

letzte Aktualisierung: 31.8.2021

KG, Beschl. v. 12.1.2021 – 9 W 1093/20

GNotKG §§ 21 Abs. 1 S. 1, 127

Keine Geltendmachung von materiell-rechtlichen Einwänden im Verfahren nach § 127 GNotKG

Die Geltendmachung materiell-rechtlicher Einwände, sei es im Wege der Aufrechnung oder der Arglistenrede, ist im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen nach § 127 GNotKG nicht statthaft.

Gründe

I.

1. Die Antragsteller sind in Bruchteilsgemeinschaft im Grundbuch eingetragene Eigentümer des mit einer Wohnanlage bebauten Grundstücks B-Straße 104-108 in Berlin. Sie beabsichtigten, eine Regelung über die Zuordnung der einzelnen Wohneinheiten für den Fall einer Auseinandersetzung zu treffen und wandten sich deshalb an den Antragsgegner. Mit E-Mail vom 28. Juni 2019 wies die Antragstellerin zu 1) „nochmal“ darauf hin, dass keine Wohnungseigentümergeinschaft praktiziert werden solle. Vielmehr gehe es lediglich um die Zuordnung der Eigentumsanteile. Weiter äußerte die Antragstellerin zu 1) auch die Vermutung, dass noch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts erforderlich sei, in welche die Eigentumsanteile eingebracht werden, und fragte, ob sie selbst einen GbR-Vertrag aufsetzen könne. Der Antragsgegner beurkundete unter dem 13. August 2019 zu seiner UR-Nr. 517/2019 eine Teilungsvereinbarung gemäß § 3 WEG. Die Antragsteller hielten den Vollzug der Teilungsvereinbarung an.
2. Der Antragsgegner erteilte den Antragstellern unter dem 18. November 2019 die hier angegriffene Kostenberechnung Nummer 1900529 über 34.843,06 Euro, wobei er einen Geschäftswert von 10.380.000 € zugrunde legte. Im Hinblick auf die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung zahlten die Antragsteller den hälftigen Betrag, um den Antragsgegner von Vollstreckungsmaßnahmen vorerst abzuhalten.
3. Auf den Nachprüfungsantrag der Antragsteller hat das Landgericht die Kostenberechnung des Antragsgegners aufgehoben.
4. Der Antragsgegner beantragt sinngemäß,
5. den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 10. Juni 2020 – 80 OH 253/19 – abzuändern und den Nachprüfungsantrag der Antragsteller zurückzuweisen.
6. Die Antragsteller beantragen,
7. die Beschwerde zurückzuweisen.
8. Sie beanstanden neben dem für den Geschäftswert der Beurkundungsgebühr angenommenen Grundstückswert die nicht sachgemäße Umsetzung ihres Willens. Die Vollziehung der beurkundeten Teilungsvereinbarung hätte entgegen dem erklärten Willen der Antragsteller bereits jetzt zur Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft, also einem Rechtsträgerwechsel, mit Auswirkungen auch auf die bestehenden Mietverhältnisse geführt. Der Antragsgegner habe sie über diese Folgen und die stattdessen mögliche und gebotene Beurkundung einer Vorratsteilung nach § 8 WEG, die zudem billiger gewesen wäre, nicht belehrt. Vorsorglich erklären sie die Aufrechnung mit einem der Kostenberechnung entgegengerichteten Schadensersatzanspruch und verlangen die geleistete Teilzahlung zurück.

II.

9. Die nach § 127 GNotKG statthafte und gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG in Verbindung mit den §§ 63, 64 FamFG zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist begründet.
10. Die Antragsteller schulden dem Notar die mit der Notarkostenberechnung vom 18. November 2019 geltend gemachten Gebühren u.a. für ein Beurkundungsverfahren (KV Nr. 21100) in Höhe von 34.843,06 Euro.
11. Der Antragsgegner hat die Höhe des Geschäftswerts zutreffend festgesetzt (dazu 1.). Die Kosten sind nicht gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG wegen unrichtiger Sachbehandlung nicht zu erheben (dazu 2.). Die Antragsteller können der Kostenrechnung schließlich auch in dem hiesigen Verfahren keine materiell-rechtlichen Einwände entgegengehalten (dazu 3.).
12. 1. Der Geschäftswert für die Eintragung der Eigentumsumschreibung ist mit 10.380.000,-- Euro richtig ermittelt.
13. Gemäß § 96 GNotKG ist für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebühr maßgebend. Notargebühren werden gemäß § 10 GNotKG mit der Beendigung des Verfahrens oder des Geschäfts fällig. Da die Beurkundung der Teilungsvereinbarung gemäß § 3 WEG am 13. August 2019 stattfand, ist der Wert des Grundstücks zu dieser Zeit maßgeblich.
14. Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 GNotKG ist bei der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum Geschäftswert der Wert des bebauten Grundstücks. Dieser Wert ist nach §§ 46, 47 GNotKG zu ermitteln (OLG München, Beschluss vom 26. Juni 2015 – 34 Wx 182/15 – juris Rn. 10 ff.).
15. a) Der Wert der Sache wird gemäß § 46 Abs. 1 GNotKG durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (Verkehrswert). Steht der Verkehrswert – wie hier – nicht fest, so ist er für die Zwecke der Gebührenerhebung nach den Kriterien des § 46 Abs. 2 (und ggf. Abs. 3) GNotKG zu bestimmen. Angestrebt wird mit dieser Vorgabe einerseits eine möglichst zuverlässige, andererseits aber auch eine praktikable und zeitnahe Bewertung. Das Gesetz verlangt für die Zwecke der Gebührenfestsetzung keine mit letzter Präzision vorzunehmende Wertfeststellung. Das zeigt schon das gesetzliche Verbot gemäß § 46 Abs. 4 GNotKG, zur Feststellung des Verkehrswerts förmlich Beweis zu erheben.
16. b) Bei bebauten Grundstücken können der Wert des Bodenanteils (Bodenwert) und der Wert der Gebäude (Gebäudewert) gesondert ermittelt und durch Addition zum Gesamtwert zusammengefasst werden (OLG München, Beschluss vom 11. Juli 2018 – 34 Wx 115/18 Kost – juris Rn. 14 f.).
17. aa) Zur Bestimmung des Bodenwerts kann gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG auf den veröffentlichten Bodenrichtwert (§ 193 Abs. 5 BauGB) zurückgegriffen werden. Der Bodenwert beträgt hier ausgehend von einer Grundstückgröße von 2.880 m² und einem Bodenrichtwert bezogen auf den 13. August 2019 in Höhe von ca. 2.350 Euro/m² insgesamt ca. 6.768.000,-- Euro.

18. bb) Angaben zum Gebäudewert fehlen, insbesondere ist mangels weiterer Angaben eine Berechnung nach dem Brandversicherungswert oder nach dem Preisindex für Wohngebäude nicht möglich (vgl. zu diesen Berechnungsarten Soutier in: BeckOK KostR, 31. Edition, 1. September 2020, GNotKG § 46 Rn. 25). Eine Beweisaufnahme findet nicht statt, § 46 Abs. 4 GNotKG. Vor diesem Hintergrund ist der Wert der Bauwerke zu schätzen. Soweit der Antragsgegner den Wert für die Gebäude auf 3.612.000,-- Euro geschätzt hat, ist hiergegen nichts zu erinnern. Das zeigt sich auch daran, dass bei der zugrunde zu legenden Wohn-/Nutzfläche von 4.712,09 m² und dem festgesetzten Geschäftswert in Höhe von 10.380.000 Euro der vom Notar zugrunde gelegte Quadratmeterpreis bei (fiktiver) Veräußerung der Wohnungseinheiten 2.202,84 Euro beträgt. Dieser Wert erscheint angesichts der veröffentlichten Wohnungspreise in Berlin-W. eher zu niedrig als überhöht.
19. 2. Die Kosten sind nicht gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG nicht zu erheben. Nach dieser Vorschrift werden Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben. Eine unrichtige Sachbehandlung i.S.v. § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt nur bei einem offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars sowie dann vor, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt (BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 67/19 – juris Rn.6 m.w.N.).
20. Ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen ist ebenso wenig wie ein offensichtliches Versehen des Notars zu erkennen. Auch ist nicht festzustellen, dass der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere gewählt hätte. Denn die Gestaltungsmöglichkeiten zur Begründung von Wohneigentum nach § 3 WEG einerseits und § 8 WEG andererseits sind derart unterschiedlich, dass sie nicht allein unter Kostengesichtspunkten austauschbar wären.
21. Unrichtigkeit im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG soll auch vorliegen, wenn der Kostenschuldner eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass er die kostenpflichtig vorgenommene Maßnahme nicht wünscht oder der Notar sie trotz entsprechender Anhaltspunkte ohne Rücksprache vornimmt oder der Notar ohne triftigen Grund, ohne Rücksprache oder ohne entsprechenden Hinweis von dem erteilten Auftrag abweicht (Macht in: Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 21 GNotKG Rn.10 und 21 unter Hinweis auf BayObLG, Beschluss vom 9. September 1993 – 3Z BR 131/93 – juris). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Denn die Antragsteller behaupten selbst nicht, dass sie allein eine Vorratsteilung gemäß § 8 WEG in Auftrag gegeben hätten. Vielmehr ging es den Antragstellern darum, dass die einzelnen Wohneinheiten derart „zugeordnet“ werden sollten, dass im Falle einer Auseinandersetzung eindeutig geregelt sei, welcher Antragsteller welche Einheit erhalte. Exakte Vorgaben zur rechtlichen Gestaltung haben die Antragsteller nicht gemacht. Vielmehr bemängeln sie gerade, nie darauf hingewiesen worden zu sein, dass verschiedene Möglichkeiten einer Teilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz existierten.
22. 3. Die Antragsteller können der Kostenrechnung in dem gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen schließlich auch keine materiell-rechtlichen Einwände entgegeng gehalten.
23. Die Geltendmachung materiell-rechtlicher Einwände, sei es im Wege der Aufrechnung oder der Arglistenrede – *dolo agit, qui petit quod (statim) redditurus est* – (s. zum gemeinsamen

Ursprung von Aufrechnung und Arglistenrede und zu ihrer Abgrenzung Jeremias, Internationale Insolvenzaufrechnung, 2005, S. 9 ff.; Schiemann in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 249 Rn. 189), ist im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen nicht statthaft.

24. Demgemäß können die Antragsteller im hiesigen Verfahren nicht einwenden, dass dem Antragsgegner eine Amtspflichtverletzung vorzuwerfen sei, die darin liegen könnte, dass er eine Teilungsvereinbarung nach § 3 WEG und keine Vorratsteilung gemäß § 8 WEG beurkundet hat. Denn diese – zwischen den Beteiligten streitige – Frage eines der notariellen Kostenforderung ggf. entgegenstehenden Schadensersatzanspruchs aus notarieller Amtspflichtverletzung stellt einen materiell-rechtlichen Einwand dar, der im gerichtlichen Überprüfungsverfahren nach § 127 GNotKG nicht zu berücksichtigen ist.
25. Soweit die bislang ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur dies anders sieht und materiell-rechtliche Einwände, insbesondere Amtshaftungsansprüche des Kostenschuldners gegen den Notar im Wege der Aufrechnung oder der Arglistenrede im gerichtlichen Verfahren in Notarsachen berücksichtigen will (BGH, Urteile vom 30. Januar 1961 – III ZR 215/59 – juris Rn. 18; vom 22. November 1966 – VI ZR 39/65 – VersR 1967, 254 und vom 22. Oktober 1987 – IX ZR 175/86 – juris Rn. 23; OLG Frankfurt, Beschlüsse vom 18. Dezember 2018 – 20 W 46/17 – juris Rn. 24, vom 27. Oktober 2016 – 20 W 352/14 – juris Rn. 32 und vom 3. Februar 1956 – 6 W 419/57 – Rpfleger 1958, 288, 289 ff.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 2. März 1995 – 8 W 562/94 – juris Rn. 4; BayObLG, Beschluss vom 1. Oktober 2004 – 3 Z BR 129/04 – juris Rn. 9; OLG Hamm, Beschlüsse vom 19. Februar 1979 – 15 W 57/78 – juris Rn. 5; vom 29. Juli 2003 – 15 W 220/03 – juris Rn. 12 und vom 17. August 2012 – I-15 W 383/11 – juris Rn. 13 f.; OLG Naumburg, Beschluss vom 12. Juni 2019 – 2 W 9/18 – juris Rn. 29; OLG Dresden, Beschluss vom 12. September 2016 – 17 W 826 - 828/16 – juris Rn. 18; Schmidt-Räntsch in: BeckOK KostR, 31. Edition 1. Juni 2019, § 127 GNotKG Rn. 25; Wudy in Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar, 2. Aufl. 2016, § 21 Rn. 25 und § 127 Rn. 68; Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, 3. Aufl. 2021, Rn. 1.194 ff.; Sikora in: Korintenberg, GNotKG, 21. Aufl., § 127 Rn. 36; Forbriger in: Hartmann, Kostengesetze, 50. Aufl. 2020, § 127 GNotKG Rn. 6; Neie in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 127 Rn. 19; Rohs/Wedewer, GNotKG, 129. Aktualisierung, Oktober 2020, §§ 127-130 Rn. 12; Wöstmann in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl. 2018, Rn. 381; Mayer in: Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl. 2018, Rn. 885 f. [wenn auch kritisch]; Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 17 Rn. 104), folgt der Senat unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung (Beschluss vom 30. Juni 2015 – [9 W 103/14](#) – juris [Rn. 5](#)) dem nicht mehr.
26. Der Berücksichtigung materiell-rechtlicher Einwände stehen der Wortlaut des § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG (dazu a)), systematische (dazu b)), historische (dazu c)) sowie teleologische Erwägungen (dazu d)) entgegen.
27. a) Bereits der Wortlaut des § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG spricht gegen die Berücksichtigung von materiell-rechtlichen Einwänden. Enumerativ zählt die Norm die „Kostenberechnung (§ 19), einschließlich der Verzinsungspflicht (§ 88), ... Zahlungspflicht [und] ... Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 11)“ auf, wobei die „Zahlungspflicht“ sich maßgeblich auf die in § 29 GNotKG verankerte Frage nach dem Kostenschuldner bezieht. Damit nimmt der Wortlaut des § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG ausdrücklich nur Bezug auf spezifisch kostenrechtliche Einwände (anders OLG Frankfurt, Beschluss vom

18.Dezember 2018 – 20 W 46/17 – juris Rn. 24; bereits maßgeblich auf den Wortlaut von § 156 KostO abstellend: OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. Februar 1956 – 6 W 419/57 – Rpfleger 1958, 288, 290).

28. b) Gegen die Berücksichtigung von materiell-rechtlichen Einwänden im Zusammenhang mit potenziellen Amtspflichtverletzungen des Notars im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen sprechen ferner systematische Erwägungen.
29. aa) Wie der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 1. Oktober 2020 – VZB 67/19 – juris Rn. 30) zuletzt betont hat, sind materiell-rechtliche Einwände in Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 2. März 1995 – 8 W 562/94 – juris Rn. 4). Für das Verfahren der Festsetzung prozessualer Kosten nach § 104 ZPO ist dies anerkannt: Vielmehr sind diese materiell-rechtlichen Einwände mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Die Feststellung von zwischen den Parteien streitigen Tatsachen und die Entscheidung komplizierter Rechtsfragen ist in diesem Verfahren nicht vorgesehen und mangels der dafür notwendigen verfahrensrechtlichen Instrumente auch nicht sinnvoll möglich. Nur Einwände, die keine Tatsachenaufklärung erfordern und sich mit den im Kostenfestsetzungsverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln ohne weiteres klären lassen, können ausnahmsweise auch im Kostenfestsetzungsverfahren erhoben und beschieden werden. Dementsprechend ist auch die Aufrechnung im Kostenfestsetzungsverfahren nur zu berücksichtigen, wenn über den Bestand und die Höhe der Gegenforderung und die Aufrechnungslage kein Streit besteht (BGH, Beschluss vom 7. Mai 2014 – V ZB 102/13 – juris Rn. 14 m.w.N.). Auch im Verfahren nach § 81 GNotKG findet bei Gerichtskosten eine Aufrechnung mit einem Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB nicht statt (Wudy in: Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar, 2. Aufl. 2016, § 81 Rn. 28 ff. s. auch Fackelmann in: Korintenberg, 21. Aufl. 2020, GNotKG § 81 Rn. 54).
30. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum etwas Anderes im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der notariellen Kostenberechnung nach § 127 GNotKG gelten soll. Ebenso wie das Verfahren nach § 104 ZPO ist auch das gerichtliche Überprüfungsverfahren in Notarkostensachen nach § 127 GNotKG auf Praktikabilität und Effektivität hin angelegt (zu § 104 ZPO: Flockenhaus in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 104 Rn. 8). Auch wenn sich die sehr knappe, allein auf § 156 KostO Bezug nehmende Gesetzesbegründung zu § 127 GNotKG (BT-Drs. 17/11471, S. 192) nicht zu dieser Frage verhält, wird dieser im Rahmen der Gerichtskostenfestsetzung anerkannte Grundsatz jedenfalls durch die allgemeine Gesetzesbegründung zum 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz unterstrichen. Das Gesetz ist danach ein wesentlicher Teil der Kostenstrukturreform, deren wichtigstes Ziel die Vereinfachung des Kostenrechts ist. Hierdurch sollen die Gerichte so weit wie möglich von der sehr umfangreich gewordenen Kostenrechtsprechung entlastet werden (BT-Drs. 17/11471, S. 133).
31. bb) Der Umstand, dass der Notar als Gebührengläubiger – wie bei anderen öffentlich-rechtlichen Forderungen auch – sich selbst einen Vollstreckungstitel für seine Forderung schaffen kann und der Gebührenschuldner im Hinblick hierauf schutzwürdig ist, zwingt nicht zu einer anderen Handhabung. Der Schutz des Gebührenschuldners lässt sich auf andere Weise sicherstellen, soweit entgegenstehende (potenzielle) Schadensersatzansprüche aus Notarhaftung im Raume stehen. Dieser Schutz erfordert daher nicht die möglichst umfassende Berücksichtigung sämtlicher materiell-rechtlicher Einwendungen des

Gebührensschuldners (anders OLG Stuttgart, Beschluss vom 2. März 1995 – 8 W 562/94 – juris Rn. 4).

32. Im Ergebnis kann der Gebührenschuldner im Wege der Vollstreckungsabwehrklage bzw. einer negativen Feststellungsklage derartige materiell-rechtliche Einwendungen geltend machen. Von ihrem Standpunkt, wonach auch materiell-rechtliche Einwände in dem gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen geltend gemacht werden könnten, geht die bislang herrschende Auffassung folgerichtig davon aus, dass eine negative Feststellungsklage gegen die durch eine Notarkostenrechnung begründete Zahlungspflicht als unzulässig abzuweisen sei und gleiches für die im Allgemeinen nach § 767 ZPO geltend zu machenden Einwendungen gelte (OLG Oldenburg, Urteil vom 17. September 1996 – 5 U 82/96 – juris Rn. 14 OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Mai 2002 – 24 U 8/02 – juris Rn. 10 ff.; so auch Senat, Beschluss vom 26. November 2019 – 9W 105/18 – juris Rn. 3; K. Schmidt/Brinkmann in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 767 Rn. 34 Rebhan in: BeckOK KostR, 31. Edition 1. Juni 2020, § 89 GNotKG Rn. 16 Tiedtke in: Korintenberg, GNotKG 21. Aufl. 2020, § 89 Rn. 18; Diehn in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, 3. Aufl. 2019, GNotKG § 89 Rn. 25f., s. aber auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. April 2008 – I-24 U 186/06 – juris Rn. 29: Leistungsklage wegen Beitreibung von bereits befriedigten Gebührenansprüchen). Eine unmittelbare Anwendung des § 767 ZPO über § 795 ZPO scheide aus, weil die notarielle Kostenberechnung nicht zu den sonstigen Vollstreckungstiteln i.S.v. § 794 Abs. 1 ZPO zähle. Die Notarkostenrechnung stelle keinen Kostenfestsetzungsbeschluss nach § 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO dar, weil es sich dabei um eine gerichtliche, wenn auch nicht richterliche, Entscheidung handeln müsse. Ferner liege auch keine mit dem Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbare Entscheidung i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO vor. Auch wenn dies im weitesten Sinne zu verstehen sei, fielen hierunter nur gerichtliche Entscheidungen, nicht aber notarielle Handlungen wie die Kostenberechnung. Schließlich scheide auch die Anwendung von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aus, weil es sich bei der Kostenberechnung nicht um eine von einem deutschen Notar aufgenommene Urkunde handle und sich der Kostenschuldner darin auch nicht wegen der Kostenforderung der Zwangsvollstreckung unterworfen habe (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Mai 2002 – 24 U 8/02 – juris Rn. 11 m.w.N. anders wohl Geimer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 794 Rn. 43). Indes soll auch nach Maßgabe dieser Auffassung eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO ausnahmsweise dann zulässig sein, wenn eine Aufrechnung mit illiquiden, also bestrittenen und nicht rechtskräftig festgestellten Aktiv- bzw. Gegenforderungen erklärt wird, die nicht im Zusammenhang mit Amtspflichtverletzungen des Notars stehen (so bereits KG, Beschluss vom 23. Februar 1973 – 1 W 1672/72 – ZZP 86 (1973), 441 mit zust. Anm. Grunsky OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Mai 2002 – 24 U 8/02 – juris Rn. 13 Münzberg in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 767 Rn. 58).
33. Ist aber eine Berücksichtigung von materiell-rechtlichen Einwänden, die im Zusammenhang mit behaupteten Amtspflichtverletzungen des Notars stehen, im Rahmen des § 127 GNotKG – sei es in Gestalt einer Aufrechnung oder der Erhebung der dolo-agit-Einrede – generell abzulehnen, so kann die dann entstehende Rechtsschutzlücke ohne weiteres auch dadurch geschlossen werden, dass eine negative Feststellungsklage auch im Hinblick auf Notarkostenberechnungen im Sinne des § 89 GNotKG zulässig ist (vgl. Hofmann, Die Prozessaufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung, JR 2010, 328, 331). Alternativ könnte auch eine (analoge) Anwendung von § 767 ZPO in Betracht kommen (so LG Kleve, Beschluss vom 25. August 2014 – 4 OH 2/14 – juris Rn. 17).

34. cc) Für das gerichtliche Verfahren in Notarkostensachen findet das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und damit der Amtsermittlungsgrundsatz Anwendung. Im Gegensatz dazu gelten für Prozesse über Notarhaftungsansprüche nach § 19 BNotO die Zivilprozessordnung und damit der Beibringungsgrundsatz. Auch wenn den Gebührenschuldner hinsichtlich solcher Gegenansprüche aus § 19 Abs. 1 BNotO desgleichen im Verfahren der Notarkostenbeschwerde dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten treffen sollen (BayObLG, Beschluss vom 1. Oktober 2004 – 3Z BR 129/04 – juris Rn. 10 Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, 3. Aufl. 2021, Rn. 1.200), ginge hiermit ein systematischer Bruch einher, weil der Ablauf des gerichtlichen Verfahrens in Notarkostensachen insgesamt einheitlich dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht der Zivilprozessordnung unterfällt (kritisch so auch Henze, Anmerkung zu Senat, Beschluss vom 30. Juni 2015 – [9 W 103/14](#) –, notar 2016, 131, 132 Mayer in: Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl. 2018, Rn. 886; s. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. Februar 1956 – 6 W 419/57 – Rpfleger 1958, 288, 290, wo insoweit von einer „Anomalie“ die Rede ist, und LG Lübeck, Beschluss vom 20. September 2016 – 7 OH 18/14 – juris Rn. 27).
35. Das Nebeneinander zweier grundsätzlich unterschiedlicher Verfahrensordnungen führt zu Friktionen und tendenziell einer Verkürzung des Rechtsschutzes für den Kostenschuldner. Mit einer Berücksichtigung von (potenziellen) Notarhaftungsansprüchen im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen einher ginge beispielsweise die problematische Konsequenz, dass dort – mit Ausnahme der Rechtsbeschwerde – für den Gebührenschuldner kein Anwaltszwang besteht (Henze, Anmerkung zu Senat, Beschluss vom 30. Juni 2015 – [9 W 103/14](#) –, [notar 2016, 131](#), 132f.).
36. Auch die Einführung des § 17a Abs. 6 GVG mit Wirkung zum 1. September 2009 spricht gegen eine übergreifende Entscheidungskompetenz und damit gegen eine streitige Entscheidung über Notarhaftungsansprüche im Verfahren der Notarkostenbeschwerde. Denn mit § 17a Abs. 6 GVG ist klargestellt, dass sich die streitige Zivilgerichtsbarkeit und die freiwillige Gerichtsbarkeit wie fremde Rechtswege gegenüberstehen, obgleich beide Teil der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind (LG Kleve, Beschluss vom 25. August 2014 – 4 OH 2/14 – juris Rn. 17; LG Lübeck, Beschluss vom 20. September 2016 – 7 OH 18/14 – juris Rn. 24; Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 145 Rn. 19b; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. März 2015 – 5 UF 1/14 – juris Rn. 90 ff.).
37. dd) In Konstellationen, in welchen eine Amtspflichtverletzung beim Gebührenschuldner einen über die Belastung mit der notariellen Gebührenforderung hinausgehenden weiteren finanziellen Schaden verursacht hat (vgl. zu einer derartigen Konstellation OLG Frankfurt, Beschluss vom 18. Dezember 2018 – 20 W 46/17 – juris Rn. 9 f.) – birgt die bisher überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die Gefahr widersprechender Entscheidungen in sich. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein Notarhaftungsanspruch bis zur Höhe des notariellen Gebührenanspruchs im Hinblick auf die Notarkostenbeschwerde nicht im streitigen Verfahren nach der Zivilprozessordnung geltend gemacht werden, sondern nur der überschießende Betrag (BGH, Urteile vom 30. Januar 1961 – III ZR 215/59 – juris Rn. 18, vom 22. November 1966 – VI ZR 39/65 – VersR 1967, 254 und vom 22. Oktober 1987 – IX ZR 175/86 – juris Rn. 23; s. dazu auch OLG Hamm, Urteil vom 27. März 2019 – 11 U 137/18 – juris Rn. 6; Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, 3. Aufl. 2021, Rn. 1.196; abweichend OLG Hamm, Beschluss vom

19. Februar 1979 – 15 W 57/78 – juris Rn. 5; anders wohl auch Beushausen, Das Deutsche Notariatskostenrecht, 3. Aufl. 1951, S. 215). Demgemäß können widerstrebende Entscheidungen des über die Notarkostenbeschwerde befindenden Gerichts einerseits und des über den überschießenden Notarhaftungsanspruch entscheidenden Gerichts andererseits hinsichtlich des Bestehens des als Gegenforderung aufgestellten Notarhaftungsanspruchs nicht ausgeschlossen werden (hierauf weist bereits KG, Beschluss vom 29. September 1939 – 4 T 67/39 – DNotZ 1940, 29, 30 hin; s. ferner OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. Februar 1956 – 6 W 419/57 – Rpfleger 1958, 288, 290; Ackermann, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 1953 – 10 W 258/53 –, DNotZ 1954, 435 f.; Mayer in: Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl. 2018, Rn. 886; kritisch Rohs/Wedewer, Kostenordnung, 1. und 2. Aufl. 1957, S. 657). Widerstrebende Entscheidungen sind von vornherein ausgeschlossen, wenn die auf Notarhaftung beruhenden potenziellen Aktiv- bzw. Gegenforderungen des Gebührenschuldners insgesamt in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit geltend zu machen und derartige materiell-rechtliche (Aufrechnungs-)Einwände im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen nicht zu berücksichtigen sind.

38. c) Die Gesetzesbegründung zu § 127 GNotKG ist unergiebig für die hier zu entscheidende Frage. Die Kontinuität der obergerichtlichen Rechtsprechung seit der Einführung der Vorgängervorschrift (§ 156 KostO) ist für sich allein kein Argument für die Beibehaltung einer nicht als zutreffend erkannten Praxis (anders OLG Stuttgart, Beschluss vom 2. März 1995 – 8 W 562/94 – juris Rn. 4 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1982 – GSZ 1/82 – juris Rn. 8 f.).
39. Vielmehr spricht auch die Gesetzeshistorie gegen die Zulassung materiell-rechtlicher Einwände im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen. Die eine Aufrechnung zulassende Rechtsprechung – ausgehend von der Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahr 1937 (Beschluss vom 4. Juni 1937 – 1a Wx 2121/36 – DNotZ 1938, 51, 54) – dürfte zunächst auch dadurch motiviert gewesen sein, dass die Vorschrift des § 15 KostO a.F. – Nichterhebung von Gebühren wegen unrichtiger Sachbehandlung – gemäß § 144 Abs. 3 KostO a.F. auf Notare keine Anwendung fand und damit im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen nach § 156 KostO eigentlich irrelevant hätte sein müssen. (Gleichwohl wurde eine unrichtige Sachbehandlung im Notarkostenbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO in der Rechtsprechung teilweise berücksichtigt: OLG München, Beschluss vom 5. Januar 1938 – 8 Wx 501/37 – DNotZ 1938, 471; Korintenberg-Wenz, Kostenordnung, 2. Aufl. 1938, S. 678 unter b); Küntzel, Kostenordnung, 1951, S. 294 unter 5.; s. dazu auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. Februar 1956 – 6 W 419/57 – Rpfleger 1958, 288, 290). Hierfür spricht auch die frühere Entwicklung: Die 1936 mit § 156 KostO geschaffene Regelung geht auf landesrechtliche Verfahren zurück, die Einwendungen im Zusammenhang mit amtspflichtwidrigem Verhalten des Notars im Rahmen des Kostenbeschwerdeverfahrens nicht zuließen. So erfolgte nach § 25 der Preußischen Gebührenordnung für Notare vom 25. Juli 1910 – NotGebO – die gerichtliche Festsetzung der Kosten des Notars nur wegen der Höhe seiner Gebühren und Auslagen oder wegen des in Ansatz gebrachten Geschäftswerts (s. hierzu Mügel, Die Preußischen Kostengesetze vom 25. Juli 1920, 7. Aufl. 1916, S. 582 f. unter 4.). Demgemäß war die Einwendung der unrichtigen Sachbehandlung nicht zulässig. In Übereinstimmung hiermit entschied das Kammergericht (Beschluss vom 15. Dezember 1911 – 1a. X 1105/11 – Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, 42. Band (1912), 347 s. dazu auch Mügel, Die Preußischen Kostengesetze vom 25. Juli 1920, 7. Aufl. 1916, S. 583 unter 5.), dass der Einwand einer überflüssigen Beurkundung im Rahmen des § 25 NotGebO, der im

öffentlichen Interesse mit Rücksicht auf die Amtsstellung des Notars die einfache und billige Austragung von Streitigkeiten über die Höhe der Notargebühren ermöglichen solle, nicht berücksichtigt werden könne, da die Entscheidung über die Zahlungspflicht dem Prozessweg vorbehalten sei. Damit zeigt die rechtshistorische Wurzel der Vorgängervorschrift des § 127 GNotKG – § 156 KostO – eine große Ähnlichkeit mit § 19 Abs. 5 Satz 1 BRAGO a.F. (jetzt § 11 Abs. 5 Satz 1 RVG), wonach die Festsetzung der Gebühren des Rechtsanwalts gegen die eigene Partei ausgeschlossen ist, wenn der Kostenschuldner Einwendungen oder Einreden erhebt, die nicht im Gebührenrecht ihren Grund haben (OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. Februar 1956 – 6 W 419/57 – Rpfleger 1958, 288, 290).

40. Dass der Gesetzgeber trotz Änderungen der Kostenordnung und schließlich anlässlich des Erlasses des 2. Kostenmodernisierungsgesetzes es bislang unterlassen hat, eine dem § 11 Abs. 5 Satz 1 RVG (ehemals § 19 Abs. 5 Satz 1 BRAGO) entsprechende Bestimmung einzuführen, lässt keine Rückschlüsse auf die Frage zu, wie weit Einwendungen oder Einreden, die nicht im Gebührenrecht ihren Grund haben, im Verfahren nach § 127 GNotKG zu berücksichtigen sind (anders OLG Stuttgart, Beschluss vom 2. März 1995 – 8 W 562/94 – juris Rn. 4; Wudy in: Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar, 2. Aufl., § 21 Rn. 25). Der Gesetzgeber hat sich zu dieser Frage – soweit ersichtlich – gerade nicht verhalten.
41. d) Schließlich sprechen auch teleologische Erwägungen gegen die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Einwände im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen. Denn die Klärung von zwischen den Parteien streitigen Tatsachen und von komplizierten Rechtsfragen im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen liefe dem vom Gesetzgeber herausgestellten Ziel des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz zuwider, das nach der allgemeinen Gesetzesbegründung die Vereinfachung des Kostenrechts ist: Die Gerichte sollen so weit wie möglich von der sehr umfangreich gewordenen Kostenrechtsprechung entlastet werden (BT-Drs. 17/11471, S. 133).
42. 4. Im Hinblick auf die vom Senat vollzogene Abkehr von der bislang ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur entspricht es im vorliegenden Fall der Billigkeit im Sinne von § 81 Absatz 1 FamFG, die Kosten beider Instanzen gegeneinander aufzuheben.
43. Die Rechtsbeschwerde war nach § 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG in Verbindung mit § 70 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 FamFG zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen der Gebührenschuldner materiell-rechtliche Einwände gegen den Gebührenanspruch des Notars im gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen geltend machen kann, wird von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet, so dass eine Beantwortung durch den Bundesgerichtshof zu einer Vereinheitlichung beitragen würde.