

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 188854****letzte Aktualisierung: 12. August 2022****BayKommKredV § 3 Nr. 4****Genehmigungsfreiheit einer Finanzierungsgrundschuld; zur Frage der Begrenzung des Nominalbetrags der Finanzierungsgrundschuld auf den Kaufpreis****I. Sachverhalt**

Eine bayerische Kommune möchte im Rahmen eines Grundstücksverkaufs an einen Investor diesem auch eine Finanzierungsvollmacht erteilen. Die Finanzierungsvollmacht soll nicht auf die Höhe des Kaufpreises beschränkt sein, sondern auch die Kosten der Baumaßnahmen mit umfassen.

II. Frage

Gem. der KommKredV in der Fassung vom 1.1.2021 ist nach deren § 3 Nr. 4 grundsätzlich die Erteilung einer Finanzierungsvollmacht möglich. Über die mögliche Höhe einer solchen Vollmacht äußert sich die Verordnung nicht. Kann die Finanzierungsvollmacht seitens der Gemeinde in unbeschränkter Höhe erteilt werden oder zwar in beschränkter Höhe, jedoch über den vereinbarten Grundstückskaufpreis hinaus (also unter Einschluss der Aufwendungen für das Bauobjekt)?

III. Zur Rechtslage**1. Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch Gemeinde**

Nach Art. 72 Abs. 3 BayGO bedarf die Gemeinde zur Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter der Genehmigung. Genehmigungsbehörde ist gem. Art. 117 Abs. 1 BayGO die Rechtsaufsichtsbehörde. Geschäfte des bürgerlichen Rechts erlangen nach Art. 117 Abs. 2 BayGO Rechtswirksamkeit erst mit Erteilung der nach diesem Gesetz erforderlichen Genehmigung (vgl. auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 4079).

Zur Vereinfachung der Abwicklung solcher Rechtsgeschäfte hat das Bayerische Staatsministerium des Inneren mit Erlass der Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens v. 16.8.1995 (GVBl. S. 812), zuletzt geändert durch Verordnung v. 25.11.2020 (GVBl. S. 703), von der Verordnungsermächtigung des Art. 72 Abs. 5 BayGO Gebrauch gemacht. Nach § 3 Nr. 4 dieser Verordnung sind Bürgschaften, Gewährverträge und Verpflichtungen aus verwandten Rechtsgeschäften, die ein Entstehen für fremde Schuld oder für den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände zum Gegenstand haben, genehmigungsfrei, wenn im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks Grundpfandrechte im Zusammenhang mit

der Kaufpreiszahlung bestellt werden oder wenn ein mit einem Grundpfandrecht belastetes Grundstück erworben wird; dies gilt auch, wenn Grundpfandrechte in Ausübung einer Vollmacht bestellt werden, die im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks zur Bestellung von Grundpfandrechten im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung erteilt worden ist; dasselbe gilt für die Begründung der persönlichen Schuld zu einem solchen Grundpfandrecht.

Möglicherweise ist diese kürzlich erfolgte Änderung der Verordnung auf die höchst zweifelhafte Rechtsansicht des OLG München, Kaufvertrag und Grundschuldbestellung müssten *uno actu* erfolgen (BayVBl. 2020, 172 m. Anm. Meier/Schmitt), zurückzuführen (vgl. auch die Ergänzung in § 4 S. 2 der Verordnung, die ebenfalls die Gestaltung der Grundschuldbestellung mittels Vollmacht berücksichtigt).

2. Umfang der Genehmigungsfreiheit – Höhe des Grundschuldbetrages

Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, ob die Bestellung sog. vorgezogener Finanzierungsgrundpfandrechte nach § 3 Nr. 4 der Verordnung auch dann genehmigungsfrei ist, wenn der Betrag der Grundschuld den Kaufpreis übersteigt, konnten wir nicht ausfindig machen. So heißt es etwa bei *Schöner/Stöber* (Rn. 4079) lediglich:

„Bewilligt die Gemeinde als Verkäufer eine Grundschuld zur Finanzierung des Kaufpreises für die Bank des Käufers (s Rdn 3158 ff), so bedarf diese Grundschuld auch der aufsichtlichen Genehmigung, soweit nicht Freistellungsverordnungen dies ausschließen. Die Freistellung von der Genehmigungspflicht für die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden setzt in der Regel voraus, dass die Grundschuld bzw. die Vollmacht zur Bestellung der Grundschuld bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügt: zB Ausschluss der persönlichen Haftung der Gemeinde und Übernahme der Kosten durch den Käufer, Einschränkung der Zweckbestimmungsabrede der Grundschuld, dass die Grundpfandrechte bis zur Eigentumsumschreibung, mindestens bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur zur Sicherung des finanzierten und tatsächlich an den Verkäufer ausgezahlten Kaufpreises dienen und der Käufer bei Abschluss des Kaufvertrages seine Ansprüche auf Darlehensauszahlung an den Verkäufer abtritt und die Gläubiger unwiderruflich anweist, aus dem Darlehen den Kaufpreis zu zahlen.“

Zur Klärung der unterbreiteten Rechtsfrage muss daher § 3 der Verordnung ausgelegt werden.

- a) Nach dem Wortlaut der Bestimmung muss die Bestellung des Grundpfandrechts lediglich **im Zusammenhang** mit Erwerb oder Veräußerung eines Grundstücks sowie der Kaufpreiszahlung erfolgen. Im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung ist ein Grundpfandrecht auch dann bestellt, wenn es der Höhe nach nicht nur den Kaufpreis selbst, sondern auch weitere Aufwendungen absichert. Der Grundschuldbetrag wird jedenfalls nicht ausdrücklich auf den Kaufpreis beschränkt. Allerdings ist man angesichts der kaum nachvollziehbaren (Wortlaut-)Argumentation des OLG München (FGPrax 2019, 256, 257) zur Notwendigkeit einer *uno-actu*-Beurkundung von Kaufvertrag und Grund-

schuldbestellung nicht davor gefeit, dass diese Lesart des Gesetzes von einem zur Entscheidung berufenen Gericht anders beurteilt wird. Eine solche Lesart ginge dahin, dass unter „Kaufpreis“ ausschließlich der Grundstückskaufpreis zu verstehen sein soll.

- b) Ein solches Gesetzesverständnis wäre jedoch reduktionistisch. Art. 72 BayGO will nach seinem Sinn und Zweck verhindern, dass die Gemeinde zulasten ihrer Bürger Risiken durch die Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter für fremde Interessen übernimmt (vgl. Gutachten DNotI-Report 1995, 176, 177 zur Parallelnorm in der sächsischen GO). Die Verordnung hebt die Genehmigungsbedürftigkeit teilweise auf, um die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Gemeinden zu erweitern. Dabei können nach Art. 72 Abs. 5 Nr. 2 BayGO Rechtsgeschäfte von der Genehmigung freigestellt werden, die für die Gemeinde keine besondere Belastung bedeuten. Eine besondere Belastung der Gemeinde wird jedoch - zumindest weitgehend - verhindert, wenn vertragliche Abreden sicherstellen, dass eine Verpflichtung der Gemeinde über den erhaltenen Kaufpreis hinaus ausgeschlossen wird. Die Gemeinde ist durch die Grundschuldbestellung über Kaufpreis und Baukosten nicht stärker gefährdet als bei einer Belastung nur in Höhe des Kaufpreises; denn nach standardisierter Vorgehensweise (Beschränkung der Sicherungsabrede) erfolgt zunächst nur eine Valutierung zur Kaufpreisfinanzierung und erst nach dessen Begleichung eine Valutierung für die Bau- und Erwerbsnebenkosten (vgl. nur Grziwotz, BayVBl 2014, 561 mit zahlreichen Nachweisen). Somit greifen zur Sicherheit der Gemeinde bei einer standardisierten Sicherungsabrede Sicherungsmechanismen ein, die ihr denselben Schutz unabhängig davon verschaffen, in welcher Höhe eine Belastung erfolgt.

Im Ergebnis erachten wir daher eine Grundschuldbestellung auch über den Betrag des Kaufpreises hinaus für zulässig (so im Ergebnis auch Eckert, KommJur 2005, 454, 456; Grziwotz, BayVBl 2014, 561; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 6 Rn. 153-154; Sürth, notar 2014, 302, 305 zum Recht in Nordrhein-Westfalen). Ob der Grundschuldbetrag dann auf den Kaufpreis zuzüglich der Kosten für geplante Baumaßnahmen beschränkt wird oder eine Grundschuldbestellung in unbeschränkter Höhe erfolgt, dürfte vor diesem Hintergrund keinen Unterschied machen, denn die Absicherung der Gemeinde durch die Ausgestaltung der Sicherungsabrede greift in jedem Fall unabhängig von der Höhe des Nominalbetrags der Grundschuld (so auch explizit Sürth, notar 2014, 302, 304 f.).

Allerdings gilt es darauf hinzuweisen, dass das Bayerische Staatsministerium des Innern als Verordnungsgeber wohl selbst davon ausgeht, dass Kaufpreis i. S. d. Verordnung nur der Grundstückskaufpreis ist (Schreiben des BayMI vom 6.10.1997, Az.: I B 4 -1513.2-12, zitiert nach: Grziwotz, BayVBl 2014, 561). Zwar leitet Grziwotz (BayVBl 2014, 561) aus der Entscheidung des OLG München (MittBayNot 2012, 248) ab, dass gerichtlicherseits § 3 Nr. 4 der Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens auch auf eine einheitliche Grundschuld, die zur Finanzierung des Kaufpreises und eines etwaigen Bauvorhabens in den Kaufpreis übersteigender Höhe bestellt wird, anzuwenden ist. Dies ergibt sich jedoch implizit aus der Entscheidung und wird nicht explizit vom OLG München formuliert.

3. Ergebnis:

Nach unserem Dafürhalten unterfällt eine Finanzierungsgrundschuld, deren Nominalbetrag den für das Grundstück geschuldeten Kaufpreis übersteigt, nach dem Sinn und Zweck der Genehmigungsfreistellung des § 3 Nr. 4 der Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von

Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens, wenn die Gemeinde als Sicherungsgeber durch eine Einschränkung der Sicherungsabrede zulasten der finanzierenden Bank geschützt ist. Mit Blick auf fehlende Rechtsprechung und die höchst zweifelhafte Wortlautargumentation des OLG München ist jedoch nicht sicher, ob ein zur Entscheidung berufenes Gericht nicht vollkommen formal am Begriff des Kaufpreises festhält, ohne die Genehmigungsfreistellungsfunktion der Verordnung hinreichend in den Blick zu nehmen.