
Datum: 05.10.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 15 Wx 156/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:1005.15WX156.09.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 T 2/09

Tenor:

Die weitere Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Beschwerdewert beträgt 51,17 €.

Gründe	1
I.)	2
Der Beteiligte zu 1) beglaubigte eine Erklärung der Beteiligten zu 2) und 3), durch welche diese die Löschung einer zu ihren Gunsten einzutragenden Auflassungsvormerkung bewilligten. Der Beteiligte zu 1) berechnete ihnen mit der Kostenrechnung Nr.0500162 hierfür u.a. eine 5/10-Gebühr gemäß §§ 32, 141, 38 Abs.2 Nr.5a KostO.	3
Hintergrund der Löschungsbewilligung war ein zeitgleich beurkundeter Kaufvertrag, durch welchen die Beteiligten zu 2) und 3) eine Immobilie erwarben. In diesem Vertrag war zur Sicherung des Auflassungsanspruchs eine Vormerkung bewilligt worden. Die Löschungsbewilligung diente der Absicherung der Verkäuferseite und sollte durch den Beteiligten zu 1) im Falle eines Scheiterns des Vertrages unter bestimmten, im Kaufvertrag näher vereinbarten Bedingungen zum Grundbuchamt eingereicht werden.	4
Auf die von dem Beteiligten zu 1) erhobene Anweisungsbeschwerde hatte das Landgericht die Kostenrechnung mit der Begründung aufgehoben, es liege eine falsche Sachbehandlung vor. Die Entscheidung ist auf die von dem Beteiligten zu 1) erhobene weitere Beschwerde durch Beschluss des Senats vom 11.03.2008 bestätigt worden (vgl. JMBl NW 2008, 202 =	5

FGPrax 2008, 176 = RNotZ 2008, 434 = OLGR Hamm 2008, 653 = MittBayNot 2008, 497 = ZNotP 2009, 118).

In der Folgezeit hat der Beteiligte zu 1) am 28.08.2008 eine neue Kostenrechnung erstellt, in der er eine 5/10-Gebühr gemäß §§ 32, 147 Abs.2 KostO aus einem Geschäftswert entsprechend 30% des Kaufpreises berechnet. Er vertritt hierzu im Anschluss an Wudy (notar 2008, 185) die Auffassung, dass ihm nach § 16 Abs.1 KostO jedenfalls die vorgenannte Gebühr zustehe, da diese auch bei einer richtigen Sachbehandlung angefallen wäre. Die Gebührendifferenz hat er erstattet. Auch diese Kostenrechnung ist durch den Präsidenten des Landgerichts wiederum beanstandet worden, der den Beteiligten zu 1), nachdem dieser auf seinem Standpunkt beharrt hat, zur Einlegung der Kostenbeschwerde angewiesen hat.

Das Landgericht hat die Kostenrechnung aufgehoben, da es auch die von dem Beteiligten zu 1) abgerechnete Gestaltungsalternative einer Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung im Kaufvertrag als nicht sachgerecht angesehen hat. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1) mit der durch das Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerde.

II.)

8

Die weitere Beschwerde ist infolge Zulassung durch das Landgericht gem. § 156 Abs. 2 S. 2 KostO i.V.m. Art.111 FGG-RG statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1) folgt bereits daraus, dass seine erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 156 Abs. 4 S. 4 KostO, 27 Abs. 1 S. 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer gem. § 156 Abs. 11 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1) ausgegangen. In der Sache hält die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Prüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

Richtig ist zunächst, dass das Landgericht auf den gedanklichen Ansatz des Beteiligten zu 1), er berechne die Gebühr nach § 147 Abs.2 KostO für die "Verwahrung" der isoliert beurkundeten Löschungsbewilligung, nicht eingegangen ist. Dies ist jedoch unschädlich. Denn da sich die isolierte Beurkundung als falsche Sachbehandlung darstellt, woran der Senat festhält, kann dem Notar eine Gebühr nicht aufgrund einer anderen gebührenrechtlichen Bewertung des tatsächlichen Ablaufs zustehen. Vielmehr setzt § 16 Abs.1 KostO voraus, dass es eine alternative richtige Sachbehandlung gibt, bei deren hypothetischer Durchführung die fragliche Gebühr angefallen wäre. Insoweit kommt jedoch nur die vom Landgericht erörterte Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung nebst Treuhandauftrag in Betracht. Vorliegend kann allerdings dahinstehen, ob die Auffassung des Landgerichts zutrifft, dass der Ansatz einer Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs.2 KostO zu unterbleiben hat, weil auch die Mitbeurkundung einer Löschungsbewilligung in dem Kaufvertrag sowie der damit einhergehende Treuhandauftrag und die in diesem Rahmen zu beachtende Ausfertigungssperre als unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 KostO zu bewerten wäre.

Richtig ist zunächst, dass die Mitbeurkundung einer Löschungsbewilligung im Kaufvertrag nebst entsprechendem Treuhandauftrag im Hinblick auf die zu beachtende Ausfertigungs- oder Vorlagesperre eine Gebühr nach § 147 Abs.2 KostO auslöst. Soweit es am Ende des Senatsbeschlusses vom 11.03.2008 (15 W 60/07 = FGPrax 2008, 176ff) heißt, dass bei dieser Konstellation keine gesonderte Gebühr anfällt, ist diese Formulierung

missverständlich. Sie zielt, wie sich aus dem Verweis auf § 44 KostO ergibt, allein auf Beurkundungsgebühren ab. Dass die Übernahme eines die Beachtung einer Vorlagensperre umfassenden Treuhandauftrages grundsätzlich eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs.2 KostO auslösen kann, entspricht durchaus der Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa FGPrax 2006, 36f).

Der Gebührenanspruch des Notars kann sich hier allerdings nur aus einer Vergleichsbetrachtung ergeben, da er tatsächlich keine Löschungsbewilligung in die Vertragsurkunde aufgenommen hat und dementsprechend auch keine sog. Ausfertigungs- oder Vorlagensperre zu beachten hatte. Die Notwendigkeit einer Vergleichsbetrachtung und deren Eignung einen Gebührenanspruch aufgrund eines hypothetischen Verlaufs zu begründen, ist durch § 16 Abs.1 KostO vorgegeben. Denn die Bestimmung, dass Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben werden, wird allgemein dahingehend verstanden, dass der Notar, soweit seine Tätigkeit nicht völlig sinnlos ist, jedenfalls diejenigen Gebühren verlangen kann, die bei einer (hypothetischen) richtigen Sachbehandlung angefallen wären (vgl. etwa KGR 2004, 39ff; 2005, 795; OLG Celle JurBüro 1976, 511; OLG Köln JurBüro 1975, 224).

Bei der hier vorliegenden Konstellation, dass die tatsächliche Gestaltung zwar rechtswirksam und auch tauglich, die Sachbehandlung aber deshalb unrichtig war, weil eine gleichwertige und deutlich kostengünstigere Alternative bestand, bedeutet dies im Grundsatz, dass der Notar diejenigen Gebühren verlangen kann, die bei der alternativen Sachbehandlung angefallen wären. Die vorliegende Konstellation ist jedoch auch dadurch gekennzeichnet, dass nicht nur eine weitere Gestaltungsalternative bestand, sondern gleich zwei, wobei die zweite, nämlich die Erteilung einer Löschungsvollmacht im vorliegenden Fall keine Gebühren ausgelöst hätte, weil der Vertrag nicht rückabgewickelt wurde. Die Auffassung von Filzek (KostO, 4.Aufl., § 147 Rdn.41), dass die Betreuungsgebühr auch bei der Vollmachtlösung bereits mit der Übernahme des Treuhandauftrages entstehe, kann der Senat nicht teilen (wie hier Tiedke ZNotP 2008, 296; Wudy notar 2008, 336f). Die Bevollmächtigung und der Übernahme des Treuhandauftrages verpflichtet den Notar noch nicht zu irgendeiner Tätigkeit und zwar auch nicht einer solcher vorbereitender Art. Die Regelung kommt auch für den Notar vielmehr erst dann zum Tragen, wenn der Verkäufer ihm den Rücktritt vom Vertrag anzeigt. Frühestens in diesem Zeitpunkt kann daher die Betreuungsgebühr anfallen.

Die vorrangige Frage ist daher vorliegend nicht, ob die Aufnahme einer Löschungsbewilligung in die Vertragsurkunde bei gleichzeitiger Erteilung eines Treuhandauftrages eine unrichtige Sachbehandlung darstellt, sondern ob der Notar sich im Rahmen der hypothetischen Betrachtung bei einer kostenfreien und einer kostenträchtigen Gestaltungsalternative gerade auf die kostenträchtige stützen kann, um sich so einen Gebührenanspruch zu erhalten. Aus Sicht des Senats ist dies zu verneinen (a.A. Wudy notar 2008, 184f, der sich jedoch nicht mit dem Umstand auseinandersetzt, dass es hier nicht nur eine hypothetische Gestaltungsalternative gibt).

Die durch § 16 KostO vorgegebene hypothetische Betrachtung soll verhindern, dass ein Fehler des Notars den Beteiligten der Sache nach unberechtigte Kostenvorteile verschafft. Hiervon kann aber keine Rede sein, wenn tatsächlich eine kostenfreie Gestaltungsalternative besteht. Die Auffassung des Notars, die sog. Vollmachtlösung sei unsicherer als die anderen Alternativen, da auch eine unwiderrufliche Vollmacht immer noch aus wichtigem Grund widerrufen werden könne, teilt der Senat aus den in seinem Beschluss vom 11.03.2008 dargelegten Gründen nicht. Insoweit ist nochmals zu betonen, dass keine der Gestaltungsmöglichkeiten dem Verkäufer absolute Sicherheit verschaffen, es vielmehr allein

darum gehen kann, ihn weitestgehend vor der weigerlichen Haltung eines möglicherweise nicht erreichbaren Käufers im Falle des Rücktritts zu schützen. Insoweit ist es praktisch schwer vorstellbar, dass ein nicht leistungsfähiger oder nicht leistungsbereiter Käufer in einer Situation, in der der Verkäufer in der Lage ist, die Rücktrittsvoraussetzungen im Sinne des Treuhandauftrages dem Notar nachzuweisen, einen wichtigen Grund für den Widerruf der Vollmacht auch nur schlüssig darzulegen vermag. Das Grundbuchamt darf den Widerruf einer unwiderruflichen Vollmacht aus wichtigem Grund jedoch nur berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne einer erheblichen Wahrscheinlichkeit bestehen (v.Oefele/Schaub, GBO, AT VII Rdn.178). Für den Notar kann hier nichts anderes gelten.

Der Notar kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass nach § 1618 Abs.1 KostO jedenfalls die Kosten zu erheben sind, die bei einer richtigen Sachbehandlung angefallen wären und konkret auch die Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung im Kaufvertrag nebst Treuhandauftrag eine richtige Sachbehandlung sei. Denn nach dem Verständnis des Senats besteht der Zweck der durch § 16 Abs.1 KostO gebotenen hypothetischen Betrachtung nicht darin, einen (möglichst hohen) Gebührenanspruch zu erhalten, sondern lediglich in der Vermeidung unberechtigter Kostenvorteile. Zu erheben sind danach nur die Kosten, deren Entstehung nach den rechtlichen und/oder tatsächlichen Gegebenheiten bei objektiver Betrachtung unvermeidlich oder sicher zu erwarten war. Unvermeidlich waren die Kosten hier jedoch nicht, da mit der Vollmachtlösung eine hier kostenfreie Alternative bestand. Auch war die Wahl der Bewilligungslösung durch die objektiven Gegebenheiten nicht vorgezeichnet. Auf seine Willensentschließung kann sich der Notar in diesem Zusammenhang nicht berufen. Denn das ihm zustehende Gestaltungsermessen hat er in der Realität nicht bzw. fehlerhaft ausgeübt. Im Rahmen der nach § 16 Abs.1 KostO gebotenen Vergleichsbetrachtung kann ein Gestaltungsermessen naturgemäß nicht ausgeübt werden.

Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf den §§ 131, 30 KostO.

19