



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 9/21

vom

23. Mai 2022

in dem Notarkostenbeschwerdeverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

GNotKG § 127 Abs. 1 Satz 1; BNotO § 19 Abs. 1 und 3

In dem Verfahren nach § 127 GNotKG kann der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO) entgegenhalten. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn der Anspruch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist (Aufgabe von BGH, Urteil vom 30. Januar 1961 - III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22. November 1966 - VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379).

BGH, Beschluss vom 23. Mai 2022 - V ZB 9/21 - KG
LG Berlin

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Mai 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, den Richter Dr. Göbel, die Richterin Haberkamp, den Richter Dr. Hamdorf und die Richterin Laube

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Kammergerichts
- 9. Zivilsenat - vom 20. Januar 2021 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich etwaiger außergerichtlichen Kosten des Kostengläubigers tragen die Kostenschuldner.

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten zu 1 und 2 (nachfolgend Kostenschuldner) sind in Bruchteilsgemeinschaft Eigentümer eines mit einer Wohnanlage bebauten Grundstücks. Sie baten den Beteiligten zu 3 (nachfolgend Notar) um die Ausarbeitung einer Regelung, die die Zuordnung der einzelnen Wohneinheiten für den Fall der Auseinandersetzung der Gemeinschaft ermöglichen sollte. Der Notar beurkundete einen Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG, der jedoch auf Anweisung der Kostenschuldner nicht vollzogen wurde. Der Notar stellte ihnen 34.843,06 € in Rechnung, von denen die Kostenschuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Hälfte zahlten.

2 Die Kostenschuldner haben einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt, den sie unter anderem auf die nicht sachgerechte Umsetzung ihres Willens durch den Notar und einen Schadensersatzanspruch gestützt haben, mit dem sie vorsorglich die Aufrechnung erklärt haben. Das Landgericht hat die Kostenberechnung aufgehoben und den Notar zur Rückzahlung verpflichtet. Auf die Beschwerde des Notars hat das Kammergericht den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, dessen Zurückweisung der Notar beantragt, wenden sich die Kostenschuldner gegen die Beschwerdeentscheidung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Entscheidung des Landgerichts.

II.

3 Nach der Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in DNotZ 2021, 543 veröffentlicht ist, hat der Notar die Kosten zutreffend berechnet. Die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Kosten nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG lägen nicht vor. Ob der Notar seine Amtspflicht verletzt habe (§ 19 BNotO), weil ein Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG und keine Vorratsteilung nach § 8 WEG beurkundet worden sei, könne dahinstehen. In einem Verfahren nach § 127 GNotKG sei es dem Kostenschuldner verwehrt, der Kostenberechnung materiell-rechtliche Einwände entgegenzuhalten. Dies gelte auch für den Einwand eines Amtshaftungsanspruchs im Wege der Aufrechnung oder der dolo-agit-Einrede. Hierfür spreche bereits der Wortlaut der Vorschrift. Die dort genannte „Zahlungspflicht“ beziehe sich maßgeblich auf die in § 29 GNotKG verankerte Frage nach dem Kostenschuldner und nehme damit nur Bezug auf spezifisch kostenrechtliche Einwände. Auch in einem Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ZPO seien materiell-rechtliche Einwände grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Ebenso wenig könne in einem Verfahren nach § 89 GNotKG mit einem Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB aufgerechnet werden.

Es seien keine Gründe ersichtlich, warum etwas Anderes im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung einer notariellen Kostenberechnung gelten solle. Gegen die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Einwände spreche auch, dass Schadensersatzansprüche gegen den Notar nach der Zivilprozessordnung durchzusetzen seien, während das gerichtliche Verfahren in Notarkostensachen dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliege. Der Schutz des Kostenschuldners zwingt zu keinem anderen Ergebnis. Dieser könne materiell-rechtliche Einwendungen entweder im Wege der Vollstreckungsabwehrklage oder einer negativen Feststellungsklage geltend machen.

III.

4 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

5 1. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig, soweit sie rügt, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG verneint. Insoweit fehlt es an der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht, die für die Statthaftigkeit nach § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 1 FamFG erforderlich ist (vgl. zum Zulassungserfordernis Senat, Beschluss vom 4. Juli 2019 - V ZB 53/19, NJW 2019, 3524 Rn. 3 mwN). Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde nur zugelassen, soweit es den von den Kostenschuldnern eingewandten Amtshaftungsanspruch aus § 19 BNotO unberücksichtigt gelassen hat.

6 a) Die Rechtsbeschwerde weist zwar zutreffend darauf hin, dass eine solche Beschränkung nicht im Tenor der Beschwerdeentscheidung enthalten ist. Dies ist aber unschädlich, sofern sie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt

und sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07, NJW 2008, 2351 f.). So liegt es hier. Das Beschwerdegericht hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass die Frage, ob und unter welchen Bedingungen der Kostenschuldner in dem gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen materiell-rechtliche Einwände gegen den Gebührenanspruch des Notars geltend machen könne, von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet werde; deshalb sei die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Damit hat es, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht lediglich seine Motivation für die Zulassung mitgeteilt, sondern den Streitstoff auf den Aufrechnungseinwand bzw. die dolo-agit-Einrede (vgl. hierzu allgemein Senat, Urteil vom 22. Februar 2019 - V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rn. 24) der Kostenschuldner beschränkt.

- 7 b) Die Beschränkung ist zulässig. Die Zulassung kann auf einen tatsächlich oder rechtlich selbständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, sofern dieser Gegenstand einer Teilentscheidung sein kann oder auf den der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel beschränken könnte. Dafür reicht es aus, dass der von der Zulassungsbeschränkung betroffene Teil des Streits in tatsächlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Streitstoff beurteilt werden kann und nach einer Zurückverweisung eine Änderung des von der beschränkten Zulassung erfassten Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem übrigen Teil gerät (vgl. Senat, Urteil vom 2. Oktober 2020 - V ZR 282/19, ZWE 2021, 90 Rn. 7). Deshalb wird es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als zulässig angesehen, die Revision auf die Entscheidung über eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zu beschränken (vgl. BGH, Beschluss vom 10. September 2009 - VII ZR 153/08, NJW-RR 2010, 572 Rn. 5 mwN). Nichts Anderes gilt, wenn einer Kostenforderung ein Schadensersatzanspruch aus § 19 BNotO im Wege der dolo-agit-Einrede entgegengehalten wird.

8 2. Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet. Das Be-
schwerdegericht lässt es zu Recht dahinstehen, ob die Kostenschuldner einen
Schadensersatzanspruch gemäß § 19 BNotO gegen den Notar haben.

9 a) Allerdings ist umstritten, ob dem Kostenanspruch des Notars in einem
Kostenprüfungsverfahren nach § 127 GNotKG ein Schadensersatzanspruch we-
gen einer möglichen Amtspflichtverletzung gemäß § 19 BNotO entgegengesetzt
werden kann.

10 aa) Nach der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Meinung ist
dies jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Anspruch aus § 19 BNotO mit dem
notariellen Geschäft in einem sachlichen Zusammenhang steht. Dem Kosten-
schuldner soll der Rechtsweg vor dem Prozessgericht dann nur insoweit offen
stehen, als der Schadensersatzanspruch die Kostenforderung übersteigt (vgl.
OLG Saarbrücken, NJOZ 2020, 1077 Rn. 20; OLG Hamm, NJW-RR 2019, 1078
Rn. 15 f.; OLG Naumburg, NotBZ 2019, 472, 475; OLG Frankfurt, NJOZ 2019,
1675 Rn. 74 ff.; OLG Dresden, NotBZ 2017, 51, 52; OLG Frankfurt, BeckRS
2016, 114720 Rn. 29; BeckOK KostR/Schmidt-Räntsch [1.1.2021], GNotKG
§ 127 Rn. 25; Wöstmann in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaf-
tung, 4. Aufl., Rn. 381; Görk, BNotO, 10. Aufl., § 19 Rn. 193; Haug/Zimmer-
mann/Mayer, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., D Rn. 885 ff.; Korinten-
berg/Sikora, GNotKG, 21. Aufl., § 127 Rn. 34; Ländernotarkasse, Leipziger Kos-
tenpiegel, 2. Aufl. Rn. 1196; LK-GNotKG/Wudy, 3. Aufl., § 127 Rn. 68; Rohs/
Wedewer/Waldner, GNotKG [Dezember 2020], §§ 127-130 Rn. 23 ff.; Schneider/
Volpert/Fölsch/Heinemann, Kostenrecht, 3. Aufl., GNotKG § 127 Rn. 64;
Toussaint/Uhl, Kostenrecht, 51. Aufl., GNotKG § 127 Rn. 22; Ganter, DNotZ
2021, 553; Waldner, notar 2021, 708, 709 f.; zu § 156 KostO zuletzt: KG, MDR
2015, 890; BayObLG, MittBayNot 2005, 304; OLG Oldenburg, OLGR 1997, 120;

OLG Schleswig, OLGR 1997, 163, 164; OLG Stuttgart, BWNotZ 1996, 17 f.; OLG Hamm, JMBl. NW 1979, 93, 94; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1975, 411).

11 bb) Nach der Gegenauffassung, der auch das Beschwerdegericht folgt, kann der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung entgegenhalten. Der Kostenschuldner wird darauf verwiesen, einen etwaigen Schadensersatzanspruch in einem ordentlichen Zivilprozess einzuklagen. Zulässig sei hiernach nur die Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung (vgl. LG Bonn, RNotZ 2019, 353 Rn. 15 ff.; LG Lübeck, NJOZ 2017, 1197, 1198 f.; LG Kleve, NotBZ 2015, 359, 368; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 4. Aufl., § 127 Rn. 19; BeckOK KostR/Diehn [1.7.2021], GNotKG § 21 Rn. 11; Heinze, notar 2016, 131; zu § 156 KostO: LG Hannover, NotBZ 2004, 491; LG Halle, NotBZ 2003, 316 mit zust. Anmerkung von Lappe).

12 cc) Der Bundesgerichtshof hat für das Verfahren nach § 156 KostO, der im Wesentlichen gleich lautenden Vorgängervorschrift des § 127 GNotKG, die Geltendmachung materiell-rechtlicher Einwände, die aus einer behaupteten Pflichtverletzung des Notars hergeleitet werden, für zulässig und erforderlich erachtet. Vor dem Prozessgericht könne der Kostenschuldner nur Schadensersatzansprüche durchsetzen, die den Betrag der Kosten überstiegen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1961 - III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22. November 1966 - VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379; siehe auch Urteil vom 20. Januar 2005 - III ZR 278/04, NJW-RR 2005, 721 zu einer Verweisung des Prozessgerichts an das nach § 156 KostO zuständige Gericht). Eine Klage des Kostenschuldners vor dem Prozessgericht, die auf die (negative) Feststellung gerichtet sei, dass er wegen der behaupteten Pflichtverletzung des Notars zur Zahlung des in Rechnung

gestellten Betrages nicht verpflichtet ist, sei unzulässig (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379 f.). Ob an diesen Grundsätzen festzuhalten ist, hat der Senat - unter der Geltung des § 127 GNotKG - bezweifelt, ohne hierzu letztlich Stellung nehmen zu müssen (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 - V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rn. 30).

13 b) Der Senat entscheidet die Frage nunmehr in dem Sinne, dass in dem Verfahren nach § 127 GNotKG der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO) entgegenhalten kann. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn der Anspruch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Soweit der III. Zivilsenat in den oben genannten Entscheidungen einen abweichenden Standpunkt eingenommen hat, hat er auf Anfrage mitgeteilt, daran unter Berücksichtigung der Einführung von § 17a Abs. 6 GVG durch Art. 22 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) nicht festzuhalten. Der VI. und der IX. Zivilsenat sind nicht mehr für Ansprüche wegen Pflichtverletzungen von Notaren zuständig (§ 132 Abs. 3 Satz 2 GVG).

14 aa) Der Wortlaut des § 127 GNotKG lässt allerdings beide Auslegungen zu. Hiernach kann gegen die Kostenberechnung (§ 19), einschließlich der Verzinsungspflicht (§ 88), gegen die Zahlungspflicht, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 11) und die Erteilung der Vollstreckungsklausel die Entscheidung des Landgerichts beantragt werden. Dass unter den Begriff der „Zahlungspflicht“ nur die Prüfung fallen soll, ob die von dem Notar in Anspruch genommene Person Kostenschuldner i.S.d. §§ 29 ff. GNotKG ist, lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts dem Wortlaut des § 127 GNotKG nicht entnehmen. Anders als bei den weiter in § 127 Abs. 1 GNotKG aufgezählten Gegenständen der gerichtlichen Prüfung fehlt es an einer entsprechenden Bezugnahme

auf die Vorschriften zu dem Kostenschuldner. Die „Zahlungspflicht“ kann auch aufgrund materiell-rechtlicher Einwendungen entfallen (so OLG Frankfurt, NJOZ 2019, 1675 Rn. 24; Ganter, DNotZ 2021, 553).

15 bb) Die Unerheblichkeit einer in dem Verfahren nach § 127 GNotKG eingewandten Amtspflichtverletzung des Notars lässt sich auch nicht mit der (allgemeinen) Erwägung begründen, dass materiell-rechtliche Einwendungen in Kostenverfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind.

16 (1) Dies trifft allerdings auf ein Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ff. ZPO zu (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Mai 2014 - V ZB 102/13, ZfIR 2014, 746). Wegen entsprechender Einwendungen ist der Kostenschuldner vorrangig auf die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 767 Abs. 1, § 794 Abs. 1 Nr. 2, § 795 ZPO) verwiesen (vgl. Senat Beschluss vom 23. März 2006 - V ZB 189/05, NJW 2006, 1962; BGH, Beschluss vom 22. November 2006 - IV ZB 18/06, NJW-RR 2007, 422). Beantragt ein Rechtsanwalt die Festsetzung der anwaltlichen Vergütung gegen seinen Mandanten (§ 11 Abs. 1 RVG), ist der Antrag bereits kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung abzulehnen, wenn der Antragsgegner Einwendungen oder Einreden erhebt, die nicht im Gebührenrecht ihren Grund haben (§ 11 Abs. 5 RVG). Dass in einem Erinnerungsverfahren gegen den Kostensatz (§ 81 Abs. 1 GNotKG) eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung grundsätzlich ausgeschlossen ist - worauf das Berufungsgericht ergänzend hinweist - ist zwar richtig (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2005 - I ZR 91/04, juris Rn. 3 zu der Aufrechnung mit einem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB in einem Erinnerungsverfahren nach § 66 GKG). Dies folgt aber aus der ausdrücklichen Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 JustizBeitrG, wonach die Einwendung, dass mit einer Gegenforderung aufgerechnet wird, in dem Verfahren nur zulässig ist, wenn die Gegenforderung anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist.

- 17 (2) In einem Verfahren nach § 127 GNotKG sind im Ausgangspunkt dagegen auch materiell-rechtliche Einwendungen des Kostenschuldners zu prüfen. Dies beruht darauf, dass eine notarielle Kostenberechnung zwar zur Zwangsvollstreckung berechtigt (§ 89 GNotKG), eine Vollstreckungsgegenklage aber ausgeschlossen ist. Die Kostenberechnung gehört nämlich nicht zu den sonstigen Titeln i.S.d. § 794 Abs. 1 ZPO. Das Verfahren nach § 127 GNotKG stellt gegenüber der Vollstreckungsgegenklage den spezielleren Rechtsbehelf dar (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Mai 2015 - V ZB 196/13, NJW-RR 2015, 1207 Rn. 29; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 72; OLG Düsseldorf, FamRZ 2002, 1580). Deshalb kann und muss der Kostenschuldner, anders als das Beschwerdegericht offenbar meint, insbesondere den Einwand der Erfüllung in dem Verfahren nach § 127 GNotKG erheben (vgl. KG, JurBüro 2020, 200).
- 18 cc) Etwas Anderes gilt aber in Bezug auf Schadensersatzansprüche wegen einer Amtspflichtverletzung, die der Kostenschuldner dem Kostenanspruch entgegenhält. Entscheidend gegen die Berücksichtigung des Aufrechnungs- bzw. dolo-agit-Einwands in dem Verfahren nach § 127 GNotKG spricht, dass der Gesetzgeber für die Entscheidung über das Bestehen von Amtshaftungsansprüchen gegen den Notar die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts angeordnet hat (§ 19 Abs. 3 BNotO), das als Prozessgericht in einem Klageverfahren die Regeln der Zivilprozessordnung (ZPO) anwenden muss (vgl. § 3 Abs. 1 EGZPO). Demgegenüber sind für das Verfahren nach § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Zivilsachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) maßgeblich. Könnte in diesem Verfahren eine Entscheidung über das Bestehen eines Amtshaftungsanspruchs gegen den Notar - wenn auch beschränkt auf die Höhe der Kostenforderung - getroffen werden, hätte dies eine Kompetenzverlagerung zur Folge, die mit den unterschiedlichen Verfahrens-

regeln in einem bürgerlichen Rechtsstreit und in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu vereinbaren wäre und zudem die Gefahr widerstreitender Entscheidungen bergen würde.

19 (1) In dem Verfahren nach § 127 GNotKG hat das Gericht die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen (§ 26 FamFG i.V.m. § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG). Demgegenüber gilt in dem Rechtsstreit um Ansprüche nach § 19 BNotO der Bringungs- und Verhandlungsgrundsatz. Hiernach darf das Gericht seiner Entscheidung nur das Tatsachenmaterial zugrunde legen, das von den Parteien vorgetragen wird (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 128 Rn. 10). Um zu verhindern, dass sich der Kostenschuldner durch die Verlagerung der Prüfung des Amtshaftungsanspruchs in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises (§ 29 Abs. 1 FamFG) bedient, sollen nach der Gegenauffassung den Kostenschuldner hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch in dem Verfahren nach § 127 GNotKG dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten treffen (vgl. BayObLG, FGPrax 2005, 229, 231; LG Düsseldorf, JurBüro 2021, 422). Das zeigt aber gerade, dass die Prüfung von Amtshaftungsansprüchen im Kostenverfahren systemwidrig ist.

20 (2) Unterschiede ergeben sich auch im Hinblick auf weitere Verfahrensfragen. So unterliegt das Klageverfahren nach § 19 BNotO für alle Parteien einschließlich des Notars dem Anwaltszwang (§ 78 ZPO i.V.m. § 19 Abs. 3 BNotO), während dies bei dem Verfahren nach § 127 GNotKG für den Antragsteller erst im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof der Fall ist (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 10 Abs. 4 FamFG). Der Notar kann sich auch dort selbst ver-

treten (§ 130 Abs. 3 Satz 2 GNotKG i.V.m. § 10 Abs. 4 FamFG). In kostenrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass das erstinstanzliche Verfahren in Notarkostensachen gebührenfrei ist und in dem Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren Festgebühren von (lediglich) 99 € (Nr. 19110 KV GNotKG) bzw. 198 € (Nr. 19120 KV GNotKG) anfallen. In einem Klageverfahren nach § 19 BNotO und einem sich anschließenden Berufungs- und Revisionsverfahren fallen deutlich höhere Gebühren an, selbst wenn der Streitwert die Mindeststufe von 500 € nicht überschreitet (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. Nr. 1210, Nr. 1220 und Nr. 1214 KV GKG). Schließlich ist auch der Rechtsmittelzug in beiden Verfahren unterschiedlich ausgestaltet. So kann bei einem Verfahren nach § 127 GNotKG der Bundesgerichtshof mit einer Frage nur befasst werden, wenn das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zulässt (§ 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 70 Abs. 1 FamFG). Wird demgegenüber der Klageweg gemäß § 19 BNotO beschritten, können die Parteien unter den Voraussetzungen des § 544 ZPO eine Nichtzulassungsbeschwerde einlegen und auf diese Weise eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erreichen.

21 (3) Die Unterschiedlichkeit der Verfahren wird durch § 17a Abs. 6 GVG bekräftigt. Nach dieser Vorschrift gelten die in § 17a Abs. 1 bis 5 GVG für Streitigkeiten über die Frage des zulässigen Rechtswegs getroffenen Regelungen unter anderem für die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständigen Spruchkörper in ihrem Verhältnis zueinander entsprechend. Der Gesetzgeber hat damit eine Klarstellung vorgenommen (vgl. RegE BT-Drs. 16/6308, 318) und die bereits vor dem Inkrafttreten durch das FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008 am 1. September 2009 (BGBl. I, S. 2586) bestehende ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gleichen Inhalts bestätigt. Hiernach rechtfertigen es die Unterschiede der beiden Verfahrensarten, Kompetenzkonflikte zwischen ihnen wie Rechtswegstreitigkeiten zu behandeln (vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 2001 - III ZB 48/00, NJW 2001,

2181; Urteil vom 20. Januar 2005 - III ZR 278/04, NJW-RR 2005, 721). Ob allein aus der Existenz des § 17a Abs. 6 GVG zwingend ein Aufrechnungsverbot im Verhältnis sämtlicher in der Vorschrift aufgeführten Spruchkörper folgt, wie dies zum Teil unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu sog. rechtswegfremden Aufrechnungen (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 11. Januar 1955 - I ZR 106/53, BGHZ 16, 124) angenommen wird (vgl. LG Bonn, RNotZ 2019, 353, 354 f.; LG Lübeck, NJOZ 2017, 1197, 1198 f.; LG Kleve, NotBZ 2015, 359, 360; BeckOK KostR/Diehn [1.7.2021], GNotKG § 21 Rn. 11; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 145 Rn. 19a f.; aA OLG Frankfurt, NJOZ 2019, 1675 Rn. 24; BeckOGK BGB/Skamel [1.4.2021], § 387 Rn. 216), bedarf keiner Entscheidung. Dass Kompetenzkonflikte zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nach § 17a GVG und nicht nach § 3 FamFG bzw. § 281 ZPO zu lösen sind, spricht zumindest indiziell gegen die Prüfung von Ansprüchen aus § 19 BNotO in dem Verfahren nach § 127 GNotKG.

22 (4) Sähe man dies anders, bestünde zudem die Gefahr widersprechender Entscheidungen in den Fällen, in denen eine Amtspflichtverletzung bei dem Gebührenschuldner einen über die Kostenbelastung hinausgehenden Schaden verursacht hat. Da nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Kostenschuldner den Amtshaftungsanspruch nur in Höhe des die Kostenforderung übersteigenden Betrages vor dem Prozessgericht geltend machen durfte und er den Anspruch im Übrigen zwingend im Kostenverfahren verfolgen musste (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1961 - III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22. November 1966 - VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379), konnte es zu divergierenden Entscheidungen über dieselbe Frage durch unterschiedliche Gerichte kommen. Wird in dem Verfahren nach § 127 GNotKG der eingewandte Anspruch aus § 19 BNotO bereits dem Grunde nach verneint, kann er in dem Amtshaftungsprozess

gegen den Notar bejaht werden. Umgekehrt ist es auch denkbar, dass dem Antrag nach § 127 GNotKG unter Hinweis auf eine Amtspflichtverletzung stattgegeben wird und das Prozessgericht einen Schadensersatzanspruch bereits dem Grunde nach für nicht gegeben erachtet. Dass sich in der Praxis der Schaden häufig in der Kostenbelastung erschöpft und es deshalb nicht zu einem Zivilprozess kommt (vgl. Ganter, DNotZ 2021, 553, 555, Waldner, notar 2021, 209, 210), kann unterstellt werden. An der Widerspruchsgefahr in den sonstigen Fällen vermag dies jedoch nichts zu ändern. Die Möglichkeit der Aussetzung (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 21 Abs. 1 FamFG) scheidet aus, wenn der Kostenschuldner die Verfahren nach § 127 GNotKG und § 19 BNotO nicht parallel, sondern nacheinander führt.

23 (5) Nur wenn der Schadensersatzanspruch bereits in einem vorangegangenen Prozess rechtskräftig festgestellt wurde oder von dem Notar nicht bestritten wird, kann er in dem Kostenverfahren eingewandt werden. Eine Kompetenzüberschreitung des für die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 127 GNotKG zuständigen Gerichts liegt dann nicht vor. Auch die Unterschiedlichkeit der Verfahrensordnungen spielt in diesem Fall keine Rolle.

24 dd) Die von der bislang herrschenden Auffassung für eine Berücksichtigung von Amtshaftungsansprüchen angeführten Argumente veranlassen keine abweichende Beurteilung.

25 (1) Dies gilt zunächst für die Überlegung, dass das Gericht in einem Verfahren nach § 127 GNotKG prüfen müsse, ob eine unrichtige Sachbehandlung durch den Notar nach § 21 GNotKG vorliege und es schwierig sei, diese von einer Amtspflichtverletzung nach § 19 BNotO abzugrenzen (vgl. Waldner, notar 2021, 209; siehe auch Ganter, DNotZ 2021, 553, 554). Hierbei bleibt unberücksichtigt,

dass § 21 GNotKG deutlich engere Voraussetzungen hat als ein Amtshaftungsanspruch. Eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 GNotKG liegt nach der Rechtsprechung des Senats (nur) vor, wenn dem Notar ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist sowie dann, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 - V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rn. 6 mwN). Dagegen erfasst § 19 BNotO im Grundsatz jegliche Amtspflichtverletzung und weist deshalb einen weiteren Anwendungsbereich als § 21 GNotKG auf, der im Wesentlichen nur Evidenzfehler erfasst (vgl. LK-GNotKG/Wudy, 3. Aufl., § 21 Rn. 28). Dass es im Einzelfall zu Überschneidungen kommen kann und die Voraussetzungen beider Vorschriften vorliegen können, trifft zu, ändert aber an dem unterschiedlichen Anwendungsbereich nichts. Unabhängig davon hätte die Gegenauffassung trotz der Überschneidungen die wenig einleuchtende Konsequenz, dass für die Prüfung des § 21 GNotKG der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, während für den Amtshaftungsanspruch der Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz maßgeblich sein soll. Die Abgrenzungsfrage würde sich in gleicher Weise stellen, nur unter einem anderen Aspekt.

26 (2) Richtig ist, dass dem Notarkostenverfahren die Prüfung und Entscheidung von Schadensersatzansprüchen nicht fremd ist. Nach § 90 Abs. 1 Satz 1 GNotKG hat der Notar für den Fall, dass die Kostenberechnung abgeändert wird oder der endgültige Kostenbetrag geringer ist als der erhobene Vorschuss, die zu viel empfangenen Beträge zu erstatten. Besteht ein solcher Rückzahlungsanspruch (vgl. Bormann/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 4. Aufl., § 90 Rn. 6) und hat der Kostenschuldner einen Antrag auf Entscheidung nach § 127 GNotKG innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung gestellt, hat der Notar zudem den Schaden zu ersetzen, der dem Schuldner durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung

entstanden ist. Hierüber wird in dem Verfahren nach § 127 GNotKG entschieden (§ 90 Abs. 2 GNotKG). Dies lässt jedoch keinen Rückschluss zu auf die Befugnis zur Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO (aA OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18. Dezember 2018 - 20 W 46/17, juris Rn. 24; Ganter, DNotZ 2021, 553, 554). Bei dem Schadensersatzanspruch nach § 90 Abs. 1 GNotKG handelt es sich nur um einen Annex zu dem Rückzahlungsanspruch bei einer Abänderung der Kostenberechnung, für die der Gesetzgeber ausdrücklich eine Zuständigkeit des über die Kostenberechnung entscheidenden Gerichts angeordnet hat.

27 (3) Schließlich ergeben sich auch keine Rechtsschutzlücken, wenn das für die Entscheidung nach § 127 GNotKG zuständige Gericht nicht über die Berechtigung eines Amtshaftungsanspruchs befinden darf, den der Kostenschuldner dem Notar entgegensetzen möchte (so aber OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18. Dezember 2018 - 20 W 46/17, juris Rn. 24; Waldner, notar 2021, 209, 210).

28 (a) Möchte der Kostenschuldner gegen die Kostenberechnung ausschließlich einen Amtshaftungsanspruch einwenden und beschränkt sich sein Schaden in dem Bestehen der Verbindlichkeit gegenüber dem Notar, kann und muss er den Rechtsweg nach § 19 BNotO beschreiten und um Rechtsschutz im Wege einer negativen Feststellungsklage nachsuchen, die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379 f.) ausgeschlossen war. Von dem nach § 19 BNotO zuständigen Gericht können auch vorläufige Maßnahmen - etwa im Wege einer einstweiligen Verfügung - getroffen werden, wenn der Notar trotz des Klageverfahrens die Zwangsvollstreckung aus der Kostenberechnung betreibt. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 127 GNotKG wäre demgegenüber unstatthaft.

- 29 (b) Wenn der Kostenschuldner in dem Verfahren nach § 127 GNotKG statthafte Einwendungen gegen die Kostenberechnung vorbringen und zusätzlich Amtshaftungsansprüche nach § 19 Abs. 1 BNotO gegen den Notar erheben möchte, die über die Kostenberechnung hinausgehen, kann er beide Verfahren parallel betreiben. In diesem Fall ist es regelmäßig ermessensgerecht, das Notarkostenverfahren bis zur Entscheidung über die Amtshaftungsansprüche auszusetzen (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 21 Abs. 1 FamFG), es sei denn, die Notarkostenberechnung ist bereits unabhängig von dem Amtshaftungsanspruch in dem Verfahren nach § 127 Abs. 1 GNotKG aufzuheben.
- 30 c) Da die Kostenschuldner einen Amtshaftungsanspruch gemäß § 19 BNotO in dem hier in Rede stehenden Verfahren nicht geltend machen können, ist ihre Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

IV.

31 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 84 FamFG. Einer Wertfestsetzung für das Rechtsbeschwerdeverfahren bedarf es nicht, da hierfür gemäß Nr. 19120 KV GNotKG eine Festgebühr anfällt.

Stresemann

Göbel

Haberkamp

Hamdorf

Laube

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 10.06.2020 - 80 OH 253/19 -
KG, Entscheidung vom 20.01.2021 - 9 W 1093/20 -