

**letzte Aktualisierung:** 28.3.2025

BGH, Beschl. v. 26.2.2025 – IV ZB 37/24

**GNotKG § 29 Nr. 1**

**Unerkannt geschäftsunfähiger Auftraggeber; Verpflichtung zur Zahlung von Notarkosten;  
keine Anwendung von §§ 104 ff. BGB auf Aufträge an einen Notar**

Ein – für den Notar nicht erkennbar – geschäftsunfähiger Auftraggeber ist unabhängig von der Art der notariellen Tätigkeit zur Zahlung der Notarkosten verpflichtet. Die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf Aufträge an einen Notar weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 37/24

vom

26. Februar 2025

in der Notarkostensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

JNEU: nein

GNotKG § 29 Nr. 1

Ein - für den Notar nicht erkennbar - geschäftsunfähiger Auftraggeber ist unabhängig von der Art der notariellen Tätigkeit zur Zahlung der Notarkosten verpflichtet. Die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf Aufträge an einen Notar weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.

BGH, Beschluss vom 26. Februar 2025 - IV ZB 37/24 - KG Berlin  
LG Berlin

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Karczewski, die Richterinnen Harsdorf-Gebhardt, Dr. Bußmann, die Richter Dr. Bommel und Rust

am 26. Februar 2025

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Kammergerichts - 9. Zivilsenat - vom 19. März 2024, berichtigt durch Beschluss vom 24. April 2024, aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 I. Im August 2021 suchte die geschäftsunfähige Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Beteiligte) den Beteiligten zu 2 (im Folgenden: Notar) auf, weil sie beabsichtigte, ihren ehemaligen Bankberater zu adoptieren und zum Alleinerben einzusetzen sowie ihm eine umfassende Vollmacht zu erteilen. Der Notar beriet die Beteiligte in mehreren Terminen. Nachdem diese ihm im September 2021 mitgeteilt hatte, von dem Vorhaben Abstand genommen zu haben, erteilte der Notar die Kostenberechnung vom

6. Dezember 2021 über 3.531,32 €, in der er eine 0,5 Beratungsgebühr gemäß Nr. 24201 i.V.m. Nr. 24200 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 3.600.000 € ansetzte.

2           Auf Antrag der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluss vom 8. Juni 2022 die Kostenberechnung aufgehoben. Dagegen hat der Notar Beschwerde eingelegt. Im Beschwerdeverfahren hat er eine Kostenberechnung vom 6. September 2022 über 3.531,32 EUR vorgelegt, in der er eine 0,5 Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß Nr. 21301 KV GNotKG angesetzt hat. Er hat beantragt, unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen, hilfsweise auf eine 0,5 Gebühr nach Nr. 21300 i.V.m. Nr. 21301 KV GNotKG zu erkennen. Das Kammergericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

3           Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Notars.

4           II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

5           1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FamRZ 2024, 1714 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, dass der Notar Zahlung der zunächst berechneten Beratungsgebühr gemäß Nr. 24201 KV GNotKG nicht verlangen kann, weil die Beteiligte geschäftsunfähig im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB und der erteilte Beratungsauftrag entsprechend dem Rechtsgedanken des § 105 Abs. 1 BGB nichtig waren. Nicht anders

sei jedoch zu entscheiden, hätte sie sich von vornherein mit einem konkreten Beurkundungswunsch an den Notar gewandt. Denn auch der Erhebung einer danach in Betracht kommenden Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß Nr. 21301 KV GNotKG stehe ihre Geschäftsunfähigkeit entgegen. Eine Kostenhaftung des unerkannt Geschäftsunfähigen gegenüber einem Notar scheide in entsprechender Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 104 ff. BGB auch dann aus, wenn der Notar zu seinem Tätigwerden gemäß § 15 BNotO verpflichtet sei. Es sei allgemein anerkannt, dass - soweit keine spezielle öffentlich-rechtliche Regelung eingreife - die §§ 104 ff. BGB im öffentlichen Recht analog anwendbar seien.

6                    2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dem Notar steht ein Gebührenanspruch gegen die Beteiligte zu.

7                    a) Grundlage dieses Notarkostenprüfungsverfahrens ist die Kostenberechnung des Notars vom 6. Dezember 2021. Der Notar hat diese Rechnung nicht durch eine neue Kostenberechnung ersetzt, was im Beschwerdeverfahren noch möglich gewesen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2008 - V ZB 89/08, RNotZ 2009, 107 Rn. 11), sondern mit der Vorlage der Kostenberechnung vom 6. September 2022 nur seinen Kostenanspruch für dieselbe Tätigkeit und in gleicher Höhe hilfsweise auf den Gebührentatbestand Nr. 21300 i.V.m. Nr. 21301 KV GNotKG stützen wollen.

8                    b) Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht eine Kostenhaftung der Beteiligten aus § 29 Nr. 1 GNotKG abgelehnt. Ein - für den Notar nicht

erkennbar - geschäftsunfähiger Auftraggeber ist zur Zahlung der Notarkosten verpflichtet.

9

aa) Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass eine unerkannt geschäftsunfähige Person jedenfalls dann die Kosten zu tragen hat, wenn sie den Notar mit einer Beurkundung beauftragt hat, da der Notar diese Tätigkeit nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. März 2017 - 20 W 391/15, juris Rn. 20 - obiter dictum; jeweils zu § 2 Nr. 1 KostO: OLG München ZEV 2012, 109 [juris Rn. 10]; OLG Köln RNotZ 2001, 56, 57 f.; BayObLG MittBayNot 1991, 177 [juris Rn. 9 f.]; OLG Stuttgart Die Justiz 1990, 24; KG MDR 1978, 1030; KG DNotZ 1977, 500 [juris Rn. 13 f.]; OLG Frankfurt KostRspr KostO § 2 Nr. 17; LG Köln RNotZ 2005, 244 [juris Rn. 24]; Korintenberg/Gläser, GNotKG 22. Aufl. § 29 Rn. 7; Leiß in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht 3. Aufl. § 29 GNotKG Rn. 8; Neie in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG 4. Aufl. § 29 Rn. 8; BeckOK-BNotO/Sander, § 17 Rn. 32 [Stand: 1. August 2024]; BeckOK-Kostenrecht/Toussaint, § 29 GNotKG Rn. 6 [Stand: 1. Oktober 2024]; Rohs/Wedewer/Wudy, GNotKG § 29 Rn. 36 [Stand: Juni 2024]). Eine darüberhinausgehende Meinung nimmt eine Kostenhaftung für jede Tätigkeit des Notars an (vgl. Genske in Renner/ Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar 4. Aufl. § 29 Rn. 8 ff.; Otto, NotBZ 2024, 454, 457). Eine andere Ansicht wendet dagegen die §§ 104 ff. BGB entsprechend auf den Notarauftrag an und lehnt daher jede Kostenhaftung des Geschäftsunfähigen ab (Lappe in Korintenberg, KostO 18. Aufl. § 2 Rn. 28).

- 10           bb) Die zweitgenannte Ansicht trifft zu. Die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf Aufträge an einen Notar weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.
- 11           (1) Nach § 29 Nr. 1 GNotKG ist Kostenschuldner, wer dem Notar den Auftrag erteilt oder den Antrag gestellt hat. Unter dem Begriff des Auftrags ist jedes an den Notar gerichtete Ansuchen zu verstehen, das auf die Vornahme einer notariellen Amtstätigkeit gerichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2017 - V ZB 79/16, DNotZ 2017, 394 Rn. 6). Einen Auftrag, zu einem Testament, einer Adoption und einer Vorsorgevollmachtserteilung zumindest beraten zu werden, hat die Beteiligte dem Notar nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts jedenfalls erteilt; ob sich dieses Ansinnen bereits auf eine Beurkundung richtete, kann hier offenbleiben.
- 12           (2) Die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf den Auftrag an einen Notar nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich dabei nicht um eine privatrechtliche Willenserklärung des Auftraggebers handelt. Der Notar nimmt seine Amtsgeschäfte aufgrund seiner Eigenschaft als unabhängiger 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 Halbsatz 2 BNotO vom "Auftraggeber" des Notars spricht - kein privatrechtlicher Vertrag (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Januar 2024 - V ZB 63/22, ZEV 2024, 323 Rn. 16; Urteil vom 13. Juli 1989 - III ZR 64/88, BGHZ 108, 268, 269 [juris Rn. 11]). Dies gilt nicht nur für die Urkundstätigkeit, sondern ebenso für die Amtstätigkeit im Sinne der §§ 23, 24 BNotO, d.h. auch für die "sonstigen Betreuungsgeschäfte" (vgl.

BGH, Urteil vom 13. Juli 1989 aaO). Der Auftrag im Sinne von § 29 Nr. 1 GNotKG ist daher eine Verfahrenshandlung (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2017 - V ZB 79/16, DNotZ 2017, 394 Rn. 12) und der Kostenanspruch des Notars ist öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1989 aaO).

- 13           (3) Auch aus dem Verfahrensrecht ergibt sich nicht, dass der Notarauftrag als Verfahrenshandlung wegen einer Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers unwirksam wäre und keinen Gebührenanspruch begründen könnte. Auf die Verfahrensfähigkeit des Auftraggebers kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Der Anwendungsbereich der für gerichtliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Regelung zur Verfahrensfähigkeit in § 9 Abs. 1 FamFG, die unter anderem auf die Geschäftsfähigkeit nach bürgerlichem Recht verweist, umfasst nach § 1 FamFG nicht das notarielle Verfahren. Aber auch eine entsprechende Anwendung der Regelung führte nicht zur Unwirksamkeit des Auftrags. Der Auftrag an den Notar wirkt als verfahrenseinleitende Handlung wie ein Antrag an das Gericht; auch kostenrechtlich sind diese gleichgestellt, § 4 GNotKG. Ein Prozessrechtsverhältnis wird allein durch die Erhebung der Klage begründet, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien prozessfähig sind (vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 1993 - V ZB 5/93, BGHZ 121, 397, 399 [juris Rn. 10]). Im gerichtlichen Verfahren wird daher die Klage einer Partei, deren Prozessunfähigkeit festgestellt wurde, nicht rückwirkend unwirksam, sondern als unzulässig abgewiesen (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 1999 - III ZR 306/98, BGHZ 143, 122, 126 f. [juris Rn. 19 f.]). Die Kostenregeln gelten dabei auch zu Lasten des Prozessunfähigen (vgl.



BGH, Beschluss vom 4. März 1993 aaO). Diesen Grundsätzen zur Entscheidungshaftung entspricht die Veranlasserhaftung des geschäftsunfähigen Auftraggebers.

14           (4) Eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf den Notarauftrag kommt nicht in Betracht. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsbeschluss vom 24. Juli 2024 - IV ZB 8/23, ErbR 2024, 935 Rn. 9).

15           Hier fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. § 29 Nr. 1 GNotKG übernimmt den Grundsatz der Antragstellerhaftung bzw. Auftraggeberhaftung aus § 2 Nr. 1 KostO, der für Gerichtsverfahren und Notarauftrag (§ 141 KostO) gleichermaßen galt (vgl. BT-Drucks.17/11471, S. 162). Eine inhaltliche Änderung der früheren Regelung, nach der die Kosten schuldet, wer die Tätigkeit "veranlasst" hat, war daher nicht beabsichtigt. Obwohl vor Erlass des GNotKG am 23. Juli 2013 die zur Kostenordnung ergangene Rechtsprechung, die eine Kostenhaftung des unerkannt geschäftsunfähigen Auftraggebers annahm (vgl. OLG München ZEV 2012, 109 [juris Rn. 10]; OLG Köln RNotZ 2001, 56, 57 f.; BayObLG MittBayNot 1991, 177 [juris Rn. 9 f.]; OLG Stuttgart Die Justiz 1990, 24 f.; KG DNotZ 1977, 500 [juris Rn. 13 f.]; OLG Frankfurt KostRspr KostO § 2 Nr. 17; LG Köln RNotZ 2005, 244 [juris Rn. 24]), bekannt war, sah der

Gesetzgeber keinen Anlass, eine entsprechende Ausnahme zugunsten Geschäftsunfähiger anzuordnen (vgl. Leiß in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht 3. Aufl. § 29 GNotKG Rn. 8).

- 16           Darüber hinaus sind auch die Situation des Geschäftsunfähigen, der vor Verpflichtungen durch privatrechtliche Willenserklärungen geschützt werden soll, und die des geschäftsunfähigen Auftraggebers eines Notars nicht miteinander vergleichbar. Nach den §§ 104 ff. BGB soll der Schutz Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger Vorrang vor den Interessen des Rechtsverkehrs haben, sodass dem Vertragspartner das Risiko der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zugewiesen wird. Die Rechtsunsicherheit, die sich aus der Unklarheit über die Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners ergeben kann, ist nach der Wertung des Gesetzes hinzunehmen (BGH, Urteil vom 21. April 2015 - XI ZR 234/14, BGHZ 205, 90 Rn. 19). Der Notar dagegen gehört nicht zum Rechtsverkehr in diesem Sinne, sondern wird als Amtsträger zur Erbringung einer öffentlich-rechtlichen Leistung in Anspruch genommen. Dabei soll, wie § 11 Abs. 1 BeurkG zeigt, der Notar nach Erteilung eines Auftrags - bereits als Teil seiner Amtstätigkeit - prüfen, ob einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, wenn dafür ein Anlass besteht. Erst die Überzeugung des Notars vom Fehlen der Geschäftsfähigkeit soll nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zur Ablehnung einer Beurkundung führen. Das notarielle Verfahren wird damit, in der Regel nachdem bereits kostenpflichtige Leistungen erbracht wurden, beendet. Der Einleitung des Verfahrens steht die mögliche Geschäftsunfähigkeit jedoch nicht entgegen.

- 17           (5) Der Charakter des Notarauftrags als Verfahrenshandlung, die eine Tätigkeit als Amtsträger veranlasst, umfasst nicht nur die Urkundstätigkeit, sondern auch die sonstige Betreuung auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1989 - III ZR 64/88, BGHZ 108, 268, 269 [juris Rn. 11]) und damit auch die Beratung der Beteiligten. Die fehlende Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB beruht nicht darauf, dass der Notar zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet ist, sondern darauf, dass das Kostenschuldverhältnis ohne Mitwirkung des Notars ohne weiteres zustande kommt (vgl. Otto, NotBZ 2024, 454, 457). Zwischen der Urkundstätigkeit, die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ohne ausreichenden Grund verweigert werden kann, und einer Beratung, deren Ablehnung im pflichtgemäßen Ermessen des Notars steht (vgl. Frenz/Miermeister/Hertel, BNotO 6. Aufl. § 24 Rn. 9), besteht daher für die Kostenhaftung eines geschäftsunfähigen Auftraggebers kein durchgreifender Unterschied.
- 18           c) Der Gebührenanspruch ist nicht erloschen und auch für eine Nichterhebung der Gebühren besteht kein Anlass.
- 19           aa) Der Gebührenanspruch des Notars ist nicht nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG wegen unrichtiger Sachbehandlung entfallen. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt 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. BGH, Beschluss vom 19. April 2023 - XII ZB 234/22, FamRZ 2023, 1148 Rn. 14 m.w.N.). Dies könnte in Betracht kommen, wenn der Notar bereits

bei Auftragserteilung die Geschäftsunfähigkeit erkannte oder hätte erkennen müssen und dennoch das Verfahren weiterführte. Anhaltspunkte für eine solche Erkennbarkeit sind hier aber weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Das Beschwerdegericht hat die Beteiligte als unerkannt geschäftsunfähig angesehen.

20           bb) Die Beteiligte konnte gegen den Kostenanspruch des Notars auch nicht wirksam mit einer Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO aufrechnen, wie sie dies hilfsweise geltend gemacht hat. Ob der Tatsachenvortrag der Beteiligten zutrifft, demzufolge der Rechtsanwalt, der sie in einem Betreuungsverfahren vertreten habe, in einer Bürogemeinschaft mit dem Notar tätig sei, kann dabei offenbleiben, da auch unter Zugrundelegung dieses Vortrags keine Amtspflichtverletzung wegen eines Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot nach § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG in Betracht kommt. Falls bereits ein Beurkundungsverfahren eingeleitet gewesen sein sollte, wäre jedenfalls die Beurkundung des Testaments, der Adoptionserklärungen oder der Vorsorgevollmacht der Beteiligten nicht dieselbe Angelegenheit wie das Betreuungsverfahren gewesen, mit dem der Rechtsanwalt befasst war. Der Begriff "derselben Angelegenheit" bedeutet, dass sich die außer-notarielle Tätigkeit und das notarielle Urkundsgeschäft auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt beziehen müssen (BGH, Beschluss vom 26. November 2012 - NotSt (Brfg) 2/12, DNotZ 2013, 310 Rn. 9). Die notarielle Amtshandlung der Beurkundung eines Testaments, einer Adoptionserklärung oder einer Vorsorgevollmacht betrifft aber nicht dieselben Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten der Beteiligten, die bereits Gegenstand der Tätigkeit des Rechtsanwalts im Betreuungsverfahren waren. Die Rechtssituation der Beteiligten in einem Betreuungsverfahren wird

durch die künftige Beurkundung der hier in Rede stehenden Erklärungen nicht unmittelbar berührt.

21

III. Die Sache ist nicht entscheidungsreif, da es für die Höhe des Gebührenanspruchs noch tatsächlicher Feststellungen zum Geschäftswert bedarf. Der Notar ist für die Berechnung des Geschäftswerts aufgrund der Angaben der unerkannt geschäftsunfähigen Beteiligten bei der Auftragserteilung von einem Vermögen in Höhe von 1.800.000 €, davon ca. 1 Mio. € Bargeld und Schmuck, ausgegangen, während die Beteiligte in den Vorinstanzen ihr Vermögen mit höchstens 1.050.000 €, davon 250.000 € Geldvermögen, beziffert und sich auf eine Finanzaufstellung ihrer Bank vom 17. März 2022 in Höhe von etwa 290.000 € sowie "offene Rechnungen in fünfstelliger Höhe" berufen hat. Dazu wird das Beschwerdegericht die notwendigen Feststellungen zu treffen haben.

Prof. Dr. Karczewski

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Bußmann

Dr. Bommel

Rust

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 08.06.2022 - 80 OH 153/21 -

KG Berlin, Entscheidung vom 19.03.2024 - 9 W 59/22 -