

Deutsche Notar-Zeitschrift

Heft 6

Juni 2002

Seite 401–480

INHALT

Mitteilungen

Ergänzung von § 17 Abs. 2 a BeurkG	401
Vorstände der Notarkammern: Notarkammer Sachsen, Notarkammer Thüringen	401
Notar Prof. Dr. Hans-Joachim Priester 65 Jahre alt	402
Muster eines Freigabeversprechens i.S. von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV	402
Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare	410
Preisindex für die Lebenshaltung im April 2002	411

Aufsatz

<i>Harborth/Lau</i> , Die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG und das Instrumentarium zur Kontrolle ihrer Einhaltung	412
--	-----

Rechtsprechung

I. Familienrecht

1. Nachehelicher Unterhalt gemäß der sog. Differenzmethode <i>BGH, Urt. v. 13. 6. 2001 – XII ZR 343/99 (mit Anm. Wegmann)</i>	440
2. Berechnung des Anfangsvermögens; Berechnung des Unterhalts nach der Differenzmethode <i>BGH, Urt. v. 31. 10. 2001 – XII ZR 292/99</i>	451

II. Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Haftung von Organmitgliedern im GmbH-Konzern bei „zentralem Cash-Management“ <i>BGH, Urt. v. 17. 9. 2001 – II ZR 178/99 (mit Anm. Schaub)</i>	459
2. Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters <i>BGH, Urt. v. 25. 2. 2002 – II ZR 196/00</i>	472

Buchbesprechungen

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1: Allgemeiner Teil und Band 16: Sachenrecht 3 (<i>Tropf</i>) – Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz (<i>Wachter</i>) – Dörner/Staudinger, Schuldrechtsmodernisierung – Kuselit-R: Rechtsbibliographie	476
---	-----

Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von
Notar Prof. Dr. Günter Brambring, Köln,
Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

6 | 2002

Heft 6, Juni 2002
Seite 401–480

MITTEILUNGEN

Ergänzung von § 17 Abs. 2 a BeurkG

Am 7. 6. 2002 hat der Bundestag im Rahmen des „Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten“ u. a. eine Ergänzung von § 17 Abs. 2 a BeurkG um folgende Sätze 2 und 3 verabschiedet:

„Insbesondere bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass

1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und

2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen; im Regelfall geschieht dies dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.“

Das Gesetz wird, wenn der Bundesrat in seiner Sitzung vom 21. 6. 2002 keinen Einspruch erhebt, am Tag nach seiner Verkündung und damit voraussichtlich schon Anfang Juli in Kraft treten.

Vorstände der Notarkammern

Die nachstehenden Notarkammern haben in ihren Kammerversammlungen ihre Präsidenten, Vizepräsidenten und Ehrenpräsidenten wie folgt gewählt.

Notarkammer Sachsen

Kammerversammlung: 3. 5. 2002

Präsident: Notar Dr. Joachim Püls, Dresden (Neuwahl)

Vizepräsident: Notar Amadeus Thomas, Werdau (Neuwahl)

Ehrenpräsidentin: Notarin Bettina Sturm, Bautzen (Neuwahl)

Notarkammer Thüringen

Kammerversammlung: 31. 5. 2002 (Amtsperiode ab 1. 7. 2002)

Präsident: Notar *Dr. Stefan Hügel*, Weimar (Neuwahl)

Vizepräsident: Notar *Klaus-Dietmar Schmidt*, Weimar

Ehrenpräsident: Notar a. D. *JR Hans-Georg Schmidt*, Weimar

Notar Prof. Dr. Hans-Joachim Priester 65 Jahre alt

Am 21. 6. 2002 vollendete Notar *Prof. Dr. Hans-Joachim Priester*, Hamburg, sein 65. Lebensjahr. Der Jubilar ist seit vielen Jahren in der Standesarbeit tätig. 1988 wurde ihm in Würdigung seiner wissenschaftlichen Leistungen die akademische Bezeichnung Professor verliehen. 1991 wurde Notar *Prof. Dr. Priester* in den Vorstand und im Juni 2000 zum Vizepräsidenten der Hamburgischen Notarkammer gewählt. Die Arbeit der Bundesnotarkammer unterstützt er u. a. als stellvertretender Vorsitzender im Ausschuss für Handels- und Gesellschaftsrecht.

Herausgeber und Schriftleiter gratulieren Notar *Prof. Dr. Hans-Joachim Priester* sehr herzlich zu seinem Geburtstag und wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.

Muster eines Freigabeversprechens i. S. von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV

(Stand: 10. 4. 2002)

Der Vorlage des nachstehenden Musters der Bundesnotarkammer für ein Freigabeverprechen des die Bauträgermaßnahmen finanzierenden Instituts ist ein eingehender Meinungsaustausch mit Verbänden der Kreditwirtschaft vorausgegangen. Der Deutsche Sparkassen- und Giroverband und der Verband Deutscher Hypothekenbanken haben sich mit der hier vorgelegten Fassung grundsätzlich einverstanden erklärt.

A. Text des Freigabeverprechens

An

Herrn Notar X.

zur Weiterleitung an (*Bezeichnung der oder des Adressaten*)

– im Folgenden: Käufer –

Bauvorhaben: (*Bezeichnung des Objekts mit Grundbuchangaben*)

Bauträger:

1. Bezeichnung des Pfandobjekts

Auf dem im (Wohnungs-)Grundbuch von (*ggf. genaue Angabe des Wohnungseigentums*) eingetragenen Pfandobjekt sind/werden für die (Bank/Sparkasse) (eine) Grundschuld(en) von x € eingetragen.

2. Freigabeverpflichtung bei Vollendung des Bauvorhabens

Wir verpflichten uns hiermit gegenüber dem Käufer, das jeweilige vom Käufer erworbene Kaufobjekt aus der Mithaft für die vorstehend aufgeführ-

te(n) Grundschuld(en) zu entlassen, wenn das Bauvorhaben vollendet ist und der Käufer die geschuldete Vertragssumme gezahlt hat.

3. Freigabeverpflichtung ohne Vollendung des Bauvorhabens

Sofern das Bauvorhaben nicht vollendet werden sollte, werden wir nach unserer Wahl

a) das Kaufobjekt freigeben, sobald der Käufer den dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teil der geschuldeten Vertragssumme gezahlt hat, oder

b) anstelle der Freigabe die vom Käufer geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts ohne Zinsen zurückzahlen.

Wir werden bei der Ausübung unseres Wahlrechts die Interessen des Käufers angemessen berücksichtigen. Dabei gehen wir davon aus, dass der Käufer im Fall der Rückzahlung die Löschung einer zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung nicht rechtsmissbräuchlich verweigern wird.

4. Aufrechnung durch den Käufer

Unsere vorstehenden Verpflichtungen zur Freigabe bestehen nicht, soweit die Vertragssumme nicht mehr geschuldet ist, weil mit einer Forderung gegen den Bauträger aufgerechnet wurde, die nicht dem kaufvertraglichen Rechtsverhältnis entstammt.

5. Zahlungen an die Bank

Soweit Zahlungsforderungen des Bauträgers an uns abgetreten sind oder Käufer und Bauträger sonst vereinbaren, dass Zahlungen an uns zu richten sind, erbitten wir diese auf folgendes Konto: ...

B. Erläuterungen

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV darf ein Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers (im Folgenden: Käufer) u. a. erst entgegennehmen, wenn die Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten gesichert ist, die der Vormerkung zugunsten des Auftraggebers im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen.

Regelmäßig ist daher die Freistellung von der so genannten Globalgrundschuld der den Bauträger finanzierenden Bank zu sichern, die alle im Rahmen eines Gesamtvorhabens errichteten Vertragsobjekte belastet. Die MaBV lässt hierfür eine schuldrechtliche Verpflichtung der Bank genügen. Üblicherweise gibt die Bank deshalb ein so genanntes Freigabeversprechen ab, das als Vertragsangebot an den jeweiligen Käufer aufgefasst wird. Damit wird der Käufer vor dem Risiko bewahrt, eine Zwangsversteigerung des Vertragsobjekts aus der vorrangigen Grundschuld hinnehmen zu müssen und in der Insolvenz des Bauträgers sowohl bereits geleistete Zahlungen als auch das Grundstück zu verlieren. Der Bank ist diese Verpflichtung wirtschaftlich zumutbar, weil sie dafür sorgen kann, dass zur Rückführung der Kredite des Bauträgers Kaufpreiszahlungen an sie fließen: Damit erhält sie ein Äquivalent für die aufzugebenden Grundpfandrechte.

Soweit nicht eine Bürgschaft nach § 7 MaBV vorliegt, sehen notariell beurkundete Verträge regelmäßig das Vorliegen eines Freigabeversprechens als eine der Fälligkeitsvoraussetzungen vor, deren Eintritt der Notar dem Käufer mitteilt. Da der Notar stets zu prüfen hat, ob das jeweilige Freigabeversprechen die bestehenden rechtlichen Anforderungen erfüllt, wird durch rechtlich umstrittene Formulierungen häufig die Abwicklung der Verträge mit Unsicherheit belastet. Die daraus resultierenden Verzögerungen beeinträchtigen letztlich die Interessen aller Beteiligten.

Daher legt die Bundesnotarkammer eine aktualisierte Musterempfehlung für ein Freigabeversprechen vor, die nicht zuletzt durch weitgehende Rückführung auf den Wortlaut der MaBV rechtliche Risiken soweit möglich minimieren soll.

I. Zu einzelnen Klauseln des Musters

1. Adressaten

Sowohl die Adressierung des Freigabeversprechens an einen konkret benannten Käufer als auch eine abstrakte Adressierung an alle Käufer im Rahmen eines Bauprojekts – ggf. zur Weiterleitung durch den Notar nach Prüfung bestimmter Vorgaben der Bank – sind denkbar. Daher ist das Muster hinsichtlich des Adressatenkreises neutral gestaltet.

2. „Bezeichnung des Pfandobjekts“

Im Muster aus dem Jahre 1973 befindet sich der ausdrückliche Hinweis, dass die für den Kreditgeber eingetragenen Grundpfandrechte nur zur Sicherung von solchen Krediten dienen, die zur Errichtung des Vertragsobjekts verwandt werden.

Bei näherer Betrachtung hat sich gezeigt, dass diese Einschränkung überflüssig ist. Für den Käufer ist allein entscheidend, das Objekt frei von Grundpfandrechten zu erwerben. Der Sicherungszweck der zu löschenden Grundpfandrechte ist demgegenüber unbeachtlich.

3. „Freigabeverpflichtung bei Vollendung des Bauvorhabens“

a) Geschuldete Vertragssumme

Im Freigabeversprechen ist in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der MaBV auf die Zahlung der „geschuldeten Vertragssumme“ abzustellen (zur Aufrechnung mit Gegenansprüchen vgl. unten Ziff. 5).

b) Vorbehaltlose oder auflagenfreie Zahlung

Das vorgeschlagene Muster enthält keine Einschränkung dahingehend, dass der Käufer die fällige Kaufpreisforderung „vorbehaltlos“ oder „auflagenfrei“ zu leisten hat.

Für eine solche Formulierung besteht kein zwingender Grund. Die Freigabeverpflichtung ist in jedem Fall abhängig von der Zahlung der geschuldeten Vertragssumme durch den Käufer. Dabei kann es sich nur um eine Zahlung handeln, der Erfüllungswirkung zukommt. Vorbehalte oder Auf-

lagen des Käufers oder Dritter bei der Zahlung führen aber dazu, dass die Kaufpreisforderung noch nicht erfüllt ist. Sie lösen ggf. Schadensersatzansprüche des Bauträgers aus, die die Bank an sich abtreten lassen kann, um sie mit eventuellen Ansprüchen des Käufers aufzurechnen.

Lediglich der Vorbehalt i. S. des § 814 BGB ändert nichts an der Erfüllungswirkung der Zahlung. Das Recht zur Erklärung dieses Vorbehalts kann aber dem Verkäufer durch das Freigabeversprechen nicht genommen werden. Denkbar wäre, im Freigabeversprechen die Zahlung unter Vorbehalt i. S. von § 814 BGB ausdrücklich als unschädlich zu bezeichnen und ansonsten eine auflagenfreie Zahlung zu fordern. Dadurch wird der Text für den Laien aber schwer verständlich.

4. „Freigabeverpflichtung im Falle nicht vertragsgemäßer Vollendung des Bauvorhabens“

a) Verschulden des Käufers

Die empfohlene Formulierung macht die Freigabeverpflichtung nicht davon abhängig, dass das Steckenbleiben des Baus nicht vom Erwerber zu vertreten ist.

Gegen derartige Klauseln bestehen erhebliche Bedenken: Hindert der Käufer, beispielsweise durch verzögerte oder unterbliebene Ratenzahlungen, den Bauträger an der zügigen Fortführung des Bauvorhabens, verletzt er im Verhältnis zum Bauträger bestehende Pflichten zur Vertragstreue. Im Rechtsverhältnis zwischen Bauträger und Käufer entstehen dann möglicherweise Schadensersatzansprüche des Bauträgers, die aber keinen Bezug zu dem zwischen Bank und Käufer bestehenden Rechtsverhältnis haben. Durch die Aufnahme des Vorbehalts, der Käufer dürfe das Steckenbleiben des Baus nicht zu vertreten haben, werden daher in sachfremder Weise entgegen der Wertung der MaBV Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Bauträger und Käufer in das Verhältnis zwischen Bank und Käufer eingeführt.

Will die Bank dem Käufer dessen Verschulden entgegenhalten, so ist sie jedoch nicht gehindert, sich etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Käufer durch den Bauträger abtreten zu lassen und – ggf. im Wege der Aufrechnung oder Zurückbehaltung – geltend zu machen. Es besteht aber kein Bedürfnis, dies im Rahmen des Freigabeversprechens zu regeln.

b) Ausübung des Wahlrechts

Der Text zieht die Konsequenz daraus, dass die Ausübung des Wahlrechts der Bank (§ 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV) nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht ohne jede Berücksichtigung der Interessen der Käufer erfolgen kann.

c) Löschung der Auflassungsvormerkung des Käufers

Häufig verpflichtete sich der Kreditgeber in der bisherigen Praxis für den Fall des Steckenbleibens des Bauvorhabens zur wahlweisen Rückzahlung vom Käufer eingezahlter Beträge nur unter dem Vorbehalt, dass sie Zug um

Zug gegen Abgabe der Löschungsbewilligung für eine für den Käufer im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung erfolge. Damit soll nach der Rückzahlung ein freihändiger Verkauf des nicht fertig gestellten Objekts ermöglicht werden, der erfahrungsgemäß zu besseren wirtschaftlichen Ergebnissen führt.

Das vorliegende Muster enthält dagegen lediglich den deklaratorischen Hinweis, die Bank erwarte, dass die Löschungsbewilligung nicht rechtsmissbräuchlich verweigert werde. Dabei ist die Verweigerung nicht schlechthin als rechtsmissbräuchlich anzusehen (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rdn. 315 ff.): Der Wortlaut von § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV sieht einen allgemeinen Vorbehalt der Bank nicht vor. Vor allem aber sichert die Auflassungsvormerkung den Eigentumsübertragungsanspruch im Verhältnis zwischen Bauträger und Käufer, das nicht mit dem Rechtsverhältnis zwischen Grundpfandrechtsgläubiger und Käufer vermischt werden darf. Die Gläubigerbank ist hinsichtlich ihrer Zahlungsansprüche gegenüber dem Bauträger dadurch gesichert, dass sie aus dem Grundpfandrecht die Zwangsvollstreckung betreiben kann.

Für den Käufer kann auch die gegenüber dem Grundpfandrecht nachrangige Vormerkung gleichwohl bedeutsam sein:

Sie kann ihm die Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Bauträger ermöglichen, die ihm im Hinblick auf nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV nicht zurückzugewährende Leistungen zustehen. In der Zwangsversteigerung kann er Wertersatz für die Eigentumsvormerkung gemäß § 92 ZVG verlangen. Selbst wenn z. B. infolge eines Rücktritts der gesicherte Anspruch auf Eigentumsverschaffung erloschen ist, besteht noch ein Zurückbehaltungsrecht des Käufers, das er dem Anspruch des Bauträgers auf Erteilung der Löschungsbewilligung entgegenhalten kann.

Aus der Bankenpraxis wird allerdings z. B. auf Fälle – insbesondere im Geschosswohnungsbau – hingewiesen, in denen die Abwicklung durch Rückzahlung und anschließende freihändige Verwertung angestrebt wird, aber trotz Konzessionen der Bank eine wirtschaftlich vernünftige Lösung an einem Einzelnen aus einer Vielzahl von betroffenen Käufern scheitert, der die Löschung seiner in der Zwangsversteigerung erkennbar nicht werthaltigen Vormerkung verweigert. In solchen Fällen kann – nicht zuletzt auch im Interesse der übrigen Käufer – der Einwand des Rechtsmissbrauchs eines Zurückbehaltungsrechts zu prüfen sein.

d) Hilfsweiser Rücktritt des Globalgrundschuldgläubigers hinter die Auflassungsvormerkung des Käufers

Das Muster des Freigabeversprechens enthält keine besondere Formulierung für den Fall, dass nach Steckenbleiben des Bauvorhabens die Bank das Vertragsobjekt freigeben will, aber eine Löschung des eingetragenen Grundpfandrechts rechtlich noch nicht möglich ist. Dies kann beim Verkauf von Teilflächen der Fall sein, wenn die Teilung des Stammgrundstücks im Grundbuch noch nicht vollzogen ist. Dann stellt aber die schuldrechtliche Verpflichtung des Globalgrundschuldgläubigers zur Freigabe nach Vollzug der Grundstücksteilung eine für den Käufer ausreichende Sicherheit dar.

Der übliche, aber schwer verständliche Hinweis auf den Rangrücktritt des Kreditgebers mit seinen Rechten hinter die Vormerkung des Käufers kann daher entfallen.

e) „Vertragsgemäße“ Zahlung

Die Verpflichtung zur Freigabe des Vertragsobjekts bei Steckenbleiben des Bauvorhabens war im Muster der Bundesnotarkammer aus dem Jahre 1973 von der „vertragsgemäßen“ Zahlung fällig gewordener Kaufpreisraten abhängig gemacht. Für diese Formulierung besteht kein Bedürfnis. Bleibt der Käufer hinter seiner vertraglichen Zahlungspflicht zurück, besteht auch aufgrund der jetzt vorgeschlagenen Formulierung keine Freigabepflicht der Bank. Im Falle vorzeitiger oder nicht im Vertrag vorgesehener Zahlungen des Käufers kann die besondere Erwähnung der „vertragsgemäßen“ Zahlung hingegen zu Missverständnissen führen.

f) Rückzahlung vom Käufer eingezahlter Beträge ohne Zinsen

Für den Fall, dass der Globalgrundschuldgläubiger bei Steckenbleiben des Baus sich für die Rückzahlung der vom Käufer gezahlten Beträge entscheidet, sieht das Muster eine Rückerstattung der Beträge „ohne Zinsen“ vor. Die MaBV regelt die Frage nicht, ob der Käufer im Falle der Rückerstattung auch Zinsen verlangen kann. Aufgrund sonstiger in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen lässt sich ein Zinsanspruch kaum herleiten. Sollte sich jedoch die entsprechende Literaturansicht (vgl. *Basty*, aaO, Rdn. 309) in der Rechtsprechung durchsetzen, könnte im Freigabeversprechen ein gesetzlicher Anspruch des Käufers nicht eingeschränkt werden.

5. „Aufrechnung durch den Käufer“

Das Freigabeversprechen enthält kein Aufrechnungsverbot, schränkt aber die Voraussetzungen ein, unter denen die Freigabeverpflichtung bestehen soll.

Grundsätzlich geht § 3 MaBV davon aus, die Bank könne erreichen, dass die vom Käufer geschuldeten Zahlungen an die Bank fließen und zur Tilgung der Kredite des Bauträgers beitragen. Der BGH hat jedoch bereits in seiner *Entsch. v. 10. 6. 1983 (DNotZ 1984, 322 ff.)* klargestellt, dass die Bank eine Aufrechnung mit Gegenforderungen wegen Schlechterfüllung seitens des Bauträgers berücksichtigen muss, obwohl ihr kein Geld zugeflossen ist. Denn der Erwerber soll zur Enthftung des Grundstücks nicht mehr aufwenden müssen, als es dem Wert der vom Bauträger erbrachten Leistung entspricht. Diese Rechtsprechung war Anlass einer Änderung der MaBV. Seither stellt der Wortlaut für den Bestand der Freigabeverpflichtung auf die „geschuldete Vertragssumme“ ab. In diesen Fällen mindert die Schlechterfüllung zudem mit dem Wert des Vertragsobjekts auch den wirtschaftlichen Wert der Globalgrundschuld. Das Verhältnis zwischen der Bank zufließenden Zahlungen und freizugebender Sicherheit bleibt also gewahrt.

Die wirtschaftlichen Grundlagen des Freigabeversprechens werden aber in Frage gestellt, wenn der Erwerber gegen den Kaufpreisanspruch Forderungen aufrechnet, die nichts mit dem Kaufvertrag zu tun haben. In der Praxis

treten Fälle auf, in denen der Käufer Forderungen gegen den Bauträger von Dritten (z.B. Bauhandwerkern) nur erwirbt, um anschließend die Aufrechnung zu erklären. In vielen Fällen scheitert eine Aufrechnung bereits aufgrund einer angezeigten Abtretung der Kaufpreisforderung an die finanzierende Bank (§§ 387, 406 BGB) oder einem im Kaufvertrag vereinbarten Aufrechnungsverbot (vgl. OLG *Düsseldorf*, ZfIR 1999, 27). Doch ist dies nicht stets der Fall. Billigerweise kann der Bank die Freigabe der (voll werthaltigen) Grundschuld trotz vermindertem Zahlungszufluss nicht auferlegt werden. Insoweit liegt der Formulierung eine der Struktur der MaBV Rechnung tragende, offene Reduktion des Wortlauts von § 3 Abs. 1 MaBV zugrunde: Die Bank kann die Freigabe verweigern, obwohl die Vertragssumme möglicherweise infolge einer Aufrechnung nicht mehr geschuldet ist.

6. „Zahlungen an die Bank“

Die Angabe des Kontos für Zahlungen an die Bank ist ausdrücklich nur von Bedeutung, soweit aufgrund einer Abtretung oder anderweitigen Vereinbarung an die Bank zu leisten ist. Der Käufer kann hiervon ohne Verlust des Freigabeanspruchs abweichen, wenn ein Dritter (z.B. ein Pfändungsgläubiger) von ihm berechtigterweise eine andere Zahlungsweise fordert.

Das Muster bedingt die Freigabepflicht also nicht durch die Zahlung der geschuldeten Vertragssumme auf ein im Freigabeversprechen genanntes Konto (Zahlstellenklausel). Das Freigabeversprechen ist nicht der zutreffende Ort, um das Interesse der Bank am Eingang der Zahlungen auf bei ihr geführte Konten des Bauträgers abzusichern (a). Zudem belastet eine solche Klausel den Käufer unzumutbar mit außerhalb seiner Sphäre liegenden Risiken (b).

a) Sicherung des Eingangs von Zahlungen bei der Bank des Bauträgers

Es gibt mehrere Möglichkeiten, die Zahlung an die Bank vor Forderungspfändungen zu schützen. Sie bauen jedoch alle auf Vereinbarungen außerhalb des Freigabeversprechens auf.

aa) Sicherung der Bank durch Abtretung

Die Bank kann aufgrund einer Abtretung durch den Bauträger Gläubigerin der Kaufpreisansprüche werden. Ob eine Abtretung wirksam erfolgt ist, können jedoch weder Notar noch Käufer überprüfen. Gerade Sicherungszessionen unterliegen unterschiedlichsten und ernst zu nehmenden Wirksamkeitsrisiken. Daher darf die Verpflichtung zur Freigabe nicht durch die Abtretung bedingt werden. Denkbar wäre allenfalls die Abhängigkeit von einer Abtretungsanzeige des Bauträgers. Deren Vorliegen ist Notar und Käufer erkennbar. Der Kreditgeber muss dann aber aus dem Freigabeversprechen verpflichtet bleiben, selbst wenn die angezeigte Abtretung sich als unwirksam erweist, um so den Käufer vom Wirksamkeitsrisiko zu entlasten.

bb) Sicherung der Bank durch Vertrag zugunsten Dritter

Eine Alternative zur Abtretung, die Bank- und Käuferinteressen wahrt, stellt eine Vereinbarung im Bauträgervertrag dar, im Wege eines echten

Vertrages zugunsten Dritter der Bank von Anfang an einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises zu verschaffen, der ohne ihre Zustimmung nicht aufgehoben werden kann (§ 328 BGB).

cc) Sicherung der Bank durch Zweckbindung der Kaufpreiszahlung

Auch eine Zweckbindung der Forderung bzw. ein unechter Vertrag zugunsten Dritter, die bei konventionellen Kaufverträgen weithin üblich sind, können unter bestimmten Voraussetzungen im Bauträgervertrag gegen Störungen durch Pfändungsgläubiger des Bauträgers schützen (vgl. zuletzt BGH, DNotZ 2000, 752). In diesen Fällen ist die Bank jedoch nicht dagegen geschützt, dass Käufer und Bauträger die Zweckbindung einvernehmlich abändern.

b) Risiken einer als Bedingung ausgestalteten Zahlstellenklausel

Der Käufer kann den Kaufpreis schuldbefreiend nur an den wahren Gläubiger leisten. Daran kann das Freigabeverprechen nichts ändern. Sichert weder eine Abtretung noch eine Vereinbarung zwischen Käufer und Bauträger die Zahlung an die Bank (s.o.), besteht das Risiko, dass der Bauträger den Kaufpreisanspruch anderweitig abtritt oder im Wege der Zwangsvollstreckung die Verfügungsbefugnis über die Forderung verliert. In der Folge wäre der Käufer verpflichtet, nach Weisung einer dritten Person zu zahlen. Würde dann die Freigabeverpflichtung nur bei Zahlung auf ein Konto bei der Bank bestehen, wäre die Freistellung des Vertragsobjekts nicht mehr gesichert. Dieses Risiko ist dem Käufer nicht zumutbar.

Daher ist eine im Freigabeverprechen als Bedingung enthaltene Zahlstellenklausel nicht akzeptabel, wenn sie unabhängig von den sonstigen Vereinbarungen außerhalb des Freigabeverprechens bestehen soll. Liegen derartige Vereinbarungen jedoch vor, so ist eine solche Zahlstellenklausel für die Bank nicht erforderlich.

II. Nicht in das Muster aufgenommene Klauseln

1. Schiedsgutachterklausel

Die Aufnahme einer Schiedsgutachterklausel, wonach zum Beispiel die Feststellung des erreichten Bautenstands und des Werts der Bauleistungen durch einen von der zuständigen Industrie- und Handelskammer bestellten, vereidigten Bausachverständigen erfolgen soll, ist problematisch: Formularmäßige Schiedsgutachterklauseln, wonach die Feststellungen des Schiedsgutachters vorbehaltlich der §§ 317 bis 319 BGB für die Vertragschließenden verbindlich sind, mithin also eine richterliche Kontrolle nur noch bei offenkundiger Unbilligkeit bzw. Unrichtigkeit des Gutachtens in Frage kommt, können gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. verstoßen (BGHZ 115, 329 ff. – Fertighausentscheidung). Soweit Schiedsgutachterklauseln zwar zu keiner Einschränkung des richterlichen Prüfungsmaßstabs führen, jedoch vor Einschaltung eines Gerichts zwingend vorsehen, dass zunächst ein Schiedsgutachten angefertigt wird, kann auch in der hierin liegenden zeitlichen Verzögerung eine unangemessene Verkürzung staatlichen Rechtsschutzes liegen.

2. Klauseln zugunsten des Finanzierungsgläubigers des Käufers

Die Situation der den Käufer finanzierenden Bank, die in der MaBV keine Erwähnung findet, ist unter Sicherheitsaspekten problematisch. Auch bei Bestellung einer Grundschuld zu ihren Gunsten bleibt es dabei, dass diese zunächst gegenüber der Globalgrundschuld nachrangig ist. Die übliche Abtretung der Ansprüche aus dem Freigabeverprechen durch den Erwerber an seine Bank bietet nur einen lückenhaften Schutz. Zum einen besteht stets die Möglichkeit einer vorrangigen Abtretung, zum anderen setzt dieses Verfahren beim Auftreten mehrerer Finanzierer aufwendige Vereinbarungen voraus. Überdies erfüllt die durch die Abtretung erlangte Sicherheit bestimmte, von einigen Kreditinstituten bei der Darlehensvergabe zu beachtende Vorschriften (z.B. § 7 BausparkassenG) nicht.

Daher enthalten einige Freigabeverprechen Rangrücktrittsversprechen der Bauträgerbank zugunsten der Erwerberbank. Die Bauträgerbank verpflichtet sich darin, im Umfang der von der Erwerberbank finanzierten Zahlungen deren Grundpfandrecht den Vorrang einzuräumen. Für den Fall der Rückerstattung geleisteter Zahlungen verpflichtet sich die Bauträgerbank gegen Löschung der Grundpfandrechte der Erwerberbank zur Rückerstattung direkt an die Erwerberbank. Soweit derartige Klauseln der Situation des Erwerbers im Einzelfall gerecht werden, ist ein Verstoß gegen die Vorschriften der MaBV nicht zu erkennen.

Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

1. Steuerrecht für Notare

- Zeit/Ort:* 5. – 7. 9. 2002, Bremen, Golden Tulip Hotel
Referenten: Notar *Dr. Robert Kiefer*, Zweibrücken, Steueramtsrat *Klaus Köhler*, Fachhochschule für Finanzen, Edenkoben, Notar *Dr. Stephan Schuck*, Andernach, *Prof. Thomas Reich*, Würzburg
Kostenbeitrag: 395,- €/ermäßigt 295,- €
 20,- € für den Erfolgsnachweistest

2. Der Unternehmenskauf in der notariellen Praxis

- Zeit/Ort:* 13. 9. 2002, Düsseldorf, Hilton Hotel
 14. 9. 2002, Frankfurt, Hotel Holiday Inn City South
Referenten: Rechtsanwalt *Dr. Siegfried Elsing*, Düsseldorf, Notar *Dr. Heribert Heckschen*, Dresden, Rechtsanwalt und Steuerberater *Carsten Pospich*, Düsseldorf
Kostenbeitrag: 295,- €/ermäßigt 245,- €
 20,- € für den Erfolgsnachweistest

3. Intensivkurs Erbrecht

- Zeit/Ort:* 19. – 21. 9. 2002, Oldenburg, Weser-Ems-Halle
Referenten: Notar *Dr. Norbert Frenz*, Mönchengladbach, Notariatsdirektor a.D. *Dr. Heinrich Nieder*, Karlsruhe, Notar *Dr. Reinhard Kössinger*, Illertissen
Kostenbeitrag: 395,- €/ermäßigt 295,- €
 20,- € für den Erfolgsnachweistest

4. Wohnungseigentum und Wohnungserbbaurecht

<i>Zeit/Ort:</i>	20. – 21. 9. 2002, Berlin, Maritim Hotel
<i>Referenten:</i>	Notar <i>Dr. Andreas Albrecht</i> , Regensburg, Notar <i>Dr. Gerd-H. Langhein</i> , Hamburg, Notar <i>Dr. Manfred Rapp</i> , Landsberg/Lech, Rechtsanwalt <i>Ullrich Volk</i> , Regensburg
<i>Kostenbeitrag:</i>	395,- € / ermäßigt 295,- € 20,- € für den Erfolgsnachweistest

Änderungen werden vorbehalten. Muss wider Erwarten eine Veranstaltung abgesagt oder verschoben werden, werden bereits bezahlte Teilnehmergebühren umgehend erstattet. Weitergehende Ansprüche sind leider ausgeschlossen.

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V. – Fachinstitut für Notare –, Universitätsstr. 140, 44799 Bochum, Telefon 0234/9706418, Telefax 0234/703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de, Internet: www.anwaltsinstitut.de, Bankverbindung: Dresdner Bank AG Bochum (BLZ 430 800 83), Konto-Nr. 802 950 700.

Preisindex für die Lebenshaltung im April 2002

Mitgeteilt vom Statistischen Bundesamt auf Basis 1995 = 100.

1. Deutschland

Alle privaten Haushalte: 111,2

2. Früheres Bundesgebiet und Neue Länder und Berlin-Ost

	Früheres Bundesgebiet	Neue Länder und Berlin-Ost
a) Alle privaten Haushalte:	111,0	112,1
b) 4-Personen-Haushalte von Beamten und Angestellten mit höherem Einkommen:	110,0	110,9
c) 4-Personen-Haushalte von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen:	110,7	111,4
d) 2-Personen-Rentner-Haushalte mit geringem Einkommen:	111,6	111,9

Die Umbasierungsfaktoren für das frühere Bundesgebiet sind DNotZ 2002, Heft 1, S. 4, zu entnehmen.

Das Statistische Bundesamt ist im Internet unter der Adresse www.statistik-bund.de vertreten. Aktuelle Monatswerte können auch über den Anrufbeantworter 0611/75-2888 abgefragt werden, Indexwerte ab 1991 unter Abruffax 0611/75-3888.

Die Verbraucherpreisindizes für das Frühere Bundesgebiet und die Neuen Länder und Berlin-Ost werden in Zukunft vom Statistischen Bundesamt nicht mehr berechnet und stehen ab dem Jahr 2003 nicht mehr zur Verfügung (nähere Informationen unter Telefon 0611/75-2621).