

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 172857****letzte Aktualisierung: 3. Januar 2020****MaBV § 3****Freigabeversprechen durch Privatgläubiger einer Briefgrundschuld; Notwendigkeit einer Sicherung durch Löschungsvormerkung trotz treuhänderischer Verwahrung des Briefs durch den Notar****I. Sachverhalt**

Es soll eine Lastenfreistellung gem. § 3 Abs. 1 MaBV erfolgen. Im Grundbuch eingetragen ist ein Briefgrundpfandrecht mit einer natürlichen Person als Gläubiger. Unter Bezugnahme auf das Gutachten DNotI-Report 2015, 25-29 wird verlangt, dass zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Grundpfandrechts und dessen Löschung im Grundbuch eine Vormerkung zugunsten des Erwerbers eingetragen ist oder dass alternativ das Grundpfandrecht unter eine auflösende Bedingung gestellt ist, welche in der Beantragung der Löschung durch den Notar besteht (und diese Bedingung dann vom Notar herbeigeführt werden soll unter den Voraussetzungen des § 3 MaBV). Der Gläubiger meint, es genüge, wenn der Brief dem Notar zur Verwahrung mit einem entsprechenden, über eine hinreichende Laufzeit nicht widerruflichen Treuhandauftrag übergeben worden sei. Der Gläubiger meint, die Risiken, die ansonsten bei einer Buchgrundschuld bestünden (Pfändung der Buchgrundschuld; vertragswidrige Verfügung), seien bei einer Briefgrundschuld nicht möglich, wenn der Notar den unmittelbaren Besitz am Grundschuldbrief habe: Die Pfändung setze gem. § 830 Abs. 1 S. 1 ZPO die Übergabe des Briefs an den Gläubiger voraus. Zwar könne auch der Herausgabeanspruch gepfändet werden. Der Notar könne aber diesem Herausgabeanspruch gem. § 404 BGB seine Bindungen und Verpflichtungen aus der Treuhandabrede entgegenhalten. Aus dem gleichen Grund scheidet auch eine Abtretung nach § 1155 BGB aus, etwa durch Abtretung des mittelbaren Besitzes. Auch hier gelte § 404 BGB.

II. Fragen

1. Ist die Rechtsauffassung berechtigt, sodass es bei Briefrechten und Privatgläubigern keiner Eintragung einer Löschungsvormerkung oder ähnlicher Sicherungsmechanismen bedarf, wenn Auszahlung/Fälligkeit daran anknüpfen, dass der Notar den unmittelbaren Besitz am Brief hat und Treuhandauflagen abzulösender Gläubiger aus dem zu zahlenden/verwahrten Kaufpreis erfüllt werden können?
2. Ergeben sich Unterschiede, wenn es sich nicht um einen Bauträgervertrag handelt, sondern einen gewöhnlichen Grundstückskaufvertrag?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtliche Ausgangslage

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV darf der Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers (= Erwerber) zur Ausführung des Auftrages erst entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen, wenn die **Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten**, die der Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, **gesichert ist**, und zwar auch für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird. Die Freistellung ist gem. § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV gesichert, wenn **gewährleistet ist, dass die nicht zu übernehmenden Grundpfandrechte im Grundbuch gelöscht werden**, und zwar,

- a) wenn das Bauvorhaben vollendet wird, unverzüglich nach Zahlung der geschuldeten Vertragssumme,
- b) andernfalls unverzüglich nach Zahlung des dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teils der geschuldeten Vertragssumme durch den Auftraggeber.

Für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird, *kann* sich der Grundpfandrechtsgläubiger vorbehalten, anstelle der Freistellung alle vom Auftraggeber vertragsgemäß im Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV bereits geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts zurückzuzahlen, § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV.

Die MaBV spricht nur davon, dass die Lastenfreistellung gesichert sein muss, schreibt aber nicht vor, in welcher Weise dies zu erfolgen hat. Es ist daher anerkannt, dass die MaBV verschiedene Möglichkeiten der Sicherung der Lastenfreistellung zulässt:

- eine Löschungsbewilligung oder Pfandfreigabeerklärung, ggf. verbunden mit einem Treuhandauftrag an den Notar, davon erst nach Erfüllung bestimmter, aus dem Kaufpreis zu erfüllender Treuhandaufgaben Gebrauch zu machen;
- ein rein schuldrechtliches Freigabeversprechen, das bestimmte Auflagen enthalten kann;
- einen Rangrücktritt des abzulösenden Gläubigers hinter die Auflassungsvormerkung des Erwerbers

(vgl. Bast, DNotZ 1992, 131, 143; ders., Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 305 ff.; Riemenschneider/Farrelly, Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und -vertrag, 2012, § 4 Rn. 1189 ff.; Blank, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2015, Rn. 205 ff.; Kutter, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, A II Rn. 64; Marcks, MaBV, 9. Aufl. 2014, § 3 Rn. 17; vgl. auch allg. Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rn. 542 ff.).

2. Rechtsnatur des sog. Freigabeversprechens

In der Praxis hat sich das **sog. Freigabeversprechen** des den Bauträger finanzierenden Kreditinstituts (Globalgläubiger) durchgesetzt. In älteren Entscheidungen spricht der BGH davon, dass es sich bei dem Freigabeversprechen um einen **Vertrag zugunsten Dritter**

i. S. v. § 328 BGB handelt, der zwischen dem Bauträger und seinem Gläubiger zugunsten des Erwerbers zustande kommt (vgl. BGH DNotZ 1977, 356, 360; ebenso BGH NJW 1976, 2213; BGH DNotZ 1992, 560, 561; offengelassen BGH DNotZ 1984, 322, 323). Die überwiegende Literatur geht heute indes davon aus, dass ein **Vertragsverhältnis unmittelbar zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber** entsteht, wobei das Freigabeversprechen ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages darstellt, welches durch den Erwerber stillschweigend angenommen wird. Nach der Verkehrssitte ist ein Zugang der Annahmeerklärung entbehrlich, § 151 BGB (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 314 m. w. N.; Vogel, BauR 1999, 992, 995).

Ungeachtet der rechtsdogmatischen Konstruktion besteht Einigkeit darüber, dass der Erwerber mit dem Freigabeversprechen des Globalgläubigers zunächst „**nur**“ einen eigenen **schuldrechtlichen Anspruch auf Lastenfreistellung** erwirbt. Dieser schuldrechtliche Anspruch bedarf mithin der späteren Erfüllung, was in jenen Fällen unbedenklich erscheint, in denen sich der Anspruch gegen ein (im Inland zugelassenes) Kreditinstitut richtet (vgl. Grziwotz/Bischoff, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 44; Gutachten DNotI-Report 2015, 25, 26). Zur Erfüllung hat der Gläubiger später entweder eine sog. „Löschungsbewilligung“ (§§ 1192, 875 Abs. 1 BGB, § 19 GBO) oder eine sog. „Pfandfreigabeerklärung“ (§§ 1192, 1175 Abs. 1 S. 2 BGB, § 19 GBO) in der Form des § 29 GBO abzugeben.

3. Erhöhtes Sicherheitsbedürfnis bei „nicht soliden“ Privatgläubigern

Anders ist dies jedoch für sog. „**nicht solide Grundpfandrechtsgläubiger**“ zu beurteilen. Handelt es sich bei dem eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger nicht um ein inländisches, der Bankenaufsicht unterstehendes Kreditinstitut, bei dem in der Regel davon auszugehen ist, dass die schuldrechtliche Lösungsverpflichtung auch ohne weitere Sicherungsmechanismen eingehalten wird, ist dem Sicherheitsinteresse des Käufers durch das bloße Freigabeversprechen allein nicht hinreichend Rechnung getragen. Wird das Freigabeversprechen durch einen nicht der Bankenaufsicht unterliegenden Privatgläubiger abgegeben, ist grundsätzlich vielmehr die **zusätzliche Absicherung des Freigabe-/Löschungsanspruchs** durch Eintragung einer Löschungsvormerkung geboten, um beispielsweise die Lastenfreistellung auch im Falle der Insolvenz des Gläubigers zu gewährleisten.

4. Besonderheiten bei Briefrechten: Möglichkeit einer Absicherung durch treuhänderische Verwahrung des Grundschuldbriefs anstelle einer Löschungsvormerkung?

Im Ausgangspunkt ist ein entsprechendes erhöhtes Sicherheitsbedürfnis auch im vorliegenden Fall gegeben. Die Besonderheit der mitgeteilten Sachverhaltskonstellation besteht jedoch darin, dass es sich bei dem wegzufertigenden Grundpfandrecht abweichend vom praktischen Regelfall nicht um ein Buch-, sondern um ein **Briefrecht** handelt. Insofern stellt sich die Frage, ob entsprechend der Rechtsauffassung der Gläubigerin im Falle einer Briefgrundschuld deren Löschung auch dadurch hinreichend sichergestellt werden kann, dass die Grundpfandrechtsgläubigerin zusätzlich zur Abgabe des Freigabeversprechens den Grundschuldbrief an den Notar zur treuhänderischen Verwahrung übergibt und dabei eine (ausreichend lang befristete) unwiderrufliche Treuhandanweisung erteilt. Für entbehrlich könnte die nach allgemeinen Grundsätzen erforderliche Eintragung einer Löschungsvormerkung u. E. allerdings nur dann erachtet werden, wenn die Verwahrung des Briefs den Käufer gleichermaßen effektiv gegen die Risiken einer zwischenzeitlichen Verfügung über das Grundpfandrecht, dessen Pfändung oder den Insolvenzeintritt aufseiten des Gläubigers absichert, wie dies bei Eintragung einer Löschungsvormerkung der Fall wäre.

Die vorgenannten Risikokonstellationen sind dabei getrennt zu betrachten. Während der Fall einer drohenden Pfändung der Grundschuld durch die Verwahrung des Briefs beim Notar (wohl) hinreichend abgesichert werden könnte, dürfte dies für die Fälle einer Abtretung der Grundschuld oder der Insolvenz des Grundpfandrechtsgläubigers jedoch nicht ohne Weiteres gelten. Im Einzelnen ergibt sich dies aus folgenden Erwägungen:

a) Pfändung der Grundschuld beim Grundschuldgläubiger

Entsprechend den Ausführungen in DNotI-Report 2015, 25 ff. würde die Löschungsvormerkung den Freigabegläubiger insbesondere auch vor einer möglichen Pfändung durch Gläubiger des Grundschuldinhabers schützen.

Insoweit bietet die treuhänderische Verwahrung des Grundschuldbriefs durch den Notar u. E. im Ergebnis jedoch eine gleichwertige Sicherungsmöglichkeit.

Zur **wirksamen Pfändung einer Briefgrundschuld** ist Folgendes anzumerken:

Zur wirksamen Pfändung einer Briefgrundschuld ist neben dem Pfändungsbeschluss auch **die Aushändigung des Briefs an den Pfändungsgläubiger bzw. die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher** erforderlich, § 830 Abs. 1 S. 2 ZPO. Befindet sich der Brief bei einem Dritten, ohne dass dieser im Wege der Abtretung Gläubiger des Rechts wurde, so wird die Pfändung erst wirksam, wenn der **Dritte den Brief** an den Gläubiger oder an den Gerichtsvollzieher **herausgibt** (BeckOK-ZPO/Riedel, Std.: 1.7.2019, § 830 Rn. 14). Ist der **Dritte zur Herausgabe nicht bereit**, so ist der Herausgabeanspruch, den der Schuldner gegen den Dritten hat, zu pfänden und dem Gläubiger zur Einziehung zu überweisen. Die Pfändung des Grundpfandrechts wird jedoch nicht durch die **Pfändung des Herausgabeanspruchs** wirksam, sondern erst durch die Herausgabe bzw. Herausgabevollstreckung. Die Pfändung des Herausgabeanspruchs stellt also **kein Übergabesurrogat** dar (BeckOK-ZPO/Riedel, § 830 Rn. 14.1).

Voraussetzung eines entsprechenden Vorgehens ist allerdings, dass ein solcher **durchsetzbarer (und damit pfändbarer) Herausgabeanspruch des Pfändungsschuldners gegen den nicht herausgabebereiten Dritten** überhaupt besteht.

Für den materiell berechtigten Grundschuldgläubiger könnte sich ein solcher Herausgabeanspruch gegenüber dem verwahrenden Notar im Ausgangspunkt wegen seines **Briefeigentums** zunächst aus §§ 952, 985 BGB ergeben. Denkbar wäre zudem ein (vertraglicher) Herausgabeanspruch aus dem der **Verwahrung** zugrunde liegenden **öffentlich-rechtlichen Treuhandverhältnis**.

Rechtsgrundlage der Verwahrung des Grundschuldbriefs ist dabei § 24 BNotO. Solange der **Treuhandauftrag** betreffend die Verwahrung des Grundschuldbriefs **weder erledigt noch durch wirksamen Widerruf beseitigt** wurde, besteht **kein durchsetzbarer Anspruch auf Herausgabe des Grundschuldgläubigers aus dem Treuhandverhältnis**, sodass auch eine Pfändung insoweit ausgeschlossen wäre. Gleiches dürfte auch für einen daneben bestehenden Anspruch aus §§ 952, 985 BGB gelten, dem unter diesen Umständen ein **Recht zum Besitz i. S. v. § 986 BGB** entgegenstehen dürfte. Bestätigt wird dies auch durch eine Entscheidung des BGH (NJW 1998, 746 – Anhang), aus der sich u. E. der allgemeine Grundsatz ableiten lässt, dass

der Pfändungsgläubiger eine treuhänderische Vereinbarung gegen sich gelten lassen muss, wenn der Pfändungsschuldner diese nicht einseitig widerrufen kann.

Ausreichend für die Wirksamkeit der Pfändung wäre vor diesem Hintergrund jedoch, wenn dem **Pfändungsschuldner** im maßgeblichen Zeitpunkt der Anspruchspfändung ein **Recht zum einseitigen Widerruf** zusteht. Letzteres müsste auch dem Pfändungsgläubiger zugutekommen, sodass von einem im Grundsatz pfändbaren (durchsetzbaren) Anspruch im vorstehenden Sinne ausgegangen werden könnte.

Eine gewisse rechtliche Unsicherheit könnte sich in diesem Zusammenhang vorliegend deshalb daraus ergeben, dass nach **ganz h. M.** die **von einem ablösenden Gläubiger erteilte Treuhandaufgabe einseitiger Natur** ist und demzufolge auch **einseitig widerrufen** werden kann (vgl. Hertel, in: DAI – Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2004/2005, S. 38-43, insb. S. 42 f.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1742 ff, Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 54c BeurkG Rn 62 ff.; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 24 BNotO Rn. 40-44, § 54c BeurkG Rn. 10-14, insb. Rn. 13 u. Fn. 32; Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1770-1784; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn 117-119; KG, Beschl. v. 23.11.2010 – 9 W 165/09, RNotZ 2011, 372). Ein uneingeschränkter einseitiger Widerruf ist in analoger Anwendung des § 60 Abs. 1 BeurkG (§ 54c Abs. 1 BeurkG a. F.) aber auch auf Grundlage dieser Auffassung dann ausgeschlossen, wenn der Notar durch die Herausgabe des Verwahrungsgegenstandes **Amtspflichten gegenüber Dritten** verletzen würde. Dies wird insbesondere für den Fall angenommen, dass der Erwerber als Dritter aufgrund einer notariellen Fälligkeitsmitteilung zur Vornahme von Vermögensdispositionen veranlasst wurde (Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 167 m. w. N.). Die Frage, ob im Falle einer Direktzahlung – also ohne Einschaltung eines Notaranderkontos – eine endgültige Bindung an die Treuhandaufgabe bereits mit dem Versenden der Fälligkeitsmitteilung oder erst mit der Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer eintritt, ist noch nicht abschließend geklärt. Bei der Abwicklung eines Bauträgervertrages könnte in diesem Zusammenhang auch zu bedenken sein, dass der Notar hier regelmäßig nur das Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen bestätigt, die finanzielle Disposition des Käufers aber erst durch die nachfolgende Zahlungsanforderung des Bauträgers nach Maßgabe des Ratenplans veranlasst wird. Unabhängig davon ist u. E. jedoch davon auszugehen, dass **spätestens mit der Vornahme der ersten Abschlagszahlung ein einseitiger Widerruf der Treuhandaufgabe analog § 60 Abs. 1 BeurkG** (§ 54c Abs. 1 BeurkG a. F.) **unbeachtlich** wäre, denn dem abzulösenden Gläubiger ist bekannt, dass die Erteilung der Lösungsunterlagen eine Voraussetzung der Fälligkeit des Erwerbspreises ist und der Erwerber im Vertrauen auf das Vorliegen dieser Unterlagen leistet. Insoweit entfaltet die Treuhandaufgabe des Gläubigers spätestens mit der (auch) auf der notariellen Fälligkeitsmitteilung beruhenden ersten Abschlagszahlung eine Schutzwirkung zugunsten eines Dritten, nämlich zugunsten des Erwerbers. Dass es sich bei der treuhänderischen Verwahrung des Grundschuldbriefs für die Gläubigerin und der Überwachung der Fälligkeitsvoraussetzungen um zwei eigenständige Betreuungstätigkeiten i. S. v. § 24 Abs. 1 BNotO handelt, steht einer solchen Wechselwirkung nicht entgegen, denn § 60 Abs. 1 BeurkG setzt gerade kein mehrseitiges Treuhandverhältnis voraus, sondern ordnet auch für das einseitige Treuhandverhältnis an, dass ein einseitiger Widerruf unbeachtlich ist, wenn der Notar durch dessen Befolgung seine Amtspflichten gegenüber einem Dritten verletzen würde.

Bis zu diesem Zeitpunkt wäre ein Herausgabeverlangen des Grundschuldgläubigers nach einseitigem Widerruf des Treuhandauftrages jedoch möglich, sodass auch eine Pfändung in Betracht käme. Diese **zeitliche Schutzlücke bis zur Vornahme der ersten Abschlagszahlung** ließe sich ggf. aber dadurch schließen, dass der Gläubiger sich **befristet auf einen ausreichenden Zeitraum an seinen Treuhandauftrag bindet**. Denn in diesem Fall wäre ein einseitiger Widerruf durch die Gläubigerin unabhängig von vorstehenden Erwägungen bereits vor Zahlung der ersten Rate nach Versendung der Fälligkeitsmitteilung unzulässig, solange die Bindungsfrist läuft (vgl. Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 2 Rn. 168).

b) Abtretung durch den Grundschuldgläubiger

Grundsätzlich besteht zudem das Risiko, dass der Grundschuldgläubiger das Grundpfandrecht abtritt. Im Falle der Abtretung ist der Zessionar an die Freigabeverpflichtung als rein schuldrechtliche Verpflichtung grundsätzlich nicht gebunden.

Wird eine Löschungsvormerkung eingetragen, kann die gesicherte Freigabeverpflichtung gem. § 888 Abs. 1 BGB auch gegenüber einem Zessionar durchgesetzt werden.

Ob die treuhänderische Verwahrung des Grundschuldbriefs durch den Notar auch hier einen vergleichbaren Schutz vermittelt, erscheint fraglich.

Die **Abtretung der Grundschuld** richtet sich grundsätzlich nach **§§ 1192 Abs. 1, 1154 BGB**. § 1154 BGB ist nämlich auf die Grundschuld entsprechend anwendbar. Abtretungsgegenstand ist unmittelbar die Grundschuld (jurisPK-BGB/Reischel, 8. Aufl. 2017, § 1154 Rn. 69 ff.; Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1154 Rn. 13).

Hiernach ist zunächst die Erteilung der **Abtretungserklärung** in schriftlicher Form gefordert. Des Weiteren bedarf es nach § 1154 Abs. 1 S. 1 2. Hs. BGB der **Übergabe des Grundschuldbriefs**, die in **§ 1117 BGB** näher geregelt ist. Übergabe meint dabei grundsätzlich die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, wobei sich die Besitzerglangung mit Wissen und Willen des Zedenten vollziehen muss (BGH NJW-RR 1993, 369; MünchKommBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1154 Rn. 17). Daher lässt § 1154 Abs. 1 S. 1 2. Hs. BGB im Hinblick auf § 1117 Abs. 1 S. 2 BGB auch die dort genannten **Übergabesurrogate** ausreichen. Befindet sich der Grundschuldbrief im Besitz eines zur Herausgabe verpflichteten Dritten, kann die Übergabe gem. **§ 931 BGB** demzufolge auch durch die **Abtretung des Herausgabeanspruchs** ersetzt werden, ohne dass hierzu die Mitwirkung des unmittelbaren Besitzers erforderlich wäre. Befindet sich der Grundschuldbrief in der Verwahrung des Notars, hängt die Möglichkeit einer Abtretung der Grundschuld demnach davon ab, ob ein entsprechender **Herausgabeanspruch des Zedenten** (hier: bisheriger Grundschuldgläubiger) **gegenüber dem verwahrenden Notar** besteht.

Was einen **möglichen Anspruch aus §§ 952, 985 BGB** anbelangt, so ist zunächst zu berücksichtigen, dass die **ganz h. M.** in Rechtsprechung und Literatur diesem bereits im Grundsatz die **Abtretbarkeit abspricht** und daraus mehrheitlich auch seine **Untauglichkeit zur Erfüllung des Tatbestands des § 931 BGB** ableitet (hierzu statt aller: BeckOGK/Klinck, Std.: 1.7.2019, § 931 BGB Rn. 20 m. w. N.).

Unabhängig davon ist in der vorliegenden Situation außerdem zu konstatieren, dass die Vindikation aufgrund des Treuhandverhältnisses durch den Mechanismus des **§ 986**

BGB ohnehin bereits **auf tatbestandlicher Ebene ausgeschlossen** ist, **solange keine einseitige Widerrufsmöglichkeit des Grundschuldgläubigers in Bezug auf das Treuhandverhältnis gegeben ist** (s. vorstehende lit. a). Die Abtretung des Vindikationsanspruchs zur Schaffung eines Übergabesurrogats wäre daher auch aus diesem Grund zum Scheitern verurteilt, wenn der originäre Treuhandauftrag entsprechend obiger Darstellung mit einer befristeten Bindung des Gläubigers kombiniert wurde, die den Zeitraum zwischen der Inverwahrnehmung des Briefs und der Vornahme der ersten Abschlagszahlung nach Maßgabe der Fälligkeitsmitteilung des Notars abdeckt. Insoweit bestünde selbst bei unterstellter grundsätzlicher Abtretbarkeit in jedem Fall ein lückenloser Schutz des Erwerbers auch gegen die Abtretung der Grundschuld durch Vereinbarung eines auf § 985 BGB bezogenen Übergabesurrogats. Denn ein solcher durchsetzbarer Anspruch gegen den Notar entstünde nur und erst dann, wenn der erteilte Treuhandauftrag sich aus verfahrensrechtlich beachtlichen Gründen endgültig erledigt hat. Wollte man insoweit von einem **aufschiebend bedingten Anspruch** ausgehen, so könnte dessen Übertragung auf einen Dritten – bei unterstellter grundsätzlicher Abtretbarkeit – zwar bereits vor Bedingungseintritt gem. § 398 BGB vereinbart werden. Der **Anspruchsübergang** vollzöge sich dann aber **erst mit dessen Entstehung**. Dies hätte zur Konsequenz, dass auch die für die Grundschuldübertragung maßgebliche **Briefübergabe i. S. v. § 1117 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 931 BGB erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung vollendet** wäre (grundlegend hierzu BeckOGK-BGB/Klinck, § 931 Rn. 22 m. w. N.).

Zweifelhaft ist jedoch, ob Entsprechendes auch für die **Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem** der Verwahrung zugrunde liegenden **Treuhandverhältnis** angenommen werden kann.

Auch wenn zivilrechtliche Vorschriften des Auftrags- oder Verwahrungsrechts nach §§ 662 ff. oder 688 ff. BGB mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Charakter des Treuhandverhältnisses keine unmittelbare Anwendung finden, können die dort normierten Herausgabeansprüche, die dem Auftraggeber und dem Hinterleger nach § 667 BGB bzw. § 695 BGB zustehen, ggf. entsprechend zur Anwendung gelangen. In diese Richtung deutet auch die Entscheidung des **BGH zur notariellen Verwahrung einer Bürgschaftsurkunde i. S. v. § 7 MaBV**, in der die Anwendbarkeit von § 695 BGB zugunsten des Bauträgerkäufers – ohne nähere Begründung – vorausgesetzt wird. Sofern die Rechtsprechung also davon ausgeht, dass das **öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis** in diesem Fall nach den Bestimmungen der **§§ 688 ff. BGB (analog)** zu beurteilen ist (vgl. BGH DNotZ 2007, 376; DNotZ 1999, 126; Schütz, MittBayNot 2016, 211, 216), muss dies konsequent zu Ende gedacht dazu führen, dass dem die Verwahrung in Auftrag Gebenden **auch in sämtlichen anderen Fällen der einseitig „beauftragten“ notariellen Verwahrung dem Grunde nach ein Herausgabeanspruch analog § 695 BGB** zustehen dürfte.

Zwar erscheint es in diesem Zusammenhang zwingend, dass die Amtspflichten des Notars in Übereinstimmung mit **§ 60 BeurkG** und den **explizit vereinbarten verfahrensrechtlichen Bindungen des Hinterlegers** die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs einschränken. Dogmatisch dürften entsprechende Einwände dann aber **(wohl)** nicht als anspruchshindernde Einwendungen einzuordnen sein, die bereits die Anspruchsentstehung als solche ausschließen, sondern müssten vielmehr als **durchsetzungshemmende Einreden** verstanden werden. Als solche stünden sie einer **sofort wirksamen Abtretung** des lediglich einrede behafteten, aber existenten Anspruchs **im Rahmen des § 931 BGB** – anders als eine aufschiebende Bedingung –

grundsätzlich nicht entgegen (BeckOGK/Klinck, § 931 BGB Rn. 22). Damit wäre von einer **sofortigen Wirksamkeit der Grundschuldübertragung** auszugehen, die auch ohne eine Mitwirkung des Notars und unabhängig vom konkreten Inhalt des Treuhandauftrags erfolgen könnte.

Der Zessionar müsste in diesem Fall zwar die Einreden aus dem Treuhandverhältnis gem. § 404 BGB gegen sich gelten lassen und könnte daher keine Herausgabe des Grundschuldbriefs verlangen, solange der Treuhandauftrag nicht wirksam widerrufen wurde. Dies ändert jedoch nichts daran, dass nach wirksamer Abtretung der Grundschuld zur **Abgabe der Löschungsbewilligung** nicht länger der ursprüngliche Grundschuldgläubiger, sondern vielmehr **allein der Zessionar** als deren neuer Inhaber **berechtigt** ist. Dieser ist an das **rein schuldrechtlich wirkende Freigaberversprechen seines Rechtsvorgängers nicht gebunden**, sodass eine Löschung des Grundpfandrechts unabhängig vom Briefbesitz des Notars nicht erzwungen werden könnte und die **Lastenfreistellung** somit **nicht gewährleistet** wäre.

Letzteres gilt selbst dann, wenn die Abtretung dem Grundbuchamt (mangels Eintragung) nicht bekannt ist und eine Löschung unter Vorlage des Briefs daher gem. § 19 GBO grundbuchverfahrensrechtlich auch auf Grundlage einer Erklärung des Zedenten erreicht werden könnte. In diesem Fall erfolgt eine Löschung zwar ggf. aufgrund der Bewilligung des Zedenten. Materiell-rechtlich erlischt das Recht gem. § 875 BGB jedoch nicht, wenn der Erklärende nicht der wahre Berechtigte ist (vgl. Erman/Lorenz, BGB, 13. Aufl. 2011, § 875 Rn. 4). Der Vollzug der Löschungsbewilligung führt dann zunächst nur zur Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. v. § 894 BGB. Wird die Löschung noch vor Eigentumsumschreibung oder gleichzeitig mit der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch vollzogen, ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Grundstücks zwar denkbar (zum maßgeblichen Zeitpunkt beim Gutgläubenserwerb generell im Überblick: Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 892 Rn. 184 ff.). Sofern die Löschung erst nachträglich erfolgt oder der Erwerber (etwa durch entsprechende Äußerungen des ursprünglichen Grundpfandrechtsgläubigers und/oder des Zessionars) bösgläubig wird, bestünde u. E. allerdings eine nicht unerhebliche Gefahr, dass eine Lastenfreistellung des Grundbesitzes scheitert.

c) Insolvenz des Grundschuldgläubigers

Gerät der (schuldrechtlich) zur Pfandfreigabe verpflichtete Gläubiger einer (Sicherungs-)Grundschuld in **Insolvenz**, so fallen offene Darlehensforderungen sowie die dafür bestellten Sicherungsrechte in die Insolvenzmasse und unterliegen der **Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters**.

Der Gläubiger des Freigabeanspruchs kann zwar dem Insolvenzverwalter bei einer Vollstreckung aus der Grundschuld den Anspruch aus dem Freigaberversprechen einredeweise entgegenhalten (vgl. zum Freigaberversprechen im Zusammenhang mit einem Bauträgervertrag: Reithmann, in: Reithmann/Meichssner/v. Heymann, Kauf vom Bauträger, 1995, Rn. B 193; Schöner, DNotZ 1997, 327, 363; Seibt, BWNotZ 1976, 16; Behmer, DNotZ 1985, 195, 197). Jedoch bestehen darüber hinausgehende Rechte des Freigabegläubigers nicht, sodass insbesondere **kein Anspruch gegen den Insolvenzverwalter auf Erfüllung der Freigabeverpflichtung** besteht. Im Ausgangspunkt ist der **Anspruch aus dem Freigaberversprechen** zunächst vielmehr grundsätzlich **einfache Insolvenzforderung**.

Die empfohlene **Eintragung einer Löschungsvormerkung** hat hier zur Folge, dass der durch Vormerkung gesicherte **schuldrechtliche Anspruch** auf dingliche Rechtsänderung an dem Grundstück oder ein Recht an dem Grundstück **nach § 106 InsO insolvenzfest** wird. Recht an einem Grundstück i. S. d. § 106 InsO ist auch die Grundschuld (Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl. 2019, § 106 Rn. 4; zu den Rechtsfolgen im Einzelnen dort unter Rn. 27 ff.). Daher führt die Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs aus dem Freigaberversprechen durch eine Vormerkung dazu, dass der Anspruch aus dem Freigaberversprechen vorrangig zu befriedigen ist und damit auch gegenüber dem Insolvenzverwalter ohne Weiteres durchgesetzt werden kann (zu den Rechtsfolgen im Einzelnen vgl. Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 27 ff.).

Diese vorteilhafte Rechtsstellung erlangt der Erwerber hingegen nicht aufgrund einer bloßen Verwahrung des Grundschuldbriefs durch den Notar. Denn die Verwahrung als solche und ein aus dem Treuhandverhältnis etwa resultierendes Recht des Notars zur Herausgabeverweigerung auch gegenüber dem Insolvenzverwalter ändern nichts daran, dass der Freigabeanspruch einfache Insolvenzforderung bleibt. Ohne die aus diesem Grund nicht erzwingbare Löschungsbewilligung des Insolvenzverwalters, die zusätzlich zur Vorlage des Briefs erforderlich ist, kann eine Löschung des Rechts im Grundbuch damit nicht erreicht werden.

5. Ergänzende Hinweise: Sicherungslücke im Falle der Zwangsversteigerung

Ergänzend weisen wir in diesem Zusammenhang zudem darauf hin, dass auch die Eintragung einer Löschungs- oder Pfandfreigabevormerkung keinen wirksamen Schutz vor einer Zwangsversteigerung aus der von ihr betroffenen Grundschuld bietet. Denn sofern der Gläubiger der belasteten Grundschuld selbst eine entsprechende Zwangsversteigerung betreibt, hätte die Vormerkung lediglich zur Folge, dass die Grundschuld – soweit die Vormerkung reicht – in der Zwangsversteigerung wie ein auflösend bedingtes Recht behandelt würde, sodass im Verteilungsverfahren der auf die Grundschuld entfallende Erlös je nach Umfang der Aufhebungsvormerkung dem Gläubiger der Aufhebungsvormerkung lediglich hilfsweise nach § 119 ZVG zugeteilt würde (Amann, in: Amann/Hertel, DAI-Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2004/2005“, S. 48). Schutz vor einer Zwangsversteigerung vor Vollzug der Löschung kann in diesem Fall nur dann gewährleistet werden, wenn dem Freigabegläubiger zugleich ein vormerkungsgesicherter Auflassungsanspruch am Grundstück zusteht und der Grundschuldgläubiger mit seinem Grundpfandrecht (zusätzlich zur Pfandfreigabevormerkung) im Rang hinter die Auflassungsvormerkung zurücktritt (Amann, S. 46).

Die konstatierte Schutzlücke im Zwangsversteigerungsverfahren lässt sich aber auch durch eine notarielle Verwahrung des Grundschuldbriefs nicht vollständig schließen. Denn der betreibende Gläubiger muss seinem Versteigerungsantrag gem. § 16 Abs. 2 ZVG zwar die erforderlichen Urkunden beifügen, um die Zwangsversteigerung einleiten zu können. Hierzu gehört jedoch nicht notwendig auch der Grundschuldbrief. Dieser ist dem Versteigerungsgericht vielmehr nur auf gesondertes Verlangen des Vollstreckungsschuldners vorzulegen (vgl. etwa Franck, MittBayNot 2012, 439, 441). Die Gefahr einer Zwangsversteigerung wäre durch die Verwahrung daher zwar ggf. gemindert, aber gleichwohl nicht vollständig gebannt, weil die Geltendmachung des Vorlageverlangens durch den Vollstreckungsschuldner einerseits von dessen Rechtskenntnis abhängt und der Erwerber hierauf andererseits keinen Einfluss nehmen kann, solange die Eigentumsumschreibung nicht erfolgt ist. Tatsächliche Sicherheit für den Erwerber bietet auch insoweit nur der vorbeschriebene Rangrücktritt.

6. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir nach alledem davon aus, dass die Verwahrung des Grundschuldbriefs im Vergleich zu einer Löschungs- oder Pfandfreigabevormerkung keinen völlig gleichwertigen Schutz des Erwerbers bietet. Während das Risiko einer drohenden Pfändung der Grundschuld (wohl) auch durch die Verwahrung des Briefs beim Notar hinreichend eingedämmt werden kann, lassen sich die Fälle einer Abtretung der Grundschuld oder der Insolvenz des Grundpfandrechtsgläubigers hierdurch nicht in gleichermaßen effektiver Weise beherrschen. Bei Beteiligung sog. nicht solider Grundpfandrechtsgläubiger ist u. E. daher auch im Falle eines Briefrechts zum Schutz des Erwerbers uneingeschränkt die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung anzuraten.

Etwas anderes kann u. E. auch dann nicht gelten, wenn es sich nicht um einen der MaBV unterliegenden Bauträgervertrag, sondern um einen gewöhnlichen Grundstückskaufvertrag handelt. Auch hier ist die Lastenfreistellung bei einem „nicht soliden Grundpfandrechtsgläubiger“ allein durch die Übergabe des Briefs aus den vorstehend dargestellten Gründen nicht hinreichend gesichert, selbst wenn entsprechend den üblichen Gestaltungsempfehlungen darüber hinaus auch das Vorliegen einer Löschungsbewilligung oder Pfandfreigabenerklärung des Gläubigers zur Fälligkeitsvoraussetzung gemacht wurde. Denn auch diese ließen sich im Falle eines zwischenzeitlichen Wegfalls der Verfügungsbefugnis des Grundpfandrechtsgläubigers infolge Abtretung oder Insolvenz nicht mehr vollziehen.