



Rundschreiben 1/1996 vom 11.01.1996

Notarielle Überwachung der Kaufpreiszahlung:

Hinterlegung oder Direktzahlung nach Fälligkeitsmitteilung?

Sehr geehrte Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen,

vor dem Hintergrund der Erkenntnisse der Notarkammern und des Vertrauensschadenfonds über die Haftungsträchtigkeit der notariellen Verwahrungstätigkeit - insbesondere der Kaufpreishinterlegung - sollen im folgenden die Vor- und Nachteile der beiden maßgeblichen Verfahrensweisen zur Abwicklung von Grundstückskaufverträgen dargestellt werden. Es handelt sich bei diesen Verfahrensweisen mit jeweils unterschiedlicher regionaler Verbreitung zum einen um die Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto - nachfolgend als "Hinterlegung" bezeichnet - und zum anderen um die unmittelbare Kaufpreiszahlung auf entsprechende Fälligkeitsmitteilung des Notars hin - nachfolgend als "Direktzahlung" bezeichnet.

Nach der Skizzierung der rechtlichen Vorgaben für die Wahl der Vertragsabwicklungsmethode (I) wird die Direktzahlung als Abwicklungsmethode dargestellt (II). Auf die Schilderung der Fallgruppen, in denen eine Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto hauptsächlich in Frage kommt (III) folgt die Gegenüberstellung der Risiken der jeweiligen Abwicklungsmethoden (IV) sowie die Darstellung der unterschiedlichen kostenrechtlichen Behandlung (V). Schließlich sollen weiterführende Literaturhinweise gegeben werden (VI).

I. Wahl der Vertragsabwicklungsmethode

Der Notar hat grundsätzlich das Wahlrecht, ob er zur Abwicklung des Kaufvertrags die Direktzahlung oder die Hinterlegung als Abwicklungsmethode vorschlägt. Er ist nicht verpflichtet, Treuhandtätigkeiten zu übernehmen. Eine Pflicht zum Tätigwerden besteht gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO nur für Urkundstätigkeiten i. S. d. §§ 20 bis 22 BNotO. Es stellt sich daher in aller Regel nicht die Frage, ob der Notar berechtigt ist, die Übernahme von Treuhandtätigkeiten abzulehnen. Dieses grundsätzliche Wahlrecht ist jedoch durch zwei wichtige Grundsätze eingeschränkt.

1. Der die notarielle Tätigkeit beherrschende Grundsatz des sichersten Weges verlangt eine Hinterlegung in den Fällen, in denen eine andere als sicher erkannte Abwicklungsmöglichkeit praktisch ausscheidet. Im übrigen sind für die Auswahl des Weges Gründe der Praktikabilität genauso zu beachten wie solche der Sicherheit. Sicherheit und Aufwand an Kosten und Zeit sind gegeneinander abzuwägen (Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl., 1995, Rn. 35).

2. Umgekehrt bestimmt § 10 Abs. 2 der Richtlinien für die Berufsausübung der Notare die Grenze, ab der die Hinterlegung als Abwicklungsmethode ausscheiden muß, wie folgt:

"Der Notar darf Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten nicht zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte (§ 23 BNotO) übernehmen, wenn die Möglichkeit besteht, daß Sicherheiten vorgetäuscht werden, die durch die Hinterlegung nicht gewährt werden."

Demnach ist bereits der falsche Anschein der Gewährung einer Sicherheit zu vermeiden. Eine Hinterlegung darf daher nur stattfinden, wenn dies tatsächlich der Sicherung eines oder mehrerer Beteiligter oder der Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten bei der Kaufpreiszahlung dient. Dies kommt positiv in § 11 Abs. 1 Satz 2 DNot zum Ausdruck, der ein solches Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen voraussetzt.

Nach der Entscheidung des BGH vom 17.02.1994 (DNotZ 1995, 125, 128) soll die Einschaltung des Notars als Treuhänder bei der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages die Erfüllung der wechselseitigen Vertragspflichten (§§ 433, 434 BGB) sichern und den Vertragspartnern das Risiko einer Vorleistung ersparen.

Der Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der BNotO sieht auf Vorschlag der Bundesnotarkammer die gesetzliche Bestätigung und Klarstellung dieser Rechtslage durch die Einführung eines neuen § 54 a BeurkG vor. Die maßgeblichen Regelungen finden sich in Abs. 2 und 3 dieser Vorschrift.

"(2) Der Notar darf Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn

1. hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht,
2. ihm ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer Verwahrungsanweisung vorliegt, in der hinsichtlich der Masse und ihrer Erträge der Anweisende, der Empfangsberechtigte, die zeitlichen und sachlichen Bedingungen der Verwahrung und die Auszahlungsvoraussetzungen bestimmt sind,
3. er den Verwahrungsantrag und die Verwahrungsanweisung angenommen hat.

(3) Der Notar darf den Verwahrungsantrag nur annehmen, wenn die Verwahrungsanweisung den Bedürfnissen einer ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung und eines ordnungsgemäßen Vollzugs der Verwahrung sowie dem Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen genügt."

Der neue § 54 a Abs. 2 BeurkG soll durch das Kriterium des berechtigten Sicherungsinteresses einer "formularmäßig" vorgesehenen Verwahrung entgegenwirken (Begründung zum Regierungsentwurf, Stand: 24.11.1995, Seite 100). Fallgruppen, in denen die Hinterlegung auf Anderkonto geboten sein kann, sind nachfolgend unter II. dargestellt.

II. Unmittelbare Kaufpreiszahlung nach Fälligkeitsmitteilung des Notars (Direktzahlung)

Besteht kein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. d. oben genannten Grundsätze, sollte die Hinterlegung als Abwicklungsmethode nicht gewählt werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen keine rechtskundige Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen durch den Notar erfolgen muß oder nur der Anschein einer solchen Prüfung erweckt wird (dazu im einzelnen unter III).

In Fällen des Fehlens besonderer Gründe für die Anderkontenabwicklung bietet sich die Abwicklung durch Direktzahlung (häufig "bayerische Lösung" oder "süddeutsche Lösung" genannt) an. Die Vertragsabwicklung erfolgt hierbei in folgenden Schritten:

1. Der Käufer bestellt unter Mitwirkung des Verkäufers - in seinem Beisein oder aufgrund einer Finanzierungsvollmacht (dazu unten 6) - die zur Kaufpreisfinanzierung erforderlichen Grundpfandrechte und bewilligt deren sofortige Eintragung in das Grundbuch. Der Käufer tritt mit seiner Auflassungsvormerkung aus dem Kaufvertrag hinter die Grundpfandrechte der ihn finanzierenden Bank zurück. Die Eintragung der Finanzierungsgrundpfandrechte des Käufers und der nachrangigen Auflassungsvormerkung wird sofort beantragt.
2. Der Notar schreibt dann etwa abzulösende Grundpfandrechtsgläubiger des Verkäufers an und bittet um Aufgabe der Forderungen und Übersendung der Löschungunterlagen zu treuen Händen. Die Eigentümerzustimmung zur Löschung wurde zweckmäßigerweise bereits in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen. Die Treuhandaufträge der abzulösenden Gläubiger lauten typischerweise dahin, daß der Notar von den Löschungunterlagen nur Gebrauch machen darf, wenn sichergestellt ist, daß der jeweils geforderte Rückzahlungsbetrag an den betreffenden Gläubiger des Verkäufers entrichtet wird.
3. Der Notar bestätigt den Kreditinstituten des Käufers die Eintragung des Grundpfandrechts bzw. die Sicherstellung der Eintragung des Grundpfandrechts.
4. Sobald der Notar sämtliche Löschungunterlagen in Händen hat und auch die weiteren, von ihm zu überwachenden, Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen, stellt er den Kaufpreis gegenüber dem Käufer fällig. Die abzulösenden Forderungen teilt der Notar in der Regel durch Ablichtung der Treuhandschreiben mit.

Das finanzierende Kreditinstitut überweist daraufhin die Beträge an die abzulösenden Gläubiger. Sofern es sich um mehrere Finanzierungsinstitute auf seiten des Käufers handelt, übernimmt in der Regel eines von ihnen die Koordination bei der Abwicklung der Kaufpreiszahlung. Dieses Finanzierungsinstitut sammelt die Gelder aller beteiligten Käufer (Eigenmittel) oder Kreditinstitute bzw. überwacht deren gemeinsame Zahlung. Will keines der Finanzierungsinstitute diese Funktion übernehmen und sind auf beiden Seiten mehrere Finanzierungsinstitute beteiligt, empfiehlt sich das Verfahren weniger.

5. Nachdem die abzulösenden Gläubiger und der Verkäufer dem Notar die Zahlung bestätigt haben, veranlaßt der Notar die Löschung der nicht übernommenen Rechte im Grundbuch und verschafft so den Finanzierungsgläubigern des Käufers die bedungene Rangstelle. Das Eigentum kann auf den Käufer umgeschrieben werden.

6. Sofern der Kaufpreis nicht vollständig aus Eigenmitteln aufgebracht wird, ist das dargestellte Verfahren nur möglich, wenn der Verkäufer bereit ist, sein Eigentum noch vor Eigentumsumschreibung mit einem der Kaufpreisfinanzierung des Käufers dienenden Grundpfandrecht belasten zu lassen. Die hiermit verbundenen Risiken können bei entsprechender Ausgestaltung der in den Kaufvertrag aufzunehmenden Finanzierungsvollmacht und der Sicherungszweckerklärung in der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde in den

meisten Fällen im gleichen Umfang vermieden werden wie bei einer Kaufpreisabwicklung unter Hinterlegung. Maßgeblicher Schutzmechanismus hierbei ist die sog. eingeschränkte Sicherungszweckerklärung.

Der Verkäufer bestellt selbst oder durch den hierzu bevollmächtigten Käufer als derzeitiger Eigentümer dem Kreditinstitut des Käufers das Grundpfandrecht als Sicherheit. Dieses kann aber die Sicherheit nur insoweit verwerten, als es der mit dem Käufer geschlossene Sicherungsvertrag erlaubt. Aufgrund einer eingeschränkten Sicherungszweckerklärung darf das Kreditinstitut des Käufers das Grundpfandrecht nur wegen der Beträge verwerten, die es tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld geleistet hat. Wird der Kaufvertrag rückabgewickelt, so darf der Finanzierungsgläubiger das Grundpfandrecht nicht behalten, wenn ihm diese Beträge (d. h. ohne Zinsen, Gebühren, Disagio etc.) zurückerstattet werden, sondern hat Zug um Zug gegen Rückzahlung eine Löschungsbewilligung abzugeben. Eine entsprechende Formulierung ist in die Finanzierungsvollmacht und die Sicherungszweckerklärung aufzunehmen. Das Kreditinstitut wird allerdings nur dann an diese eingeschränkte Sicherungszweckabrede gebunden, wenn es ausdrücklich oder konkludent das entsprechende Vertragsangebot des Käufers annimmt, was voraussetzt, daß die dem Schutz des Verkäufers dienenden Besonderheiten der Sicherungsbrede der Bank verlässlich zur Kenntnis gelangen. Dies geschieht dadurch, daß die in der Finanzierungsvollmacht enthaltene Beschränkung des Sicherungszwecks des zu bestellenden Grundpfandrechts im Text der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde wortgleich wiederholt wird. Durch Übersendung der Ausfertigung oder der beglaubigten Abschrift der Grundschuldbestellungsurkunde erhält die Bank Kenntnis von der eingeschränkten Sicherungszweckerklärung. Es handelt sich um ein Angebot auf entsprechende Abänderungen der seitens der Bank formularmäßig vorgesehenen Sicherungsbrede. Dieses Angebot nimmt die Bank konkludent dadurch an, daß sie die Grundschuld als Sicherheit akzeptiert.

Teilweise wird die Einschränkung der Sicherungszweckabrede nicht im Text der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde der Bank zur Kenntnis gebracht, sondern der Bank wird eine Abschrift des Grundstückskaufvertrages mit der entsprechend eingeschränkten Finanzierungsvollmacht unter Hinweis auf die dort getroffenen Vereinbarungen übersandt. Die Bank wird durch den Notar aufgefordert, schriftlich zu bestätigen, daß sie die dort getroffenen Vereinbarungen (auch über die Abtretung der Auszahlungsansprüche und die unwiderrufliche Zahlungsanweisung) beachten wird (eine Darstellung dieses Verfahrens findet sich bei Brambring, Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A I, Rn. 252).

Im einzelnen ist weiter auf folgendes hinzuweisen:

a) Es kann die Abwicklung erleichtern, wenn eine Zahlungsanweisung an das Kreditinstitut des Käufers aufgenommen wird. Für die Bank ist diese Zahlungsanweisung gemäß § 784 BGB allerdings nur bindend, wenn sie von ihr ausdrücklich angenommen wird.

b) Anstelle der routinemäßigen Verwendung von Finanzierungsvollmachten ist es für den Käufer risikoloser, die Finanzierungsunterlagen so rechtzeitig bereitzustellen, daß die Grundpfandrechte noch im Termin zur Kaufvertragsbeurkundung bestellt werden können.

c) Die häufig als weiteres Sicherungsmittel für den Verkäufer in der Finanzierungsvollmacht enthaltene Abtretung der Darlehensauszahlungsansprüche des Käufers gegen seinen Kreditgeber (nur bis zur Höhe des zur Finanzierung benötigten Betrages und entsprechend der Kaufpreisfälligkeit) scheidet oftmals daran, daß aufgrund der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder des Darlehensvertrages selbst die Abtretung ausgeschlossen ist. Außerdem gibt sie dem Verkäufer oft mehr als er beanspruchen kann. Die eingeschränkte Sicherungszweckerklärung allein bietet jedoch regelmäßig bereits ausreichenden Schutz gegen eine den Verkäuferinteressen zuwiderlaufende Pfändung des Darlehensauszahlungsanspruchs durch Gläubiger des Käufers.

c) Das Risiko einer Pfändung der Rückgewähransprüche durch Gläubiger des Verkäufers, die auf diese Weise nicht valutierte Teile der Grundschuld erlangen und den Käufer mit Vollstreckung bedrohen können, obwohl er den Kaufpreis bezahlt hat, läßt sich durch Abtretung der Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche ab Zahlung des Kaufpreises, jedenfalls aber ab Eigentumsumschreibung auf den Käufer vermeiden.

Formulierungsvorschläge für die Finanzierungsvollmacht mit eingeschränkter Sicherungszweckabrede geben bspw.:

Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A I, Rn. 248; Haegele/

Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., 1993, Rn. 3159; Nieder, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 3. Aufl., 1992, Muster I.1; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl., 1994, Rn. 365 f.

III. Berechtigtes Sicherungsinteresse

1. Ein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. d. unter I. genannten Grundsätze kommt insbesondere in folgenden Fallkonstellationen in Betracht:

a) Ablösung von Verkäufergläubigern und Finanzierung des Kaufpreises durch mehrere Kreditgeber

Ist der verkaufte Grundbesitz mit Rechten Dritter - insbesondere Grundpfandrechten - belastet und finanziert der Käufer den Kaufpreis aus Darlehen mehrerer Kreditgeber, kann eine Hinterlegung dann geboten sein, wenn die den Kaufpreis finanzierenden Kreditinstitute nicht bereit sind, die Direktzahlung an die abzulösenden Grundpfandrechtsgläubiger vorzunehmen.

Die rangrichtige Eintragung der Finanzierungsgrundpfandrechte der den Käufer finanzierenden Kreditinstitute ist nur sichergestellt, wenn die Verkäufergläubiger entsprechend ihren dem Notar mitgeteilten Treuhandauflagen befriedigt werden. Bei mehreren kaufpreisfinanzierenden Banken ist eine Abstimmung unter den Geldgebern notwendig. Daneben ist der Nachweis erforderlich, daß der Käufer seine Eigenmittel zur Verfügung hat. Koordinationsbedarf besteht hinsichtlich der Frage, welche der finanzierenden Banken welche Beträge an die abzulösenden Grundpfandrechtsgläubiger bzw. an den Verkäufer überweist und an wen der Käufer seine Eigenmittel unmittelbar zu überweisen hat. Häufig übernimmt eine der finanzierenden Banken die Rolle einer koordinierenden Zentralbank. Ist eine solche Koordinierung jedoch nicht gewährleistet, führt die Hinterlegung zu einer erheblichen Abwicklungserleichterung und dient damit zugleich den Sicherungsinteressen der Beteiligten. Eine Hinterlegung aus diesem Grunde ist aber i. d. R. entbehrlich, wenn das Grundstück unbelastet ist oder nur ein Grundpfandrechtsgläubiger abzulösen ist.

b) Verringerung des in der Eintragung der Auflassungsvormerkung liegenden Risikos des Verkäufers

Will der Verkäufer die Auflassungsvormerkung erst nach Sicherstellung des Kaufpreises eintragen lassen, weil er das Risiko einer abredewidrigen Nichtzahlung durch den Käufer nicht einzugehen bereit ist, liegt ebenfalls die Hinterlegung nahe.

Dem Risiko des Verkäufers (des Scheiterns der Vertragsdurchführung) könnte allerdings durch eine Vollmacht zur Abgabe der Löschungsbewilligung oder eine sofort erklärte Löschungsbewilligung des Käufers begegnet werden, deren Einreichung im Falle der Rückabwicklung von im Innenverhältnis durch den Notar zu überwachenden Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Alle Alternativen zur Hinterlegung führen allerdings dazu, daß der Notar die Verantwortung dafür trägt, ob er z. B. von der ihm treuhänderisch übergebenen Löschungsbewilligung des Käufers aufgrund der Behauptung des Verkäufers, der Kaufpreis sei nicht gezahlt worden, Gebrauch macht oder nicht. Eine solche Verantwortung zu übernehmen, ist unter dem Gesichtspunkt der Neutralität des Notars bedenklich (§§ 1, 14 Abs. 1 BNotO). Daher erscheint bei dieser Fallkonstellation die Hinterlegung als interessengerechtes Sicherungsmittel. Scheitert die Durchführung des Vertrages aus Gründen, die der Käufer zu vertreten hat, verfügt der Verkäufer zumindest über ein wirtschaftliches Druckmittel, um den Käufer zur schnellen Abgabe der Löschungsbewilligung für die Vormerkung anzuhalten.

Ob in den genannten Fällen eine Hinterlegung oder eine Direktzahlung zu wählen ist, kann letztlich nur im Einzelfall beantwortet werden. Bei Direktzahlung sollte die generelle Aufnahme einer Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung jedenfalls die Möglichkeit für den Käufer offenhalten, im Falle eines mit Zahlungsverzug begründeten Rücktritts des Verkäufers die rechtzeitige Zahlung nachzuweisen.

c) Unerwünschte Belastung des Grundbesitzes vor Eigentumsumschreibung

Häufig wird die Hinterlegung für erforderlich gehalten, wenn der Verkäufer aus Sorge vor den Risiken einer dem Käufer erteilten Finanzierungsvollmacht nicht bereit ist, schon vor Eigentumsumschreibung Grundpfandrechte zu Gunsten eines Kreditinstituts des Käufers eintragen zu lassen. Die Verwendung einer Finanzierungsvollmacht mit eingeschränkter Sicherheitsabrede sowie die Aufnahme einer Zahlungsanweisung an den Gläubiger des Käufers und ggf. eine Abtretung der Darlehensauszahlungsansprüche (dazu oben II) können das Risiko der dinglichen Haftung des Verkäufers für tatsächlich nicht erhaltene Beträge zwar in erheblichem Umfang beschränken. Falls jedoch ein Finanzierungsgläubiger mit der Einschränkung der Sicherheitsabrede nicht einverstanden ist, verbleibt nur die Kaufpreishinterlegung als sachgerechte Vertragsgestaltung.

d) Herbeiführung eines möglichst frühen Besitzübergangs

Auch wenn der Käufer (Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung) einen frühzeitigen Besitzübergang wünscht, bietet sich die Hinterlegung an. Der Käufer kann zu einem bestimmten Termin zahlen und so den Besitzübergang herbeiführen. Der Verkäufer kann sich je nach den Umständen von diesem Zeitpunkt an als hinreichend gesichert betrachten, erhält den Kaufpreis aber erst nach Sicherstellung der lastenfreien Eigentumsumschreibung ausgezahlt.

e) Weitere Fallgruppen

Die Aufzählung der Fallgruppen, in denen ein Sicherungsinteresse für eine Hinterlegung in Betracht kommen kann, kann nicht abschließend sein. Zu denken ist u. a. noch an folgende weitere Konstellationen:

aa) Die Beteiligten sind an der Vereinbarung eines festen Fälligkeitstermins interessiert. Ein solcher fester

Fälligkeitstermin kann bei der Direktzahlung mit Fälligkeitsmitteilung durch den Notar nur unter dem Vorbehalt vereinbart werden, daß die Fälligkeit nicht vor Zugang der Mitteilung des Notars über das Vorliegen der vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen eintreten soll. Will der Käufer die Nachteile vermeiden, die durch Verzögerungen bei der Fälligkeitsmitteilung eintreten können (Bereitstellungszinsen einerseits, Verzugszinsen andererseits), kann die Hinterlegung zu einem bestimmten festen Zeitpunkt vereinbart werden.

bb) Stehen noch Leistungen des Verkäufers wie Räumung oder Renovierungsarbeiten aus, können diese durch die Hinterlegung des Kaufpreises oder von Kaufpreisteilbeträgen gesichert werden.

cc) Ist die Löschung eines Grundpfandrechts wegen des Verlustes des Briefes nicht möglich, kann die Hinterlegung des zur Ablösung des Grundpfandrechts erforderlichen Betrages auf Anderkonto die Abwicklung des Kaufvertrags im übrigen ermöglichen.

dd) Sind mehrere Verkäufer vorhanden, unter denen kein ausreichendes Vertrauensverhältnis besteht, kann die Zahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto zur Verteilung des Erlöses geboten sein.

ee) Eine Hinterlegung kann auch in Betracht kommen, wenn ein Zwangsversteigerungsvermerk am Kaufobjekt eingetragen ist. Die Zug-um-Zug-Abwicklung der Freigabe des Grundstücks durch den Vollstreckungsgläubiger gegen die Zahlung des vereinbarten Betrages erfolgt in der Regel durch Hinterlegung des Betrages auf Notaranderkonto. Die Rücknahmeerklärung des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers wird erst mit Einigung beim Versteigerungsgericht wirksam. Bis zu diesem Zeitpunkt können weitere Gläubiger beitreten. Der Zwangsversteigerungsvermerk würde dann nur mit Zustimmung der neu beigetretenen Gläubiger gelöscht. Zur Sicherstellung der finanzierenden Bank empfiehlt sich die Hinterlegung (zum Verfahren im einzelnen vgl. Weirich, DNotZ 1989, 143).

2. Beim Bauträgervertrag ist eine Abwicklung der einzelnen Kaufpreisratenzahlungen über Notaranderkonto in aller Regel nicht sachgerecht. Sind die Voraussetzung des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt, hängt die Fälligkeit der einzelnen Kaufpreisraten allein vom Baufortschritt ab. Die Hinterlegung auf Anderkonto bietet keinem Vertragsteil zusätzliche Sicherheit, da als Auszahlungsvoraussetzung regelmäßig nur die entsprechende Bestätigung des Verkäufers über den Bautenstand in Betracht kommt.

Zu der umstrittenen Frage der Zulässigkeit von vertraglichen Bestimmungen über die Hinterlegung der letzten Kaufpreisrate in Formularverträgen soll hier nicht Stellung genommen werden. Hierzu wird verwiesen auf die Ausführungen von Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl., 1995, Rn. 26 f. und Brambring, DNotZ 1990, 615, 620.

IV. Risiken der jeweiligen Abwicklungsmethoden

Auch in den nicht unter III. genannten Fallgruppen kann nur eine Abwägung der Risiken von Direktzahlung und Hinterlegung im Einzelfall ein berechtigtes Sicherheitsinteresse für eine Hinterlegung ergeben.

1. Die Kaufpreishinterlegung birgt eine Reihe von möglichen Fehlern für den Notar:

a) Bei der Kaufpreishinterlegung übernimmt der Notar die volle Verantwortung für die vertragsrichtige Verwendung des Kaufpreises. Sobald alle Voraussetzungen für die Auszahlung des hinterlegten Betrages vorliegen, also sowohl die im Vertrag vereinbarten Auszahlungsvoraussetzungen als auch die aus den Treuhandaufträgen der abzulösenden Gläubiger und der den Kaufpreis finanzierenden Kreditinstitute, hat der Notar unverzüglich zu handeln. Zahlt der Notar zu früh aus, verletzt er seine Amtspflichten gegenüber dem Käufer und den finanzierenden Banken und wird schadenersatzpflichtig. Zahlt der Notar zu spät aus, kann der Verkäufer vom Notar Ersatz des ihm hieraus entstandenen Schadens verlangen. Die Prüfung des Vorliegens aller Auszahlungsvoraussetzungen ist häufig äußerst schwierig, muß aber ohne schuldhaftes Zögern erfolgen.

Die Erfahrung zeigt, daß bei der Auszahlung von Treuhandgeldern auch darüber hinaus häufig Fehler gemacht werden, z. B. wenn übersehen wird, daß die Frist zur Erledigung des Treuhandauftrages einer Bank abgelaufen ist. Die Rechtsprechung stellt an die Gewissenhaftigkeit des Notars bei der Führung von Anderkonten hohe Anforderungen. Gleiches gilt für den Vollzug, bei dem dem Notar ein Ermessen nicht zusteht (vgl. zu Auszahlungsfehlern Haug, DNotZ 1982, 539, 551 ff.).

b) Eine weitere Risikoquelle liegt in der Verpflichtung des Notars zur Überprüfung von Treuhandaufträgen auf ihre Vereinbarkeit mit seinen Amtspflichten. Erteilen Banken Treuhandaufträge, die die Übernahme von Garantien durch den Notar verlangen oder Auflagen enthalten, deren Erfüllung der Notar nicht nachkommen kann, insbesondere weil sie mit den Hinterlegungsanweisungen der Beteiligten nicht übereinstimmen, muß der Notar auf eine Änderung des Treuhandauftrages hinwirken, notfalls den Auftrag ablehnen (so bspw. Zimmermann, DNotZ 1985, 640 f.). Auch in diesem Bereich ergeben sich erfahrungsgemäß zahlreiche Fehlerquellen für den Notar.

c) Im Falle der Erteilung einseitig von der Hinterlegungsvereinbarung abweichender Weisungen durch Beteiligte ergeben sich für den Notar oftmals schwierige tatsächliche und rechtliche Fragestellungen (vgl. hierzu insbesondere Zimmermann, DNotZ 1980, 451 und Brambring, DNotZ 1990, 615). Der Notar gerät hier häufig in

Streitigkeiten zwischen den Beteiligten und ist aus diesem Grunde einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt. Die schwierige Entscheidungssituation des Notars und seine Amtspflichten bei Streitigkeiten zwischen den Beteiligten erläutern instruktiv die aktuellen Entscheidungen des OLG Düsseldorf, DNotZ 1995, 497, OLG Zweibrücken, MittBayNot 1995, 162 sowie BayObLG, MittBayNot 1995, 331).

d) Im Hinblick auf die Haftung des Notars ist zu beachten, daß bei Hinterlegungsgeschäften gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO nicht die Möglichkeit besteht, den geschädigten Auftraggeber auf anderweitige Ersatzmöglichkeiten zu verweisen.

e) Häufig wird im Falle der Hinterlegung der Notar angewiesen, das Grundpfandrecht erst dann eintragen zu lassen, wenn der gesamte Kaufpreis hinterlegt und die Auszahlung an den Verkäufer sichergestellt ist. Die Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechts erfolgt also später als bei der Direktzahlung. Es besteht deshalb eine erhöhte Gefahr, daß bis zum Eintritt der Auszahlungsreife bzw. Antragstellung der Verkäufer oder dessen Gläubiger rangschädliche Zwischeneintragungen veranlassen, die dazu führen können, daß die Treuhandauflagen der Finanzierungsgläubiger des Käufers abgeändert werden müssen oder nicht mehr erfüllbar sind und die gesamte Kaufvertragsabwicklung scheitert.

f) Die Hinterlegung führt oftmals zu wirtschaftlichen Nachteilen für die Beteiligten, da der Käufer ab der Hinterlegung bereits mit Darlehenszinsen belastet ist, während die Beträge dem Verkäufer noch nicht zur Verfügung stehen. Die auf das Anderkonto eingezahlten Summen werden meist nur gering verzinst. Dem kann in geeigneten Fällen durch Festgeldanlage begegnet werden.

2. Die Nachteile der Vertragsabwicklung durch Direktzahlung bestehen vor allem darin, daß der Verkäufer die Eintragung des Grundpfandrechts vor Zahlung des Kaufpreises ermöglicht. Vor den dadurch entstehenden Risiken kann der Verkäufer weitgehend geschützt werden. Insbesondere das Risiko der nicht zweckentsprechenden Verwendung der Darlehensvaluta durch den Käufer und das Risiko, zwar die Darlehensvaluta zu erhalten, aber wegen des Disagio und der Zinsen in Anspruch genommen zu werden, lassen sich durch die unter II. vorgeschlagene Formulierung der Sicherungszweckabrede vermeiden. Daneben verbleiben noch geringe Restrisiken.

a) Der Verkäufer haftet für Notar- und Grundbuchgebühren im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung. Dem läßt sich durch das Verlangen nach Vorauszahlung durch den Käufer begegnen.

b) Erbringt der Käufer die Darlehensleistungen nicht, kann es geschehen, daß der Gläubiger aus der Grundschuld die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung bereits zu einem Zeitpunkt beantragt, zu dem der Verkäufer noch Grundstückseigentümer ist. In den Veröffentlichungen erscheint dann der Verkäufer als Zwangsvollstreckungsschuldner, was seinem Ruf schädlich sein kann. Vor diesem Risiko kann sich der Verkäufer schützen, indem er notfalls möglichst schnell die Voraussetzungen zur Erklärung des Rücktritts vom Vertrag herbeiführt und die dinglich gesicherten Gläubiger dann aus dem bereits erhaltenen Kaufpreis befriedigt, so daß es nicht zur Anordnung von Zwangsmaßnahmen kommt.

c) Durch die drohende Zwangsvollstreckung aufgrund der eingetragenen Grundschuld gewinnt die Frage der Liquidität des Käufers besondere Bedeutung. Der Verkäufer trägt auch das Rechtsverfolgungsrisiko für die Beseitigung der eingetragenen Grundschuld des Käufers. Bei besonderen Zweifeln an der Liquidität des Käufers könnte daher die Hinterlegung naheliegen. Nur bei begründetem Anlaß sollten allerdings Zweifel an der Liquidität des Käufers von der Direktzahlung abhalten.

d) Hinsichtlich der Beträge zur Ablösung der eingetragenen Grundpfandrechte liegt sowohl seitens des Käufers, als auch seitens der den Kaufpreis finanzierenden Kreditinstitute eine Vorleistung vor. Da die Lösungsunterlagen erst nach Zahlungsbestätigung durch die abgelösten Grundpfandrechtsgläubiger beim Grundbuchamt eingereicht werden können und erst ab diesem Zeitpunkt der Schutz des § 873 Abs. 2 BGB eintritt, liegt für einen bestimmten - meist kurzen - Zeitraum eine ungesicherte Vorleistung vor. Angesichts der kurzen Zeitdauer, die i. d. R. zwischen der Zahlung und der Einreichung der Lösungsunterlagen liegt, ist auch dieses Risiko als gering einzuschätzen. Dies gilt insbesondere bei seriösen Grundpfandrechtsgläubigern wie öffentlichen Körperschaften, öffentlichen Kreditanstalten oder Großbanken.

Der Gefahr des Widerrufs der Löschungsbewilligung kann man dadurch begegnen, daß der Notar als Vertreter des anderen Vertragsteils die Freigabe und Löschungsbewilligungserklärung in Empfang nimmt und damit die Möglichkeit des Widerrufs nach § 875 Abs. 2 BGB ausschließt. Schutz vor Konkurs des Grundpfandrechtsgläubigers und vor Abtretungen des betreffenden Rechts vor Vollzug der Löschungsbewilligung läßt sich durch einen Rücktritt des freizugebenden Grundpfandrechts hinter die Auflassungsvormerkung des Käufers erreichen. Ein Abwägen von Sicherheit einerseits und Aufwand an Geld und Zeit andererseits führt jedoch meist dazu, auf diese Sicherungen gegen selten vorkommende Gefahren zu verzichten (vgl. Reithmann/Albrecht/Basty, a.a.O., Rn. 36).

V. Kostenrechtliche Behandlung

Grundsätzlich hat der Notar nicht den billigsten Weg, sondern den Weg zu wählen, der nach einer Abwägung von

Sicherheit einerseits und Aufwand an Zeit und Kosten andererseits den Beteiligten am ehesten gerecht wird. Aus diesem Grunde soll hier auch nicht im einzelnen dargestellt werden, welche Abwicklungsmethode in welchen Fällen höhere Kosten verursacht als die andere. Grundsätzlich ist von folgendem auszugehen:

1. Für die Hinterlegung fällt die Hebegebühr nach § 149 KostO an. Ein Nebeneinander der Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO und § 149 KostO kommt i. d. R. nicht in Betracht. Ausnahmen gelten nach herrschender Meinung insbesondere im Bereich der Vorlagehaftung hinsichtlich der Auflassung, also der auftragsgemäßen Tätigkeit des Notars, die Eintragung der Auflassungsvormerkung oder die Umschreibung des Grundbesitzes auf den Erwerber nur nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen zu beantragen (Nachweise bei Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 13. Aufl., 1995, § 149, Rn. 8 f.).

2. Bei der Direktzahlung fällt insbesondere für die Überwachung der Fälligkeitsvoraussetzungen und der Umschreibungsreife je eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an (für die Beschaffung der Lastenfreistellungserklärungen und Annahme der Treuhandaufträge kommen Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO oder bei Entwurfsfertigung durch den Notar nach § 145 Abs. 1 KostO in Frage). Fallen mehrere Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO an, sind die Kostenunterschiede zur Hinterlegung nicht erheblich.

Wenn keine Nebengebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Einholung der Löschungsunterlagen abzulösender Gläubiger (bei der Direktzahlung) in Frage kommt, ist auch aus Kostengesichtspunkten zu prüfen, ob eine Hinterlegung tatsächlich in Frage kommt.

VI. Literaturhinweise

Zur Vertiefung möchten wir insbesondere auf folgende Literaturstellen hinweisen:

Bräu, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992

Brambring/Hagen, Der Grundstückskauf, 6. Aufl., 1994, Rn. 416 ff.

Brambring, Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, DNotZ 1990, 615 ff.

Haug, Die Amtshaftung des Notars, 1989, Rn. 680 ff.

Haug, Treuhandtätigkeit nach § 23 BNotO, Risiken - Haftpflichturteile - Grundsätze, DNotZ 1982, 475 ff., 539 ff., 592 ff.

Kawohl, Notaranderkonto, 1995

König, Rechtsverhältnisse und Rechtsprobleme bei der Darlehensvalutierung über Notaranderkonto, 1988

Tönnies, Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto, in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A I, Rn. 349 ff.

Volhard, Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug, DNotZ 1987, 523 ff.

Zimmermarm, Das Anderkonto, DAI-Tagungsunterlage, 1994

Zimmermann, Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BNotO, DNotZ 1980, 451 ff.

Wir hoffen, mit den vorstehenden Ausführungen einige Anhaltspunkte für die Wahl der geeigneten Vertragsabwicklungsmethode gegeben zu haben.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

gez. Dr. Timm Starke

(Hauptgeschäftsführer)

10117 Berlin

Telefax: 030-38386666