

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 177517**letzte Aktualisierung:** 04. März 2022**MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 3****Sicherung der Lastenfreistellung i. S. d. MaBV bei abhandengekommenem Grundschuldbrief****I. Sachverhalt**

Die A-GmbH ist Eigentümerin eines Grundstücks, welches mit einer Briefgrundschuld belastet ist. Dieses Grundstück möchte die A-GmbH mit einem Mehrfamilienhaus bebauen. Hierbei soll eine Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentumsrechte vorgenommen werden und der Abverkauf durch entsprechende Bauträgerkaufverträge erfolgen. Der Grundschuldbrief ist nicht mehr auffindbar. Für diesen Grundschuldbrief läuft bereits ein Aufgebotsverfahren, welches durch die GmbH beantragt wurde.

II. Fragen

1. Ist es für die Anforderung von Bauraten ausreichend, wenn den Käufern (Verbraucher) ein Freigabeversprechen der Grundschuldgläubiger ausgehändigt wird (obwohl noch kein Ausschlussurteil für den Grundschuldbrief vorliegt) oder muss zusätzlich zu diesem Freigabeversprechen das Ausschlussurteil für den fehlenden Grundschuldbrief den Käufern ausgehändigt werden?
2. Welche Sicherheiten kann der Bauträger den Käufern in diesem Fall alternativ bieten, damit er Bauraten anfordern kann?
 - a) Nur eine Bürgschaft gem. §§ 2, 7 MaBV?
 - b) Oder gibt es andere/weitere Alternativen in diesem Fall?

III. Zur Rechtslage**1. Anerkannte Möglichkeiten der Sicherung der Lastenfreistellung**

Die MaBV spricht in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lediglich davon, dass die Freistellung des Vertragsobjektes von Grundpfandrechten gesichert sein muss. Nach § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV ist die Freistellung in diesem Sinne gesichert, wenn **gewährleistet** ist, dass **nicht übernommene Grundpfandrechte im Grundbuch gelöscht** werden und zwar auch für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird. Der in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und S. 2-4 MaBV verwendete Begriff der Sicherstellung der Lastenfreistellung lässt verschiedene Möglichkeiten zu:

- Eine Lösungsbewilligung oder Pfandfreigabeerklärung, ggf. verbunden mit einem Treuhandauftrag an den Notar, davon erst nach Erfüllung bestimmter aus dem Kaufpreis erfüllbarer Treuhandauflagen Gebrauch zu machen;
- ein rein schuldrechtliches Freigabever sprechen, das entsprechende Auflagen enthalten kann;
- einen Rangrücktritt des abzulösenden Gläubigers hinter die Auflassungsvormerkung des Erwerbers (vgl. Basty, DNotZ 1992, 131; Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Kap. 2 Rn. 85).

Den vorgenannten Gestaltungsvarianten ist allesamt gemein, dass die Lastenfreistellung nicht nur im *wirtschaftlichen*, sondern **im rechtlichen Sinne** gesichert ist. Durch das in der Praxis zumeist übliche Freigabever sprechen erlangt der Erwerber einen unmittelbaren schuldrechtlichen Anspruch gegen den Gläubiger auf Freistellung von den Grundpfandrechten unter den in der Erklärung genannten Voraussetzungen. Nach heute h. M. handelt es sich um einen Vertrag zwischen Gläubiger und Erwerber, wobei das an den Erwerber (i. d. R. über den Notar) gerichtete Schreiben das Angebot des Grundpfandrechtsgläubigers darstellt, das der Erwerber mit Abschluss des Bauträgervertrages annimmt, sofern sich der Bauträgervertrag auf ein bereits vorliegendes Freigabever sprechen bezieht – ansonsten mit Zugang des Freigabever sprechens (Basty, Kap. 2 Rn. 92 ff. m. w. N; Linnenbrink, MittRhNotK 1992, 261, 263; Schöner, DNotZ 1974, 327, 330 f.; Vogel, BauR 1999, 992).

Demgegenüber hatte der BGH einen Vertrag zwischen Bauträger und Grundpfandrechts gläubiger zugunsten der Erwerber als begünstigte Dritte i. S. v. § 328 BGB angenommen (BGH DNotZ 1977, 356; BGH DNotZ 1984, 322; ähnlich BGH DNotZ 1992, 560; ähnlich auch LG Aschaffenburg v. 15.11.1996, WM 1997, 1849; Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger, 4. Aufl. 2003, § 3 MaBV Rn. 36).

2. Sicherung der Lastenfreistellung i. S. v. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV ohne Briefvorlage?

Jenseits des Freigabever sprechens enthält die MaBV keine näheren Vorgaben dazu, wie die Lastenfreistellung zu gewährleisten ist. Bei der Abwicklung „allgemeiner“ Grundstückskaufverträge wird in der Praxis der Begriff der Sicherung der Lastenfreistellung dahin verstanden, „*dass die zur Lastenfreistellung erforderlichen Unterlagen (Lösungsbewilligungen, Freigaben, Grundschatzbriefe) dem Notar in grundbuchtauglicher Form vorliegen, und zwar entweder ohne Auflagen oder unter Auflagen, zu deren Erfüllung der Kaufpreis ausreicht*“ (Everts, in: Beck’sches Notar Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 206). Speziell auf den Bauträgervertrag bezogen, betonen Hertel (in: Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rn. 164 und Bischoff (in: Grziwotz, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 99), dass im Falle einer Briefgrundschuld zur Sicherung der Lastenfreistellung nicht nur die Lösungsbewilligung bzw. Pfandfreigabeerklärung dem Notar vorliegen müsse, sondern **auch der Grundschatzbrief**.

Von einer gegenteiligen Rechtsauffassung scheint allerdings das OLG Stuttgart in seiner Entscheidung vom 19.12.2011 – 10 U 63/11 – auszugehen (dem folgend Esbjörnsson, in: Beck’sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 128), wenn es ausführt:

„Teilweise wird eine ausreichende Sicherung im Sinne des § 3 I 1 Nr. 3 MaBV nur angenommen, wenn mit der Pfandfreigabeerklärung bei einem Brief-Grundpfandrecht auch der Brief vorgelegt worden ist (Grziwotz-Bischoff, § 3 Rn. 97; Kutter in: Beck'sches Notarhdb., 4. Aufl., A II Rdnr. 64). Diese Auffassung überzeugt angesichts der Anforderungen des § 3 I S. 2 bis 5 MaBV nicht. Zwar bedarf die Löschung einer Grundschuld im Grundbuch nach §§ 41, 42 GBO grundsätzlich der Vorlage des Briefs, wenn es sich nicht um ein Buchrecht handelt. § 3 I S. 2 bis 5 MaBV verlangt aber für die Fälligkeit des Kaufpreises nicht die Vorlage aller zur Löschung erforderlichen Unterlagen in grundbuchmäßiger Form, sondern begnügt sich mit der Vorlage einer ausreichenden Verpflichtungserklärung. Wird über die Verpflichtung zur Freistellung hinaus bereits ein Teil der Erfüllung der Verbindlichkeit bewirkt, führt dies nicht dazu, dass wegen einer noch ausstehenden Erfüllungshandlung, nämlich der Vorlage des Briefs des Grundpfandrechts, eine ausreichende Sicherung des Erwerbers entfallen würde. Vielmehr **beinhaltet die Pfandfreigabeerklärung** mit der dinglichen Bewilligung der Eintragung der Haftentlassung in den Wohnungs- und Teileigentumsbüchern **die schuldrechtliche Verpflichtung des Grundpfandrechtsgläubigers, dafür den Grundschuldbrief zur Verfügung zu stellen.** Damit ist eine ausreichende Sicherung der Lastenfreiheit bewirkt.“

(OLG Stuttgart NZM 2012, 578, 581)

Würde man dem OLG Stuttgart folgen, wäre mithin auch die schuldrechtliche Verpflichtung, den Grundschatzbrief zur Lastenfreistellung zur Verfügung zu stellen, für die **Sicherung der Lastenfreistellung** ausreichend. Insofern könnte man das Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen annehmen. Allerdings hatte sich das OLG Stuttgart nicht mit dem hier vorliegenden Fall zu befassen, dass der Verbleib des Grundschatzbriefes ungewiss war (so insbes. Montreal, Bauträgerrecht in der notariellen Praxis, DAI-Skript, Std.: 9/2018, S. 215). Dem sichersten Weg entspräche ein solches Vorgehen ohnehin nicht, weil sich bei Fehlen eines Ausschlussurteils die nachfolgend unter Ziff. 3 geschilderten Risiken ergeben.

3. Risiko für Erwerber bei Fehlen eines Ausschlussurteils

Es stellt sich dementsprechend die Frage, ob die Lastenfreistellung für den Erwerber während des Aufgebotsverfahrens gesichert ist.

Obgleich die MaBV den *Weg* der Lastenfreistellung nicht zwingend vorgibt, so beschreibt sie dennoch das *Ziel* dahingehend, dass zu „**gewährleisten ist, dass die nicht zu übernehmenden Grundpfandrechte im Grundbuch gelöscht werden.**“, § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV. Das Freigabever sprechen des Grundpfandrechtsgläubigers und die alternativen Gestaltungen (Rangrücktritt, Vorliegen von grundbuchtauglichen Löschungsunterlagen) sind jeweils dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber gegenüber dem Gläubiger **eine eigenständige Rechtsposition** erlangt, die eine hinreichende Sicherheit für die Löschung des jeweiligen Grundpfandrechts bietet. Sofern dem Erwerber eine solche Rechtsstellung nicht verschafft werden kann, sieht die MaBV alternativ vor, dass das *wirtschaftliche Interesse* des

Erwerbers durch eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV zu sichern ist. Hierbei geht es nicht nur um das Interesse an der Vertragserfüllung, sondern auch um die Sicherung der Rückabwicklung des Kaufvertrages (z. B. infolge Rücktritt mangels Lastenfreistellung), sodass sich vorliegend eine Bürgschaft nicht an der Höhe der Grundschuldsumme, sondern an der Höhe der vom Erwerber jeweils geleisteten Zahlungen (= Kaufpreis) an den Bauträger zu orientieren hätte (vgl. Basty, Kap. 6 Rn. 23 ff.).

Man könnte in Betracht ziehen, dass die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens in Kombination mit einer Notaranderkonto-Hinterlegung dem Erwerber eine Rechtsposition vermittelt, die die Löschung der eingetragenen Grundschuld sichert. Dagegen spricht aber zum einen – ungetacht dessen, welches Aufgebotsverfahren hier eingeleitet wurde – dass ungewiss ist, ob das zuständige Gericht die tatbestandlichen Voraussetzungen als gegeben und nachgewiesen ansehen wird. D. h. der Ausgang des Aufgebotsverfahrens ist *per se* ungewiss. Darüber hinaus sollte eine solche Vorgehensweise erkennbar dazu dienen, den Erwerber vor dem Risiko zu schützen, dass ein unbekannter Dritter das Grundpfandrecht geltend macht. In dem Moment, in dem sich dieses Risiko realisiert, erweist sich allerdings das Aufgebotsverfahren als untauglich zur Löschung des Rechts, denn sowohl ein Aufgebotsverfahren nach § 1162 BGB als auch nach § 1170 BGB müsste sodann eingestellt werden. Eine Hinterlegung der Grundpfandrechtssumme bei Gericht gem. § 1171 BGB würde mangels Unbekanntseins des Gläubigers ebenfalls ausscheiden.

Man könnte ferner daran denken, ob die Hinterlegung der (doppelten) Grundpfandrechtssumme auf einem Notaranderkonto die Lastenfreistellung sicherstellt. Die Hinterlegung auf dem Notaranderkonto mag zwar das **wirtschaftliche Interesse der Erwerber** vor der Gefahr einer Inanspruchnahme aus dem Grundpfandrecht sichern, einen Anspruch auf Löschung des Grundpfandrechts vermittelt diese allerdings nicht. Nun mag man zwar an das Befriedigungsrecht der Erwerber – sobald sie Eigentümer geworden sind – gem. §§ 1142, 1192 Abs. 1 BGB denken, aber auch im Falle der Befriedung des dinglichen Anspruchs geht das Grundpfandrecht nicht unter, sondern nur auf den ablösenden Eigentümer über. Damit bleibt die Gefahr, dass ein Gläubiger eines Miteigentümers das Recht pfändet (z. B. ein Gläubiger des Bauträgers, solange er noch nicht gänzlich aus der Wohnungseigentümergemeinschaft ausgeschieden ist) oder ein Miteigentümer die Mitwirkung an der späteren Löschung des Rechts verweigert oder von „Auflagen“ abhängig macht. Die Hinterlegung der (doppelten) Grundpfandrechtssumme mindert daher *unseres Erachtens* zwar das wirtschaftliche Risiko der Erwerber, wird aber dem Ziel der MaBV, eine Löschung nicht übernommener Grundpfandrechte zu gewährleisten, nicht gerecht, da sie keinen Anspruch der Erwerber gegen den Gläubiger auf Löschung des Grundpfandrechts zu begründen vermag.

4. Folgen einer gegen § 3 Abs. 1 Nr. 3 MaBV verstoßenden Zahlungsvereinbarung

Mit Urteil vom 22.12.2000 hat der BGH (BGHZ 146, 250) entschieden, dass eine zulasten des Erwerbers gegen § 3 Abs. 2 MaBV verstoßende Zahlungsvereinbarung nichtig ist gemäß § 134 BGB. Nach Ansicht der Rechtsprechung und Teilen der Literatur gilt diese Rechtsfolge auch für einen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 MaBV (vgl. Basty, Rn. 89 m. w. N.).

Das OLG Celle hat hierzu in der Folge ausgeführt:

„Fälligkeitsregelungen über Abschlagszahlungen im Bauträgervertrag, die gegen § 3 I 1 Nr. 3 und gegen § 3 I 4 MaBV verstößen, führen gem. § 12 MaBV zur Nichtigkeit dieser Klauseln

nach § 134 BGB und damit zur Anwendbarkeit von § 641 BGB mit der Folge, dass der Erwerber überhaupt keine Abschlagszahlungen, auch nicht nach § 632a BGB, zu leisten hat.“

(OLG Celle NJW-RR 2004, 592)

5. Ergebnis

Vor dem Hintergrund der unter Ziff. 3 geschilderten Risiken für den Erwerber und der Tatsache, dass die Rechtsfolge eines MaBV-Verstoßes für den Bauträger gravierend wäre, sollte *unseres Erachtens* vorsorglich der bereits angedachte Weg über eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV beschritten werden (ebenso im Ergebnis Montreal, S. 219; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 1964).