

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 183800

letzte Aktualisierung: 21. Juni 2021

BeurkG §§ 57, 58; BGB §§ 362, 488, 700

Verwahrungsentgelt bzw. Negativzinsen bei Notaranderkonto; Folgen für die Vertragsabwicklung; Regelungsbedarf

I. Sachverhalt

Es wird ein Grundstückskaufvertrag beurkundet, in dem die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto vorgesehen ist. Ein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. d. § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG liegt vor. Der Käufer zahlt den Kaufpreis wenige Tage nach der Beurkundung vollständig auf das Notaranderkonto ein.

Bisher hat die kontoführende Bank des Notars auf Notaranderkonten keine Negativzinsen/kein Verwahrungsentgelt erhoben. Dies ändert sich zum 1.1.2021. Die Bank kündigt dem Notar gegenüber schriftlich die Änderung der Gebühren an und bucht das entsprechende Verwahrungsentgelt direkt von dem Notaranderkonto ab.

II. Fragen

1. Ist der Käufer verpflichtet, das abgebuchte Verwahrungsentgelt auszugleichen?
2. Ist der Notar verpflichtet, das abgebuchte Verwahrungsentgelt auszugleichen? Ist er hierzu überhaupt berechtigt?
3. Falls der Notar das Verwahrungsentgelt ausgleicht (oder aufgrund eines Ausgleichsautomatismus dies so von der Bank vorgenommen wird): Hat der Notar einen Anspruch auf Erstattung und wenn ja, gegen wen?
4. Ist es der Bank gestattet, das Verwahrungsentgelt direkt von dem Notaranderkonto abzubuchen?
5. Wie wirkt sich die Abbuchung des Verwahrungsentgelts auf die weitere Abwicklung des Kaufvertrages aus?
6. Welche Regelungen können im Vertrag bzgl. des Verwahrungsentgelts vorgesehen werden?
7. Darf die Bank überhaupt einseitig die Erhebung eines Verwahrungsentgelts vorsehen oder wäre hierzu einer Änderung des Vertrags zwischen Notar und Bank nötig gewesen?

III. Zur Rechtslage

Im Rahmen der Verwahrung von Geld, für die der Notar gem. § 23 BNotO zuständig ist und das Beurkundungsgesetz in den §§ 57 ff. BeurkG detaillierte Regelungen enthält, taucht in jüngerer Vergangenheit hin und wieder die Frage auf, wie mit sog. Negativzinsen bzw. einem Verwahrungsentgelt der Bank in der Praxis umzugehen ist.

1. Qualifikation der sog. Negativzinsen und des Verwahrungsentgelts

In der Vergangenheit kam ein negativer Zinssatz in der Praxis nicht vor. So erklärt es sich, dass sich das notarrechtliche Schrifttum zur Führung von Anderkonten fast ausschließlich mit der Behandlung von Erträgen, also positiven Zinsen befasst (Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 164; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, 1994, S. 227; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 57 Rn. 69 – dort aber zu den Kosten Rn. 72; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 58 Rn. 12 ff.).

Der Begriff „Zins“ wird im BGB an verschiedenen Stellen verwendet. Gem. § 288 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Geldschuld zu verzinsen, § 246 BGB definiert den gesetzlichen Zinssatz. Im Zusammenhang mit dem Einlagengeschäft der Banken ist jedoch vor allem die Verpflichtung des Darlehensnehmers gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB relevant, einen geschuldeten (also vereinbarten) Zins zu zahlen. Allgemein wird der Zins als **Preis für die Kapitalnutzung** definiert (BGH NJW 2014, 2420 Rn. 33). Mit diesen gesetzlich verwendeten Begriffen des Zinses hat der sog. „Negativzins“ nichts gemein. Er ist kein Preis für die Kapitalnutzung, sondern Entgelt für die Verwahrung i. S. d. § 700 BGB. Es handelt sich nach weitgehend einhelliger Auffassung der Literatur nicht um einen Zins, sondern um ein Verwahrungsentgelt (Binder/Ettensberger, WM 2015, 2069, 2071; Ernst, ZfPW 2015, 250, 251; Radke, BKR 2019, 178, 180; Prütting/Wegen/Weinreich/Nobbe, BGB, 15. Aufl. 2020, § 488 Rn. 39; Schwintowski, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 488 Rn. 46; Schürmann/Langner, in: Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band I, § 70 Rn. 25c; Tröger, NJW 2015, 657, 659; vgl. auch LG Tübingen, Urt. v. 26.1.2018 – 4 O 187/17, BeckRS 2018, 466). Bei dem Begriff der Negativzinsen handelt es sich demnach um einen umgangssprachlichen Begriff. Präzise dürfte der Begriff des Verwahrungsentgelts sein, das sich der Höhe nach an der Höhe der Einlage bemisst und deshalb eine Ähnlichkeit zum Zins aufweist, mit diesem jedoch nicht identisch ist. Da der Begriff „Negativzins“ jedoch zwischenzeitlich auch Einzug in das notarrechtliche Schrifttum gefunden hat (vgl. nur BeckOK-BeurkG/Kämper, Std.: 1.11.2020, § 58 Rn. 28; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 2403), wird er den folgenden Ausführungen gleichermaßen zugrunde gelegt.

2. Kostenschuldner bzgl. des Verwahrungsentgelts

Erhebt die Bank auf die Einlagen auf dem Anderkonto einen Negativzins bzw. ein Verwahrungsentgelt, so schuldet im Verhältnis zur Bank dieses Entgelt allein der Notar. Die Bank tritt mit den Beteiligten des Verwahrungsgeschäfts in keinerlei vertragliche Beziehung. Vertragspartner der Bank und alleiniger Kontoinhaber ist der Notar (BayObLG DNotZ 2000, 376; Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 79), der sich zur Durchführung der öffentlich-rechtlichen Verwahrung eines zivilrechtlichen Vertrages mit der Bank bedient (Reithmann, S. 217; Armbrüster/Preuß/Renner, § 58 Rn. 3; Winkler, § 58 Rn. 4). Es handelt sich um ein „Sonderkonto für fremde Gelder“, § 58 Abs. 1 BeurkG. Mangels fehlender

Vertragsbeziehungen zwischen der Bank und den Beteiligten ist gegenüber der Bank auch der Notar alleiniger Kostenschuldner bezüglich der Negativzinsen.

Das bedeutet nicht, dass der Notar auch gegenüber den in der Sache Beteiligten verpflichtet wäre, die Negativzinsen zu begleichen. Da es sich – wie oben ausgeführt – um ein Verwahrungsentgelt handelt, ist es kostenrechtlich wie eine Kontoführungsgebühr zu behandeln, die als „sonstige Aufwendungen“ unter den Auslagentatbestand des KV Nr. 32015 GNotKG fällt (Diehn, Notarkosten, 1. Aufl. 2018, Rn. 2154; ausdrücklich auch für Negativzinsen Sommerfeldt, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV 32015 Rn. 4; Trömer, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 832). Erforderlich für die Weitergabe dieser Aufwendungen ist gem. KV Nr. 32015 GNotKG ein ausdrücklicher Auftrag an den Notar. Ein solcher dürfte in der Praxis in aller Regel unproblematisch vorliegen, da der Notar beurkundungsrechtlich Geld zur Verwahrung ohnehin nur entgegennehmen darf, wenn ihm ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer Verwahrungsanweisung vorliegt, § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG.

Wer im Innenverhältnis Schuldner der Auslagen gegenüber dem Notar ist, richtet sich vorrangig nach der entsprechenden Vereinbarung in der Hinterlegungsvereinbarung, die das zivilrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien ausgestaltet. Die (öffentlich-rechtliche) Verwahrungsanweisung muss gem. § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG mindestens den Anweisenden, den Empfangsberechtigten sowie die zeitlichen und sachlichen Bedingungen der Verwahrung und die Auszahlungsvoraussetzungen hinsichtlich der Masse **und ihrer Erträge** enthalten.

Eine Verpflichtung, auch eine Regelung bzgl. der Kosten, Gebühren und Auslagen zu treffen, sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Dies ist insofern in der Sache konsequent als die Erträge jedenfalls nie dem Notar zustehen, wohingegen die Kosten im Verhältnis zur Bank (zunächst) der Notar zu tragen hat. Allerdings fordert § 57 Abs. 3 BeurkG, dass der Notar den Verwahrungsantrag nur annehmen darf, wenn die Verwahrungsanweisung den Bedürfnissen einer ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung und eines ordnungsgemäßen Vollzugs sowie dem Sicherungsinteresse aller am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen genügt. Die Literatur leitet daraus ab, dass jedenfalls auch eine Regelung zu den Kosten bei der Bank und den Kosten beim Notar getroffen werden muss (Armbrüster/Preuß/Renner, § 57 Rn. 60; BeckOGK-BeurkG/Franken, Std.: 1.7.2019, § 57 Rn. 64; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 57 Rn. 32; BeckOK-BeurkG/Kämper, 4. Ed. Std.: 1.11.2020, § 57 Rn. 67; Winkler, § 57 Rn. 72). Teilweise ist in der Literatur – insofern unpräzise – davon die Rede, dass dies in der Verwahrungsanweisung zu erfolgen habe (BeckOGK-BeurkG/Franken, § 57 Rn. 64; BeckOK-BeurkG/Kämper, § 57 Rn. 67). Zutreffend betrifft diese Frage aber das Innenverhältnis der Beteiligten, so dass diese Vereinbarung Teil der zivilrechtlichen Hinterlegungsvereinbarung ist. In der Praxis stellen öffentlich-rechtliche Verwahrungsanweisung und zivilrechtliche Hinterlegungsvereinbarung freilich häufig äußerlich eine einheitliche Regelung dar.

Gesetzlicher Kostenschuldner ist gem. § 29 Nr. 1 GNotKG u. a. derjenige, der den Auftrag erteilt oder den Antrag gestellt hat. § 29 GNotKG gilt auch für Auslagen (Korintenberg/Gläser, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 29 Rn. 4; BeckOK-KostR/Toussaint, Std.: 1.6.2020, § 29 GNotKG Rn. 1; Neie, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, § 29 Rn. 2), was sich unmittelbar aus § 1 Abs. 1 GNotKG ergibt. Erteilen mehrere Beteiligte den Auftrag gemeinsam, so haften sie als Gesamtschuldner, vgl. § 32 Abs. 1 GNotKG (Korintenberg/Gläser, § 29 Rn. 24). Gem. § 58 Abs. 3 S. 8 BeurkG ist der Notar berechtigt, Kostenforderungen aus dem zugrunde liegenden Amtsgeschäft unter Angabe des Ver-

wendungszwecks direkt vom Notaranderkonto auf sein Geschäftskonto zu begleichen (Winkler, § 58 Rn. 29). Weitere Voraussetzungen sind der Zugang der notariellen Kostenberechnung und die Auszahlungsreife gegenüber dem Kostenschuldner.

Während im Verhältnis Notar/Bank der Notar alleiniger Schuldner der Kosten ist, haben im Verhältnis Notar/Beteiligte die Beteiligten die Gebühren zu tragen. Nach der gesetzlichen Konzeption des § 32 Abs. 1 GNotKG haften die Beteiligten dem Notar gegenüber als Gesamtschuldner. Das Innenverhältnis zwischen den Beteiligten sollte in der Hinterlegungsvereinbarung geregelt werden.

3. **Abbuchung des Verwahrungsentgelts durch die Bank direkt von dem Notaranderkonto**

Rechtstechnisch handelt es sich bei der „Abbuchung“ der Gebühren vom Notaranderkonto um eine Aufrechnung der Bank mit ihrer Gebührenforderung gem. § 387 BGB gegen die Forderung des Notars auf Auszahlung von dem Notaranderkonto. Eine Aufrechnung ist immer dann zulässig, wenn sie nicht gesetzlich (insbesondere §§ 393-395 BGB) oder vertraglich ausgeschlossen ist. Das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Notar ist geregelt durch die **Bedingungen für Anderkonten und Anderdepots** (beschlossen durch die Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer am 27.9.2019 von der 121. Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer abgedruckt in DNotZ 2019, 801 ff.). Gem. Nr. 10 der Anderkonto-Bedingungen für Notare ist die Bank grundsätzlich nicht zur Aufrechnung oder zur Geltendmachung eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts berechtigt, es sei denn wegen Forderungen, die in Bezug auf das Anderkonto selbst entstanden sind. **Die Aufrechnung mit Gebührenforderungen der Bank bzgl. des Anderkontos ist also grundsätzlich zulässig** (Armbrüster/Preuß/Renner, NotAndKont, Rn. 54).

Hat der Notar Nr. 10 der Anderkonto-Bedingungen für Notare nicht durch individualvertragliche Vereinbarung mit der Bank abbedungen (was in der Praxis wohl kaum vorkommen wird), so dürfte eine Abbuchung des Verwahrungsentgelts direkt vom Notaranderkonto bankrechtlich zulässig sein. Früher war es üblich, dass die Kosten im Rahmen eines Rechnungsabschlusses mit den Zinserträgen verrechnet wurden (BeckOK-BeurkG/Kämper, Std.: 1.11.2020, § 57 Rn. 67). Seit Zinserträge in aller Regel nicht mehr erwirtschaftet werden, führt eine Aufrechnung durch die Bank regelmäßig zu einer Schmälerung der Hinterlegungsmasse, so dass sich weiter die Frage stellt, wie mit einer solchen Schmälerung in der notariellen Praxis umzugehen ist.

4. **Berechtigung des Notars zum Auffüllen des Anderkontos**

Eine Möglichkeit besteht darin, dass der Notar das Anderkonto von seinem Geschäftskonto ausgleicht. Hierbei stellt sich die Frage, ob der Notar berechtigt ist, das Anderkonto von seinem Geschäftskonto wieder aufzufüllen, wenn die Gebühren bzw. das Verwahrungsentgelt direkt vom Anderkonto abgebucht wurden. Dagegen könnte das Verbot der Vermischung von Fremdgeldern mit eigenen Geldern sprechen (Trömer, § 1 Rn. 832; BeckOGK-BeurkG/Franken, § 58 Rn. 13). Allerdings ist dieses Verbot gem. § 58 Abs. 1 S. 3 BeurkG nur in eine Richtung ausgestaltet. Fremdgelder sowie deren Erträge dürfen (auch nicht vorübergehend) auf einem sonstigen Konto des Notars oder eines Dritten verwahrt werden. Diese Regelung nur „in eine Richtung“ ist dem Sinn und Zweck der Norm geschuldet, die die Beteiligten davor schützen soll, dass eine mögliche Insolvenz des Notars nicht auch ihre Gelder betrifft. Einen umgekehrten Grundsatz, dass der Notar keine eigenen Gelder dem Anderkonto zuführen darf, sieht das Beurkundungsgesetz nicht vor.

Dieses Ergebnis lässt sich auch mit einem Erst-Recht-Schluss stützen: Wenn dem Notar gem. § 58 Abs. 3 S. 8 BeurkG sogar die Entnahme von Gebühren gestattet ist, so muss ihm erst recht zugunsten der Beteiligten die Zuführung von Gebühren zum Ausgleich des Saldos gestattet sein. Wir würden deshalb im Ergebnis davon ausgehen, dass der Notar – wenn es der geordneten Abwicklung dient – berechtigt ist, das Anderkonto aus eigenen Mitteln aufzufüllen und die Gebührenforderung gegen die Beteiligten anderweitig beizutreiben. Ob ein solches Vorgehen allerdings zweckmäßig ist, muss im Einzelfall geprüft werden.

5. Verpflichtung des Notars zum Auffüllen des Anderkontos

Eine Verpflichtung zur Auffüllung dürfte hingegen nicht bestehen, da der Notar gem. § 58 Abs. 3 S. 8 BeurkG selbst zur Entnahme berechtigt wäre, sofern Kostenforderungen aus dem zugrunde liegenden Amtsgeschäft betroffen sind. Er kann deshalb auch ohne Weiteres als „milderes Mittel“ mit seiner Auslagenforderung gegen den Beteiligten aufrechnen, sofern auch dieser Kostenschuldner ist und die in § 58 Abs. 3 S. 8 vorgesehenen Voraussetzungen eingehalten werden (Grziwotz/Heinemann, § 57 Rn. 25; Winkler, § 58 Rn. 31). Bis zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 58 Abs. 3 S. 8 BeurkG, also insbesondere bis zum Vorliegen der Auszahlungsreife, besteht ein Zurückbehaltungsrecht (Frenz/Miermeister/Hertel, BeurkG/BNotO, 5. Aufl. 2020, § 54 BeurkG Rn. 40).

Mit der Verwahrungsvereinbarung geht zwar gleichzeitig ein (in der Regel konkludentes) Aufrechnungsverbot zwischen den Beteiligten einher (OLG Frankfurt DNotZ 1969, 513; Frenz/Miermeister/Hertel, § 23 BNotO Rn. 22; Arndt/Lerch/Sandkühler, 8. Aufl. 2016, § 23 BNotO Rn. 34; Bräu, Rn. 116; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 90). Dieses betrifft jedoch weder das Verhältnis Notar/Beteiligte (dazu sogleich) noch das Verhältnis Notar/Bank. Eine anderslautende Entscheidung des BGH zur (fehlenden) Aufrechnungsbefugnis des Staates bei öffentlich-rechtlicher Hinterlegung zur Abwendung eines Haftbefehls (BGH NJW 1985, 2820) dürfte sich auf den Notar wegen der ausdrücklichen Regelung des § 58 Abs. 1 S. 3 BeurkG nicht übertragen lassen.

In einer älteren Entscheidung ging das Kammergericht noch davon aus, dass der Notar nur dann zu Lasten einer Hinterlegungsmasse verrechnen oder entnehmen darf, wenn dies ausdrücklich mit dem Hinterleger oder dem Auszahlungsberechtigten vereinbart ist (KG DNotZ 1987, 566). Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese im Jahr 1986 ergangene Entscheidung vor dem Hintergrund des nunmehr geltenden § 58 Abs. 3 S. 8 BeurkG noch Gültigkeit beanspruchen kann. Zum Zeitpunkt der Entscheidung war das Entnahmerecht des Notars noch in § 12 Abs. 3 S. 5 DONot a. F. geregelt. Erst später wurde die Norm in das Beurkundungsgesetz überführt (bis zum 8.6.2017 geregelt in § 54b Abs. 3 S. 8 BeurkG, nunmehr in § 58 Abs. 3 S. 8 BeurkG). Dazu führte das Kammergericht aus:

„Der Unzulässigkeit der Aufrechnung steht die Neufassung der DONot nicht entgegen, die in § 12 Abs. 3 Satz 5 das Entnahmerecht für die „Bezahlung von Kostenforderungen“ der Notare vorsieht. Die DONot als **allgemeine Verwaltungsvorschrift**, die von den Ländern übernommen werden kann, kann das Gesetz nicht ändern. Inwieweit eine einschränkende Auslegung des geltenden Entnahme- bzw. Verrechnungsverbots möglich ist, wie sie von Weingärtner/Schöttler, DONot, 3. Aufl., Rdn. 183, im Gegensatz zur Vorauffage, sowie von Zimmerman, DNotZ 1985,

5/15, vertreten wird, kann hier letztlich dahinstehen, weil die **Aufrechnung unter den vorliegenden Umständen in jedem Fall gegen Treu und Glauben verstößt** und sich der Beklagte deshalb nicht darauf berufen kann.

In der Annahme des Treuhandauftrages und der Verwahrung des zweckgebundenen Fremdgeldes durch den Beklagten **liegt bereits der stillschweigende Verzicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung** mit Forderungen gegen die Auftraggeberin und Zedentin.“

(KG DNotZ 1987, 566, 569)

Aufgrund der Überführung der entsprechenden Norm aus der allgemeinen Verwaltungsvorschrift in das Beurkundungsgesetz steht jedenfalls dieses Argument einer Aufrechnung nicht mehr entgegen. U. E. ist auch ein stillschweigender Verzicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung eher fernliegend, wenn das Beurkundungsgesetz ausdrücklich ein Recht zur Entnahme vorsieht.

In formeller Hinsicht setzt der Einbehalt und damit auch die Aufrechnung den Zugang der notariellen Kostenberechnung gem. § 19 GNotKG, die Angabe des Verwendungszwecks (bei Überweisung auf das Geschäftskonto des Notars) sowie die Auszahlungsreife voraus.

6. Auswirkungen auf die materielle Rechtslage bzgl. des Kaufvertrags

Schließlich stellt sich die Frage, wie sich die Schmälerung der Hinterlegungsmasse auf die Abwicklung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (beispielsweise eines Kaufvertrags) auswirkt. Hierzu sei vorab angemerkt, dass dies ganz maßgeblich von der Vereinbarung der Parteien und der Regelung in der Hinterlegungsanweisung abhängt. Da die Rechtsprechung (wie oben dargelegt) häufig konkludente Abreden in die Hinterlegungsanweisung hineinliest, ist diese Fragestellung in verstärktem Maße von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig, sodass die nachfolgenden Ausführungen lediglich allgemeine Erwägungen sein können. Die Übertragbarkeit auf den konkreten Einzelfall ist jeweils gesondert zu prüfen.

In materieller Hinsicht modifiziert die Vereinbarung der Kaufvertragsparteien, den Kaufpreis über Notaranderkonto abzuwickeln (Verwahrungsvereinbarung) die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung dahingehend, dass zunächst nur die Einzahlung auf das Notaranderkonto geschuldet wird (Frenz/Miermeister/Hertel, § 23 Rn. 21).

Umstritten ist, in welchem Zeitpunkt bei der Abwicklung über ein Notaranderkonto Erfüllung eintritt. Einig ist man sich noch, dass die Hinterlegung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto selbst nicht zur Erfüllung des Kaufpreisanspruchs führt, es sei denn die Beteiligten vereinbaren dies ausdrücklich (BGH NJW 1994, 1403, 1404; BGH NJW 1983, 1605; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 459; Kawohl, Rn. 38 ff.; Trömer, § 1 Rn. 851; Franken, RNotZ 2010, 597, 602; BeckOGK-BGB/Looschelders, Std.: 1.9.2020, § 362 Rn. 125). Umstritten ist hingegen, ob die Erfüllung des Kaufpreisanspruchs im Zweifel bereits **mit Auszahlungsreife** (Zimmermann, DNotZ 1989, 257, 264; Brambring, DNotZ 1990, 615, 633) oder erst mit **Auszahlung vom Notaranderkonto** (OLG Hamburg NJW 1996, 1289, 1290; OLG Köln DNotZ 1989, 257, 261; BeckOGK-BGB/Looschelders, § 362 Rn. 125; Staudinger/Olzen, BGB, 2016, § 362 Rn. 46; MünchKommBGB/Fetzer, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 17) eintritt. Der BGH hatte diese Frage zunächst offengelassen

(DNotZ 1983, 549, 552) und in späteren Entscheidungen dann betont, dass es eine Frage der **Auslegung des konkreten Kaufvertrages** im Einzelfall sei, ob und zu welchem Zeitpunkt vor der Auszahlung des auf Notaranderkonto hinterlegten Betrages der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers erlischt (BGH DNotZ 1995, 125 m. Anm. Knoche; ferner BGH DNotZ 1999, 126, 128). Dabei geht er **im Zweifel** davon aus, dass die zugrunde liegende Schuld **erst mit Auszahlung an den Gläubiger** getilgt wird (BGH NJW 1998, 746, 747; BGH NJW 1999, 2890, 2891; BGH NJW 2002, 59 f.).

Rechtstechnisch tritt **neben den Anspruch auf Kaufpreiszahlung** ein öffentlich-rechtlicher Auszahlungsanspruch gegen den Notar (BGH NJW 1998, 2134; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, Vor § 372 Rn. 4). Er ergänzt die vertragliche Forderung nur, tritt aber nicht an deren Stelle (BGH NJW 1998, 2134, 2135). Selbst wenn man also eine Aufrechnung des Notars mit der Gebührenforderung für zulässig hält, würde diese Aufrechnung nichts am Fortbestehen der Kaufpreisforderung ändern. Von einem solchen Vorgehen ist in der Praxis deshalb in aller Regel abzuraten. Eine Erfüllung kann dementsprechend mit Auszahlung der reduzierten Hinterlegungsmasse nicht notwendigerweise erfolgen. Die Frage, ob eine Auszahlung der um das Verwahrungsentgelt reduzierten Masse zu einer Erfüllung der Kaufpreisforderung führt, bedarf ohne vertragliche Regelung vielmehr einer ergänzenden Vertragsauslegung (hierzu sogleich).

Ob der Käufer verpflichtet ist, das abgebuchte Verwahrungsentgelt auszugleichen, dürfte davon abhängen, wer vertraglich zwischen den Parteien verpflichtet ist, das Verwahrungsentgelt zu tragen. Fehlt eine Regelung zur Kostentragung, ist es eine Frage der (ggf. ergänzenden) Vertragsauslegung, wem die Kostentragung obliegt. Die Literatur geht teilweise davon aus, dass die Kosten demjenigen aufzuerlegen sind, dem die Zinsen zustehen (Weingärtner, Rn. 79; Armbrüster/Preuß/Renner, § 57 Rn. 61; Arndt/Lerch/Sandkühler, § 23 Rn. 123). Dies ist allerdings insofern zirkulär, als ggf. auch eine solche Regelung fehlen mag. Aufgrund der ausdrücklichen Verpflichtung aus § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG zur Regelung bzgl. der Erträge, dürften diese Fälle allerdings in der Praxis kaum vorkommen.

U. E. ist eine Verknüpfung von Erträgen und Kosten jedoch nicht zwingend und auch nicht zwingend das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung. Naheliegender ist es u. E. im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis zu kommen, dass derjenige die Kosten zu tragen hat, **in wessen Interesse die Hinterlegung auf dem Notaranderkonto erfolgt**. Erfolgt die Hinterlegung beispielsweise, weil der Käufer an einem frühzeitigen Besitz-Nutzen-Lasten-Übergang interessiert ist, so erfolgt die Hinterlegung in seinem Interesse, sodass hierin eine konkludente Vereinbarung dahingehend gesehen werden kann, dass auch er die Kosten bei der Bank zu tragen hat. Umgekehrt dürfte die Hinterlegung im Interesse des Verkäufers erfolgen, wenn sie zur Ablösung von Grundpfandrechtsgläubigern erfolgt. Letztlich ist die ergänzende Vertragsauslegung jedoch freilich streitanfällig, so dass sich der Notar in der Gestaltungspraxis hierauf nicht verlassen sollte.

7. Mögliche vertragliche Regelungen

Viele in der Literatur vorgeschlagene Formulierungen enthalten keine ausdrückliche Regelung, wer das Verwahrungsentgelt zu tragen hat, weil in der Regel davon ausgegangen wird, dass das Notaranderkonto von der Bank gebührenfrei geführt wird (Gebele, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, Form. III. B.4; Heinemann, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 5. A. Rn. 453; Salzig, in: BeckOF-Vertrag, Std.: 1.9.2020, Form. 8.1.3. Rn. 8). Ist zumindest eine Regelung enthalten, wer die Bankgebühren zu tragen hat (so bspw. bei U. Hönle, in:

FormularBibliothek Vertragsgestaltung, Miete, Grundstück, WEG, 3. Aufl. 2018, Teil 2, § 3 „Bankspesen“; Kersten/Bühling/Zimmermann, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 6 Rn. 19 regelt allgemein die „Kosten der Hinterlegung“; ähnlich Kersten/Bühling/Basty, § 32 Rn. 183; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2, Kap. 2, Rn. 652 „Bankkosten“), so wird man durch Auslegung zu dem Ergebnis kommen können, dass davon auch das Verwahrungsentgelt erfasst ist.

Krauß schlägt zur Regelung beispielsweise folgende Formulierung vor:

„Den Parteien ist bewusst, dass das Notaranderkonto zinslos geführt wird; etwaig anfallende Negativzinsen oder Verwahrungsentgelte gehen zu Lasten des auszahlungsberechtigten Vertragsbeteiligten; sind also nicht durch den Anderen nachträglich auszugleichen, dementsprechend stellt die Auszahlung eines etwaig entsprechend reduzierten Betrages an den Verkäufer oder an dessen Ablösegläubiger eine vertragsgemäße Erfüllung der entsprechenden Kaufpreisverpflichtung des Käufers in voller Höhe dar. Sind jedoch aufgrund solcher Zinsabzüge Treuhandaufgaben abzulösender Gläubiger nicht mehr erfüllbar, hat der Verkäufer den Abzugsbetrag zusätzlich einzuzahlen, andernfalls tritt noch keine Auszahlungsreife ein.“

(Krauß, Rn. 2404)

Durch die Verwendung einer solchen oder ähnlichen Formulierung ist sichergestellt, dass auch die Auszahlung eines etwa reduzierten Betrags an den Verkäufer eine vertragsgemäße Erfüllung des Kaufpreisanspruchs darstellt. Die Regelung allein der „Bankgebühren“ oder „Bankspesen“ ist zwar möglich, aber ggf. streitanfällig, da unklar ist, ob sich auch ein Verwahrungsentgelt unter diese Begriffe subsumieren lässt.

8. (Einseitige) Anpassung der Gebühren durch die Bank

Schließlich stellt sich die Frage, ob die Bank das Verwahrungsentgelt in bereits bestehenden Vertragsverhältnissen einseitig, d. h. ohne einvernehmliche Vertragsanpassung, erheben kann. Der Notar schließt mit der Bank einen Vertrag über die Eröffnung von Notaranderkonten, der regelmäßig als Zahlungsdienstvertragsvertrag i. S. d. § 675f Abs. 2 S. 1 BGB einzuordnen ist (Hadding/Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 38 Rn. 4). Gem. § 675f Abs. 5 S. 1 BGB ist der Zahlungsdienstnutzer (hier: der Notar) verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister das für die Erbringung eines Zahlungsdienstes *vereinbarte* Entgelt zu entrichten. Dementsprechend ist ein Entgelt nur geschuldet, soweit ein solches vereinbart ist.

War bisher – wie im vorliegenden Fall – kein Entgelt vereinbart, gilt im Grundsatz *„pacta sunt servanda“*, sodass eine Änderung des Vertrages in der Gestalt, dass künftig Gebühren erhoben werden, im Ausgangspunkt einer einvernehmlichen Vertragsänderung bedarf (Palandt/Sprau, BGB, 80. Aufl. 2021, § 675g Rn. 1; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 3; Wessels, in: EBJS, HGB, 4. Aufl. 2020, Bank- und Börsenrecht, Kap. A. Rn. 216). Dieser Grundsatz wird durch § 675g BGB für Zahlungsdienstvertragsverträge zugunsten der Bank modifiziert. Gemäß § 675g Abs. 1 BGB kann das Kreditinstitut dem Kunden eine beabsichtigte Vertragsänderung mit zweimonatiger Frist vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt mitteilen. Die Parteien können (auch in AGB) vereinbaren, dass ein Schweigen des Kunden

auf den Änderungsvorschlag als Zustimmung zu werten ist (§ 675g Abs. 2 S. 1 BGB). Dem Kunden steht in diesem Fall gem. § 675g Abs. 2 S. 2 BGB ein fristloses Sonderkündigungsrecht zu. Widerspricht der Kunde der Vertragsänderung rechtzeitig, so gilt der Vertrag mit seinem bisherigen Inhalt fort (MünchKommBGB/Casper, 8. Aufl. 2020, § 675g Rn. 10; Palandt/Sprau, § 675g Rn. 7; Wessels, in: EBJs, Bank- und Börsenrecht, Kap. A. Rn. 216). Dem Kreditinstitut verbleibt in diesem Fall jedoch die ordentliche Kündigung gem. § 675h Abs. 2 BGB (MünchKommBGB/Casper, § 675g Rn. 10), sofern ein solches Kündigungsrecht der Bank im Vertrag vorgesehen ist. Letzteres dürfte regelmäßig in den AGB der Fall sein (vgl. bspw. Nr. 19 Abs. 1 der Muster-AGB-Banken, Std.: 1.7.2018, abrufbar über beck-online bzw. Nr. 26 Abs. 1 der Muster-AGB-Sparkassen, Std.: 26.11.2018, abrufbar über beck-online).

Welche AGB dem konkreten Vertragsverhältnis zugrunde liegen, wäre ebenso wie deren Wirksamkeit im Einzelfall zu prüfen. Der BGH hat jüngst entschieden, dass § 675g BGB keinen abschließenden Vorrang vor den §§ 307 ff. BGB genießt (BGH, Urt. 27.4.2021, Az. XI ZR 26/20 = WM 2021, 1128 Rn. 12). Die Entscheidung erging zwar für einen Verbrauchervertrag und betraf eine weitreichende Klausel in AGB, die – jedenfalls nach Auffassung des BGH – über den gesetzlichen Anwendungsbereich des § 675g BGB hinaus ging. Der BGH stützt seine Begründung jedoch maßgeblich darauf, dass die Bestimmung von den wesentlichen Grundgedanken der §§ 311 Abs. 1, 145 ff BGB abweiche, wonach die Änderung eines Vertrags grundsätzlich nur durch Konsens erfolgen könne (BGH, Urt. 27.4.2021, Az. XI ZR 26/20 = WM 2021, 1128 Rn. 21). Dieser Grundsatz gilt jedoch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmer und Verbraucher ebenso wie im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass der BGH diese Grundsätze auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr zwischen Bank und Notar übertragen würde.

Geht man beispielhaft davon aus, dass (neben den Anderkontobedingungen für Notare) die AGB-Banken dem Vertragsverhältnis zugrunde liegen und unterstellt man deren Wirksamkeit, hätte die Bank die Möglichkeit, dem Notar die Änderung der Vertragsbedingungen mit einer Frist von zwei Monaten anzubieten. Die Zustimmung des Notars gilt dann als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens angezeigt hat. Dem Notar stünde in diesem Fall ein fristloses Kündigungsrecht gem. § 675g Abs. 2 S. 2 BGB zu. Er hat zudem die Möglichkeit, der Änderung des Entgelts zu widersprechen und das Vertragsverhältnis zu den ursprünglichen Bedingungen fortzusetzen. In diesem Fall besteht allerdings für die Bank die (regelmäßig in AGB vorbehalten) Möglichkeit der ordentlichen Kündigung gem. § 675h BGB, sofern die Möglichkeit der Kündigung nicht im Individualvertrag zwischen Bank und Notar ausdrücklich oder konkludent ausgeschlossen wurde.