

2017, Kap. 7, Rn. 482; *Heckschen* ZIP 2015, 2049 [2062]; *Hermanns* MittBayNot 2016, 303 mwN; *Verse* ZeuP 2013, 458 [486]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [146 ff.]; wohl auch *Wachter* GmbHHR 2016, 738 [741]), sieht eine Bescheinigung des Wegzugsstaats vor, ob die Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Umwandlung bzw. Satzungsitzverlegung vorliegen und zwar nach Überprüfung des zuständigen Registers im Wegzugsstaat. Erst dann kann die grenzüberschreitende Umwandlung wirksam werden und können etwaige (Heilungs-)Wirkungen eintreten.

Der Senat hatte nicht zu klären, ob die Anwendung der Niederlassungsfreiheit die tatsächliche Ansiedelung der Sitzverlegenden Gesellschaft und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsstaat voraussetzt. Das ist mit dem EuGH (EuGH NZG 2012, 871 [873, Rn. 34]) und der hM zu bejahen (*Melchior* GmbHHR 2014, R305 [R306]; *Heckschen* ZIP 2015, 2049 [2062]; *Wicke* DStR 2012, 1756 [1758]; *Wöhlert/Degen*, GWR 2012, 432 [433]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [147]; *Wohlrab*, GPR 2012, 316 [317]; *Cranshaw* jurisPR-HaGesR 9/2016, Anm. 5; vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2.2.2012 mit Empfehlungen an die Kommission zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlegung von Unternehmenssitzen (P7_TA-PROV(2012)0019), wonach bei grenzüberschreitenden Verlegungen des Sitzungssitzes der Missbrauch von Briefkastengesellschaften zur Umgehung rechtlicher, sozialer und steuerlicher Bedingungen verhindert werden soll). Die Gesellschafter müssen dies in der Handelsregisteranmeldung versichern, das Registergericht hat dies zu überprüfen (Eckhardt/Hermanns/Piebler, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7, Rn. 481; *Wicke* DStR 2012, 1756 [1758]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [147] mwN). Auch dieser Umstand zeigt mit aller Deutlichkeit, dass die Auffassung des OLG Frankfurt a.M. zu § 202 UmwG nicht richtig sein kann, da man als Folge dieser Auffassung auf diese Voraussetzung verzichten könnte, solange nur das Register des Zuzugsstaats die Gesellschaft einträgt.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. ist in Bezug auf die Anwendung von § 202 UmwG so grundlegend falsch, dass zu erwarten ist, dass sie allein bleibt. Sollten die hier relevanten Fragen erneut einer obergerichtlichen Entscheidung unterliegen, bleibt dem dann zuständigen Gericht nur zu wünschen, sich eingehender mit dem europäischen Umwandlungsrecht zu befassen, als dies der Senat des OLG Frankfurt a.M. getan hat.

Notarassessor Dr. Johannes Hushahn, LL. M. (Cantab),
Düsseldorf

9. Kostenrecht – Zur Kostenhaftung für einen vom Makler angeforderten Vertragsentwurf

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.11.2016 – I-10 W 268/16)

GNotKG §§ 29 Nr. 1, 30 Abs. 1, 129 Abs. 1
BGB §§ 164, 177 Abs. 1
FamFG §§ 70, 84

1. Ob ein Makler, der bei einem Notar einen Vertragsentwurf erfordert, Auftraggeber im Sinne von § 29 Nr. 1 GNotKG und damit Schuldner der Notarkosten ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB.

2. Aus Sicht eines verständig denkenden Notars will ein Makler die einen Vertragsschluss vorbereitenden Tätigkeiten regelmäßig nicht im eigenen Namen veranlassen. Ein Handeln des Maklers im Namen der Vertragsparteien ergibt sich zumindest aus den Umständen, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB.
3. Bestellt ein Makler bei einem Notar einen Vertragsentwurf ohne ausdrückliche Ermächtigung im Namen eines Interessenten, kommt eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht. Für eine Genehmigung des Vertreterhandelns i.S.d. § 177 Abs. 1 BGB genügt indes ein Verhalten, das nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss darauf zulässt, als dass der Vertretene mit der Auftragserteilung an den Notar einverstanden war.

Zur Einordnung:

In der Praxis sind es häufig Makler, die den Notar mit dem Entwurf des von ihnen vermittelten Kaufvertrags beauftragen. Kommt es in der Folge nicht zur Beurkundung, stellt sich die Frage, wer für die Gebühr nach KV Nr. 21302 GNotKG einzustehen hat. In der nachstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich nun auch das OLG Düsseldorf wieder mit dieser Frage auseinanderzusetzen.

Gerade dann, wenn es nicht zu einer Beurkundung kommt, schuldet die Notarkosten nach § 29 Nr. 1 GNotKG vor allem derjenige, der den entsprechenden Beurkundungsauftrag erteilt, dem Notar also zu erkennen gegeben hat, dass in seinem Interesse eine bestimmte Beurkundung bzw. Entwurfserstellung erfolgen soll (Korintenberg/Gläser, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 29 Rn. 18). Die §§ 164 ff. BGB gelten insoweit entsprechend. Der Auftrag kann somit – ausdrücklich oder konkludent – auch im Namen eines anderen erklärt werden (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 9). Sofern ein Makler einen Entwurf für einen von ihm vermittelten Kaufvertrag anfordert, soll darin regelmäßig kein Handeln im eigenen Namen, sondern im Namen seines Auftraggebers liegen (OLG München MittBayNot 2015, 72; OLG Frankfurt a.M. RNotZ 2013, 563 mAnm Schriftleitung; OLG Dresden BeckRS 2003, 17815; LG Aachen BWNotZ 2011, 84 mAnm Schmitz; aA Korintenberg/Gläser, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 29 Rn. 10, der insoweit (auch) von einem eigenen Interesse des Maklers ausgeht). Handelt der Makler bei der Auftragserteilung mit entsprechender Vertretungsmacht, ist somit nur der Vertretene Kostenschuldner nach § 29 Nr. 1 GNotKG. Beauftragt der Makler den Notar dagegen ohne entsprechend bevollmächtigt zu sein, haftet der Vertretene nur dann für die Kosten, wenn er den Auftrag im Nachhinein genehmigt. Eine Genehmigung soll dabei insbesondere auch darin zu sehen sein, dass der vollmachtlos Vertretene den Entwurf entgegennimmt und Änderungswünsche gegenüber dem Notar äußert (OLG München MittBayNot 2015, 72), nicht jedoch darin, dass Änderungswünsche lediglich gegenüber dem Makler selbst geäußert werden (OLG Hamm NZM 2017, 156 [158]). Genehmigt der vollmachtlos Vertretene den Beurkundungsauftrag nicht, kommt – sofern er die vollmachtlose Vertretung nicht offengelegt hat – eine Haftung des Maklers nach § 179 BGB in Betracht (OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 74291; LG Kleve RNotZ 2002, 290; KG MittBayNot 2004, 141; LG Hannover JurBüro 2003, 147; Bor-

mann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 12).

Das OLG Düsseldorf schließt sich in seiner Entscheidung der Auffassung an, die davon ausgeht, dass der Beurkundungsauftrag eines Immobilienmaklers in Bezug auf ein von ihm vermitteltes Geschäft regelmäßig nicht im eigenen Namen erfolgt. Äußert ein Kaufinteressent gegenüber dem Notar Änderungswünsche, soll darin grundsätzlich eine Genehmigung der Auftragserteilung zu sehen sein (OLG München MittBayNot 2015, 72). Eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht kommt dann nicht mehr in Betracht.

Die Entscheidung liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung zu dem Thema. Sie zeigt, dass Makler – wollen sie einer drohenden Haftung nach § 179 BGB entgehen – sich immer ausdrücklich zur Erteilung eines Beurkundungsauftrags ermächtigen lassen und dies auch ausreichend dokumentieren sollten (*Gronstedt*, Anm. zu OLG Düsseldorf, NZM 2017, 155 [156]). Legt der Makler eine vollmachtlose Vertretung offen, sollte der Notar darauf hinwirken, dass noch vor der Entwurfserfertigung eine Genehmigung der Auftragserteilung erfolgt. Sollte es zu einer Kostenbeschwerde gegen eine gegenüber einem Vertragsbeteiligten bzw. einem Makler erhobene Gebühr nach KV Nr. 21302 GNotKG kommen, könnte zudem an eine Streitverkündung gedacht werden (vgl. Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 58 Rn. 86).

Die Schriftleitung (DH)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat Erfolg

I. Die Beschwerde ist gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Die Maklerin ist nicht Kostenschuldnerin der Notarin

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Beschwerdeführerin nicht Auftraggeberin im Sinne von § 29 Nr. 1 GNotKG und damit auch nicht Kostenschuldnerin der Notarin.

Ob der Makler Kostenschuldner ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB

Die Beschwerdeführerin hat die Notarin mit der Entwurfserfertigung beauftragt. Die Frage, ob sie angesichts dessen auch Kostenschuldnerin ist oder ob ggf. lediglich ein Dritter als Kostenschuldner anzusehen ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der §§ 164 ff. BGB (vgl. Senat, I-10 W 22/14, Beschluss vom 11. März 2014; OLG Frankfurt, 20 W 273/12, Beschluss vom 4. Juli 2013, juris Rn. 14; OLG Köln, 2 Wx 53/91, Beschluss vom 3. April 1992, juris Rn. 14.). Bestellt ein Makler bei einem Notar einen Vertragsentwurf ohne ausdrückliche Ermächtigung im Namen eines Interessenten, kommt eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht (Senat, a.a.O.).

Beauftragt ein Makler den Notar mit der Erstellung eines Kaufvertragsentwurfs, handelt er regelmäßig im Namen der Beteiligten

Die Beschwerdeführerin hat vorliegend nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Kaufvertragsparteien gehandelt. Dies ergibt sich jedenfalls aus den Umständen, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. Aus Sicht eines verständigen denkenden Notars will ein Makler die einen Vertragsschluss vorbereitenden Tätigkeiten nicht im eigenen Namen veranlassen. Der Notar, der weiß, dass der Makler den beabsichtigten Vertrag nur vermitteln soll, kann nicht erwarten dass er für die Notarkosten haften will (Senat, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O., juris Rn. 15; OLG Dresden, 3 W 231/03, Beschluss vom 29. August 2003, juris Rn. 7). Denn grundsätzlich haftet für die Kosten des Notars gemäß § 30 Abs. 1 GNotKG nur der, dessen Erklärung beurkundet werden soll. Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass in der Regel nur die Vertragsparteien ein Interesse am Vertragsschluss und damit an der Beurkundung haben. Zwar sind Ausnahmen denkbar; die Kostenschuld eines Dritten bedarf indes einer besonderen Rechtfertigung (Senat, a.a.O.; OLG Dresden, a.a.O., juris Rn. 5). Hierfür wäre im Streitfall erforderlich, dass das Verhalten der Maklerin für die Notarin als Empfängerin der Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss zuließ, sie verlange ausnahmsweise den Entwurf der Vertragsurkunde für sich, etwa um diesen selbst in weiteren Verhandlungen für sich nutzbar zu machen (vgl. Senat, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O., juris Rn. 15). Hierfür bestanden vorliegend jedoch auch auf der Grundlage des Vorbringens der Notarin keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass die Beschwerdeführerin bereits zuvor mehrfach bei der Notarin Kaufvertragsentwürfe – und zwar stets im Namen der Kaufvertragsparteien – in Auftrag gegeben hatte.

In den Korrekturwünschen des Kaufinteressenten ist eine Genehmigung der Auftragserteilung zu sehen

Ob die Beschwerdeführerin über die erforderliche Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) verfügte, als sie die Fertigung des Vertragsentwurfs in Auftrag gab, kann dahinstehen. Denn nach der Aussage des vorliegend als Käufer avisierten Zeugen P. hat dieser von der Notarin einen Vertragsentwurf erhalten, in dem er als iranischer Staatsangehöriger aufgeführt war; sodann ist er mit der Notarin in Verbindung getreten und hat unter Übermittlung seiner Kontaktdaten korrigierend mitgeteilt, dass er aus Mazedonien stamme. Dieses Verhalten des Kaufinteressenten, das von der Notarin nicht in Abrede gestellt wird, lässt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte keinen anderen Schluss zu, als dass der Kaufinteressent mit der Auftragserteilung an die Notarin einverstanden war (vgl. Senat, a.a.O.; LG Aachen, 2 T 228/10, Beschluss vom 27. Januar 2011, juris Rn. 12). Durch sein Verhalten hat der Kaufinteressent die Auftragserteilung an die Notarin in Bezug auf die Fertigung des Kaufvertragsentwurfs mithin i.S.d. § 177 Abs. 1 BGB genehmigt. Zutreffend weist die Notarin im Beschwerdeverfahren darauf hin, dass ein Interesse der Beteiligten, nicht „unnötig“ mit Kosten belastet zu werden, bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben hat. ■