

MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 3

Bauträgervertrag: Freistellungsversprechen bei einer Eigentümergrundschuld

I. Sachverhalt

Ein Bauträgervertrag wird über ein mit einer Eigentümergrundschuld belastetes Grundstück abgeschlossen.

II. Frage

Welche Anforderungen sind an eine nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 MaBV erforderliche Freistellungserklärung zu stellen, wenn es sich bei den eingetragenen Grundpfandrechten um Eigentümergrundpfandrechte handelt.

III. Zur Rechtslage

1. MaBV erfordert, dass Freistellung von Grundpfandrechten "gesichert" ist

- a) § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV verlangt im Bauträgervertrag die Sicherung der Lastenfreistellung von allen Grundpfandrechten, die der zugunsten des Käufers eingetragenen Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, auch für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird.

§ 3 Abs. 1 S. 2 MaBV definiert den Begriff der Sicherstellung der Feistellung dahingehend, dass gewährleistet sein muss, "das die nicht zu übernehmenden Grundpfandrechte im Grundbuch gelöscht werden, und zwar, wenn das Bauvorhaben vollendet wird, unverzüglich nach Zahlung der geschuldeten Vertragssumme, ansonsten unverzüglich nach Zahlung der dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teils der geschuldeten Vertragssumme durch den Auftragsgeber".

Die zur Sicherung der Freistellung erforderlichen Erklärungen müssen dem Erwerber gem. § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV ausgehändigt worden sein. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Erwerber das Eigentum an dem Vertragsobjekt lastenfrei erwirbt, wenn er seine Pflichten erfüllt.

Hinsichtlich nachrangig eingetragener Belastungen ist der Schutz des Erwerbers durch die Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung sichergestellt, unbeschadet des sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebenden Anspruchs auf Lastenfreistellung gegen den Bauträger auch hinsichtlich nachrangiger Grundpfandrechte.

- b) Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV enthält **nur das Ziel** der Maßnahme, nämlich die Freistellung. Nicht enthalten sind in der Regelung jedoch Bestimmungen darüber, mittels welchen Vorkehrungen die Beteiligten dieses Ziel der Freistellung sichern können. Es gibt verschiedene Maßnahmen, die hier in Betracht kommen können (vgl. Schöner, Rechtliche Probleme bei Lastenfreistellungsverpflichtungserklärungen, DNotZ 1974, 327 ff.).

Von der Literatur werden hierzu insbesondere folgende Möglichkeiten vorgeschlagen (vgl. hierzu insgesamt Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2001, Rn. 276 ff.; Blank, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rn. 142; Reithmann/Meichssner/v. Heymann, Kauf v. Bauträger, 7. Aufl. 1996, Abschnitt B, Rn. 170 ff.; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rn. 120 ff.; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000 Abschnitt A II Rn. 64):

- Abgabe einer Freistellungserklärung/schuldrechtliches Freigabeversprechen der Grundpfandgläubiger;
- Rangrücktrittserklärung der Grundpfandgläubiger hinter die dem Erwerber eingeräumte Auflassungsvormerkung (Wolfsteiner, Sonderheft der DNotZ zum 20. Deutschen Notartag, Stuttgart 1977, 88, 92 f.);
- Übernahme oder teilweise Übernahme der Grundpfandrechte durch den Erwerber zur Sicherung seiner eigenen (Zwischen-)Finanzierung;
- Löschungsbewilligung/Pfandfreigabeerklärung der finanzierenden Bank, verbunden mit einem Notartreuhandauftrag, wonach von der Löschungsbewilligung/Pfandfreigabeerklärung erst nach Zahlung der geschuldeten Vertragssumme im Fall der Vollendung oder auch im Fall des Steckenbleibens des Baus Gebrauch gemacht werden darf.

- c) In der Praxis hat sich das **schuldrechtliche Freigabeversprechen** durchgesetzt (Reithmann/Meichssner/v. Heymann, B, Rn. 170 f.). Mit dem Freigabeversprechen verpflichtet sich der Grundpfandrechtsgläubiger gegenüber dem Bauträger zugunsten des Erwerbers oder unmittelbar gegenüber dem Erwerber zur Löschung der vom Erwerber nicht zu übernehmenden Grundpfandrechte im Grundbuch unverzüglich nach Zahlung der geschuldeten Vertragssumme.

2. Besonderheiten, wenn Grundpfandrecht nicht für im Inland zum Geschäftsbetrieb befugtes Kreditinstitut bestellt ist

Regelmäßig handelt es sich bei dem die Freistellungsverpflichtung erklärenden Grundpfandrechtsgläubiger um ein inländisches Kreditinstitut. Dieses unterliegt der Aufsicht nach dem KWG. Fraglich ist, ob die von der MaBV vorgeschriebene Sicherung der Freistellung durch ein schuldrechtliches Freistellungsversprechen auch dann gewährleistet ist, wenn es sich bei den eingetragenen Grundpfandrechten um Eigentümergrundschulden handelt oder wenn der Grundschuldgläubiger eine Privatperson oder ein nicht im Inland zum Geschäftsbetrieb befugtes Kreditinstitut ist.

a) Vergleichbares Problem der Grundschuldabtretung

Zu dieser Rechtsfrage ist - soweit ersichtlich - bisher noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen. Die Rechtslage ist daher unsicher. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang insbesondere problematisiert, dass die Grundschuld nach Abgabe des schuldrechtlichen Freistellungsversprechens an einen Dritten abgetreten werden könnte. Nach *Reithmann* (in: Reithmann/Meichssner/v. Heymann (B

Rn. 192 ff.) ist diese Gefahr bei einer Globalgrundschuld zugunsten eines inländischen Kreditinstituts zu vernachlässigen. Sollte der Globalgläubiger die Grundschuld an einen Dritten abtreten, so ist der Globalgläubiger aus dem Freigabever sprechen verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass auch der Zessionar in Verpflichtungen aus dem Freigabever sprechen eintritt und diese Verpflichtungen erfüllt. Der Zessionar sei an das Freigabever sprechen im Rahmen des § 1157 BGB gebunden. Der Käufer könne dem Zessionar die Einreden „aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses“ entgegensezten. Dies ist nur dann nicht möglich, wenn der Zessionar gutgläubig war, also das Freigabever sprechen nicht kannte. Die Gefahr einer Abtretung könne im übrigen dadurch vorgebeugt werden, dass die Globalgrundschuld als nicht abtretbare Grundschuld bestellt wird, also Brieferteilung und Abtretbarkeit ausgeschlossen werden. Diese Möglichkeit der zusätzlichen Sicherung scheidet jedoch bei einer Eigentümergrundschuld aus, da in diesem Falle die Eigentümergrundschuld praktisch nicht mehr als Kreditsicherheit zur Verfügung stünde und damit wertlos wäre.

b) Analogie zu § 2 Abs. 2 S. 2 MaBV?

Während § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 MaBV die Freistellung lediglich als Zielbestimmung enthält, wird die Art und Weise der Sicherstellung einschließlich der Person des Sicherheitsleistenden zwingend in § 2 Abs. 1, Abs. 2 MaBV und in § 7 Abs. 1 S. 1 u. 2 MaBV vorgeschrieben. Um den Auftraggeber einen möglichst umfassenden Schutz zu gewähren, wird der Kreis der geeigneten Bürgen in § 2 Abs. 2 MaBV, auf den auch in § 7 Abs. 2 S. 1 MaBV verwiesen wird, einschränkend festgelegt. Die Abweichung von § 239 Abs. 1 BGB wurde damit gerechtfertigt, die Durchsetzung etwaiger Ansprüche des Auftraggebers so sicher wie möglich zu gestalten. Deshalb seien nur solche Personen als potentielle Bürgen zuzulassen, die einer besonderen Aufsicht unterliegen (vgl. BR-Drucksache 786/73, S. 8).

Hiernach ist davon auszugehen, dass der MaBV im Interesse des von ihm geschützten Personenkreises die abstrakte Bonitätsprüfung eines Sicherheitengebers nicht unbekannt ist. U. E. erscheint es allerdings **problematisch, § 2 Abs. 2 S. 2 MaBV im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV analog anzuwenden**. Die Hürde des § 2 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz MaBV steht dem zwar im Hinblick auf die Verweisungsnorm des § 7 Abs. 1 S. 2 MaBV nicht entgegen; anders als bei § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV regeln die §§ 2 Abs. 2 u. 7 Abs. 1 MaBV jedoch die Art der Sicherheitsleistung und in diesem Zusammenhang auch die Person des Sicherheitsleistenden, während § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 dies gerade offenlässt. Man wird deshalb annehmen können, dass grundsätzlich auch ein Grundpfandrecht, das für den Eigentümer oder für eine andere Privatperson eingetragen ist, die keiner banken- und versicherungsrechtlichen Aufsicht unterliegt, die Fälligstellung von Kaufpreisraten gem. § 3 MaBV nicht von vornherein ausschließt.

c) Löschung derr Grundpfandrechte "gewährleistet"?

Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob auch bei solchen Grundpfandrechten das sonst übliche Freistellungsversprechen, welches nur schuldrechtlich wirkt, den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV genügt. Nach Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV stellt die Freistellungsverpflichtungserklärung nur dann eine ausreichende Sicherheit dar, wenn sie den lastenfreien Eigentumserwerb vom Vertragsobjekt sowohl bei Maßnahmen der Einzel- oder Gesamtvollstreckung in

das Vermögen des Verkäufers als auch in das Vermögen des Grundschuldgläubigers **gewährleistet**.

Auf der Verkäuferseite entstehen Gefahren, wenn die Grundschuld als Eigentümergrundschuld noch zu seinen Gunsten besteht und seitens Dritter in diese Eigentümergrundschuld vollstreckt werden kann. Namentlich hierdurch kann zum Nachteil des Erwerbers eine Löschung verhindert werden (vgl. Schöner, DNotZ 1974, 327, 338 f.). Auch im Falle der Abtretung der Eigentümergrundschuld bestehen Gefahren, wenn der Zessionar gutgläubig ist, und sich das Freigabeversprechen gem. §§ 1157, 892 BGB nicht entgegenhalten lassen muss. Schließlich macht auch die gänzliche oder teilweise Pfändung des Kaufpreisanspruchs Schwierigkeiten, wenn die Freistellung nur für den Fall versprochen wurde, dass der Kaufpreis auf ein bestimmtes Konto bezahlt wird. Gem. §§ 1281 ff. kann der Erwerber nach einer Verpfändung nicht mehr schuldbefreit auf das angegebene Konto leisten; damit wird auch die Verpflichtung zur Lastenfreistellung nicht wirksam (Schöner, DNotZ 1974, 327, 335 f.).

Liegt eine Fremdgrundschuld vor, so steht dem Grundpfandrechtsgläubiger an diesem Grundpfandrecht ein gesetzlicher Löschungsanspruch nach § 1179 b BGB zu. Dieser genügt nach Ansicht von Reithmann (Reithmann/Meichssner/v. Heymann, B, Rn. 197) i. d. R. zur Vermeidung der Pfändung einer nachträglich entstandenen Eigentümergrundschuld, da die Globalbank aufgrund des Freigabeverspredens zu dessen Geltendmachung verpflichtet ist. Auch in diesem Fall erscheint die nur schuldrechtliche Absicherung des Erwerbers jedoch ungenügend, wenn der Grundpfandrechtsgläubiger wie z. B. als Privatperson keiner gesonderten Überwachung unterliegt. In diesem Fall könnte dann daran gedacht werden, dass der Eigentümer/Bauräger an diesem Fremdgrundpfandrecht keine eigenen Rechte erwirbt. Dies könnte durch Bestellung einer Löschungsvormerkung zugunsten des Erwerbers gem. § 1179 Nr. 2 BGB bewirkt werden. Die Vormerkungswirkung verhindert dann zugunsten des Erwerbers, dass Verfügungen des Baurägers/Eigentümers - auch im Wege der Zwangsvollstreckung - wirksam werden (vgl. Schöner, DNotZ 1974, 327, 338). Schließlich ist daran zu denken, bei einer Fremdgrundschuld der Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs im Falle einer Abtretung nach § 1157 BGB durch einen Abtretungsausschluss entgegenzuwirken.

Gerät der Grundpfandrechtsgläubiger bzw. der Eigentümer in Vermögensverfall, wird die Freistellungsverpflichtung zur Konkursforderung; eine vorher erteilte Pfandfreigabe wird wegen der mit der Konkursöffnung wegfallenden Verfügungsbefugnis des Gläubigers unvollziehbar, wenn sie zu diesem Zeitpunkt nicht bereits zum grundbuchamtlichen Vollzug beantragt war (Schöner, DNotZ 1974, 327, 341). Sicherheit bietet in diesem Fall ebenfalls ein Rangrücktritt des Grundpfandrechts hinter die Auflassungsvormerkung. Vorgeschlagen wird ebenfalls die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Käufers und zur Absicherung seines Anspruchs auf Pfandfreigabe (Schöner, DNotZ 1974, 327, 341 f.).

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis scheint uns die Lastenfreistellung i. S. eines Freigabeverspredens gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV grundsätzlich auch dann möglich, wenn es sich bei den eingetragenen Grundpfandrechten jedenfalls um Rechte zugunsten Privater handelt.

3. Absicherung verbleibender Risiken des Erwerbers

- a) Aber auch wenn die MaBV nicht die Ausschließung aller für den Erwerber bestehenden Risiken verlangt, so wird der Notar doch sinnvollerweise eine stärkere Sicherung der Lastenfreistellung anregen, weil ein Komfortrecht ausnahmsweise für eine Privatperson oder wenn eine Eigentümergrundschuld eingetragen ist (Basty, Rn. 367). In Einzelfällen kann der Hinweis hinaus sich auch aus der betreuenden Belehrungspflicht des Notars ergeben (insbesondere aus der Verpflichtung, nicht eine Seite hier unbewusste besicherte Vorleistungen eingehen zu lassen).

In Betracht kommt hierbei insbesondere der Rangrücktritt des Grundpfandrechtes hinter die Auflassungsvormerkung des Erwerbers (Basty, Rn. 376). Schließlich besteht die Möglichkeit der Sicherheitsleistung durch Stellung einer Bürgschaft gem. § 7 MaBV.