

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 176

# Die notarielle Hinterlegung

Von

Nicola Preuß



Duncker & Humblot · Berlin

**NICOLA PREUSS**

**Die notarielle Hinterlegung**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 176**

# Die notarielle Hinterlegung

Von

**Nicola Preuß**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Preuss, Nicola:**

Die notarielle Hinterlegung / von Nicola Preuss. – Berlin :  
Duncker und Humblot, 1995

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 176)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08230-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten  
© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 3-428-08230-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

## Vorwort

Die nachfolgende Arbeit hat im Jahre 1994 der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im September 1993 abgeschlossen. Nach diesem Zeitpunkt erschienene Literatur und Rechtsprechung wurden noch bis März 1994 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Klaus Schreiber, der die Entstehung dieser Abhandlung ermöglicht und kontinuierlich begleitet hat. Mein aufrichtiger Dank gilt ebenso Herrn em. Prof. Dr. Hermann Dilcher sowohl für die Übernahme des Korreferats als auch - nicht zuletzt - für die stetige Förderung, die ich im Rahmen der Tätigkeit als studentische Hilfskraft und wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl erfahren habe.

Für wichtige Anregungen aus der notariellen Praxis danke ich Herrn Rechtsanwalt und Notar Wilhelm Creutz aus Oberhausen.

Oberhausen, im April 1994

*Nicola Preuß*



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

|     |  |    |
|-----|--|----|
| § 1 | Der Begriff der notariellen Hinterlegung .....                         | 21 |
|     | I. Normative Grundlagen .....  | 21 |
|     | II. Rechtsbetreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege ..... | 24 |
| § 2 | Gang der Untersuchung .....  | 26 |

## *Erstes Kapitel*

### **Vertragsgestaltung unter Einbeziehung der notariellen Hinterlegung**

|     |   |    |
|-----|---|----|
| § 3 | Notarielle Hinterlegung bei der Abwicklung von Grundstücksgeschäften .....  | 28 |
|     | I. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto .....  | 28 |
|     | 1. Vermeidung des Vorleistungsrisikos .....   | 29 |
|     | a) Risiko der Kaufpreisvorleistung .....  | 30 |
|     | b) Risiko der Vorleistung einer Auflassungsvormerkung durch den<br>Verkäufer .....  | 30 |
|     | 2. Zurückhaltung eines Kaufpreisteils als Sicherheitseinbehalt .....  | 30 |
|     | 3. Auszahlung nach Räumung des Kaufobjektes .....   | 31 |
|     | 4. Ablösung von Grundpfandrechten mit Hilfe des Kaufpreises .....   | 32 |
|     | II. Koordination mit Treuhandaufträgen Dritter .....  | 34 |
|     | 1. Sicherungsinteressen des Darlehensgebers .....   | 34 |
|     | 2. Sicherungsinteressen der Gläubiger abzulösender Grundpfandrechte .....   | 36 |
| § 4 | Notarielle Hinterlegung als Vertragsbestandteil .....   | 36 |
|     | I. Die Hinterlegungsvereinbarung .....  | 36 |
|     | II. Die geschuldete Leistungshandlung: Zahlung auf Notaranderkonto .....  | 38 |
|     | III. Die Bedeutung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen<br>eines zu hinterlegenden Kaufpreisteils ..... | 38 |

|   |    |
|---|----|
| 1. Die Unterwerfungserklärung .....   | 39 |
| 2. Die Klauselerteilung.....  | 40 |
| a) Erfasst die Unterwerfungserklärung auch den zu hinterlegenden Kaufpreis? ...   | 42 |
| aa) Unterwerfungsklausel erfasst zu hinterlegenden Kaufpreis.....   | 42 |
| bb) Unterwerfungsklausel erfasst Kaufpreis nur bis zu erfolgter Hinterlegung.....   | 42 |
| cc) Stellungnahme.....  | 43 |
| b) Inhalt der Vollstreckungsklausel .....   | 45 |
| § 5 Vertragliche Vorarbeit und Formulierung der Hinterlegungsklausel .....  | 46 |
| I. Die Bedeutung der vertraglichen Vorarbeit für die notarielle Hinterlegung.....   | 46 |
| II. Allgemeine Grundregeln der notariellen Vertragsgestaltung .....   | 47 |
| 1. Die Stellung des Notars.....   | 47 |
| 2. Angemessene Vertragsgestaltung .....   | 49 |
| a) Verwirklichung der Vertragsgerechtigkeit.....  | 49 |
| b) Rechtssicherheit .....   | 50 |
| c) Zweckmäßigkeit.....  | 51 |
| 3. Umfang und Grenzen der Mitwirkung des Notars bei der Vertragsgestaltung.....   | 51 |
| III. Inhaltliche Anforderungen an Hinterlegungs- und Auszahlungsanweisung.....  | 52 |
| 1. Verbot der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke.....   | 53 |
| 2. Verbot der Gewährübernahme.....  | 53 |
| 3. Verbot des Vortauschens von Sicherheiten .....   | 53 |
| IV. Das Problem der begrenzten Prüfungspflicht und Prüfungskompetenz des Notars ..  | 55 |
| 1. Keine rechtliche Prüfung der Hinterlegungs- bzw. Auszahlungsvoraussetzungen .....  | 56 |
| 2. Beschränkte Aussagefähigkeit der Prüfung.....  | 57 |
| 3. Die Überprüfung der "Sicherstellung" oder "Gewährleistung" einer erst noch herbeizuführenden Rechtsfolge .....                             | 58 |
| a) Sicherstellung des Eigentumserwerbs durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung? .....  | 59 |
| b) Sicherstellung, wenn zur Eintragung des Rechts nur noch pflichtgemäßes Handeln des Notars und des Grundbuchbeamten erforderlich ist? ..... | 61 |
| aa) Keine Eintragung mangels Gebührenvorschusses.....   | 61 |
| bb) Konkurs- und Beschlagnahmerisiko .....  | 62 |
| c) Alternative Gestaltungen .....   | 63 |

*Zweites Kapitel***Das Hinterlegungsverfahren**

|     |  |    |
|-----|--|----|
| § 6 | Die notarielle Hinterlegung als Notarverfahren .....                                 | 65 |
|     | I. Praktische Bedeutung der Rechtsnatur der notariellen Hinterlegungstätigkeit ..... | 65 |
|     | II. Die Grundsatzentscheidung: Verfahrensqualität der notariellen Hinterlegung ..... | 66 |
|     | 1. Der Begriff Notarverfahren .....  | 67 |
|     | 2. Verfahrensziele der notariellen Hinterlegung.....                                 | 68 |
| § 7 | Verfahrensrecht der notariellen Hinterlegung.....                                    | 69 |
|     | I. Beteiligte des Hinterlegungsverfahrens .....                                      | 69 |
|     | 1. Formeller Beteiligtenbegriff.....   | 70 |
|     | 2. Materieller Beteiligtenbegriff.....   | 70 |
|     | II. Eröffnung des Hinterlegungsverfahrens.....                                       | 71 |
|     | III. Gestaltung des Hinterlegungsverfahrens mittels Hinterlegungsanweisung .....     | 72 |
|     | 1. Die Hinterlegungsanweisung gem. § 11 Abs.1 DONot.....                             | 72 |
|     | 2. Inhaltliche Mindestanforderungen an die Hinterlegungsanweisung.....               | 73 |
|     | 3. Pflicht zur strikten Befolgung der Hinterlegungsanweisung .....                   | 73 |
|     | 4. Keine quasirichterliche Entscheidungsbefugnis des Notars .....                    | 74 |
|     | IV. Die Gewährung rechtlichen Gehörs .....   | 74 |

*Drittes Kapitel***Der Treuhandcharakter der notariellen Hinterlegung**

|     |   |    |
|-----|---|----|
| § 8 | Amtliche Verwahrung zivilrechtlichen Treugutes.....   | 75 |
|     | I. Der Notar als Treuhänder des Hinterlegers.....   | 75 |
|     | 1. Typologischer Vergleich zur zivilrechtlichen Treuhand.....                               | 75 |
|     | 2. Das Notaranderkonto als Sonderform des Treuhandkontos .....                              | 76 |
|     | a) "Wirtschaftliches Eigentum" des Hinterlegers .....                                       | 76 |
|     | b) Die Weisungsbefugnis des Hinterlegers .....  | 78 |
|     | II. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar .....   | 78 |
|     | 1. Die Rechtsnatur des Auszahlungsanspruchs .....   | 78 |
|     | a) Das subjektive öffentliche Recht auf Auszahlung.....                                     | 79 |
|     | b) Anspruch gegen den jeweiligen Amtsinhaber.....   | 79 |
|     | c) Schadensersatzanspruch bei pflichtwidriger Verfügung über das Ander-<br>kontengeld ..... | 80 |
|     | 2. Die Durchsetzung des Auszahlungsanspruchs .....  | 80 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| § 9  | Vermögenstransfer über Notaranderkonto .....  | 81  |
|      | I. Auszahlung des Hinterlegungsbetrages an mit dem Hinterleger nicht identische<br>Personen .....           | 81  |
|      | 1. Weisung zur Auszahlung an einen Dritten .....  | 82  |
|      | 2. Eigener Auszahlungsanspruch des Gläubigers.....  | 82  |
|      | II. Vermögenstransfer durch Erwerb des Auszahlungsanspruchs.....  | 83  |
|      | 1. Originärer Erwerb des Auszahlungsanspruchs durch den Gläubiger.....                                      | 83  |
|      | 2. Derivativer Erwerb des Auszahlungsanspruchs durch den Gläubiger.....                                     | 84  |
|      | a) Zedierbarkeit des Auszahlungsanspruchs.....  | 84  |
|      | b) Die bedingte Abtretung des Auszahlungsanspruchs.....   | 85  |
|      | 3. Das Weisungsrecht bei Vermögenstransfer über Notaranderkonto .....                                       | 87  |
|      | a) Übergang des Weisungsrechts auf den Erwerber .....   | 87  |
|      | b) Beschränkungen des Weisungsrechts des Hinterlegers .....   | 87  |
|      | III. Die Anweisung zur Auszahlung an einen Dritten.....   | 88  |
|      | 1. Das Anweisungsverhältnis .....   | 88  |
|      | 2. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei Fehlüberweisungen .....                                   | 89  |
|      | a) Rückabwicklung innerhalb der jeweiligen Leistungsverhältnisse .....                                      | 89  |
|      | b) Inanspruchnahme des Empfängers im Wege der Durchgriffskondition .....                                    | 92  |
| § 10 | Treuhandtätigkeit zum Ausgleich unterschiedlicher Interessen .....  | 94  |
|      | I. Notarielle Hinterlegung unter dem Aspekt der mehrseitigen Treuhand.....                                  | 94  |
|      | 1. Definition der mehrseitigen Treuhand im Notarrecht .....   | 95  |
|      | 2. Tatbestandliche Voraussetzungen der mehrseitigen Treuhandtätigkeit des<br>Notars .....                   | 96  |
|      | a) Mehrseitige Treuhand als Treuhandverfahren .....   | 97  |
|      | b) Begründung des mehrseitigen Treuhandverhältnisses .....  | 97  |
|      | 3. Einseitige und mehrseitige Treuhandverhältnisse zwischen dem Notar und<br>den Kaufvertragsparteien ..... | 98  |
|      | a) Einseitige Treuhandtätigkeit für den Verkäufer.....  | 99  |
|      | b) Einseitige Treuhandtätigkeit für den Käufer.....   | 99  |
|      | aa) Zahlung auf Notaranderkonto ohne entsprechende Hinterlegungs-<br>vereinbarung.....                      | 99  |
|      | bb) Zahlung auf Notaranderkonto, die nicht dem Inhalt der Hinterlegungs-<br>vereinbarung entspricht .....   | 100 |
|      | II. Treuhandverhältnisse zu Dritten .....   | 102 |
|      | 1. Die Koordinationspflicht des Notars .....  | 102 |
|      | 2. Das Verhältnis der verschiedenen Treuhandtätigkeiten zueinander.....                                     | 103 |
|      | a) Einseitige Betreuungstätigkeit für Dritte .....  | 103 |
|      | b) Sich überlagernde Treuhandverhältnisse .....   | 104 |

|   |     |
|---|-----|
| c) Beitritt zu einem einheitlichen Treuhandverfahren .....  | 107 |
| d) Stellungnahme .....  | 108 |
| 3. Reziproke Sicherungsinteressen bei Treuhandaufträgen Dritter .....   | 110 |
| a) Treuhandauftrag des finanzierenden Kreditinstituts .....   | 110 |
| b) Treuhandauftrag des Kreditinstituts und Mitwirkung des Grundstücks-<br>verkäufers bei der Finanzierung ..... | 111 |
| c) Treuhandaufträge der Gläubiger abzulösender Grundpfandrechte .....   | 112 |
| III. Verhältnis der mehrseitigen Treuhandtätigkeit zur amtlichen Verwahrung<br>zivilrechtlichen Treugutes ..... | 113 |
| 1. Die Problematik eines vereinheitlichenden Treuhandbegriffs .....   | 113 |
| 2. Parallelität von amtlicher Verwahrung zivilrechtlichen Treuguts und mehr-<br>seitiger Treuhand .....         | 115 |

#### *Viertes Kapitel*

### **Leistungsbewirkung mittels notarieller Hinterlegung**

|   |     |
|---|-----|
| § 11 Integration der notariellen Hinterlegung in die Erfüllungsdogmatik des Bürgerlichen<br>Rechts .....        | 118 |
| I. Das Problem des Erfüllungseintritts bei notarieller Hinterlegung .....                                       | 118 |
| II. Rechtsfolgen der Einzahlung auf Notaranderkonto .....   | 118 |
| 1. Leistungsbewirkung nach § 378 BGB? .....   | 120 |
| 2. Erfüllungsbestimmung der Vertragsparteien .....  | 121 |
| III. Leistungsbewirkung unter Einbeziehung eines Treuhänders .....  | 122 |
| 1. Erfüllung durch Leistung an einen Dritten .....  | 123 |
| a) 1. Möglichkeit: Vertreter oder Empfangsbote .....  | 123 |
| b) 2. Möglichkeit: Empfangsbefugnis des Notars .....  | 124 |
| c) Stellungnahme .....  | 125 |
| 2. Erfüllung durch Leistung über einen Dritten .....  | 126 |
| § 12 Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar als Leistungsgegenstand .....                                      | 127 |
| I. Der geschuldete Leistungserfolg bei Vereinbarung der notariellen Hinter-<br>legung .....                     | 127 |
| 1. Erste Möglichkeit: Leistungsbewirkung durch Auszahlung des Hinterlegungs-<br>betrages .....                  | 128 |
| a) Auszahlung vor Eintritt der Auszahlungsreife .....   | 129 |
| b) Gefahrübergang mit Eintritt der Auszahlungsreife .....   | 130 |
| 2. Zweite Möglichkeit: Leistungsbewirkung durch Übertragung des Auszah-<br>lungsanspruchs gegen den Notar ..... | 131 |

|  |     |
|--|-----|
| II. Die Übertragung des Auszahlungsanspruchs: Ersatzleistung oder Leistung erfüllungshalber? .....   | 132 |
| 1. Der Auszahlungsanspruch als Leistung erfüllungshalber .....                                       | 133 |
| 2. Der Auszahlungsanspruch als Ersatzleistung .....  | 134 |
| 3. Auslegung der Erfüllungsabrede bei der Vereinbarung notarieller Hinterlegung .....                | 135 |
| a) Erfüllung mit Auszahlung des Hinterlegungsbetrages .....  | 136 |
| b) Erfüllung bei Eintritt der Auszahlungsreife .....   | 136 |
| c) Stellungnahme .....   | 137 |
| III. Das Verhältnis des Kaufpreisanspruchs zu dem bedingten Auszahlungsanspruch gegen den Notar..... | 139 |
| 1. Abtretung der Kaufpreisforderung .....  | 139 |
| a) Analoge Anwendung des § 401 BGB ?.....  | 139 |
| b) Stillschweigende Abtretung des bedingten Auszahlungsanspruchs?.....                               | 140 |
| 2. Abtretung des Auszahlungsanspruchs durch den Verkäufer .....                                      | 141 |
| a) Gleichzeitige Abtretung von Kaufpreisforderung und bedingtem Auszahlungsanspruch.....             | 141 |
| b) Abtretung des künftigen Auszahlungsanspruchs.....   | 142 |

### *Fünftes Kapitel*

## **Vertragsstörungen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Hinterlegung**

|  |     |
|--|-----|
| § 13 Die einvernehmliche Rückabwicklung .....  | 143 |
| I. Vertragliche Vereinbarung als Kausalgeschäft für das Hinterlegungsverfahren.....  | 143 |
| II. Rückabwicklung der Hinterlegung bei Verlust des Verfahrensziels.....   | 144 |
| 1. Beachtlichkeit des Zweckverlustes für den Notar .....   | 144 |
| 2. Das Problem des Austauschs der Verfahrensziele.....   | 144 |
| a) Einseitige Treuhandtätigkeit nach Wegfall des primären Sicherungszwecks .....   | 145 |
| b) Weiterverwahrung unter Berücksichtigung der Sicherungsinteressen des Verkäufers .....                                       | 145 |
| c) Stellungnahme .....   | 146 |
| § 14 Einseitig behauptete Vertragsstörungen.....   | 148 |
| I. Störungen des der Hinterlegung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts und ihre Auswirkungen auf das Hinterlegungsverfahren ..... | 148 |
| II. Einseitige Berufung auf die Unwirksamkeit des Vertrages .....  | 149 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Die Wechselwirkungslehren: Beeinflussung der Hinterlegungstätigkeit durch den Bestand des Vertrages .....        | 149 |
| a) Lehre vom Doppeltatbestand.....  | 149 |
| b) Modifizierte Lehre vom Doppeltatbestand.....   | 151 |
| c) Konsequenzen der Wechselwirkungslehre bei einseitig behaupteter Unwirksamkeit des Vertrages .....                | 152 |
| 2. Die Abstraktionslehren: Abwicklung des Hinterlegungsverfahrens unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrages..... | 154 |
| a) Fortführung des Verfahrens trotz materiell-rechtlicher Einwendungen.....   | 154 |
| b) Beeinflussung des Hinterlegungsverfahrens unabhängig von der materiell-rechtlichen Begründung .....              | 154 |
| 3. Stellungnahme: Das Verhältnis von vertraglicher Grundlage und Hinterlegungsverfahren .....                       | 155 |
| a) Problematik der Überprüfung materiell-rechtlicher Fragen .....   | 155 |
| b) Keine Ermessensentscheidung des Notars.....  | 156 |
| c) Erfordernis einer verfahrensimmanenten Lösung .....  | 156 |
| III. Vertragsstörungen, die den Bestand des Vertrages nicht berühren .....  | 157 |
| 1. Die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht.....  | 157 |
| 2. Die Aufrechnungserklärung des Hinterlegungsschuldners .....  | 158 |
| a) Stillschweigendes Aufrechnungsverbot .....   | 158 |
| b) Ausnahmsweise Zulässigkeit der Aufrechnung .....   | 159 |
| 3. Die Berufung auf Gewährleistungsrechte durch den Hinterlegungsschuldner ...                                      | 159 |

### *Sechstes Kapitel*

#### **Abwicklungsstörungen im Hinterlegungsverfahren**

|  |     |
|--|-----|
| § 15 Widerruf und Änderung der Auszahlungsanweisung.....                                       | 162 |
| I. Einführung in die Problematik.....  | 162 |
| II. Verfahrensrechtliche Bindungen der Beteiligten .....                                       | 163 |
| 1. Die Rechtsfolgen der "unwiderruflichen" Anweisung.....                                      | 163 |
| a) Keine verfahrensrechtliche Wirkung des Widerrufsverzichts .....                             | 164 |
| b) Einseitige Verzichtserklärung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit .....           | 164 |
| c) Stellungnahme .....   | 164 |
| 2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des "gemeinsamen" Ansuchens .....                          | 165 |
| a) Gleichlautende, parallele Ansuchen der Beteiligten .....                                    | 166 |
| b) Gemeinschaftliches Ansuchen der Beteiligten .....   | 167 |
| c) Stellungnahme .....   | 168 |
| aa) Gemeinsames Ansuchen als gemeinsamer Antrag auf Eröffnung des Hinterlegungsverfahrens..... | 169 |

|  |     |
|--|-----|
| bb) Die Frage der "gemeinsamen" Auszahlungsanweisung .....                         | 170 |
| III. Widerruf der Auszahlungsanweisung in mehrseitigen Treuhandverhältnissen ..... | 171 |
| 1. Die Streitfrage: Beachtlichkeit des einseitigen Weisungswiderrufs in mehr-      |     |
| seitigen Treuhandverhältnissen?.....   | 172 |
| a) Verlust der Widerrufsmöglichkeit aufgrund rechtsgeschäftlicher Bindung....      | 173 |
| b) Freie Widerrufbarkeit als Folge der verfahrensrechtlichen Qualität der          |     |
| Weisungen .....  | 173 |
| c) Bindung an die ursprünglich erteilte Weisung in mehrseitigen Treuhand-          |     |
| verhältnissen .....  | 174 |
| d) Beachtlichkeit des einseitigen Widerrufs unter dem Gesichtspunkt der nota-      |     |
| riellen Rechtsfürsorge.....  | 176 |
| e) Freie Widerrufbarkeit im Rahmen des Sicherungszwecks des Hinter-                |     |
| legungsverfahrens .....  | 176 |
| f) Stellungnahme .....   | 177 |
| 2. Die Bedeutung der Widerrufsproblematik für den Vermögenstransfer über           |     |
| Notaranderkonto .....  | 182 |
| §16 Abwicklung des Hinterlegungsverfahrens bei Konsensverlust der Hinterlegungs-   |     |
| beteiligten .....  | 183 |
| I. Notarielle Rechtsfürsorge bei Abwicklungsstörungen des Hinterlegungs-           |     |
| verfahrens .....   | 183 |
| 1. Abwicklungsstörung vor Eintritt der Auszahlungsvoraussetzungen .....            | 184 |
| a) Widerruf der Auszahlungsanweisung.....  | 184 |
| b) Behandlung durch den Notar .....  | 184 |
| 2. Abwicklungsstörung nach Eintritt der Auszahlungsvoraussetzungen .....           | 186 |
| a) Zahlungsaufschub unter dem Gesichtspunkt der Schadensvermeidung...              | 187 |
| b) Verhinderung zweckverfehlender Auszahlungen.....                                | 187 |
| c) Konsequenzen des Zahlungsaufschubs für den Notar.....                           | 188 |
| II. Rechtsbehelfe der Hinterlegungsbeteiligten .....                               | 190 |
| 1. Verpflichtung zur Vornahme einer Amtshandlung gem. § 15 Abs.1 S.2               |     |
| BNotO.....   | 191 |
| a) Weisung zur Auszahlung des Hinterlegungsbetrages nach § 15 Abs. 1 S. 2          |     |
| BNotO.....   | 191 |
| b) Grenzen des Beschwerdeverfahrens .....  | 193 |
| 2. Rechtsbehelfe gegen den anderen Vertragsteil .....                              | 194 |
| a) Vorläufige Abgabe einer Erklärung.....  | 194 |
| b) Vorläufige Anordnung eines Erwerbsverbotes .....                                | 196 |
| c) Folgen der einstweiligen Verfügung .....  | 197 |
| 3. Die Auswahl des "richtigen" Rechtsbehelfs.....                                  | 197 |
| a) Rechtsmittel vor Eintritt der Auszahlungsreife .....                            | 197 |
| b) Rechtsmittel nach Eintritt der Auszahlungsbedingungen.....                      | 198 |

*Siebttes Kapitel***Vollstreckungsmaßnahmen Dritter und ihre Auswirkungen  
auf die notarielle Hinterlegung**

|  |     |
|--|-----|
| § 17 Die Pfändung des Auszahlungsanspruchs gegen den Notar .....   | 200 |
| I. Die grundsätzliche Pfändbarkeit des Auszahlungsanspruchs .....  | 200 |
| II. Die Zwangsvollstreckung in die Anderkontenforderung .....  | 202 |
| 1. Die Form der Pfändung: Forderungspfändung oder Pfändung eines sonstigen<br>Rechts? .....                          | 202 |
| a) Pfändung nach § 829 ZPO .....   | 203 |
| b) Pfändung nach § 857 ZPO .....   | 203 |
| c) Stellungnahme .....   | 203 |
| 2. Die Rechtsstellung des Pfändungsgläubigers .....  | 204 |
| 3. Amtspflichten des Notars als "Drittschuldner" .....   | 205 |
| a) Die formelle Prüfungspflicht des Notars .....   | 205 |
| b) Pflicht zur Abgabe einer Drittschuldnererklärung .....  | 207 |
| aa) Die Auskunftspflicht des Notars .....  | 207 |
| bb) Die Durchsetzung des Auskunftsanspruchs gegen den Notar .....  | 208 |
| III. Erfolgsaussichten der Pfändung bei Vermögenstransfer über Notaranderkonto ....                                  | 209 |
| 1. Pfändung des Rückerstattungsanspruchs des Hinterlegers .....  | 210 |
| 2. Doppelpfändung von Kaufpreisforderung und bedingtem Auszahlungs-<br>anspruch durch Gläubiger des Verkäufers ..... | 210 |
| a) Bedeutung der Pfändung des bedingten Auszahlungsanspruchs neben der<br>Pfändung des Kaufpreisanspruchs .....      | 211 |
| b) Erforderlichkeit der Doppelpfändung .....   | 212 |
| 3. Pfändung des künftigen Auszahlungsanspruchs des Verkäufers .....  | 214 |
| § 18 Die Pfändung der Kaufpreisforderung .....   | 215 |
| I. Die Bedeutung der Hinterlegungsvereinbarung für die Pfändung der Kaufpreis-<br>forderung .....                    | 215 |
| II. Rechtsfolgen der Vollstreckung bei notarieller Hinterlegung .....  | 217 |
| 1. Einhaltung des Zahlungsverbotes bei notarieller Hinterlegung .....  | 218 |
| 2. Übergang des Pfändungspfändrechts an der Kaufpreisforderung auf den<br>Auszahlungsanspruch .....                  | 219 |
| a) Erstreckung des Pfändungspfändrechts auf den bedingten Auszahlungs-<br>anspruch? .....                            | 219 |
| b) Fortsetzung des Pfändungspfändrechts in dem Auszahlungsanspruch<br>des Schuldners? .....                          | 220 |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Die Überweisung zur Einziehung .....  | 221 |
| III. Eingeschränkte Verwertung bei Ablösung bestehender Grundpfandrechte aus dem Hinterlegungsbetrag ..... | 222 |
| 1. Pfändung des Schuldbefreiungsanspruchs des Verkäufers .....   | 222 |
| 2. Pfändung bei Zweckbindung des Hinterlegungsbetrages .....   | 224 |

### *Achtes Kapitel*

#### **Kostenrechtliche Fragen der notariellen Hinterlegung**

|  |            |
|--|------------|
| § 19 Die Kostenforderung des Notars .....  | 226        |
| I. Kosten des Hinterlegungsgeschäftes .....  | 226        |
| 1. Die Hebegebühr .....  | 226        |
| 2. Sonstige Gebühren für weitere Betreuungstätigkeiten .....   | 228        |
| II. Die Bestimmung des Kostenschuldners .....  | 229        |
| III. Die Beitreibung der Kosten .....  | 229        |
| § 20 Die Entnahmebefugnis des Notars zur Befriedigung seiner Kostenforderung .....                             | 230        |
| I. Rechtliche Bedeutung der "Entnahme" aus dem Hinterlegungsbetrag .....                                       | 230        |
| II. Voraussetzungen der Aufrechnung mit einer Kostenforderung .....  | 230        |
| 1. Gleichartigkeit der Forderungen .....   | 231        |
| 2. Gegenseitigkeit der Forderungen .....   | 232        |
| 3. Das Problem der eingeschränkten Aufrechnungsbefugnis des Treuhänders .....                                  | 232        |
| a) Keine Entnahmebefugnis des Notars .....   | 233        |
| b) Zulässigkeit der Aufrechnung mit Kostenforderungen gegen den Auszahlungsanspruch .....                      | 235        |
| c) Stellungnahme .....   | 237        |
| aa) Verrechnungsbefugnis des Notars mit Wegfall des Sicherungszwecks des Hinterlegungsverfahrens? .....        | 237        |
| bb) Verrechnungsbefugnis des Notars gegenüber dem wirtschaftlichen Eigentümer des Hinterlegungsbetrages? ..... | 238        |
| <b>Schlußbetrachtung .....</b>   | <b>240</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>  | <b>241</b> |

## Abkürzungen

|            |  |
|------------|--|
| a.A.       | anderer Ansicht  |
| a.a.O.     | am angegebenen Ort   |
| Abs.       | Absatz   |
| AcP        | Archiv für die civilistische Praxis  |
| AGBG       | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) |
| Alt.       | Alternative  |
| Anm.       | Anmerkung  |
| Art.       | Artikel  |
| AT         | Allgemeiner Teil   |
| Aufl.      | Auflage  |
| Anh.       | Anhang   |
| AZ         | Aktenzeichen   |
| Bay.       | Bayerisches  |
| BayOblG    | Bayerisches Oberstes Landesgericht   |
| BB         | Betriebs-Berater   |
| Bd.        | Band   |
| begr.      | begründet von  |
| BeurkG     | Beurkundungsgesetz   |
| BGB        | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGBI.      | Bundesgesetzblatt  |
| BGH        | Bundesgerichtshof  |
| BGHZ       | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)         |
| BNotK      | Bundesnotarkammer  |
| BNotO      | Bundesnotarordnung   |
| BT         | Besonderer Teil  |
| BT-Drucks. | Drucksachen des Deutschen Bundestags   |
| BVerfG     | Bundesverfassungsgericht   |
| BWNotZ     | Baden-Württembergische Notar-Zeitschrift   |
| bzgl.      | bezüglich  |
| bzw.       | beziehungsweise  |
| ders.      | derselbe Autor wie zuvor   |
| Diss.      | Dissertation   |
| d.h.       | das heißt  |
| DNotZ      | Deutsche Notar-Zeitschrift   |
| DONot      | Dienstordnung für Notare   |
| DÖV        | Die öffentliche Verwaltung   |
| DR         | Deutsches Recht  |
| Dt.        | Deutscher  |

|               |   |
|---------------|---|
| Einf.         | Einführung  |
| Einl.         | Einleitung  |
| Erl.          | Erläuterungen   |
| EWiR          | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht   |
| f             | folgend   |
| FGG           | Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit   |
| Fn            | Fußnote   |
| FS            | Festschrift   |
| GBO           | Grundbuchordnung  |
| gem.          | gemäß   |
| GG            | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  |
| Hb.           | Halbband  |
| h.A.          | herrschende Ansicht   |
| h.M.          | herrschende Meinung   |
| hrsg.         | herausgegeben   |
| Hs.           | Halbsatz  |
| i.E.          | im Ergebnis   |
| i. S. d.      | im Sinne des  |
| i. V. m.      | in Verbindung mit   |
| JA            | Juristische Arbeitsblätter  |
| JFG           | Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts       |
| JR            | Juristische Rundschau   |
| JurBüro       | Das juristische Büro  |
| JuS           | Juristische Schulung  |
| JW            | Juristische Wochenschrift   |
| JZ            | Juristenzeitung   |
| KG            | Kammergericht (Berlin)  |
| KO            | Konkursordnung  |
| KostO         | Kostenordnung   |
| LG            | Landgericht   |
| LM            | Lindenmaier-Möhring (Hrsg.). Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Loseblattausgabe, München |
| MaBVO         | Makler- und Bauträgerverordnung   |
| MittBayNotV   | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins   |
| MittRheinNotK | Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer  |
| MDR           | Monatsschrift für Deutsches Recht   |
| m. w. N.      | mit weiteren Nachweisen   |
| NJW           | Neue Juristische Wochenschrift  |
| NJW-RR        | NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht  |
| Nr.           | Nummer  |
| OLG           | Oberlandesgericht   |
| OLGZ          | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (amtliche Sammlung)                                      |
| OGHZ          | Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen                   |
| Rpfleger      | Der Deutsche Rechtspfleger  |
| RG            | Reichsgericht   |
| RGZ           | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen  |

|           |  |
|-----------|--|
| Rspr.     | Rechtsprechung   |
| Rz.       | Randziffer   |
| s.        | siehe  |
| S.        | Seite  |
| sog.      | sogenannt  |
| u. a.     | und andere   |
| Urt.      | Urteil   |
| v.        | vom/von  |
| VerglO    | Vergleichsordnung  |
| VersR     | Versicherungsrecht   |
| vgl.      | vergleiche   |
| Vorbem.   | Vorbemerkung   |
| WarnRspr. | Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts                  |
| WM        | Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen |
| WuB       | Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht             |
| Ziff.     | Ziffer   |
| zit.      | zitiert  |
| ZIP       | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                 |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung   |
| ZS        | Zivilsenat   |
| ZVG       | Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung     |
| ZZP       | Zeitschrift für Zivilprozeß                                      |



## Einleitung

### § 1 Der Begriff der notariellen Hinterlegung

#### I. Normative Grundlagen

§ 23 BNotO regelt die Zuständigkeit der Notare für die Aufbewahrung von Geld, Kostbarkeiten oder Wertpapieren (*notarielle Verwahrung*). Im Sprachgebrauch der Kautelarjurisprudenz beschränkt sich die notarielle Verwahrung allerdings nicht auf die in § 23 BNotO genannten Gegenstände. Vielmehr können auch Grundpfandbriefe, Löschungsunterlagen, Vollmachten usw. bei einem Notar *zu treuen Händen hinterlegt* werden.<sup>1</sup>

Der Bundesgerichtshof hat § 23BNotO allgemein als Rechtsgrundlage für die notarielle Verwahrungstätigkeit angesehen.<sup>2</sup>

In der notarrechtlichen Literatur wird diese Ansicht kritisiert, weil § 23 BNotO über die spezifische Rechtsbetreuungsfunktion der notariellen Verwahrung nichts aussagt.<sup>3</sup>

Es geht bei den notariellen Verwahrungsgeschäften regelmäßig nicht um Aufbewahrung oder schlichte Ablieferung an Dritte, sondern um die Sicherung der vom Auftraggeber<sup>4</sup> gewünschten Rechtsfolgen. Der Auftraggeber ist beispielsweise ein Grundstückskäufer, der den Kaufpreis nur Zug um Zug gegen Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten und gegen Löschung bestehender Grundpfandrechte zahlen möchte. Er trägt dem Notar auf, den Kaufpreis erst dann an den Verkäufer auszuzahlen, wenn diese Voraussetzungen nachgewiesen sind und betraut den Notar mit ihrer Überprüfung.

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, DNotZ 1981,642/644; *Reimann*, in: *Korintenberg / Lappe / Bengel / Reimann*, KostO § 149, Rz. 1; *Reithmann*, DNotZ 1975,324/337; *ders.*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 199 ff; *ders.*, WM 1991,1493; *Seybold / Hornig*, BNotO § 23, Rz. 3; vgl. auch *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rz. 3; *Huhn / v.Schuckmann*, DONot § 11, Rz. 14.

<sup>2</sup> BGH, DNotZ 1985,48/50; DNotZ 1978,177/179; offengelassen: KG, DNotZ 1978,182.

<sup>3</sup> *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 210; *ders.*, WM 1991,1493; s. auch *Brambring*, DNotZ 1990,615/623; *Bohrer*, Berufsrecht der Notare, Rz. 85; *Lüke*, ZIP 192,150/151.

<sup>4</sup> Die dem bürgerlichen Recht entlehnten Begriffe "Auftrag" und "Auftraggeber" haben sich auch im Notarrecht eingebürgert. Korrekterweise muß darauf hingewiesen werden, daß dieser Auftrag an den Notar vom zivilrechtlichen Auftrag zu unterscheiden ist, da der Notar als Amtsträger tätig wird.

Die notarielle Verwahrung ist damit ein Sonderfall der sonstigen Betreuung auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege.<sup>5</sup>

Der Kritik an der Regelung des § 23 BNotO ist zuzugestehen, daß der Kern der notariellen Verwahrung nicht die schlichte Aufbewahrung des Hinterlegungsgutes ist, sondern daß die damit verbundene Betreuungstätigkeit des Notars im Vordergrund steht. Das bedeutet aber nicht, daß § 23 BNotO die Verwahrungsgeschäfte nicht erfaßt. Die Norm sagt lediglich über die mit der Verwahrung verfolgten Ziele und die Art und Weise, wie der Notar die Durchsetzung dieser Ziele durch seine Betreuungstätigkeit unterstützt, verbaliter nichts aus. Es genügt aber, daß § 23 BNotO die Zuständigkeit der Notare für diese spezielle Form einer amtlichen Verwahrung eröffnet.<sup>6</sup> Die Zuständigkeitsregelung bildet im Kontext mit § 1 BNotO, der den Oberbegriff der Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege für die notarielle Tätigkeit einführt, einen brauchbaren Rahmen für die praktisch vorkommenden Verwahrungsgeschäfte.<sup>7</sup> Die notarielle Praxis auf der einen und Rechtsprechung und Wissenschaft auf der anderen Seite haben dafür gesorgt, daß dieser Rahmen ausgefüllt wurde und die Übernahme von Verwahrungstätigkeiten ein Aufgabenbereich geworden ist, der mittlerweile zum gewachsenen Berufsbild des Notars gehört. Gleichwohl befindet sich die Diskussion über die Rechtsnatur der notariellen Verwahrungstätigkeit, die Funktion der Verwahrung bei der Abwicklung vertraglicher Leistungsbeziehungen und die Lösung von Konfliktfällen noch im Fluß.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich im Schwerpunkt mit einem Unterfall der notariellen Verwahrung. Hierbei handelt es sich um die Verwahrung von Geld (auf Notaranderkonto), um die sog. *notarielle Hinterlegung*.<sup>8</sup> Die formellen Voraussetzungen für die Übernahme der Hinterlegungstätigkeit sind in der DONot geregelt, einer Verwaltungsvorschrift, deren genaue und vollständige Beachtung zu den Amtspflichten des Notars gehört.<sup>9</sup> Angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung der notariellen Hinterlegung wird die

---

<sup>5</sup> *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rz. 65; *Haug*, DNotZ 1982,475/484; *Seybold/Hornig*, BNotO § 24, Rz. 1.

<sup>6</sup> vgl. *Brambring*, DNotZ 1990,615/623. Die notarielle Hinterlegung ist dabei deutlich abzugrenzen von der Hinterlegung i. S. v. § 372 BGB: vgl. BGH, WM 1964,770/771; DNotZ 1965,343/345; BGHZ 87,156/160; *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 210; *Seybold/Hornig*, BNotO § 23, Rz. 6.

<sup>7</sup> zur Forderung nach gesetzlicher Regelung der notariellen Verwahrungstätigkeit: vgl. *Bohrer*, Berufsrecht der Notare, Rz. 85, 161.

<sup>8</sup> Begriff: *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 210.

<sup>9</sup> BGH, DNotZ 1972,551/552; DNotZ 1980,181/182; s. auch BGH, DNotZ 1987,556/557; *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rz. 9, 74; *Huhn/v.Schuckmann*, DONot § 11, Rz. 5; *Kanzleiter*, DNotZ 1972,519 ff; *Zimmermann*, DNotZ 1985,5. Die DONot gilt nur für die Verwahrungsgeschäfte i. S. v. § 23 BNotO, nicht für die Verwahrung anderer Gegenstände: *Seybold/Hornig*, BNotO § 23, Rz. 8,20.

Regelung in einer Verwaltungsvorschrift von Praktikern als unzureichend empfunden.<sup>10</sup> Die Bundesnotarkammer schlägt deshalb vor, im Beurkundungsgesetz nach § 54 BeurkG einen Abschnitt über die Verwahrung einzufügen und den Antrag auf Verwahrung (§ 54 a), die Durchführung der Verwahrung (§ 54 b), den Widerruf (§ 54 c) und die Verwahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten (§ 54 d) zu regeln.<sup>11</sup>

Die notarielle Hinterlegung kommt vor allem bei der Abwicklung von Urkundsgeschäften vor.<sup>12</sup> Das heißt, daß die Tätigkeit des Notars im Hinblick auf die Hinterlegung in zwei Teilbereiche zerfällt. Er gestaltet zum einen als beurkundender Notar die Hinterlegungsklausel und führt im Rahmen der Vertragsabwicklung die Hinterlegungstätigkeit durch.

In der Praxis sieht es z.B. so aus, daß die Parteien eines Grundstückskaufvertrages vereinbaren, den Kaufpreis auf Notaranderkonto zu zahlen, bestehende Grundpfandrechte abzulösen und den Restbetrag an den Verkäufer auszukehren.

Bsp.:<sup>13</sup> Der Kaufvertrag enthält folgende Vereinbarung:

"Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis bis zum ... auf das Notaranderkonto des beurkundenden Notars bei der X-Bank ... zu zahlen. Der Notar wird angewiesen, über den Kaufpreis zu verfügen, wenn

- die Erklärung der Gemeinde G darüber vorliegt, daß gesetzliche Vorkaufsrechte nicht bestehen oder nicht ausgeübt werden,
- eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsübertragung in das Grundbuch eingetragen oder Eintragung beantragt ist,
- dem Notar alle Lösungsunterlagen für nicht übernommene Belastungen auflagenfrei oder gegen Zahlung eines Betrages, der nicht höher ist als der Kaufpreis, vorliegen."

Der Notar als neutrale Hinterlegungsstelle überprüft, ob die Voraussetzungen für die Befriedigung der Grundpfandrechtsgläubiger und die Freigabe des Restbetrages zugunsten des Verkäufers vorliegen. Der Notar wird bei derartigen Geschäften im Interesse aller Beteiligten eingeschaltet, um Vorleistungsrisiken möglichst zu vermeiden oder um einen komplizierten Leistungsaustausch zu koordinieren.<sup>14</sup> Die Vereinbarung der Vertragsparteien, den geschuldeten Betrag auf Notaranderkonto zu zahlen und die vertragsgemäße

<sup>10</sup> vgl. Vorschläge der BNotK zur Reform des notariellen Berufsrechts, S. 61.

<sup>11</sup> Vorschläge der BNotK zur Reform des notariellen Berufsrechts, S. 59 ff.

<sup>12</sup> Hinterlegungsgeschäfte sind zwar auch ohne zugrundeliegendes Urkundsgeschäft möglich, aber solche Betreuungstätigkeiten spielen im Vergleich zu der Einschaltung des Notars bei der Abwicklung von Verträgen nur eine untergeordnete Rolle: *Arndt*, BNotO § 23, Anm. II. 2. Bräu unterscheidet in diesem Sinne die "Abwicklungshinterlegung" von der bloßen Aufbewahrung: *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rz. 20.

<sup>13</sup> vgl. *Wagner / Zimmermann*, Verwahrungsgeschäfte, S. 48 f.

<sup>14</sup> *Brambring*, DNotZ 1990,615/621; *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rz. 22.