
Datum: 25.04.2024
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 10 W 106/23
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:0425.10W106.23.00

Vorinstanz: Landgericht Mönchengladbach, 13 OH 3/22

Tenor:

Auf die Beschwerde des Kostengläubigers wird der Beschluss der 13. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach vom 25. August 2023 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die notarielle Kostenrechnung vom 4. November 2021 (Re.-Nr. 00000) wird bestätigt.

Die Kosten des Verfahrens werden der Kostenschuldnerin auferlegt.

Gründe:

1

I.

2

Am 3. September 2021 beauftragte die von der A.-GmbH, deren Geschäftsführer Herr B. ist, eingeschaltete Firma C. den Kostengläubiger mit dem Entwurf eines Grundstückskaufvertrages. Verkäufer der Immobilie sollte die Firma D.-GmbH sein, Käuferin die noch zu gründende Gesellschaft E.-GmbH. Der Kostengläubiger wurde gebeten, in seinen Entwurf eine Maklerklausel aufzunehmen, nach der als Käufer-Makler die F.-OHG sowie als Verkäufer-Makler die Kostenschuldnerin auftrete, zwischen denen die allein von dem Käufer zu zahlende Provision hälftig aufgeteilt werde. Den von ihm erarbeiteten Entwurf übermittelte der Kostengläubiger am 10. September 2021 der Firma C., Herrn B. und der Kostenschuldnerin. Diese war seitens der Verkäuferin nicht dazu bevollmächtigt, ihrerseits bei dem Kostengläubiger einen Vertragsentwurf in Auftrag zu geben. Mit E-Mail vom 14. September 2021 teilte die Firma C. dem Kostengläubiger von ihr und der Kostenschuldnerin gewünschte Abänderungen hinsichtlich der Maklerklausel mit und am 15. September 2021

3

übersandte der Kostengläubiger der Firma C. und der Kostenschuldnerin einen entsprechend geänderten Vertragsentwurf. Am 16. September 2021 wandte sich die Kostenschuldnerin an den Kostengläubiger und teilte ihm Vorgaben ihrer Auftraggeberin zu dem Verlauf des beabsichtigten Verkaufs mit. Weiter führte sie aus, wie die in dem Vertrag aufzunehmende Klausel über die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung der Maklerprovisionen abgefasst werden solle. Der Kostengläubiger antwortete am selben Tage und bat um Klarstellung über das Bestehen einer Provisionsvereinbarung zwischen der Kostenschuldnerin und dem Verkäufer. Hierzu nahm die Kostenschuldnerin ebenfalls noch am selben Tage Stellung und führte aus, dass es keine Provisionsverpflichtung des Verkäufers gebe, sondern dass sie mit einer Außenprovision agiere und dem Käufer das Angebot einer an sie zu zahlenden Provision in Höhe von 1,5 % des Kaufpreises unterbreite. Auf einen belastbaren Vermerk in dem Kaufvertrag müsse sie bestehen. Daraufhin übersandte der Kostengläubiger am 17. September 2021 sowohl der Kostenschuldnerin als auch der Firma C. einen erneut geänderten Vertragsentwurf. Am 13. Oktober 2021 informierte die Firma C. den Kostengläubiger, dass die Grundstücksverkäuferin einen erhöhten Kaufpreis verlange. Deshalb sei nicht abzusehen, ob es zu einem Vertragsschluss komme. Die Firma C. bat den Kostengläubiger um Abrechnung der bisher entstandenen Kosten gegenüber der Verkäuferin der Immobilie, da diese sich nicht an die Vereinbarung gehalten habe. Unter dem 4. November 2021 rechnete der Kostengläubiger seine Gebühren ab und stellte der Firma des Herrn B. und der Kostenschuldnerin jeweils die Hälfte seiner für den Entwurf des Grundstückskaufvertrages abgerechneten Gebühren in Rechnung. Die Kostenschuldnerin wies die Rechnung am 21. November 2021 zurück, da die Firma des Herrn B. den Kostengläubiger beauftragt habe. Auch habe sich die Verkäuferin an ihre Zusagen in ihrem Letter of Intent vom 2. September 2021 gehalten.

Der Kostengläubiger hat die Einwände der Kostenschuldnerin als Kostenbeschwerde behandelt, der er nicht abgeholfen und um gerichtliche Entscheidung gebeten hat. Er hat geltend gemacht, er könne gegenüber der Kostenschuldnerin die entstandenen Gebühren abrechnen, da diese auf die Vertragsgestaltung Einfluss genommen habe. Sie habe als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt und nachdem die Verkäuferin eine Genehmigung verweigert habe, könne er die Antragsgegnerin in Anspruch nehmen. Darüber hinaus ergebe sich aus dem Umstand, dass die Kostenschuldnerin eine bestimmte Gestaltung der Maklerklausel verlangt habe, ein von ihr erteilter eigenständiger Entwurfsauftrag.

4

Die Kostenschuldnerin hat geltend gemacht, ausschließlich der Kaufinteressent, Herr B., habe den Kostengläubiger beauftragt. Der von ihm erstellte Kaufvertragsentwurf hätte naturgemäß im Rahmen der Verhandlungen modifiziert werden können, ohne dass sich daraus ein Auftragsverhältnis zwischen dem Notar und der Verkäuferin bzw. ihr, der Kostenschuldnerin, als von der Verkäuferin beauftragte Maklerin ergebe. Sowohl in dem dem Käufer unterbreiteten Verkaufsangebot vom 25. Februar 2021 wie auch in dem Letter of Intent vom 2. September 2021 sei festgehalten, dass alle Erwerbsnebenkosten von dem Käufer getragen werden.

5

Der Bezirksrevisor des Landgerichts hat am 14. Juli 2022 Stellung genommen.

6

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Landgericht die Kostenrechnung des Kostengläubigers aufgehoben. Die Kostenschuldnerin habe dem Kostengläubiger keinen Beurkundungsauftrag erteilt, was sich aus einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ergebe. Soweit die Kostenschuldnerin Änderungswünsche an dem von dem Kostengläubiger errichteten Entwurf erbeten habe, sei dies nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der

7

Kaufvertragsparteien geschehen. Die Maklerklausel sei bereits Teil des ersten Entwurfs gewesen. Neben den am 16. September 2021 mitgeteilten Änderungswünschen der Verkäuferin zu der Maklerklausel seien weitere Änderungswünsche zu den Kaufvertragsmodalitäten mitgeteilt worden. Das belege, dass die Kostenschuldnerin nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der Kaufvertragsparteien aufgetreten sei.

Gegen den ihm am 1. September 2023 zustellten Beschluss vom 25. August 2023 wendet sich der Kostengläubiger mit seiner Beschwerde vom 26. September 2023, eingegangen am 27. September 2023. Zu deren Begründung hat er mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2023 vertiefend ausgeführt, die Kostenschuldnerin habe in relevanter Weise auf die Beurkundung Einfluss genommen, denn der erste Entwurf sei in wesentlichen Punkten unvollständig gewesen. Sie habe sich in ihrer Mail vom 16. September 2021 vorbehalten, fehlende Daten nachzureichen und ihm die Hintergründe der Maklerklausel erläutert. Nur deshalb sei die zunächst in Form einer sog. Abwälzungsklausel formulierte Maklerklausel in Form einer sog. deklaratorischen Maklerklausel in den Entwurf eingearbeitet worden. Eine solche deklaratorische Klausel sei nicht beurkundungspflichtig. Jedenfalls deshalb hafte die Kostenschuldnerin, da sie als vollmachtlose Vertreterin aufgetreten sei, ohne dies offenzulegen.

Die Kostenschuldnerin ist der Beschwerde entgegen getreten.

Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 20. Oktober 2023 zur Entscheidung vorgelegt. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Beurkundung einer konstitutiven Maklerklausel ein eigenes Geschäft sei, denn eine solche Tätigkeit habe der Kostengläubiger gegenüber der Kostenschuldnerin nicht abgerechnet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Kostengläubigers gegen den Beschluss des Landgerichts vom ist gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG statthaft und nach Maßgabe von § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG in Verbindung mit §§ 58 ff. FamFG insgesamt zulässig.

Entgegen der Auffassung der Kammer und der Kostenschuldnerin ist auch letzterer gegenüber die Abrechnung der Notargebühren, die für die Fertigung des Entwurfs eines notariellen Grundstückskaufvertrages angefallen sind, berechtigt. Die Kostenschuldnerin ist jedenfalls auch Auftraggeberin nach § 29 Nr. 1 GNotKG geworden.

Kostenschuldner nach § 29 Abs. 1 GNotKG ist grundsätzlich derjenige, der den Auftrag bzw. den Antrag an den Notar richtet. Eine Auftragserteilung kann auch durch schlüssige Handlung erfolgen. Eine Urkundsbeteiligung ist nicht erforderlich, aber wenigstens eine Auftrags- bzw. Antragsberechtigung, die dann anzunehmen ist, wenn eine eigene Angelegenheit in dem Geschäft geregelt wird. Auch kann das Ansuchen an den Notar im Namen eines anderen erklärt werden, insofern gelten die allgemeinen Regeln zu §§ 164 ff BGB. Bei vollmachtlosem Handeln des Vertreters ist sein Handeln dem Vertretenen zuzurechnen und es bleibt bei seiner Kostenhaftung, wenn im Innenverhältnis ein Auftrag des Vertretenen zugrunde liegt (sog. „Veranlasservollmacht“). Handelt dagegen der vollmachtlose Vertreter in Kenntnis des Mangels seiner Vollmacht bewusst vollmachtslos, ist ihm das Handeln allein als Veranlasser zuzurechnen und er ist kostenpflichtig (vgl. zu diesen Grundlagen: BeckOK KostR/Toussaint, 44. Edition, Stand: 1. Januar 2024, § 29 GNotKG Rn.

- Ob im Einzelfall eine Auftragserteilung vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist entscheidend, ob das Verhalten des Beteiligten für den Notar nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss zulässt, es werde ihm ein Auftrag mit der gesetzlichen Kostenfolge erteilt (BGH NJW-RR 2017, 631 f., m.w.N.; Korintenberg/Gläser, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 29 Rn. 18); eine Belehrung über die Kostenpflicht ist dabei nicht erforderlich (OLG Köln, BeckRS 2020, 21448). Eine Auftragserteilung kann auch dann anzunehmen sein, wenn bereits durch einen anderen Kostenschuldner ein Beurkundungsauftrag erteilt wurde. So kann die Amtstätigkeit des Notars etwa dadurch veranlasst werden, dass ein weiterer Beteiligter dem Notar um Änderungen an dem Entwurf des zu beurkundenden Vertrages bittet (BGH, a.a.O.; Senat, BeckRS 2019, 21812). Dann liegt ein Fall der Gesamtschuldnerschaft gemäß § 32 Abs. 1 GNotKG vor und der Notar ist berechtigt, beide Auftraggeber nach freiem Ermessen und ohne Bindung an das Innenverhältnis der Kostenschuldner untereinander auf die volle Kostensumme in Anspruch zu nehmen (OLG Hamburg, Beck RS 2020, 30007). 16
- In Fällen, in denen ein Makler eingeschaltet ist, ist nach vorherrschend vertretener Auffassung in der Regel davon auszugehen, dass er nicht im eigenen Namen handelt, sondern für seinen Auftraggeber. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Makler im eigenen Interesse handelt und dem Notar Änderungswünsche vorgibt (OLG Nürnberg, BeckRS 2020, 30955). 17
- Gemessen an Vorstehendem ist hier eine Auftragserteilung auch durch die Kostenschuldnerin gegeben: 18
- Unzweifelhaft wurde der Kostengläubiger zunächst allein von dem Kaufinteressenten, dieser vertreten durch die Firma C., §§ 164 ff BGB, beauftragt. Auch die Änderungswünsche an dem ersten Vertragsentwurf wurden von Seiten des Kaufinteressenten geäußert (E-Mail der Firma C. vom 14. September 2021). Im Zusammenhang mit ihrer Stellungnahme zu dem zweiten Vertragsentwurf hat sodann die Kostenschuldnerin Änderungswünsche formuliert und um Klarstellungen bzw. Ergänzungen in dem Vertrag gebeten; dies bezog sich unter anderem auch auf die Maklerprovision (E-Mails der Kostenschuldnerin vom 16. September 2021, 12:12 Uhr und 17:01 Uhr). Bei den seitens der Kostenschuldnerin geforderten Klarstellungen in der der Maklerklausel handelte es sich nicht schlicht um redaktionelle Anmerkungen, sondern um eigene, ausschließlich im eigenen Interesse geäußerte Vorgaben an den zu entwerfenden Vertrag. Da die Kostenschuldnerin – wie auf Nachfrage des Kostengläubigers vom 16. September 2021 (E-Mail vom 16. September 2021, 15:32 Uhr) mitgeteilt – gegenüber ihrer Auftraggeberin, der Grundstückseigentümerin, keinen eigenen Provisionsanspruch hatte, konnte sie einen solchen auch nicht auf den Grundstückserwerber abwälzen. Die in dem Vertragsentwurf vom 15. September 2021 enthaltene Klausel, die schlicht die Feststellung enthielt, dass der Vertrag unter Vermittlung von zwei Maklern zustande gekommen sei und der Erwerber beiden Maklern eine Provision schulde, war unzutreffend, da ein Maklervertrag zwischen der Kostenschuldnerin und dem Käufer nicht bestand. Dementsprechend bedurfte es für das Entstehen eines Zahlungsanspruchs der Kostenschuldnerin gegen den Käufer einer eigenständigen Vereinbarung. Das Bestehen einer solchen Vereinbarung ist sodann erstmals Gegenstand der unter Ziffer III. 7. des am 17. September 2021 erstellten Vertragsentwurfs niedergelegten Vereinbarungen. Hier wurde erstmals ausdrücklich festgehalten, dass der Erwerber den Maklern, also auch der Kostenschuldnerin, aus den vom ihm mit diesen getroffenen Vereinbarungen eine Provision schulde; dies wurde mit der weiteren Formulierung, nach der der Erwerber keine Provisionsverpflichtung der Veräußerin 19

des Grundstücks übernehme, ergänzt. Insofern handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um eine rein deklaratorische Maklerklausel, die auf ein mit dem Makler – anderweit – vereinbartes unmittelbares Forderungsrecht verweist (vgl. MüKoBGB/Althammer, 9. Aufl. 2023, § 656d Rn. 5 f.; Leitmeiner, DNotZ 2019, 648, 650). Beurkundungspflichtig ist eine solche Klausel nicht, denn nur Vertragsvereinbarungen, durch die eine von der Rechtslage abweichende Verteilung der Maklerprovisionszahlungsverpflichtung vereinbart und eine eigene Zahlungsverpflichtung des Käufers gegenüber dem Makler des Verkäufers begründet wird, unterfallen dem Beurkundungszwang des § 311b Abs. 1 BGB (vgl. BeckOGK/Schreindorfer, Stand: 1. März 2024, § 311b BGB Rn. 171.2).

Hing aber die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages nicht davon ab, dass auch die Maklerklausel beurkundet wurde, lag die erneute Änderung von Ziffer III. 7. des von dem Kostengläubiger entworfenen Vertrages am 17. September 2021 ausschließlich in dem Interesse der Kostenschuldnerin an einer Dokumentation ihres Zahlungsanspruchs gegen den Käufer (vgl. hierzu BeckOGK/Schreindorfer, a.a.O., § 311b BGB Rn. 171.2). Keine der Vertragsparteien hatte ein Interesse an der nach den Vorgaben der Kostenschuldnerin formulierten Klausel, denn eine Provisionszahlungspflicht der Verkäuferin bestand nicht und aus Sicht des Käufers war eine Dokumentation eines gegen ihn gerichteten Zahlungsanspruchs entbehrlich.

Aus dem Verhalten der Kostenschuldnerin musste der Kostengläubiger den Schluss ziehen, dass diese ihm einen Auftrag mit der gesetzlichen Kostenfolge erteilt. Anders als bei den Änderungswünschen, die hinsichtlich des ersten Vertragsentwurfs geäußert sind – nämlich ausschließlich über die Firma C., dies auch im Namen der Kostenschuldnerin (E-Mail vom 14. September 2021) – hat die Kostenschuldnerin nach Erhalt des zweiten Vertragsentwurfs unmittelbar den Kostengläubiger kontaktiert und ihm die in ihrem Interesse liegenden Änderungswünsche mitgeteilt. Sie hat in eigenem Namen gehandelt und in Reaktion auf den Hinweis des Kostengläubigers zu dem Erfordernis einer Beurkundung, wenn eine Provisionsverpflichtung des Verkäufers durch den Käufer übernommen werden soll, ausdrücklich mitgeteilt, sie müsse auf einem belastbaren Vermerk zu ihrer Forderung in den Kaufvertrag bestehen. Schließlich ist auch davon auszugehen, dass die Kostenschuldnerin wusste, seitens der Verkäuferin nicht zur Erteilung eines Beurkundungsentwurfs bevollmächtigt zu sein und dass dort ein Interesse an der Beurkundung der Maklerklausel nicht bestand. Insofern darf nicht verkannt werden, dass die Kostenschuldnerin eine gewerblich handelnde Maklerin ist, weshalb von ihrer Geschäftserfahrung bei der notariellen Beurkundung von Grundstückskaufverträgen inklusive Maklerklausel auszugehen ist.

Unerheblich ist schließlich entgegen der vom Landgericht in dem angefochtenen Beschluss gegebenen Begründung, dass die Kostenschuldnerin in ihrer ersten E-Mail vom 16. September 2021 (12:12 Uhr) auch Vorgaben der Verkäuferin zum Ablauf des Veräußerungsgeschäfts mitgeteilt hat. Diese waren bereits bei der Erstellung des ersten Vertragsentwurfs vom 10. September 2021 berücksichtigt worden und haben in dem zweiten Entwurf vom 15. September 2021 keine Änderung erfahren. Entsprechendes hat der Kostengläubiger auch in seiner E-Mail vom 16. September 2021 ausgeführt.

Hat also (auch) die Kostenschuldnerin einen Beurkundungsauftrag im Sinne von § 29 GNotKG erteilt, ist sie zur Zahlung der Gebühren für den Entwurf des Grundstückskaufvertrages verpflichtet. Der Höhe nach haben sich keine Bedenken gegen die der Kostenschuldnerin gestellte Notarkostenrechnung vom 4. November 2021 ergeben.

III. 24

25

Der Kostenausspruch folgt aus § 130 Abs. 3 GNotKG iVm § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG.
Danach sind die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen den Beteiligten ganz oder zum Teil aufzuerlegen. Hier entspricht es der Billigkeit, dass die mit ihrer Kostenbeschwerde erfolglos gebliebene Kostenschuldnerin die Verfahrenskosten trägt.

Gründe für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde, § 130 Abs. 3 GNotKG in Verbindung mit § 26
70 Abs. 2 Satz 1 FamFG, liegen nicht vor.

...	...	...

27