

# Oberlandesgericht Hamm

## BESCHLUSS

§§ 141, 16 Abs. 1 KostO

- 1. Ergibt sich aus dem beurkundeten Vertrag, dass beide Vertragsparteien dem Makler vertraglich verbunden gewesen sind und sich deshalb jeweils zur Zahlung der vollen Provision an den Makler verpflichtet haben, besteht kein sachliches Bedürfnis der Vertragsparteien, eine zusätzliche vertragliche Vereinbarung über die interne Verteilung der Maklerkosten zu treffen.**
- 2. Die Maklerklausel war auch nicht deshalb erforderlich, um im Fall der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts die Maklerprovision auf den Vorkaufsberechtigten abwälzen zu können. Denn die vom Käufer geschuldete Provision entfällt ohnehin kraft Gesetzes im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts, weil infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts der wirtschaftliche Erfolg der Maklertätigkeit für den Käufer ausbleibt.**

OLG Hamm, Beschluss vom 21.08.2012, Az.: I-15 W 224/11

### **Tenor:**

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Geschäftswert wird auf 71 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

### **Entscheidungsgründe**

#### **I.**

Durch den vom zu 2) beteiligten Notar unter der UR-Nr. 225/2010 beurkundeten Vertrag vom 22. 09. 2010 veräußerten die Eheleute F und F1 dem Beteiligte zu 1) und dessen Ehefrau den Grundbesitz B-Weg 44 in F2 zu einem Kaufpreis von 239.000,-- €. Dieses Verkaufsobjekt unterliegt dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der §§ 24, 255 BauGB. Nr. 14 des Kaufvertrages lautet:

## Maklerprovision

Die Vertragsbeteiligten sind sich darüber einig, dass dieser Vertrag durch den Nachweis bzw. die Vermittlung der Firma J Immobilien - Gesellschaft mbH, P-Straße 5, F2, zustande gekommen ist.

Verkäufer und Käufer vereinbaren im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff. BGB, dass Verkäufer als Nachweis - bzw. Vermittlungsprovision 3,57 % vom Kaufpreis einschließlich 19 % MwSt., also EURO 8.389,50 und ebenfalls Käufer 3,57 % vom Kaufpreis einschließlich 19 % MwSt., also EURO 8.389,50 an J Immobilien - Gesellschaft mbH zahlt.

Die Vermittlungsprovision ist mit Beurkundung des Vertrages fällig.

Der Notar soll dem Makler sofort eine Fotokopie und auf Verlangen eine Ausfertigung dieser Urkunde erteilen.

Im Wege des echten Vertrages zugunsten Dritter entlassen die Vertragsbeteiligten den Makler aus seiner Prospekt-Haftung.

Mit der angegriffenen Kostenrechnung vom 24. 09. 2010 über 1195,36 € berechnete der Notar die ihm zustehende Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung des Kaufvertrages nach einem Geschäftswert von 251.779 €, der sich aus dem Kaufpreis und der Maklerprovision zusammerechnet. Der Beteiligte zu 1) beanstandete mit dem am 11.10.2010 bei dem Landgericht eingegangenen Antrag, dass neben dem Kaufpreis die Maklerprovision als Grundlage für den Wert der Kostenrechnung genommen wurde. Der Notar rechtfertigte die Erhöhung der Wertfestsetzung damit, durch die getroffene Vereinbarung über die Maklerprovision habe das Risiko verhindert werden sollen, dass die Vertragsbeteiligten bei Ausübung des Vorkaufsrechtes nach den §§ 24, 25 BauGB durch die Gemeinde weiterhin diese Kosten zu tragen hätten.

Mit Beschluss vom 23.05.2011 änderte das Landgericht die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2) vom 24.09.2010 dahin ab, dass es die Kosten nach einem Geschäftswert von 235.000,00 € (§ 20 Abs. 1 KostO) auf insgesamt 1.123,96 € festsetzte.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Notars. Er meint, die unter Nr. 14. der Urkunde aufgenommene Maklerklausel sei nicht nur zulässig, sondern erforderlich - und zwar im Wege eines echten Vertrages zu

Gunsten Dritter -, weil nur dann bei Ausübung eines Vorkaufsrechts auch der Vorkaufsberechtigte zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet werde (BGH DNotZ 1982, 629). Auch wenn die Ausübung eines Vorkaufsrechts nach den §§ 24, 25 BauGB unwahrscheinlich sei, könne das Risiko, dass im Falle der Ausübung die Vertragsbeteiligten die Maklerprovision zu tragen hätten, durch Beurkundung der Klausel verhindert werden. Durch die Einberechnung der Maklerprovision in den Geschäftswert ergebe sich eine Mehrbelastung von gerade 60,00 €; die Kosten der Stadt für die Erteilung des Negativattestes beliefen sich auf € 56,00. Überdies treffe den Notar grundsätzlich keine Belehrungspflicht über die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Kosten. Lediglich entsprechende Fragen hierzu habe er selbstverständlich zu beantworten.

Der Senat hat auf Bedenken hingewiesen, der vom Landgericht herangezogenen Entscheidung des OLG Oldenburg zu folgen, weil diese nur schwer in Einklang zu bringen sei mit der Rechtsprechung des BGH zu Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen, die diese als Bestandteil der kaufvertraglichen Vereinbarung verstehe (vgl. u.a. BGHZ 131, 318 = NJW 1996, 654). Aus dem beurkundeten Vertrag ergebe sich, dass beide Vertragsparteien dem Makler vertraglich verbunden gewesen seien und sich deshalb jeweils zur Zahlung der vollen Provision an den Makler verpflichtet hätten. In diesem Zusammenhang dränge sich ein sachliches Bedürfnis der Vertragsparteien, eine zusätzliche vertragliche Vereinbarung über die interne Verteilung der Maklerkosten zu treffen (vgl. die genannte Entscheidung des BGH), nicht gerade auf. Der Senat hat daher folgende Fragen an den Notar gerichtet:

1) Auf wessen Initiative ist die Maklerklausel in den beurkundeten Vertragstext aufgenommen worden?

2) Haben die auf Käufer- und Verkäuferseite beteiligten Personen erklärt, dass sie konkret eine Vereinbarung über eine interne Verteilung der Maklerkosten treffen wollten? Ist eine etwa gegenüber dem Makler eingegangene vertragliche Verpflichtung als Grund genannt worden dafür zu sorgen, dass in den notariellen Kaufvertrag eine Maklerklausel aufgenommen wird?

3) Sind die Urkundsbeteiligten über die rechtliche Bedeutung der Maklerklausel, wenn ja in welchem Sinn, belehrt worden?

Diese Fragen hat der Notar wie folgt beantwortet:

„zu 1) Das Maklerunternehmen hat mich „im Auftrage der nachstehend benannten Parteien" um Vorbereitung des Kaufvertrages und der Maklerklausel gebeten.

zu 2) Die auf Käufer- und Verkäuferseite beteiligten Personen haben mir gegenüber nicht erklärt, dass sie eine konkrete Vereinbarung über eine interne Verteilung der Maklerkosten treffen wollten und auch nicht, dass Grund für die Aufnahme einer solchen Erklärung eine gegenüber dem Makler eingegangene vertragliche Verpflichtung ist.

zu 3) Ich kann mich natürlich nicht konkret daran erinnern, ob ich die Urkundsbeteiligten über die rechtliche Bedeutung der Maklerklausel auch gerade im vorliegenden Fall belehrt habe. Weil ich allerdings fast ausnahmslos den nachstehend wiedergegebenen Hinweis gegenüber den Vertragsbeteiligten abgebe, bin ich mir sehr sicher, den wie folgt lautenden Hinweis auch anlässlich der konkreten Beurkundung erteilt zu haben:

Die Aufnahme der Maklerklausel ist sinnvoll, um für den Fall der eventuellen Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts auf den Maklerkosten nicht sitzen zu bleiben, sondern diese auf den Vorkaufsberechtigten überwälzen zu können.

Weitere Hinweise und Belehrungen erfolgen von meiner Seite dazu im Regelfall nicht.“

## **II.**

Die Beschwerde des Notars ist nach § 156 Abs. 3 KostO in der am 01.09.2009 in Kraft getretenen Fassung durch das FGG-RG ohne Rücksicht auf eine Mindestbeschwerde statthaft sowie rechtzeitig eingelegt. Seine Beschwerdebefugnis folgt daraus, dass das Landgericht seine Kostenberechnung abgeändert hat.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

Die Kostenberechnung des Notars vom 24.09.2010 entspricht, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, in formeller Hinsicht den Anforderungen, die gem. § 154 KostO an eine notarielle Kostenberechnung zu stellen sind. Es ist auch vom Ansatz her zutreffend, dass der Beteiligte zu 2) die zu zahlenden Vermittlungsprovisionen dem Kaufpreis gem. § 44

Abs. 2 a KostO hinzugerechnet hat, da die Vereinbarung über die Zahlung der Maklerprovision eine gesonderte Erklärung ist, die dem gleichen Gebührensatz wie der beurkundete Kaufvertrag unterliegt.

Es bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung dazu, ob der vom Landgericht herangezogenen Entscheidung des OLG Oldenburg (NdsRpfl 1999, 320) zu folgen ist, wonach es eine unrichtige Sachbehandlung i.S. des § 16 KostO darstelle, wenn der Notar nicht über die Mehrkosten belehre, die durch die Beurkundung der Maklervergütungsregelung entstehen würden. Der Senat hat insoweit Bedenken, weil diese Auffassung nur schwer in Einklang zu bringen ist mit der Rechtsprechung des BGH zu Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen, die diese als wesensmäßigen Bestandteil der kaufvertraglichen Vereinbarung versteht (vgl. u.a. BGHZ 131, 318 = NJW 1996, 654).

Vorliegend ist nämlich bereits deshalb nicht der Wert Beurkundung um die Maklergebühr zu erhöhen, weil, wie sich aus dem beurkundeten Vertrag ergibt, beide Vertragsparteien dem Makler vertraglich verbunden waren und sich deshalb jeweils zur Zahlung der vollen Provision an den Makler verpflichtet hatten. Daher bestand kein sachliches Bedürfnis der Parteien des notariellen Vertrages, eine zusätzliche vertragliche Vereinbarung über die interne Verteilung der Maklerkosten zu treffen (vgl. die genannte Entscheidung des BGH), zumal die Vertragsparteien nicht gegenüber dem Notar erklärt hatten, dass sie eine konkrete Vereinbarung über eine interne Verteilung der Maklerkosten treffen wollten und auch nicht, dass Grund für die Aufnahme einer solchen Erklärung eine gegenüber dem Makler eingegangene vertragliche Verpflichtung ist.

Die Maklerklausel war auch nicht deshalb erforderlich, um im Fall der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts die Maklerprovision auf den Vorkaufsberechtigten abwälzen zu können. Denn die vom Käufer geschuldete Provision entfällt ohnehin kraft Gesetzes im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts, weil infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts der wirtschaftliche Erfolg der Maklertätigkeit für den Käufer ausbleibt (vgl. die genannte Entscheidung des BGH). Umgekehrt wird die vom Verkäufer geschuldete Provision infolge Ausübung des Vorkaufsrechts nicht berührt, weil lediglich eine andere Person an die Stelle des Käufers tritt. Ein nahe liegendes Interesse an einer vertraglichen Regelung, die die Käuferprovision als Bestandteil der kaufvertraglichen Gegenleistung ausweist, hat nur der Makler, der in einer solchen Konstellation seinen Provisionsanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten behält (vgl. die genannte Entscheidung des BGH).

Das Vorbringen des Beteiligten zu 2) führt in diesem Zusammenhang zu keiner anderen Beurteilung. Die von ihm herangezogene Entscheidung des BGH vom 07.07.1982 (NJW 1982, 2262) bezieht sich auf die von der vorliegenden Fallgestaltung abweichende Frage, ob der Fortbestand des Provisionsanspruchs eines Finanzmaklers für die Vermittlung eines Darlehens eines Immobilienkäufers dadurch berührt wird, dass ein Dritter für den Immobilienkauf von dem ihm zustehenden Vorkaufsrecht Gebrauch macht und sich dadurch die Darlehensaufnahme des Erstkäufers als gegenstandslos erweist. Für den Provisionsanspruch des Maklers für den Abschluss eines Immobilienkaufvertrages, der einem Vorkaufsrecht unterliegt, bleibt es hingegen bei Ausübung des Vorkaufsrechts bei den Grundsätzen der eingangs dargestellten Entscheidung des BGH. Wird der Erstkäufer danach im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts kraft Gesetzes von seiner Provisionspflicht gegenüber dem Makler frei, besteht entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 2) auch keine Grundlage für die Annahme, er sei gleichwohl nach Treu und Glauben verpflichtet, an der Aufnahme einer Maklerklausel in dem notariellen Kaufvertrag mitzuwirken, die dem Makler auch in dieser Konstellation – über die gesetzliche Regelung hinaus gehend – gleichwohl einen Provisionsanspruch verschafft.

Daraus folgt, dass die von dem Beteiligten zu 2) nach seinem Vorbringen den Urkundsbeteiligten standardmäßig erteilte Belehrung Die Aufnahme der Maklerklausel ist sinnvoll, um für den Fall der eventuellen Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts auf den Maklerkosten nicht sitzen zu bleiben, sondern diese auf den Vorkaufsberechtigten überwälzen zu können, in der hier vorliegenden Fallkonstellation sachlich nicht zutrifft, insbesondere den Interessen des Käufers nicht hinreichend gerecht wird. Es liegt daher eine fehlerhafte Sachbehandlung durch den Notar vor mit der Folge, dass nach §§ 141, 16 Abs. 1 KostO die durch die nicht sachgemäße Maklerklausel entstandenen zusätzlichen Kosten in Höhe von 60,-- € zuzüglich Mehrwertsteuer nicht zu erheben sind.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Abs. 4, 30 KostO.

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.