
Datum: 03.04.1992
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Wx 53/91
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1992:0403.2WX53.91.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 4 T 271/91

Tenor:

Auf die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) wird der Beschluß der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 31. Oktober 1991 - 4 T 271/91 - aufgehoben. Die Sache wird

zur erneuten Entscheidung über die Beschwerde des Beteiligten zu 1) gegen die Kostenrechnung des Beteiligten zu 2) vom 11. Juni 1990 an das Landgericht Bonn zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde wird dem Landgericht übertragen.

Gründe:

1. Der Beteiligte zu 2) fertigte im Jahre 1990 den Entwurf eines notariellen Kaufvertragsangebots, nach dessen Inhalt die Eheleute C. als Verkäufer dem Beteiligten zu 1) als Erwerber den Abschluß eines Kaufvertrages über ein im Grundbuch von M. des Amtsgerichts Bonn eingetragenes Grundstück anboten. Zur Beurkundung eines entsprechenden Angebots und zum Abschluß eines Kaufvertrages kam es nicht. Der Beteiligte zu 2) erstellte unter dem 11.06. 1990 eine an den Beteiligten zu 1) gerichtete Kostenrechnung, mit der er für die Fertigung des Entwurfs eine Gebühr gemäß §§ 37, 145 Abs. 1 KostO in Höhe von DM 2.865,-- zuzüglich Porto und Mehrwertsteuer, insgesamt DM 3.269,98 -berechnete.

Gegen diese Kostenrechnung hat der Beteiligte zu 1) mit einem am 10.05.1991 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 08.05.1991 Beschwerde erhoben und ausgeführt, er werde

1

2

3

zu Unrecht als Kostenschuldner in Anspruch genommen, weil er keinen Auftrag zur Erstellung des Angebots erteilt habe.

am 04.10.1991 - die Beschwerde durch Beschluß vom 31.10. 1991 zurückgewiesen. Gegen diesen ihm am 19.11.1991 zu Händen seiner Verfahrensbevollmächtigten zugestellten Beschluß wendet sich der Beteiligte zu 1) mit der am 18.12.1991 bei dem Landgericht eingegangenen, von der Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung zugelassenen weiteren Beschwerde. 4

2. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Das Rechtsmittel ist statthaft, weil die weitere Beschwerde - wie angeführt - von dem Landgericht in der angefochtenen Entscheidung gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO zugelassen worden ist. 5

Entgegen den vom Beteiligten zu 2) geäußerten Bedenken ist das Rechtsmittel auch fristgerecht eingelegt worden. Da die angefochtene Entscheidung dem Beteiligten zu 1) am 19.11. 1991 zugestellt worden und die weitere Beschwerde am 18.12. 1991 bei dem Landgericht eingegangen ist, ist die Monatsfrist des § 156 Abs.2 Satz 1 KostO gewahrt. Zur Wahrung der Notfrist genügt gemäß §§ 156 Abs. 1 Satz 1 KostO, 569 Abs. 1, 577 Abs. 2 ZPO der Eingang der weiteren Beschwerde bei dem Landgericht. 6

Der Vortrag des Beteiligten zu 2), ihm sei die landgerichtliche Entscheidung bereits am 14.10.1991 zugegangen, ist ersichtlich unzutreffend. Da der Beschluß des Landgerichts vom 31.10.1991 stammt, kann er nicht schon am 14.10.1991 zugegangen sein. Der Beteiligte zu 2) hat hier offenbar den Zugang des Beschlusses mit dem Zugang des Sitzungsprotokolls vom 04.10.1991 verwechselt. 7

3. In der Sache führt die weitere Beschwerde zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht. Die Entscheidung der Beschwerdekammer beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, §§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 550 ZPO. Die Sache ist noch nicht zur abschließenden Entscheidung reif, weil es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, die selbst zu treffen dem Senat durch die Ausgestaltung der weiteren Beschwerde als Rechtsbeschwerde gemäß § 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 550, 551 ZPO verwehrt ist (vgl. Bengel in: Korintenberg/Lappe/bengel/Reimann, KostO, 12. Aufl. 1991, § 156, Rdn. 89 mit weit. Nachw.). 8

a) Nicht berechtigt ist allerdings die Verfahrensrüge des Beteiligten zu 1), die darauf gestützt wird, daß die Richterbank des Landgerichts bei der Beweisaufnahme am 04. 10.1991 teilweise anders besetzt war als bei Erlaß der Entscheidung vom 31.10.1991. Wie dem Beteiligten zu 1) unter dem 23.12.1991 mitgeteilt worden ist, beruht dieser Wechsel ausweislich eines Vermerks des Vorsitzenden der Kammer vom 19.12.1991 darauf, daß er am 04.10., nicht aber am 31.10. 1991 beurlaubt war. Zwar gilt auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei förmlicher Beweiserhebung der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Wie der Senat in einem Beschluß vom 14.10.1991 (Senat, FamRZ 1992, **200 f. = OLG-Report Köln 1992, 12 (L.) näher ausgeführt hat**, folgt daraus aber nicht, daß an der abschließenden Entscheidung nur die Richter mitwirken dürfen, die an der Beweis- aufnahme teilgenommen haben (vgl. auch BayObLGZ 1964, 433, 440 f.; Jansen, FGG, 2. Aufl. 1969, Vorbem. zu §§ 8 - 18, Rdn. 29). 9

b) Das Landgericht hat ausgeführt, der Beteiligte zu 1) sei von dem Notar zu Recht als Kostenschuldner nach § 145 Abs. 1 KostO in Anspruch genommen worden, weil der Notar für ihn den von ihm erfordernten Entwurf gefertigt habe. Zwar habe der Beteiligte zu 1) das Angebot nicht selbst erfordert. Er habe aber veranlaßt, daß der Zeuge U. dies für ihn getan 10

habe. Darin, daß U. den Beteiligten zu 2) aufgesucht und erklärt habe, daß er für den Beteiligten zu 1) den Ankauf des Grundstücks vorbereite, wobei der Beteiligte zu 1) für die Finanzierungsgespräche mit der Bank den Entwurf eines notariellen Verkaufsangebots benötige, liege ein "Erfordern" dieses Entwurfs im Sinne des § 145 Abs. 1 KostO für den Beteiligten zu 1), wobei es für dessen Kostentragungspflicht ausreiche, wenn auch ihm auf Erfordern ein Entwurf zugeleitet worden sei. Der Zeuge U. habe nicht bekundet, er sei gegenüber dem Notar ausschließlich als Vertreter der Eheleute C. aufgetreten und habe für sie den Entwurf des Kaufangebots erbeten. Ebenso wenig habe er ausgesagt, den Entwurf "auf eigene Faust", d.h. ohne entsprechende Bevollmächtigung seitens des Beteiligten zu 1), in Auftrag gegeben zu haben. Nach den gesamten Umständen des Falles sei auch davon auszugehen, daß die dem Zeugen erteilte Vollmacht, die Kaufvertragsverhandlungen zu führen, das "Erfordern" eines notariellen Kaufvertragsangebots umfaßt habe, wenn ein solches Angebot - etwa für Finanzierungsgespräche mit der Bank - benötigt wurde.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung (§§ 156 Abs. 1 Satz 4 KostO, 550 ZPO) nicht stand. 11

c) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Landgerichts, daß Kostenschuldner dann, wenn der Notar auf Erfordern nur den Entwurf einer Urkunde gefertigt hat, nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO derjenige ist, der durch solches "Erfordern" die Erstellung des Entwurfs in Auftrag gegeben hat. Richtig ist auch, daß dieses Erfordern nicht notwendig ausdrücklich erklärt werden muß, sondern die Auftragserteilung - je nach den Umständen - auch durch schlüssige Handlung erfolgen kann (vgl. OLG Köln, JurBüro 1978, 418; Bengel in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 145, Rdn. 21; jeweils mit weit. Nachw.). Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor. Nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts ist der Beteiligte zu 1) nicht selbst mit dem Notar in Kontakt getreten, hat ihn also weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten mit der Fertigung eines Entwurfs beauftragt. 12

Darin, daß der Beteiligte zu 1) dem Schreiben des Notars vom 12.02.1990, mit dem dieser ihm den gefertigten Entwurf übersandt hat, nicht widersprochen hat, liegt kein "Erfordern" im Sinne von § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO. Dem bloßen Schweigen kann ein solcher Erklärungswert nicht beigemessen werden (vgl. OLG Köln, JurBüro 1978, 418, 419). Deshalb liegt in der bloßen Entgegennahme **eines** Entwurfs, der keine entsprechende Auftragserteilung durch den Empfänger vorausgegangen ist, kein Erfordern im Sinne der Vorschrift (vgl. Mümmler, JurBüro 1976, 571, 576). 13

Die Inanspruchnahme des Beteiligten zu 1) als Kostenschuldner für die durch die Erstellung des Entwurfs veranlaßten Gebühren und Auslagen setzt daher voraus, daß ihm das Handeln des Zeugen U., aufgrund dessen der Beteiligte zu 2) als Notar tätig geworden ist, zugerechnet werden kann. Dies hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung nicht in fehlerfreier Weise bejaht. Der Beteiligte zu 2) weist zwar zutreffend darauf hin, daß der Senat als Rechtsbeschwerdegericht die Ausführungen des Landgerichts nur in eingeschränktem Umfang, nämlich nur auf Rechtsfehler hin überprüfen kann (vgl. Bengel in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 156, Rdn. 89; vgl. ferner zum Umfang der Prüfungs des Rechtsbeschwerdegerichts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kuntze in: Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A: FGG, 12. Aufl. 1987, § 27, Rdn. 15 ff., Rdn. 47 ff. mit weit. Nachw.). Solche Fehler liegen hier indes vor. 14

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen demjenigen, der als Kostenschuldner in Anspruch genommen wird, das als "Erfordern" eines Entwurfs im Sinne von § 145 Abs. 1 KostO gewertete Verhalten eines Dritten zuzurechnen ist, beurteilt sich nach den 15

Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB. Zwar ist der Kostenanspruch des Notars dem öffentlichen Recht zuzuordnen (§ 17 Abs. 1 BNotO, §§ 140 ff. KostO; vgl. BGH NJW 1989, 2615; Bengel in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., vor §§ 154-157, Rdn. 1). Der Notar nimmt seine Amtsgeschäfte aufgrund seiner Eigenschaft als Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wahr (§ 1 BNotO). Das Rechtsverhältnis, in dem er zu den Beteiligten steht, ist - obwohl das Gesetz in § 19 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BNotO vom "Auftraggeber" des Notars spricht - kein privatrechtlicher Vertrag (vgl. BGH NJW 1989, 2615, 2616 mit weit. Nachw.). Dies gilt auch für die - der Betreuung auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO) zugeordnete - Anfertigung von Urkundenentwürfen, wie sich schon darin zeigt, daß auch der an eine solche Tätigkeit des Notars geknüpfte Gebührenanspruch den dem öffentlichen Recht angehörenden Vorschriften der Kostenordnung unterliegt und beispielsweise im vereinfachten Verfahren nach § 155 KostO tituliert wird (vgl. BGH a.a.O.). Indes ist der hier zu beurteilende Gebührenanspruch nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO dadurch, daß die Entstehung der Gebühr hier durch das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des "Erforderns" an einen Auftrag des Betroffenen geknüpft ist (vgl. OLG Köln, JurBüro 1978, 418), dem Privatrecht jedenfalls angenähert (vgl. Bengel in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., vor §§ 154 - 157, Rdn. 2). Dies rechtfertigt es, bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals die Zurechnung des Verhaltens eines Dritten nach den Regeln des Zivilrechts über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung als dem sachnächsten Recht zu beurteilen. Hiermit steht in Einklang, daß die Rechtsprechung wiederholt auch andere, privatrechtliche Willenserklärung betreffende Normen (§§ 133, 157 BGB) bei der Prüfung eines Auftrages im Sinne von § 145 KostO angewendet hat (vgl. BayObLG DNotZ 1979, 632, 634; OLG Köln, JurBüro 1978, 418; OLG Stuttgart, DNotZ 1986, 761, **763**; **vgl. auch zur Anwendung der §§ 177, 179, 180 BGB: Lappe in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 2, Rdn. 28, 29).**

Nach § 164 Abs. 1 u. 2 BGB setzt die Zurechnung fremden Verhaltens kraft Stellvertretung ein Handeln in fremdem Namen - im Namen des Vertretenen - und eine zu solchem Handeln berechtigtende Vertretungsmacht voraus. Daß diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind, daß der Zeuge U. also den Entwurf im Namen des Beteiligten zu 1) erfordert hat und hierfür entsprechend bevollmächtigt war (§ 167 Abs. 1 BGB), kann jedenfalls derzeit, auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts, nicht bejaht werden. Die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Beschlusses tragen den in ihn gezogenen Subsumtionsschluß nicht.

16

Das Landgericht hat nicht zutreffend berücksichtigt, daß die objektive Feststellungslast für das Vorliegen eines Handelns (auch) im Namen des Beteiligten zu 1) den Notar als den Kostengläubiger trifft. Tatsächliche Umstände, die den Schluß darauf rechtfertigen, daß der Zeuge U. bei der Erteilung des streitigen Auftrages im Namen des Beteiligten zu 1) aufgetreten ist, hat das Landgericht nicht festgestellt. Seine zutreffende Überlegung, daß ein Handeln des Zeugen im Namen der Eheleute C. nicht ausschließt, daß er zugleich im Namen des Beteiligten zu 1) aufgetreten sein kann, vermag die erforderliche positive Feststellung eines Handelns im Namen des Beteiligten zu 1) nicht zu ersetzen. Entsprechend ergibt sich ein nach außen erkennbares Handeln im Namen des Beteiligten zu 1) nicht daraus, daß - wie das Landgericht festgestellt hat - der Zeuge bei seiner Vernehmung nicht bekundet hat, den Entwurf auf eigene Faust in Auftrag gegeben zu haben. Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so ist nach § 164 Abs. 2 BGB der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht zu berücksichtigen. Daß die Fertigung des Entwurfs den damals gegebenen Interessen des Beteiligten zu 1) entsprochen haben mag, besagt nicht ohne weiteres, daß diese Fertigung auch in seinem Namen in Auftrag gegeben worden ist. Daß der Beteiligte zu 2) mit Schreiben vom 12.02.1990 den Entwurf dem Beteiligten zu 1)

17

übersandt hat, stellt kein hinreichendes Indiz für eine solche Feststellung dar, nachdem der Notar unter demselben Datum auch der Zeugin von Hagen „wunschgemäß“ den Entwurf übermittelt hat.

Das Landgericht hat zudem bei der Beurteilung der Frage, ob der Zeuge U. den Auftrag für den Beteiligten zu 1) erteilt habe, den maßgeblichen Sachverhalt nicht hinreichend ausgeschöpft. Es hat es als jedenfalls möglich angesehen, daß dem Zeugen U. - der Behauptung des Beteiligten zu 1) entsprechend - auf Befragen von dem Notar die Antwort erteilt worden sei, die Kosten des Angebots trage derjenige, der es abgebe. Das Landgericht hat diesen Vortrag indes nur im Zusammenhang mit der Frage behandelt, ob eine Freistellung von der Kostenlast wegen unrichtiger Belehrung über die Kostenfolgen in Betracht zu ziehen ist. Die Bedeutung dieses Vorbringens für die hier maßgebliche Frage eines Handelns im Namen des Beteiligten zu 1) hat es - soweit aus den Gründen seiner Entscheidung ersichtlich ist - dagegen nicht erkannt. Wenn dem Zeugen U. die Auskunft erteilt worden ist, die Kosten des Angebots trage derjenige, der es abgebe, so liegt es jedenfalls nicht fern, eine von dem Zeugen im Anschluß an eine derartige Auskunft abgegebene Erklärung, daß er um Erstellung eines Entwurfs bitte, dahin auszulegen, daß sie im Namen dessen abgegeben werde, der unmittelbar zuvor als Kostenschuldner bezeichnet worden war. Dies war indes nicht der **Beteiligte zu 1)**. 18

Abgesehen hiervon beruhen auch die Erwägungen des Landgerichts zur Frage der Bevollmächtigung des Zeugen U. auf Rechtsirrtum. Daß sich die Vollmacht, Vertragsverhandlungen zu führen, auf die Erteilung eines Auftrages zur Erstellung eines notariellen Angebots erstreckt, ist nicht richtig. An die Erteilung einer sog. "Verhandlungsvollmacht" knüpfen sich gerade nicht die Wirkungen der §§ 164, 167 BGB (vgl. BGH NJW-RR 1991, 439, 441; vgl. auch Palandt/Heinrichs, BGB, 51. Aufl. 1992, vor § 164, Rdn. 15; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl. 1980, vor § 164, Rdn. 93). Daraus, daß der Zeuge U. Verhandlungsvollmacht besessen haben mag, ergibt sich mithin nicht, daß er auch bevollmächtigt war, einen den Beteiligten zu 1) zur Kostentragung verpflichtenden Auftrag zur Erstellung eines Entwurfs zu erteilen. Daß der Zeuge U. - wie das Landgericht ausführt - nicht bekundet hat, ohne entsprechende Bevollmächtigung seitens des Beteiligten zu 1) den Entwurf in Auftrag gegeben zu haben, vermag die erforderliche positive Feststellung des Vorliegens einer Vollmacht nicht zu ersetzen. Die entscheidungserhebliche Frage, ob ihm von dem Beteiligten zu 1) eine entsprechende Vollmacht erteilt worden war, ist dem Zeugen U. ausweislich der Gründe des angefochtenen Beschlusses und der in ihnen in Bezug genommenen **Sitzungsniederschrift vom 04.10.1991 nicht gestellt worden. Dies ist nachzuholen.** 19

Die Sache muß daher an das Landgericht zurückverwiesen werden, damit es die bislang fehlenden tatrichterlichen Feststellungen zur Frage eines Handelns des Zeugen im Namen des Beteiligten zu 1) und zur Frage der Erteilung einer entsprechenden Vollmacht nachholt. Für die weitere Behandlung der Sache weist der Senat darauf hin, daß dann, wenn sich ein Handeln des Zeugen im Namen des Beteiligten zu 1) oder eine entsprechende Vertretungsmacht nicht feststellen lassen sollte, der Beteiligte zu 1) nicht als Kostenschuldner angesehen werden kann. Die **(objektive) Beweislast** für das Vorliegen der Voraussetzungen wirksamer Vertretung des Beteiligten zu 1) durch den Zeugen U. trägt der Beteiligte zu 2) als Kostengläubiger (vgl. zur Frage der Beweislastverteilung bei der Stellvertretung: Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 164, Rdn. 18; Thiele in: Münchener Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 1984, § 164, Rdn. 117, 118; jeweils mit weit. Nachw.). Zwar sind die Regeln über die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) im Verfahren der Kostenbeschwerde nach § 156 Abs. 1 KostO wegen des auch hier geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes des § 12 FGG (vgl. 20

Bengel in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 156, Rdn. 61; Hartmann, Kostengesetze, 24. Aufl. 1991, § 156 KostO, Anm. 2 D a) nicht anzuwenden (vgl. Amelung in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 12, Rdn. 190; Prütting in: Münchener Kommentar zur ZPO, 1992, § 286,

Rdn. 94). Eine objektive Beweislast (Feststellungslast; vgl. Amelung, a.a.O.; Prütting, a.a.O., 21
Rdn. 95), deren Verteilung den entsprechenden Grundsätzen des materiellen Rechts folgt
(vgl. Amelung, a.a.O., mit weit. Nachw. in Fußn. 527, 530), besteht indes auch hier.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde (§ 156 Abs. 4 22
Satz 3 KostO) muß infolge der Zurückverweisung dem Landgericht übertragen werden.

Beschwerdewert im Verfahren der weiteren Beschwerde : DM 3.269,98 23