

Dokumentnummer: 687  
letzte Aktualisierung: 18. Mai 1998

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 242/97  
19. März 1998

#### T a t b e s t a n d :

Der Beklagte ist Verwalter in dem am 27. April 1994 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der R. GmbH K. (nachfolgend: Schuldnerin).

Die klagende Bank gewährte der Schuldnerin einen Kontokorrentkredit über 200.000 DM. Zur Sicherung der daraus resultierenden Ansprüche trat die Schuldnerin - neben der Gewährung weiterer Sicherheiten - am 3. August 1993 eine Forderung an die Klägerin schriftlich ab, die wie folgt bezeichnet wurde:

"Forderung gegen Grundkredit Bank eG Berlin aus Termineinlagenkonto Nr. ... Notar-Anderkonto".

Der Notar Dr. G. hatte unter der genannten Nummer bei der besagten Bank ein Anderkonto eingerichtet. Auf dieses Konto hatten die Erwerber eines von der Schuldnerin mit notariellem Vertrag vom 11. März 1993 verkauften Grundstücks den Kaufpreis von 130.000 DM, wie vereinbart, einbezahlt.

Die Klägerin hat den Beklagten unter anderem auf Zustimmung zur Auszahlung dieses Betrages an sie in Anspruch genommen. Der Beklagte hat eingewandt, mangels hinreichend bestimmter Bezeichnung der Forderung liege keine wirksame Abtretung vor. Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Beklagte in diesem Punkt den Antrag auf Klageabweisung weiter.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

## I.

Erfolglos wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Schuldnerin habe der Klägerin den Anspruch auf Auszahlung des auf dem Notarkonto eingegangenen Betrages abgetreten, den die Grundstückskäufer dorthin überwiesen hatten. Die tatrichterliche Auslegung der Abtretungserklärung ist rechtlich selbst dann einwandfrei, wenn die Abtretung, was der Beklagte aus dem Inhalt des nicht bei den Akten befindlichen Kreditvertrages herleiten will, der Schriftform bedurfte.

Willenserklärungen sind nach beiden Seiten hin zweck- und interessengerecht auszulegen (st. Rspr.: vgl. BGHZ 131, 136, 138). Im Streitfall konnte es für die Schuldnerin ebenso wie für die Klägerin nur darum gehen, den genannten Anspruch abzutreten. Allein unter diesem Gesichtspunkt gibt die Abtretungserklärung einen vernünftigen Sinn. Die Schuldnerin hatte keinen Anspruch gegen die Grundkreditbank Berlin; sie unterhielt dort auch kein Konto. Der Wille der Parteien hat durch den der Kontonummer beigefügten Zusatz "Notar-Anderkonto" in der Urkunde, wenn auch unvollkommen, seinen Ausdruck gefunden; dies ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend (vgl. allgemein BGH, Urt. v. 12. Juli 1996 - V ZR 202/95, NJW 1996, 2792, 2793; zur Bürgschaft Senatsurt. v. 3. Dezember 1992 - IX ZR 29/92, NJW 1993, 724, 725). Die Abtretung wurde nicht der Grundkreditbank, sondern dem Notar Dr. G. als Drittschuldner mitgeteilt. Dieser außerhalb der eigentlichen Abtretungsurkunde liegende Umstand ist für die Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen.

## II.

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob ein solcher Anspruch überhaupt an einen Dritten übertragen werden konnte und die erklärte Abtretung wirksam geworden ist. Letzteres läßt sich auf der Basis der tatrichterlichen Feststellungen noch nicht abschließend beurteilen.

1. Als die Abtretung erfolgte, war ein Auszahlungsanspruch der Schuldnerin gegen den Notar entstanden.

a) Der Notar hat aufgrund eines ihm erteilten Treuhandauftrages, die Vollzugsreife des Kaufvertrages herbeizuführen, das Kaufgeld in Empfang genommen. Die ihm damit übertragene Aufgabe betraf die Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§§ 23, 24 BNotO), stellte also ein typisches Amtsgeschäft dar. Auch in diesen Fällen wird der Notar hoheitlich tätig; zwischen ihm und den Parteien des Kaufvertrages besteht ausschließlich eine öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung (Senatsurt. v. 3. Juni 1993 - IX ZR 119/92, NJW 1993, 2317; v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403). Der Notar kann weder durch eine zivilrechtliche Klage noch vor dem Verwaltungsgericht auf Auszahlung des auf dem Notaranderkonto liegenden Geldbetrages

in Anspruch genommen werden. Streitigkeiten, welche die Vornahme von Amtshandlungen des Notars betreffen, sind allein dem Verfahren nach § 15 BNotO zugewiesen worden (BGHZ 76, 9, 13 ff); dies gilt auch für den Bereich der neuen Bundesländer (BGH, Beschl. v. 3. Juli 1997 - IX ZB 116/96, WM 1997, 2094).

b) Daraus folgert eine im Schrifttum und in der Rechtsprechung verbreitete Meinung, daß der Verkäufer keinen materiell-rechtlichen Anspruch gegen den Notar auf Herausgabe des verwalteten Geldes besitze. Da der Berechtigte nur die Möglichkeit habe, gegen den Notar im Wege der Beschwerde vorzugehen, stehe ihm gegen diesen keine Geldforderung zu. Er könne lediglich die weisungsgemäße Abwicklung der übernommenen Verwahrung als sonstiges vermögenswertes Recht geltend machen (OLG Hamm DNotZ 1983, 61; 1983, 702; Arndt/Lerch/Sandkühler BNotO 3. Aufl. § 23 Rdnr. 137; Kersten/Bühling/Zimmermann, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 20. Aufl. § 11 S. 84; Weingärtner/Schöttler, Dienstordnung für Notare 7. Aufl. Rdnr. 147 ff).

c) Dieser Auffassung folgt der Senat jedoch nicht; denn es ist kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, warum die hoheitliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Notar und den Kaufvertragsparteien einen Zahlungsanspruch ausschließen soll. Vor Inkrafttreten der Reichsnotarordnung wurden die heute von §§ 23, 24 BNotO erfaßten Geschäfte als vertragliche Tätigkeit des Notars eingeordnet (vgl. dazu BGH, Urt. v. 21. November 1996 - IX ZR 182/95, NJW 1997, 661, 663 m.w.N., z.V.b. in BGHZ 134, 100), so daß ein entsprechender Anspruch unmittelbar aus § 667 BGB begründet war. Mit der Einbeziehung der Treuhandtätigkeit des Notars in den hoheitlichen Bereich sollte keine materielle Schlechterstellung der Beteiligten verbunden sein. Dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß der Grundsatz der Subsidiarität der Notarhaftung (§ 21 Abs. 1 Satz 2 RNotO, § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) nicht gilt, soweit der Notar aufgrund der §§ 23, 24 BNotO für den Auftraggeber tätig geworden ist. Zwar sieht § 15 BNotO ein besonderes, den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegendes Verfahren vor, wenn der Notar die Erfüllung von Amtspflichten verweigert. Will der Berechtigte geltend machen, der Notar erfülle eine ihm im Rahmen der Tätigkeit nach §§ 23, 24 BNotO obliegende amtliche Aufgabe nicht, muß dieser verfahrensrechtliche Weg ebenfalls eingehalten werden. Auch Streitigkeiten über die Abwicklung von Notaranderkonten sind daher durch Beschwerde nach § 15 BNotO auszutragen (BGH, Urt. v. 14. Dezember 1989 - IX ZR 119/88, NJW 1990, 1733, 1734). Gegenstand einer solchen Beschwerde ist indessen ein subjektivöffentliches Recht des Antragstellers. Der Beschwerdeführer kann auf diesem Wege erreichen, daß der Notar angewiesen wird, eine bestimmte, näher bezeichnete Amtshandlung, z.B. die Auszahlung des auf dem Treuhandkonto verwalteten Geldes, vorzunehmen (Arndt/Lerch/Sandkühler, aaO § 15 Rdnr. 103; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG 12. Aufl. § 54 BeurkG Rdnr. 9; Seybold/Schippel/Reithmann, BNotO 6. Aufl. § 15 Rdnr. 86). Durch den bei Streitigkeiten über Amtshandlungen gesetzlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Weg wird die materielle Rechtsstellung desjenigen, der den Notar mit einer Tätigkeit nach §§ 23, 24 BNotO betraut hat, nicht geschmälert. Mit einer im Schrifttum und in der Rechtsprechung im Vordringen begriffenen Auffassung (Kawohl, Notaranderkonto Rdnr. 103; Lüke, ZIP 1992, 150, 157 ff; Reithmann, Vorsorgende

Rechtspflege S. 224; ders. WM 1991, 1493, 1497; Rupp/Fleischmann, NJW 1983, 2368, 2369; Stöber, Forderungspfändung 11. Aufl. Rdnr. 1781; Volhard DNotZ 1987, 523, 545; OLG Celle DNotZ 1984, 256; LG Duisburg MittRhNotK 1984, 26; LG Wuppertal MittRhNotK 1984, 149) ist daher anzunehmen, daß der öffentlich-rechtlichen Pflicht des Notars, den auf seinem Anderkonto verwalteten Kaufpreis bei Auszahlungsreife an den Verkäufer auszukehren, ein entsprechender Anspruch des Berechtigten gegenübersteht.

2. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar kann jedoch, solange die Kaufpreisforderung noch besteht, nicht isoliert abgetreten werden.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Gläubiger des Verkäufers dessen Anspruch gegen den Notar auf Auszahlung des Kaufpreises nicht ohne die zugrundeliegende Kaufpreisforderung wirksam pfänden (BGHZ 105, 60). Dies beruht auf der Erwägung, daß der Verkäufer ansonsten über seine Forderung noch frei verfügen könnte und dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre. Dieselben Gefahren treten auf, wenn man eine isolierte Abtretung des Auszahlungsanspruchs gegen den Notar zuläßt, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist.

b) Daß eine solche Trennung rechtlich nicht zulässig ist, folgt auch aus Sinn und Zweck des § 401 Abs. 1 BGB. Über die dort genannten Rechte hinaus gehen in entsprechender Anwendung der Vorschrift auch andere unselbständige Sicherungsrechte sowie Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind, zusammen mit dem Hauptanspruch auf den Zessionar über (vgl. BGH, Urt. v. 1. Juni 1973 - V ZR 134/72, NJW 1973, 1793, 1794; v. 21. Juni 1985 - V ZR 134/84, WM 1985, 1106, 1107; weitere Nachweise bei Palandt/Heinrichs, BGB 57. Aufl. § 401 Rdnr. 4). Der Anspruch gegen den Notar ist im Verhältnis zur Kaufpreisforderung ebenfalls als ein solches Nebenrecht einzuordnen. Die Einschaltung des Notars zur Abwicklung des Kaufpreises dient dem Zweck sicherzustellen, daß die Ansprüche der Parteien Zug um Zug erfüllt werden. Die Vertragspartner sollen vor rechtlichen Nachteilen geschützt werden, die mit Inhalt und Zweck der getroffenen Regelung nicht vereinbar sind. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar entsteht im Zuge der Vertragsabwicklung; er hängt daher, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist, eng und unmittelbar mit ihr zusammen. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er ergänzt die vertragliche Forderung. Daher darf, solange die Kaufpreisforderung noch besteht, diese nicht im Wege der Abtretung von dem Auszahlungsanspruch gegen den Notar getrennt werden.

3. Zu dem Zeitpunkt, als die Abtretung des Anspruchs gegen den Notar erfolgte, war die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen. Grundsätzlich wird die Kaufpreisschuld nicht schon mit dem Eingang des Geldes beim Notar erfüllt (BGHZ 87, 156, 162 ff; BGH, Urt. v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403, 1404). Daß hier ausnahmsweise etwas anderes vereinbart war, ist nicht behauptet. Der Kaufpreisanspruch war am 3. August 1993 nicht auszahlungsreif, weil die im Kaufvertrag vereinbarten Voraussetzungen noch nicht erfüllt waren. Dies folgt aus den Angaben des Notars in der Drittschuldnererklärung vom 16. August 1993, die nicht bestritten

wurden. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Kaufvertrag in dem Sinne auszulegen ist, daß die Kaufpreisschuld mit Eintritt der Auszahlungsreife getilgt war (vgl. dazu Senatsurt. vom 17 Februar 1994. aaO S. 1404 f).

4. Die Klägerin hat zwar behauptet, ihr sei auch der Kaufpreisanspruch abgetreten worden. Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen. Für die revisionsrechtliche Beurteilung ist somit davon auszugehen, daß eine entsprechende Abtretung nicht erfolgt ist. Jedoch läßt sich derzeit nicht ausschließen, daß die Kaufpreisforderung wirksam auf die Klägerin übergegangen ist. Die Klägerin hat vorgetragen und unter Beweis gestellt, sie sei sich mit der Schuldnerin am 3. August darüber einig gewesen, daß die schriftliche Abtretungserklärung auch die Forderung gegen die Grundstückskäufer betraf. Ist dies richtig, scheitert die Abtretung nicht an einer eventuell vereinbarten Schriftform. Da genau ein Betrag in Höhe der Kaufpreissumme abgetreten wurde und die Urkunde das Notaranderkonto erwähnt, findet sich in ihr ein Anhaltspunkt für den von der Klägerin behaupteten Erklärungsinhalt. Davon abgesehen konnten die Vertragspartner jederzeit auf die Schriftform verzichten, wenn sie nur hinreichend zum Ausdruck brachten, daß das mündlich Vereinbarte uneingeschränkt gültig sein sollte (vgl. BGHZ 71, 162, 164). Möglicherweise ist dies geschehen.

5. Wurde der Klägerin außer dem Auszahlungsanspruch gegen den Notar auch die Kaufpreisforderung abgetreten, kann sie vom Beklagten gemäß § 12 Abs. 1 GesO Zustimmung zur Auszahlung verlangen.

a) Die Sicherungsabtretung gehört zu den von § 12 Abs. 1 GesO erfaßten Rechten. Die Vorschrift ist vom Wortlaut her zu eng gefaßt. Der Sicherungsnehmer kann nach dieser Vorschrift nicht nur Herausgabe, sondern bei an Geldforderungen begründeten Sicherungsrechten auch Zahlung verlangen (Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 12 GesO Anm. 2).

b) Die Wirkung der Abtretung wurde durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nicht mehr beeinträchtigt, weil die Grundstückskäufer vom Beklagten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO Erfüllung ihres Auflassungsanspruchs verlangen können.

aa) Für die Käufer ist eine Vormerkung zur Sicherung ihrer Ansprüche eingetragen worden. Die Eintragung erfolgte allerdings erst nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens. Daran scheitert der geltend gemachte Anspruch jedoch nicht. § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO soll die Wirkungen einer Vormerkung auch im Gesamtvollstreckungsverfahren durchsetzen; die Vorschrift entspricht nach Inhalt und Zweck § 24 KO. Auf die Bewilligung einer Vormerkung findet § 878 BGB entsprechende Anwendung, weil die Vormerkung eine dingliche Gebundenheit des von ihr betroffenen Grundstücks zur Folge hat (BGHZ 28, 182, 185 f; 131, 189, 197). Die Wirkung dieser Vorschrift wird durch § 15 Satz 2 KO in das Konkursverfahren übertragen. Eine nach Konkurseröffnung eingetragene Vormerkung hat Bestand wenn vorher eine bindende Bewilligung vorliegt und der Berechtigte den Eintragungsantrag gestellt hat § 15 Satz 2 KO findet im

Gesamtvollstreckungsverfahren entsprechende Anwendung (Smid, GesO 3. Aufl. § 7 Rdnr. 129). Derjenige, der auf dem Weg zum Erwerb eines Immobilienrechts bereits eine nach den Vorschriften des BGB nicht mehr zu beseitigende Rechtsposition erlangt hat, soll hier in gleicher Weise geschützt werden. § 91 Abs. 2 InsO enthält eine dem § 15 Satz 2 KO entsprechende Vorschrift, und es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der von diesen Vorschriften erfaßte Kreis der Berechtigten in der Gesamtvollstreckung anders behandelt werden soll. Im Gegenteil wurde dort deren Rechtsstellung durch die Norm des § 10 Abs. 3 GesO, wonach bei Anfechtung von Rechtshandlungen nicht auf die Eintragung im Grundbuch, sondern auf den nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt abzustellen ist, zusätzlich gestärkt (vgl. BGHZ 131, 189, 196 ff). Am 3. August 1993 war die Vormerkung bindend bewilligt und der Antrag beim Grundbuchamt gestellt worden.

bb) Nach der neueren Rechtsprechung des Senats ist § 17 Abs. 1 KO allerdings dahin auszulegen, daß Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen grundsätzlich erlöschen (BGHZ 106, 236, 241 ff; 116, 156, 158; 129, 336, 338). § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ist in demselben Sinne zu verstehen wie § 17 Abs. 1 KO (Senatsurt. v. 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96, ZIP 1997, 688, 890, z.V.b. in BGHZ 135, 25). Diese Rechtsprechung setzt jedoch voraus, daß die genannten Bestimmungen überhaupt eingreifen, der Verwalter also die Wahl hat, ob er Erfüllung verlangt oder ablehnt. Diese Möglichkeit besteht für den Beklagten hinsichtlich des Grundstücks im Hinblick auf § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO nicht mehr. Der Auflassungsanspruch ist nach dieser Vorschrift konkursfest; der Verwalter kann dessen Erfüllung nicht mehr verhindern. § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO schließt daher ebenso wie § 24 KO das ansonsten bei beiderseits noch nicht voll erfüllten Verträgen vorhandene Wahlrecht des Verwalters aus (vgl. zur KO: Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 24 Rdnr. 32; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 24 Rdnr. 11; zur GesO: Haarmeyer/Wutzke/Förster, § 9 Rdnr. 102). Das Ergebnis ist auch sachgerecht. Die neue Rechtsprechung beruht wesentlich auf der Erwägung, daß für Leistungen, die mit Mitteln der Masse erbracht werden, auch die Gegenleistung der Masse gebühren soll (BGHZ 129, 336, 339; BGH, Urt. v. 27. Februar 1997, aaO S. 689). Infolge der Wirkung des § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO war das Grundstück, zumindest wirtschaftlich gesehen, mit seinem wesentlichen Wert bereits vor Konkurseröffnung verloren. Daher ist es auch nicht geboten, daß der als Ausgleich dafür erhaltene Kaufpreisanspruch der Gesamtheit der Gläubiger zufließt. Die vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens vorgenommene Abtretung bleibt wirksam.

### III.

Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zur Klärung der Frage zurückzuverweisen, ob der Klägerin auch die entsprechende Kaufpreisforderung abgetreten wurde.