

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 188145**letzte Aktualisierung:** 21. Januar 2022**MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 4; ZPO §§ 417, 435****Vereinbarkeit eines Globalfreigabevertrags einer Sparkasse mit dem Aushändigungserfordernis gem. § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV****I. Sachverhalt und Fragen**

Bezugnehmend auf das DNotI-Abrufgutachten Nr. 142668 vom 1.12.2015 stellt sich die Frage, ob die Bedenken auch für eine gesiegelte Globalpfandfreigabe einer Sparkasse gelten? Es handelt sich hierbei ja nicht um eine Privaturkunde im klassischen Sinn. Haben sich im Übrigen Neuigkeiten zur Thematik ergeben?

II. Zur Rechtslage**1. Rechtliche Ausgangslage**

Nach § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV müssen die zur Sicherung der Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen, namentlich das sog. Freigabevertrags, dem Auftraggeber (Erwerber) ausgetauscht werden. Nachdem der BGH (DNotZ 2007, 376, 377) zum Aushändigungserfordernis gem. § 7 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 4 S. 3 MaBV betreffend Bürgschaften geurteilt hat, eine Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar stehe der vom Gesetz verlangten Aushändigung dieser Unterlagen an den Erwerber nur dann gleich, wenn der Erwerber durch die Verwahrung keine rechtlichen Nachteile erleide, haben wir in unserem **DNotI-Abrufgutachten Nr. 142668 v. Dez. 2015** aufgezeigt, dass die notarielle Verwahrung einer *einzig* Freigabeerklärung für mehrere bzw. sämtliche Erwerber (sog. Globalfreigabevertrags) nicht völlig unbedenklich erscheint.

Zum einen stellt sich die berufsrechtliche Frage, ob es zulässig ist, dass ein Notar in Ansehung eines einzigen Treuguts (hier: Originalschriftstück des Freigabevertrags) mehrere öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnisse begründet. Zum anderen sehen wir die Gefahr, dass ein Gericht urteilen könnte, die notarielle Verwahrung des Globalfreigabevertrags sei mit rechtlichen Nachteilen für den Erwerber verbunden. Denn dadurch, dass der Notar das Originalschriftstück für mehrere Treugeber (Erwerber) verwahrt, wird er letztlich – sofern sich die Erwerber im Bedarfsfall nicht auf eine gemeinsame Weisung einigen – das Original an niemanden herausgeben, sondern den Erwerbern jeweils nur eine beglaubigte Abschrift des Freigabevertrags zur Verfügung stellen können. Eine beglaubigte Abschrift hat indes einen geringeren Beweiswert als das Original einer Privaturkunde.

Soweit ersichtlich ist bislang weder zum disziplinarischen Aspekt noch zu der Frage, ob ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV vorliegt, eine Gerichtsentscheidung ergangen.

2. Freigabevereversprechen einer Sparkasse als öffentliche Urkunde

Im vorliegenden Fall besteht jedoch die Besonderheit, dass es sich bei der den Bauträger finanziierenden Gläubigerin um eine Sparkasse handelt und diese das Freigabevereversprechen mit ihrem Siegel (vgl. § 19 BaySpkO) versehen hat. Vor dem Hintergrund, dass Sparkassen überwiegend als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind, stellt sich die Frage, ob die Erwerber auch dann einen rechtlichen Nachteil erleiden würden, wenn sie im Bedarfsfall „nur“ eine beglaubigte Abschrift des vorliegenden Freigabevereversprechens der Sparkasse erhielten. Wir würden dazu neigen, diese Frage zu verneinen, denn nach **§ 435 S. 1 Hs. 1 ZPO** kann eine öffentliche Urkunde in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift, die hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden.

Soweit ersichtlich ist zwar noch keine Entscheidung dazu ergangen, ob es sich bei einem von einer Sparkasse gesiegelten Freigabevereversprechen um eine öffentliche Urkunde handelt. Der **BGH** (NJW-RR 2011, 953) hatte sich jedoch mit der Frage zu befassen, ob eine von einer Sparkasse erteilte Bietervollmacht die förmlichen Anforderungen des § 71 Abs. 2 ZVG in einem Versteigerungsverfahren erfüllt. In seinen Entscheidungsgründen führt das Gericht aus:

„[17] bb) Die von dem Vorstand einer Sparkasse ausgestellte Vollmachtsurkunde ist eine **öffentliche Urkunde nach § 417 ZPO**, auch wenn dies im Land Hessen nicht – wie z. B. im Land Nordrhein-Westfalen (§ 20 IV NWSparkassenG, GVBl 2008, 696) – gesetzlich bestimmt ist.

[18] (1) Die Bet. zu 2 [*Anm. DNotI*: Bet. zu 2 ist die Sparkasse] ist nach hessischem Landesrecht eine Behörde, die öffentliche Urkunden nach §§ 415, 417, 418 ZPO ausstellen kann. Nach dem Sparkassengesetz des Landes Hessen (i. d. F. der Bekanntmachung v. 24. 2. 1991, GVBl I, 78) sind die Sparkassen, deren Träger Kommunen sind, rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 1 I) und deren Vorstände öffentliche Behörden, welche die Sparkassen gerichtlich und außergerichtlich vertreten (§ 7 I).

[19] (2) Die von dem Bevollmächtigten der Bet. zu 2 vorgelegte Vollmachtsurkunde ist eine öffentliche Urkunde nach § 417 ZPO. Diese Vorschrift gilt nicht nur für die eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden Urkunden, sondern erfasst über ihren Wortlaut hinaus jede auf Außenwirkung gerichtete urkundliche Willenserklärung einer Behörde, die diese innerhalb der Grenzen ihres Amtsreichs abgibt (vgl. Prütting/Gehrlein/Preuß, ZPO, 2. Aufl., § 417 Rdnr. 4; Schreiber, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 417 Rdnr. 5; Musielak/Huber, ZPO, 7. Aufl., § 417 Rdnr. 1; Wieczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, 3. Aufl., § 417 Rdnr. 3).

[20] Die öffentliche Urkunde muss nicht eine hoheitliche Tätigkeit der Behörde zum Gegenstand haben. Eine öffentliche Behörde ist befugt, in eigenen Angelegenheiten, auch wenn diese

privatrechtlicher Natur sind, Willenserklärungen in der Form einer öffentlichen Urkunde nach § 417 ZPO abzugeben (vgl. BGHZ 6, 304 [308] = NJW 1952, 1211; BGHZ 45, 362 [366] = NJW 1966, 1808; BayObLGZ 1954, 322 [329]; BayObLGZ 1975, 227 [232]; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 436 [437]). Eine in dieser Form errichtete Urkunde liegt jedenfalls dann vor, wenn ein nach Landesrecht als Behörde geltender Sparkassenvorstand eine unterschriebene und mit dem Stempel der Sparkasse versehene Bietvollmacht zur Vorlage bei dem VollstrG ausstellt. Eine so gefertigte Urkunde einer Behörde ist stets als eine öffentliche Urkunde anzusehen (Römer, DNotZ 1956, 359 [363]).“

Nach unserem Dafürhalten sind die rechtlichen Erwägungen des BGH auf eine bayerische Sparkasse übertragbar, denn nach Art. 3 BaySpkG erlangen Sparkassen mit ihrer staatlichen Genehmigung den Status einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts. Darüber hinaus sind nach Art. 5 Abs. 5 BaySpkG der Verwaltungsrat und der Vorstand einer Sparkasse ebenfalls jeweils öffentliche Behörden. In Bayern fehlt zwar eine dem § 20 Abs. 4 SpkG NRW vergleichbare Vorschrift, die besagt, dass „Urkunden, die vom Vorstand oder von den mit seiner Vertretung beauftragten Personen ausgestellt und mit dem Siegel versehen sind, ... öffentliche Urkunden“ sind. Allerdings trifft dieser rechtliche Befund auch auf den vom BGH zu beurteilenden Sachverhalt unter Beteiligung einer hessischen Sparkasse zu. Nach dem Tatbestand der BGH-Entscheidung trug die Bietvollmacht sogar „nur“ den Stempel der Sparkasse und war von zwei Personen (zu deren Funktion innerhalb der Sparkasse schweigt der Tatbestand) unterschrieben. Dennoch hatte das Gericht das Vorliegen einer öffentlichen Urkunde bejaht.

Wir würden mithin davon ausgehen, dass ein von zwei Sparkassenmitarbeitern unterschriebenes (vgl. Art. 5 Abs. 7 BaySpkG) sowie gesiegeltes Freigabever sprechen die Anforderungen einer öffentlichen Urkunde i. S. v. § 417 ZPO erfüllt mit der Folge, dass zu prozessualen Beweiszwecken grundsätzlich die Vorlage einer beglaubigten Abschrift dieser öffentlichen Urkunde genügt. Nach § 435 S. 1 Hs. 2 ZPO kann das Gericht zwar anordnen, dass der Beweisführer die Urschrift vorzulegen oder die Tatsachen anzugeben und glaubhaft zu machen hat, die ihn an der Vorlegung der Urschrift hindern. Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen ist, § 435 S. 2 ZPO. Wir würden in der Möglichkeit, dass ein Beweisverfahren diesen Verlauf nehmen kann, allerdings keinen so gravierenden rechtlichen Nachteil sehen, dass die Verwahrung des Globalfreigabever sprechens durch den Notar nicht mehr mit dem Aushändigungserfordernis des § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV gleichwertig ist. Denn zum einen wird das Gericht die Vorlage regelmäßig nur dann anordnen, wenn Zweifel an der *Richtigkeit der beglaubigten Abschrift* bestehen (vgl. BeckOK-ZPO/Kafka, 42. Ed. 1.9.2021, § 435 Rn. 4; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 435 Rn. 1; Saenger/Siebert, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 435 Rn. 2; MünchKommZPO/Schreiber, 6. Aufl. 2020, § 435 Rn. 3). Derartige Zweifel dürften bei einer notariellen Abschrift gem. § 42 BeurkG nur selten angebracht sein. Zum anderen könnte der Erwerber die fehlende Möglichkeit der Nichtvorlage begründen. Denn wenn ein Erwerber die Herausgabe des Originalschriftstücks begehrte, bliebe dem Notar letztlich – will er sich nicht gegenüber den anderen Erwerbern, für die er das Schriftstück ebenfalls verwahrt, amtswidrig verhalten – nur die Möglichkeit, einen ablehnenden Bescheid gem. § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO (Verweigerung der Befolgerung einer verwahrungsrechtlichen Weisung) nebst Begründung zu erlassen. Aus dem notariellen Ablehnungsbescheid ergäbe sich sodann, warum der Erwerber an der Vorlage des Originals gehindert ist. Dass ein Gericht sodann im Rahmen

der freien Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, der Erwerber habe mangels Vorlage des Freigabevertrags seinen schuldrechtlichen Anspruch auf Lastenfreistellung nicht hinreichend bewiesen, ist zwar nicht *per se* ausgeschlossen, dürfte aber nach menschlichem Ermessen höchst unwahrscheinlich sein, so dass u. E. diese rein theoretische Möglichkeit für die Beurteilung der Vereinbarkeit mit § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV unbeachtlich ist.

3. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten handelt es sich bei einem von zwei Sparkassenmitarbeitern unterschriebenen (vgl. Art. 5 Abs. 7 BaySpkG) sowie gesiegelten (vgl. § 19 BaySpkO) Freigabevertrags um eine öffentliche Urkunde i. S. v. § 417 ZPO. Vor dem Hintergrund der Regelung des § 435 S. 1 Hs. 1 ZPO würden wir ferner davon ausgehen, dass der Erwerber keinen (bedeutenden) Rechtsnachteil erleidet, wenn ihm auf seine Weisung durch den Notar nicht das Original des Freigabevertrags, sondern lediglich eine beglaubigte Abschrift dieses Schriftstücks ausgehändigt werden kann. In der Konsequenz dürfte hierdurch auch das Aushändigungserfordernis des § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV nicht verletzt sein. Unmittelbar einschlägige Rechtsprechung ist indes nicht ersichtlich.

Die berufsrechtliche Frage mehrerer öffentlich-rechtlicher Verwahrungsverhältnisse an einem einzigen Treugut (Globalfreigabevertrags) bleibt hiervon freilich unberührt. Vor dem Hintergrund, dass das DNotI nach seinen Leistungsgrundsätzen keine Fragen zum notariellen Berufsrecht beurteilt, bitten wir, diesen Hinweis – und ebenso die diesbezüglichen Ausführungen im DNotI-Abrufgutachten Nr. 142668 v. Dez. 2015 – nur als Sensibilisierung für eine mögliche disziplinarrechtliche Gefahr zu sehen; eine abschließende (disziplinar-)rechtliche Würdigung ist unsererseits hiermit nicht beabsichtigt.