien gebunden, in dem diese den Vertrag wegen Nichtigkeit rückabwickelten.*
- b *Fall eines Vertrags, der nichtig ist, weil der Vertreter des Verkäufers die Vollmacht überschritt, indem er selbstkontrahierte.*

Remboursement de l'impôt sur les mutations pour cause de nullité du contrat de vente

- a *L'impôt sur les mutations doit être remboursé lorsque le contrat de vente est nul ex tunc. Le bureau du registre foncier est habilité à examiner s'il existe des causes de nullité. Il n'est pas lié par une transaction dans laquelle les parties prévoient la liquidation du contrat avec effet rétroactif pour cause de nullité.*
- b *Cas d'un contrat nul, le représentant du vendeur ayant outrepassé les pouvoirs que lui conféraient sa procuration en passant contrat avec lui-même.*

Sachverhalt

A.

Am 30. Oktober 2008 schlossen die X. AG und die Y. AG einen Vertrag über den Verkauf der Liegenschaft Gemeinde A.-Grundbuchblatt Nr. 1000 zum Preis von 1,2 Millionen Franken ab. Der Verkauf des Grundstücks an die Y. AG wurde am 5. November 2008 durch Eintragung im Grundbuch vollzogen. Auf dem Kaufpreis

wurde die Handänderungssteuer in der Höhe von Fr. 21'600.– veranlagt und bezahlt. Die entsprechende Veranlagungsverfügung des Grundbuchamts ist rechtskräftig.

Zur Abwicklung des Kaufvertrags war B., Geschäftsführungsmitglied der X. AG, bevollmächtigt. Den Mitgliedern des Verwaltungsrats der X. AG war zu diesem Zeitpunkt unbekannt, dass B. zusammen mit seiner Ehefrau C. die Y. AG beherrscht und zugleich Verwaltungsratspräsident dieser Gesellschaft ist.

Am 23. März 2009 erlangte die X. AG aufgrund eines Kontakts zu einem Immobilienunternehmer Kenntnis vom Doppelmandat von B. Dieser Immobilienunternehmer wäre bereit gewesen, für das Grundstück einen höheren Kaufpreis zu bezahlen. Er hatte jedoch von B. keine Gelegenheit erhalten, eine Offerte einzureichen. Aufgrund dieser Vorkommnisse entliess die X. AG am 26. März 2009 B. per sofort aus dem Arbeitsverhältnis.

Am 9. April 2009 schlossen die X. AG und die Y. AG einen aussergerichtlichen Vergleich, in dem beide die Nichtigkeit des Kaufvertrags aufgrund Überschreitens der Vollmacht nach Art. 38 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) anerkannten und die Rückabwicklung des Vertrags vereinbarten. Der Vergleich wurde am 29. April 2009 öffentlich beurkundet.

B.

Mit Eingabe vom 21. Januar 2010 ersuchten die X. AG und die Y. AG das Grundbuchamt um Rückerstattung der Handänderungssteuer infolge Nichtigkeit des Kaufvertrags. Das Grundbuchamt behandelte das Gesuch als Wiederaufnahmegesuch gemäss Art. 56 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) und wies es mit Verfügung vom 11. Februar 2010 ab.

Gegen diese Verfügung erhob die X. AG am 5. März 2009 Einsprache (Art. 57 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes vom 18. März 1992 betreffend die Handänderungssteuer [HG; BSG 215.326.2]). In seiner Einspracheverfügung vom 25. März 2010 bestätigte das Grundbuchamt seine Verfügung vom 11. Februar 2010.

C.

Mit Eingabe vom 22. April 2010 führt die X. AG Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK). Die Beschwerdeführerin beantragt, die Einspracheverfügung des Grundbuchamts vom 25. März 2010 betreffend Rückerstattung der Handänderungssteuer sei aufzuheben und dem Gesuch auf Rückerstattung der Handänderungssteuer sei unter Kostenfolge stattzugeben.

In seiner Vernehmlassung vom 25. Mai 2010 beantragt das Grundbuchamt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit zu einer Replik, wovon sie mit Eingabe vom 13. Juli 2010 Gebrauch machte.

Auf den Inhalt der einzelnen Rechtsschriften ist, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen näher einzugehen.

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

1.

1.1 Gemäss Art. 57 Abs. 2 VRPG sind Verfügungen über ein Wiederaufnahmebegehren und die neue Verfügung in der Sache in gleicher Weise anfechtbar wie die ursprüngliche Verfügung. Gegen die Einspracheverfügung des Grundbuchamts kann gemäss Art. 27 Abs. 2 HG bei der JGK Beschwerde erhoben werden. Diese ist deshalb zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Das Grundbuchamt bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Diese sei gemäss Art. 2 HG nicht steuerpflichtig und habe folglich auch kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen habe und folglich formell beschwert sei. Sie würde zudem im Falle der Abweisung der Beschwerde infolge der Rückabwicklung des Vertrags erneut handänderungssteuerpflichtig. Daher sei auch die materielle Beschwer gegeben.

Nach Art. 65 Abs. 1 VRPG ist zur Beschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der bernische Gesetzgeber hat im Rahmen der VRPG-Revision vom 10. April 2008 den Wortlaut der bernischen Legitimationsbestimmungen an die Formulierung von Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) angepasst. Im Folgenden sind daher nebst Lehre und Rechtsprechung zum bernischen Recht auch die Entscheide des Bundesgerichts zu Art. 89 Abs. 1 BGG sowie zur entsprechenden Vorgängerbestimmung von Art. 103 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 S. 531) zu berücksichtigen. Ein schutzwürdiges Interesse ist demnach gegeben, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 136 II 281 E. 2.2). Das Interesse des Beschwerdeführers ist dann schutzwürdig, wenn er durch

das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil, der ihn persönlich und unmittelbar treffen würde, von sich abwenden kann (BGE 123 II 376 E. 2). Besonders berührt von einer Verfügung ist, wer über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt (BGE 136 II 281 E. 2.2).

Unbestrittenermassen hat die X. AG am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Durch die Abweisung ihres Gesuchs vom 21. Januar 2010, das sie zusammen mit der Y. AG eingereicht hat, sowie ihrer Einsprache vom 5. März 2010 ist die Beschwerdeführerin formell beschwert.

Das Grundbuchamt bestreitet die materielle Beschwer der X. AG. Dabei führt es zu Recht aus, dass gemäss Art. 2 HG die Rechtserwerberin, also die Y. AG, für die Handänderungssteuer steuerpflichtig ist. Dies wurde auch in Ziff. 20 des Kaufvertrags vom 30. Oktober 2008 zwischen der X. AG und der Y. AG bestätigt. Zur Beschwerde ist jedoch keine Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses notwendig; vielmehr genügt ein tatsächliches Anfechtungsinteresse (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 65 N. 9). Im vorliegenden Fall hätte die Abweisung der Beschwerde für die X. AG einen unmittelbaren materiellen Nachteil, will sie doch erreichen, dass aus handänderungssteuerrechtlicher Sicht der Vertrag dahinfällt, so dass keine Steuer zu bezahlen ist. Würde der Vertrag nicht ex tunc dahinfallen, wäre infolge der Rückübertragung des Eigentums die Handänderungssteuer erneut geschuldet (vgl. unten E. 3.1). Dabei wäre nach Art. 2 HG die X. AG als Rechtserwerberin steuerpflichtig. Die Beschwerdeführerin hat somit ein tatsächliches materielles Interesse an der Aufhebung der Einspracheverfügung vom 25. März 2010. Damit ist ihre Beschwerdebefugnis zu bejahen, und auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.

Im vorliegenden Fall muss auf die Wiederaufnahmevoraussetzung nach Art. 56 Abs. 1 Bst. b VRPG nicht näher eingegangen werden. Das Grundbuchamt hat auf Gesuch hin das Veranlagungsverfahren wieder aufgenommen. Es hat den Wiederaufnahmegrund von Art. 56 Abs. 1 Bst. b VRPG bejaht und die Eingabe der Beschwerdeführerin materiell beurteilt. In der Sache selbst hat es das Gesuch abgewiesen. Von der Beschwerdeführerin wird nur die materielle Neubeurteilung gerügt. Nicht strittig sind deshalb die Wiederaufnahmevoraussetzungen von Art. 56 VRPG. Bezüglich der Neubeurteilung steht der JGK die ordentliche Überprüfungsbefugnis zu (vgl. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 57 N. 9).

3.

3.1 Bei der Handänderungssteuer handelt es sich um eine Rechtsübertragungssteuer, die bei Handänderungen im Sinne des Gesetzes zu entrichten ist.

Es ist daher vorerst zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ein zivilrechtlicher Eigentumsübergang nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a HG vorliegt. Voraussetzung hierfür ist ein gültiger Rechtsgrund gemäss Art. 965 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210). Erfolgt ein Grundbucheintrag ohne Rechtsgrund oder aufgrund eines unverbindlichen Rechtsgeschäftes, so ist die Eintragung ungerechtfertigt. Sie verschafft dem zu Unrecht Eingetragenen kein Eigentum (vgl. Art. 974 ZGB); eine förmliche Rechtsübertragung an den wahren Eigentümer erübrigt sich. Es hat unter Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritter lediglich eine Grundbuchberichtigung gemäss Art. 975 ZGB stattzufinden (Entscheid der JGK vom 9. September 1996, in BVR 1997 S. 410 E. 4a). Die Klarstellung der Rechtslage durch die Parteien kann auch ohne Grundbuchberichtigungsklage durch Verständigung in einer öffentlichen Urkunde erfolgen (ARTHUR HOMBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1938, Art. 975 ZGB N. 7). Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Bereits der Gesetzestext weist darauf hin, dass eine Urkunde nur für Tatsachen einen Beweis erbringen kann. Für die rechtliche Qualifikation einer Vereinbarung kann daher nicht eine von den Parteien gewählte, möglicherweise unrichtige oder ungenaue Bezeichnung massgebend sein, auch wenn diese in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist (JGKE 96.00976 vom 9.9.1996, in BVR 1997 S. 410 E. 5a).

Für die Handänderungssteuer ergibt sich aus dieser zivilrechtlichen Situation, dass die Steuer, die gestützt auf die Anmeldung eines ungültigen oder anfechtbaren Kaufvertrags entrichtet worden ist, zurückzuerstatten ist. Es ist aber nur dann keine Handänderungssteuer geschuldet, wenn der Wegfall des Eigentumsübergangs rückwirkend (*ex tunc*) eintritt. Selbstredend ist in diesem Fall auch für die Rückübertragung bzw. die blosse Grundbuchberichtigung keine Handänderungssteuer geschuldet (JGKE 96.00976 vom 9.9.1996, in BVR 1997 S. 410 E. 4a). Sind dagegen keine Nichtigkeitsgründe gegeben und fällt der Vertrag nicht mit Wirkung *ex tunc* dahin, ist die Handänderungssteuer sowohl anlässlich des Kaufs als auch anlässlich der Rückübertragung geschuldet.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Geschäft sei infolge Überschreitens der Vollmacht durch B. ungültig. Dieser habe materiell selbstkontrahiert, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Wegfall des Rechtsgeschäfts mit Wirkung *ex tunc* zur Folge habe. Daraus folge, dass auch die Handänderungssteuer zurückzuerstatten sei. Das Grundbuchamt bestreitet, dass B. die Spezialvollmacht überschritten hat. Es ist der Auffassung, der Wortlaut der Vollmacht sei eingehalten worden.

Nachfolgend ist demnach zu prüfen, ob der Kaufvertrag zwischen der X. AG und der Y. AG in Überschreitung der Spezialvollmacht abgeschlossen wurde. Dass

das Grundbuchamt als Veranlagungsbehörde befugt ist zu prüfen, ob Nichtigkeitsgründe gegeben sind, d.h. ob der Kaufvertrag ex tunc dahingefallen ist oder nicht, bestreitet die Beschwerdeführerin zu Recht nicht (vgl. dazu JGKE 96.00976 vom 9.9.1996, in BVR 1997 S. 410 E. 5b). Sie anerkennt demnach, dass der Vergleich vom 9. April 2009, in dem die Parteien (subjektiv) die Nichtigkeit des Kaufvertrags anerkannt haben, für das Grundbuchamt nicht massgebend ist.

Gemäss Art. 33 Abs. 2 OR kann durch Rechtsgeschäft eine Ermächtigung zum Vertragsschluss eingeräumt werden. Der Umfang einer dergestalt eingeräumten Verfügungsmacht beurteilt sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigung, wobei zwischen verschiedenen Formen der Bevollmächtigung unterschieden werden kann. Eine Spezialvollmacht liegt dann vor, wenn der Vertreter nur für ein einzelnes Geschäft bevollmächtigt wird (ROGER ZÄCH, Berner Kommentar, 1990, Art. 33 OR N. 93). Wurde ein Vertrag ohne Ermächtigung abgeschlossen, so wird gemäss Art. 38 OR der Vertretene nur dann Schuldner oder Gläubiger, wenn er das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt. Der ohne Vollmacht abgeschlossene Vertrag befindet sich bis zur Nichtgenehmigung oder Genehmigung in einem Schwebezustand, d.h. er ist weder gültig noch ungültig (ROGER ZÄCH, a.a.O., Art. 38 OR N. 33). Im Falle der Genehmigung wird der Vertrag rückwirkend auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses wirksam (ROGER ZÄCH, a.a.O., Art. 38 OR N. 73). Diese Rückwirkung ist dispositiver Natur, die Parteien können den Beginn der Wirkung auch anders regeln (ROGER ZÄCH, a.a.O., Art. 38 N. 74).

Bei einer Vertretung kann sich die seltene Situation ergeben, dass der Vertreter das Geschäft für den Vertretenen mit sich selbst abschliesst. Dieser Vorgang wird Selbstkontrahieren genannt. Bei der so genannten Doppelvertretung vertritt eine Person aufgrund der ihr erteilten Vollmachten beide Vertragsparteien (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl. 1988, S. 638). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind solche Inselfgeschäfte grundsätzlich nicht von der Vollmacht gedeckt und haben die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt (BGE 127 III 332 E. 2a). Keine Benachteiligung ist namentlich dann zu befürchten, wenn Markt- oder Börsenpreise verwendet werden oder wenn handels- und verkehrsübliche Bedingungen gelten (vgl. dazu ROGER ZÄCH, a.a.O., Art. 33 OR N. 83). Die Gefahr der Benachteiligung kann unter anderem auch beim Kauf einer Liegenschaft bestehen (vgl. dazu ROGER ZÄCH, a.a.O., Art. 33 OR N. 84). Eine allfällige nachträgliche Genehmigung hat diesfalls ausdrücklich zu erfolgen, Schweigen bedeutet grundsätzlich Nichtgenehmigung (WATTER/SCHNELLER, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art 38 OR N. 6). Dies gilt auch für den Fall des materiellen Selbst-

kontrahierens, bei dem der Vertreter formell mit einem Dritten kontrahiert, das Geschäft aber den Interessen des Vertretenen zuwiderläuft und in seinem eigenen liegt (WATTER/SCHNELLER, a.a.O., Art. 33 OR N. 19). Als Folge der Ungültigkeit wird der angeblich Vertretene weder berechtigt noch verpflichtet (EUGEN BUCHER, a.a.O., S. 642). Hat der Dritte, also der Vertragspartner des Vertretenen, Kenntnis vom Fehlen der Vollmacht, ist lediglich ein durch nachträgliche Genehmigung bedingtes Geschäft zustande gekommen (EUGEN BUCHER, a.a.O., S. 643). Wird die Genehmigung nicht erteilt, ist nie ein gültiger Vertrag zustande gekommen.

3.3 Im vorliegenden Fall hat B. als Vertreter der X. AG das Grundstück zu einem niedrigen Preis an die Y. AG verkauft. Da die Käuferin vom Vertreter der Verkäuferin und dessen Frau beherrscht wird und B. als Verwaltungsratspräsident der Y. AG zudem Organ der Käuferin war, lag der Verkauf in seinem Interesse. Demgegenüber handelte er klar entgegen den Interessen der Beschwerdeführerin. So hat die X. AG am 23. März 2009 erfahren, dass ein anderer Interessent bereit gewesen wäre, für das Grundstück einen höheren Preis zu bezahlen. B. hat demnach materiell selbstkontrahiert (vgl. oben E. 3.2). Ein solches Vorgehen ist von einer Spezialvollmacht wie der hier erteilten grundsätzlich nicht gedeckt.

Zu untersuchen ist, ob das Handeln von B. nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und den konkreten Umständen des vorliegenden Falles ausnahmsweise doch von der Spezialvollmacht gedeckt war. Dies ist jedoch zu verneinen. Zum einen kann beim Verkauf eines Grundstücks ganz grundsätzlich die Gefahr einer Benachteiligung bestehen (vgl. dazu oben E. 3.2). Zum anderen wurde die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall nachweislich materiell benachteiligt. Eine besondere Ermächtigung zu einem für die Verkäuferin objektiv ungünstigen Vertragsschluss lag nicht vor, und die X. AG hat das in Überschreitung der Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft auch nicht nachträglich genehmigt. Auch wenn der Wortlaut der Spezialvollmacht an sich eingehalten wurde, hat B. durch sein Selbstkontrahieren seine Kompetenzen überschritten. Denn die Vollmacht umfasste selbstredend – wenn auch unausgesprochen – nur ein Verkaufsgeschäft, das im Interesse der Verkäuferin lag.

Zu prüfen bleibt, ob die Y. AG Kenntnis von der Rolle von B. und seinem Interessenkonflikt bei der Abwicklung des Vertrags hatte (vgl. zur Wesentlichkeit der Kenntnis des Vertragspartners oben E. 3.2 a. E.). Diese Frage ist aus folgendem Grund zu bejahen: Der Sitz der Y. AG befindet sich am privaten Wohnsitz der Ehegatten B./C., was die enge Verbindung zwischen dieser juristischen Person und B. verdeutlicht. Die Y. AG und ihre Vertreter wussten folglich, dass der Vertrag nicht im Interesse der X. AG liegen konnte. Damit verfügten sie über hinreichende Kenntnis der fehlenden Vollmacht. Das Rechtsgeschäft ist somit nur un-

ter der Bedingung der nachträglichen Genehmigung zustande gekommen. Da der fragliche Vertrag durch die Beschwerdeführerin nicht genehmigt wurde, ist kein gültiger Vertrag zustande gekommen. Der Grundbucheintrag ist somit ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt. Diese Rechtslage wurde zwischen den beiden Parteien mit öffentlicher Urkunde vom 29. April 2009 festgehalten. Wie oben (vgl. E. 3.1) gezeigt, ist die in der öffentlichen Urkunde festgehaltene Rechtslage zwar nicht verbindlich, nach materieller Prüfung ist diese Rechtslage jedoch zu bestätigen. Die Handänderungssteuer, welche anlässlich der Anmeldung des Kaufvertrags zwischen der Beschwerdeführerin und der Y. AG bezahlt wurde, ist daher aufgrund Ungültigkeit des Verfügungsgeschäfts zurückzuerstatten.

4.

4.1 Die Beschwerde wäre allein gestützt auf die vorangehenden Erwägungen gutzuheissen. Indessen zeigt sich, dass die Gutheissung auch auf eine weitere Rüge der Beschwerdeführerin abgestützt werden kann. Die Beschwerdeführerin macht nämlich geltend, der Kaufvertrag falle auch aufgrund des Vorliegens eines Grundlagenirrtums gemäss Art. 23 f. OR mit Wirkung ex tunc dahin, so dass keine Grundlage für die Erhebung der Handänderungssteuer gegeben sei. Das Grundbuchamt bestreitet das Vorliegen eines Grundlagenirrtums. Der Verwaltungsrat habe die Geschäftsführung ungenügend überwacht, der Irrtum sei folglich selbstverschuldet und daher nicht wesentlich.

Gemäss Art. 23 OR ist ein Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Ein Irrtum ist in den in Art. 24 Abs. 1 OR aufgezählten Fällen wesentlich. Im vorliegenden Fall ist streitig, ob ein Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vorliegt.

Der Grundlagenirrtum bezieht sich auf einen bestimmten Sachverhalt, den der Irrende subjektiv als notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet hat (BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 1995, Art. 23/24 OR N. 46). Dabei liegt ein Grundlagenirrtum nur dann vor, wenn der Anfechtende sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als gegeben vorausgesetzt werden durfte (BGE 132 III 737 E. 1.3). Die Bedeutung, die der Irrende dem Sachverhalt beimisst, muss zudem für den Vertragspartner erkennbar sein (BRUNO SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 23/24 OR N. 75). Der Irrtum kann sich auf die gesamten konkreten Umstände des Vertrags beziehen, ein Irrtum über den Inhalt des Geschäfts ist nicht notwendig (BRUNO SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 23/24 OR N. 514). Liegt ein wesentlicher Irrtum vor, ist eine Anfechtung möglich. Fahrlässiges Verhalten kann unter Umständen darauf schliessen lassen, dass der irrig angenommene Umstand nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht als notwendige Grundlage des Vertrags erkennbar war, es führt jedoch nicht zu einer Verneinung des Grundlagenirrtums (BRUNO SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 26 OR N. 5). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung fällt der Vertrag bei

begründeter Anfechtung wegen Willensmangel mit Wirkung ex tunc dahin (BRUNO SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 23/24 OR N. 118; INGEBORG SCHWENZER, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2010, Art. 23 OR N. 10; EUGEN BUCHER, a.a.O., S. 214; BGE 114 II 131 E. 3b).

4.2 Im vorliegenden Fall bezog sich der Irrtum der Beschwerdeführerin auf die Umstände, die zum Vertragsabschluss geführt haben. So hat sich die X. AG über die Person der Käuferin geirrt. Sie ist davon ausgegangen, dass es sich dabei um eine Drittperson handelt, die sowohl personell als auch materiell von ihrem Vertreter B. unabhängig ist. Die Beschwerdeführerin hatte folglich nicht Kenntnis vom Interessenkonflikt von B. Sie ist davon ausgegangen, dass der mit der Vertragsabwicklung bevollmächtigte Vertreter in ihren Interessen handeln und die für sie günstigste Offerte wählen würde. Diese irrigen Vorstellungen über die Umstände der Vertragsabwicklung waren für die Beschwerdeführerin eine notwendige Grundlage des Vertrags. So hätte sie den Vertrag im Wissen um den Interessenkonflikt von B. sowie um den damit verbundenen zu niedrigen Kaufpreis nicht abgeschlossen. Auch bei objektiver Betrachtung darf nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr das Handeln des Vertreters frei von Interessenkonflikten als wesentlich angesehen werden. Die Bedeutung, die die Beschwerdeführerin dem korrekten Handeln von B. beigemessen hat, war auch für die Y. AG erkennbar, was für die Bejahung des Grundlagenirrtums entscheidend ist (vgl. oben E. 4.1). So wurde B. im Kaufvertrag vom 30. Oktober 2008 nicht als kollektiv zeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats erwähnt. Offenbar sollte jegliche Verbindung zwischen B. und der Y. AG geheim gehalten werden. Daraus lässt sich schliessen, dass die Y. AG wusste, dass die X. AG ein materielles Selbstkontrahieren ihres Vertreters nicht akzeptieren würde. Da fahrlässiges Verhalten grundsätzlich nicht zu einer Verneinung des Grundlagenirrtums führt (vgl. oben E. 4.1), ist die Frage, ob der Verwaltungsrat der X. AG bei der Auswahl des Vertreters seine Sorgfaltspflicht verletzt und damit fahrlässig gehandelt hat, unerheblich. Die Beschwerdeführerin hat sich somit zu Recht auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 23 f. OR berufen. Der Vertrag wird daher mit Wirkung ex tunc ungültig. Wie oben erläutert, ist in diesem Fall die Handänderungssteuer zurückzuerstatten (vgl. oben E. 4.1).

5.

5.1 Das Grundbuchamt macht geltend, die Beschwerdeführerin würde sich nur deshalb auf eine unwirksame Stellvertretung und einen Willensmangel berufen, weil sie die Handänderungssteuer zurückerhalten wolle. Dieses Verhalten sei gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Wird einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durchbruch verholfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu den elementaren ethi-

schen Anforderungen steht, liegt ein Fall von Rechtsmissbrauch vor (BGE 128 II 201 E. 1c). Zur Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB werden verschiedene Fallgruppen gebildet. So kann die zweckwidrige oder unnütze Rechtsausübung, das krasse Missverhältnis der Interessen, widersprüchliches Verhalten, der unredliche Rechtserwerb, die Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung sowie die unzulässige Berufung auf Formungültigkeit rechtsmissbräuchlich sein (HANS MERZ, Berner Kommentar, 1962, Art. 2 ZGB N. 285 ff.). Nur bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch wird der Rechtsschutz verweigert; bestehen Zweifel an der Rechtsmissbräuchlichkeit, ist Rechtsschutz zu gewähren (HEINRICH HONSELL, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2010, Art. 2 OR N. 27).

5.2 Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin keine Forderung geltend, die im Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen stehen würde. Es trifft zwar zu, dass ihre Beschwerde alleine die Rückforderung der Handänderungssteuer zum Ziel hat. Darin ist jedoch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu erblicken. Wie dargelegt wurde, ist bei nicht gültigem Zustandekommen des Verkaufsgeschäfts keine Handänderungssteuer geschuldet. Dass die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche aus dieser Rechtslage durchsetzen will, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden. Entgegen der Ansicht des Grundbuchamts liegt im vorliegenden Fall auch kein Rechtsmissbrauch aufgrund widersprüchlichen Verhaltens vor, da die Beschwerdeführerin für das Überschreiten der Vollmacht und den Willensmangel keine Verantwortung trägt. Dass sie nunmehr die Rückerstattung der Steuern verlangt, steht daher nicht im Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten.

5.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vertreter der Beschwerdeführerin beim Abschluss des Kaufvertrags mit der Y. AG materiell selbstkontrahiert und folglich seine Vollmacht überschritten hat. Da die Y. AG Kenntnis von der Überschreitung der Vollmacht hatte, ist kein gültiger Vertrag zustandegekommen. Des Weiteren hat sich die Beschwerdeführerin beim Abschluss des Kaufvertrags in einem wesentlichen Grundlagenirrtum gemäss Art. 23 f. OR befunden. So ist sie davon ausgegangen, dass ihr Vertreter gemäss seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht frei von Interessenkonflikten handelt. Durch Nichtgenehmigung des mit einem Willensmangel behafteten Vertrags fällt der Eigentumsübergang mit Wirkung ex tunc dahin. Dass sich die Beschwerdeführerin auf ein Überschreiten der Vollmacht beruft und subsidiär einen Willensmangel geltend macht, ist nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten zu qualifizieren. Die Handänderungssteuer ist somit nicht geschuldet und folglich zurückzuerstatten. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen.

6.

Gemäss Art. 21 Abs. 1 HG werden zu viel bezahlte Beträge mit Zins zurückerstattet. Für die Höhe des Vergütungszinses gilt der Satz, welcher vom Regie-

rungsrat für den Verzugs- und Vergütungszins bei der direkten Kantonssteuer festgesetzt wird (Art. 21 Abs. 3 HG). Dieser betrug vom 1. Januar bis 31. Dezember 2010 3,25 %; seit dem 1. Januar 2011 beträgt er 3,00 % (Anhang 1 zur Verordnung vom 18. Oktober 2000 über den Bezug und die Verzinsung von Abgaben und anderen zum Inkasso übertragenen Forderungen, über Zahlungserleichterungen, Erlass sowie Abschreibungen infolge Uneinbringlichkeit [Bezugsverordnung, BEZV; BSG 661.733]).

Der Vergütungszins wird für die Zeit von der Zahlung des Steuerbetrages ohne Unterbrechung bis zum Datum des letzten Entscheides berechnet (Art. 22 Abs. 1 BEZV). Die Zinspflicht besteht nur für in Rechnung gestellte Steuerbeträge (Art. 11 BEZV). Die Handänderungssteuer wird bei der Grundbuchanmeldung fällig und ist gleichzeitig aufgrund der Selbstdeklaration zu entrichten (Art. 20 HG). Da die Y. AG vorliegend die Handänderungssteuer freiwillig und zum damaligen Zeitpunkt in Anerkennung einer Steuerschuld bezahlt hat, ist es mit Blick auf Art. 11 BEZV gerechtfertigt, den Vergütungszins erst ab dem Zeitpunkt des Rückforderungsgesuchs vom 21. Januar 2010 zu berechnen und nicht bereits mit (der freiwilligen) Zahlung des Steuerbetrags. Die Handänderungssteuer wäre erst auf diesem Zeitpunkt zurückbezahlt worden, wenn das Grundbuchamt das Rückforderungsgesuch gutgeheissen hätte. Die Rückforderung der Handänderungssteuer wurde mit anderen Worten erst ab diesem Zeitpunkt fällig. Der Vergütungszins ist daher ab dem Zeitpunkt des Rückforderungsgesuchs vom 21. Januar 2010 zu berechnen.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kanton gestützt auf Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG die Verfahrenskosten zu tragen.

7.2 Die Beschwerdeführerin hat sich im vorliegenden Verfahren anwaltlich vertreten lassen. Sie hat deshalb Anspruch auf einen Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Ihr Rechtsvertreter macht in seiner Kostennote – bei einem Aufwand von 43,1 Stunden – ein Honorar von Fr. 10'775.– geltend.

Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]). Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11]). Art. 11 Abs. 2 PKV erlaubt einen Zuschlag von bis zu 200 Prozent auf dem Honorar gemäss Abs. 1, wenn bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren sind.

Das von Notar und Rechtsanwalt D. in der Kostennote geltend gemachte Honorar entspricht fast dem oberen Betrag des Tarifr Rahmens von Art. 11 Abs. 1 PKV. Rechtsanwalt und Notar D. hat demnach bei der Anwendung der Bemessungskriterien von Art. 41 Abs. 3 KAG den möglichen Spielraum fast maximal ausgeschöpft. Dabei hat er auch seinen Arbeitsaufwand bezüglich des Einspracheverfahrens geltend gemacht. Gemäss Art. 107 Abs. 3 VRPG besteht jedoch im Einspracheverfahren kein Anspruch auf Parteikostenersatz.

Notar und Rechtsanwalt D. hat im vorliegenden Verfahren eine Beschwerdeschrift und eine Replik eingereicht, wobei er sich dabei teilweise auf die im Rahmen des Einspracheverfahrens getätigten Arbeiten abstützen konnte. Es ist daher von einem höchstens durchschnittlichen gebotenen Zeitaufwand auszugehen, so dass die Parteikosten nicht in der beantragten Höhe zugesprochen werden können (ganz abgesehen davon, dass die Aufwendungen für das Einspracheverfahren wie bereits erwähnt auszuklammern sind). Unter Berücksichtigung des gebotenen Zeitaufwandes, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Verfahrens erscheint im vorliegenden Fall ein durchschnittliches Grundhonorar von Fr. 6'000.– als angemessen. Da keine bedeutenden vermögensrechtlichen Interessen zu wahren sind – hinter der strittigen Summe von Fr. 21'600.– stehen nur durchschnittliche und nicht «bedeutende» vermögensrechtliche Interessen – und da auch die sich stellenden Rechtsfragen nicht von besonderer Komplexität waren, ist eine Erhöhung des Grundhonorars nicht angezeigt. Die Auslagen betragen Fr. 128.–. Nach Angaben von Notar und Rechtsanwalt D. kann seine Klientin, die X. AG, die Mehrwertsteuer auf dem Anwaltshonorar ganz als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuer abziehen. Die Mehrwertsteuer ist daher Notar und Rechtsanwalt D. nicht auszurichten. Zusammen mit den Auslagen ist dem Rechtsvertreter demnach ein Parteikostenersatz von Fr. 6'128.– auszurichten.

Demnach entscheidet die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion:

1.

1.1 Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Einspracheverfügung des Grundbuchamts vom 25. März 2010 wird aufgehoben.

1.2 Das Grundbuchamt wird angewiesen, die Handänderungssteuer im Betrag von Fr. 21'600.– samt Zins seit dem 21. Januar 2010 an die Y. AG zurückzuerstatten.

2.

Verfahrenskosten werden keine erhoben.

3.

Der Kanton Bern richtet der X. AG für das Beschwerdeverfahren vor der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion einen Parteikostenersatz von insgesamt Fr. 6'128.– aus. Dieser ist beim Grundbuchamt einzufordern.