

**Dokumentnummer:** 3zbr258\_04  
**letzte Aktualisierung:** 21.06.2005

**BayObLG**, 21.06.2005 - 3Z BR 258/04

GmbHG § 5; BeurkG § 17; KostO § 16

**Leistung von Sacheinlagen bei GmbH-Gründung durch Dritte; Hinweispflicht des Notars auf billigere, gleich sichere Gestaltungsmöglichkeit**

**1. Sacheinlagen an eine GmbH können auch durch Dritte, die nicht Gründungsgesellschafter sind, geleistet werden.**

**2. Zur Pflicht des Notars, die Beteiligten über eine gebührengünstigere Gestaltung des Geschäfts zu informieren.**



## **Bayerisches Oberstes Landesgericht**

# **BESCHLUSS**

Der 3. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat unter Mitwirkung des Vizepräsidenten Sprau sowie des Richters am Bayerischen Obersten Landesgericht Dr. Knittel und des Richters am Oberlandesgericht Wimmer

am 21. Juni 2005  
in der Kostensache

betreffend die Kostenrechnungen des Notars

auf die weitere Beschwerde der Beteiligten

b e s c h l o s s e n :

- I. Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten wird der Beschluss des Landgerichts Aschaffenburg vom 12. Oktober 2004 aufgehoben.
- II. Die Sache wird zu erneuter Behandlung und Entscheidung an das Landgericht Aschaffenburg zurückverwiesen.
- III. Der Geschäftswert für das Verfahren der weiteren Beschwerde wird auf 13.838 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Die Beteiligten zu 1 und 2, die Städte A und B, waren ebenso wie die Stadt C Mitglieder des Energiezweckverbands, eines kommunalen Zweckverbands zur Stromversorgung. Mit notarieller Urkunde des beteiligten Notars vom 5.8.1999 gründeten der Energiezweckverband und die Überlandwerk AG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma E. GmbH. Von dem Stammkapital der neu gegründeten GmbH in Höhe von 1 Mio. € übernahm der Energiezweckverband als Gesellschafter eine Stammeinlage in Höhe von 711.000 €, die dadurch erbracht wurde, dass der Energiezweckverband mit notariellem Vertrag vom selben Tag seinen Stromversorgungs-Eigenbetrieb mit allen Aktiva und Passiva als Sacheinlage in die GmbH einbrachte.

In § 4 Ziff. 3 der GmbH-Satzung wurde festgehalten, dass die am Energiezweckverband beteiligten Gemeinden beabsichtigten, denselben zu liquidieren und die vom Energie-

zweckverband übernommene Stammeinlage entsprechend ihrer Beteiligung am Vermögen des Zweckverbandes unter sich aufzuteilen. Mit privatschriftlichem Konsortialvertrag vom 5.8.1999 vereinbarten die Beteiligten zu 1 und 2, die Stadt C sowie die Überlandwerk AG und der Energiezweckverband unter Ziff. 2 Folgendes:

„Gesellschafter der E. GmbH wird der Energiezweckverband. Im Falle der Auflösung des Energiezweckverbands wird dieser als Gesellschafter in der E. GmbH durch die Städte A, B und C ersetzt. Danach ergeben sich folgende Kapitalanteile an der E. GmbH:  
Stadt A 26,52 %, Stadt B 34,34 %, Stadt C 10,24 % und Überlandwerk AG 28,90 %.“

Im Oktober 1999 beschloss die Verbandsversammlung die Auflösung des Energiezweckverbands mit Wirkung zum 31.12.1999. Das Vermögen des Energiezweckverbandes bestand im Zeitpunkt seiner Auflösung im Wesentlichen aus dem Gesellschaftsanteil an der E. GmbH.

Mit notarieller Urkunde des beteiligten Notars vom 24.10.2001 wurde unter Bezugnahme auf § 4 der Satzung der E. GmbH die Abtretung des Gesellschaftsanteils des Energiezweckverbands gemäß den Prozentanteilen aus dem Konsortialvertrag vom 5.8.1999 an die Beteiligten zu 1 und 2 und die Stadt C abgetreten.

Hierfür stellte der beteiligte Notar den drei Gemeinden zunächst unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 711.000 € (Nennbetrag des abgetretenen GmbH-Geschäftsanteils) Kosten von insgesamt 5.230,44 DM in Rechnung. Mit den streitgegenständlichen Kostenrechnungen vom 30.11.2001 stellt der beteiligte Notar den Beteiligten zu 1 und 2 sowie der Stadt C im Wege des berichtigen Kostenansatzes für die Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung nunmehr unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts in Höhe von 11.226.363 DM (entsprechend dem Wert des abgetretenen Geschäftsanteils auf der Basis der Einbringungsbilanz) Notarkosten in Höhe von insgesamt 37.072,44 DM in Rechnung, darunter der Beteiligten zu 2 einen Betrag von

17.794,77 DM (noch zu zahlender Restbetrag: 7.814,67 €) und der Beteiligten zu 1 einen Betrag von 13.716,80 DM (noch zu zahlender Restbetrag: 6.023,81 €).

Gegen die genannten Notarkostenrechnungen wurden von den Beteiligten zu 1 und 2 und der Stadt C gegenüber dem beteiligten Notar Einwendungen erhoben. Der beteiligte Notar beantragte hierzu die Entscheidung des Landgerichts gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO. Ergänzend beantragte er, den Beteiligten aufzugeben, die ausstehenden Kosten nebst Zinsen - ab dem 1.1.2002 5 % Verzugszins über dem Basiszinssatz - zu zahlen. Bezüglich der Stadt C, die im Laufe des Verfahrens die sie betreffende Notarkostenrechnung bezahlte, nahm der beteiligte Notar seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurück.

Die Beteiligten zu 1 und 2 begründeten ihre Einwendungen gegen die Kostenrechnung unter anderem damit, dass die Gesellschaftsanteilsübertragung bereits bei der Gründung der GmbH mitbeurkundet hätte werden können. Eine Beurkundung der Gesellschaftsanteilsübertragung sei auch überflüssig gewesen, weil es zu einem gesetzlichen Übergang des Vermögens an die Beteiligten nach Art. 46 Abs. 3 des Bayerischen Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (KommZG) gekommen sei. Die Gebühren seien außerdem unverhältnismäßig hoch.

Nach Anhörung der Beteiligten sowie der Präsidentin des Landgerichts hat das Landgericht die Beschwerde mit Beschluss vom 12.10.2004 zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde erstreben die Beteiligten die Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und der Kostenrechnungen des beteiligten Notars.

## II.

Die gemäß § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache

an das Landgericht, weil die Notarkasse bisher keine Gelegenheit hatte, zu der zur Überprüfung stehenden Angelegenheit Stellung zu nehmen, und weil das Landgericht in dem angegriffenen Beschluss nicht hinreichend geprüft hat, ob ein Schadensersatzanspruch der beteiligten Städte der Geltendmachung des Kostenanspruchs durch den beteiligten Notar entgegensteht.

1. In einem Beschwerdeverfahren zur Überprüfung der Kostenberechnung eines Notars (§ 156 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 6 Satz 1 KostO) muss der Notarkasse (§ 113 Abs. 1 BNotO) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (BayObLGZ 2003, 190/191), sofern sich diese noch nicht hat äußern können. Dies gilt auch, wenn ein Schwerpunkt des Verfahrens - wie hier - bei der Frage des Bestehens einer Gegenforderung liegt (Senatsbeschluss vom 17.3.2004, 3Z BR 32/04). Diese Beteiligung ist im vorliegenden Verfahren nicht erfolgt.

2. Das Landgericht hat in dem angegriffenen Beschluss im Übrigen auch nicht hinreichend geprüft, ob ein Schadensersatzanspruch der Beteiligten der Geltendmachung des Kostenanspruchs durch den beteiligten Notar entgegensteht.

Im Verfahren der Notarkostenbeschwerde ist auch über Einwendungen zu entscheiden, die aus einer behaupteten Pflichtverletzung des Notars oder aus dem Fehlen der rechtlichen Wirksamkeit des beurkundeten Geschäfts hergeleitet werden (BGH Rpfleger 1967, 140 f.). Hat der Notar durch die Beurkundung eines Geschäfts eine schuldhafte Amtspflichtverletzung begangen, macht der daraus resultierende Schadensersatzanspruch des Beteiligten (in Höhe der Kostenforderung des Notars) die in der Geltendmachung des Kostenanspruchs liegende Rechtsausübung unzulässig (BayObLG FGPrax 1998, 195/196).

Der Notar ist grundsätzlich verpflichtet, von mehreren Gestaltungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen die billigste zu wählen. Er darf einen höhere Kosten verursachenden Weg wählen, wenn dieser sicherer und sachdienlicher ist. Hierbei ist

seinem pflichtgemäßen Ermessen ein weiter Spielraum eingeräumt (BayObLG JurBüro 1985, 1851/1853). Stehen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl, so hat der Notar auf die billigere hinzuweisen, wenn diese eine für den angestrebten Erfolg angemessene und in gleicher Weise sichere und zweckmäßige rechtliche Form darstellt (BayObLGZ 2000, 260/262).

a) Das Landgericht hat zwar zutreffend ausgeführt, dass die der Kostenrechnung zugrunde liegende Übertragung der Geschäftsanteile an die beteiligten Gemeinden der notariellen Beurkundung bedurfte.

aa) Es lag kein Fall einer Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes vor.

Nach der Systematik von Art. 46 KommZG erfolgt die Auflösung eines Zweckverbandes grundsätzlich durch Beschluss der Verbandsversammlung (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 KommZG) und führt zu einer Liquidation gemäß Art. 47 Abs. 1 Satz 1 KommZG. Ausnahmsweise ist ein Zweckverband (auch ohne Beschluss der Verbandsversammlung) aufgelöst, wenn seine Aufgaben durch ein Gesetz oder aufgrund einer besonderen gesetzlichen Regelung vollständig auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts übergehen oder wenn er nur noch aus einem Mitglied besteht (Art. 46 Abs. 3 KommZG). In diesem Fall kommt es grundsätzlich ebenfalls zu einer Liquidation, es sei denn, dass Gesamtrechtsnachfolge eingetreten ist (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 KommZG), z.B. wenn der Zweckverband nur noch aus einem Mitglied besteht und dieses Mitglied an die Stelle des Zweckverbands tritt (Art. 46 Abs. 3 Satz 2 KommZG).

Im vorliegenden Fall liegt keine der Fallkonstellationen von Art. 46 Abs. 3 KommZG vor. Die kommunale Aufgabe der Energieversorgung geht hier weder durch Gesetz noch aufgrund einer besonderen gesetzlichen Regelung vollständig auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts über. Vielmehr haben die am Zweckverband beteiligten Städte durch eigene Willensbildung beschlossen, die ihnen grundsätzlich obliegende kommunale Aufgabe der Energieversorgung statt mit dem Zweckverband in Zukunft

mit Hilfe einer privatrechtlichen GmbH zu erfüllen. Eine vereinbarte Aufgabenübertragung mit Übergang der vollständigen Aufgaben des Zweckverbands setzt in jedem Fall neben der notwendigen Vereinbarung mit dem Übernehmer der Aufgaben einen genehmigten Auflösungsbeschluss gemäß Art. 46 Abs. 1 und 2 KommZG voraus (Hauth/Hillermeier/Bonengel Verwaltungsgemeinschaft und Zweckverbände Art. 46 KommZG Anm. 5 unter Hinweis auf die amtliche Begründung des Änderungsgesetzes zum KommZG 1994). Im Übrigen käme es auch bei einer gesetzlichen Aufgabenübertragung nur dann zu einer Gesamtrechtsnachfolge, wenn in dem entsprechenden Gesetz auch diese Frage entsprechend geregelt wäre (ähnlich wie in Art. 46 Abs. 3 Satz 2 KommZG). Eine solche Vorschrift, die etwa auch einen Maßstab zur Aufteilung des Verbandsvermögens enthalten müsste, ist hier nicht ersichtlich. Dementsprechend hatte die Auflösung des Zweckverbandes zum 31.12.1999 zur Folge, dass der Zweckverband nach der Auflösung seine Geschäfte abzuwickeln hatte (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 KommZG).

bb) Die Abtretung des Geschäftsanteils des Zweckverbands an die Beteiligten im Rahmen der Abwicklung bedurfte danach der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG. Es handelt sich insoweit um eine zwingende Regelung. Sie gilt für jede Veräußerung unter Lebenden mit Ausnahme des Übergangs des Anteils kraft Gesetzes, kraft Hoheitsaktes oder bei Anwachsung (Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG 17. Aufl. § 15 Rn. 20, 23, 26). § 15 Abs. 3 GmbHG gilt damit auch für öffentlich-rechtliche Körperschaften. Die genannten Ausnahmefälle greifen im vorliegenden Fall nicht ein.

b) Das Landgericht hat auch zutreffend ausgeführt, dass es rechtlich möglich gewesen wäre, den Geschäftsanteil des Zweckverbandes zugleich mit der GmbH-Gründung an die drei beteiligten Gemeinden abzutreten. Diese Möglichkeit hätte aber nicht zu niedrigeren Notarkosten geführt, weil es sich um verschiedene Gegenstände im Sinn von § 44 Abs. 2 KostO handelt (vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke KostO 16. Aufl. § 44 Rn. 176; Assenmacher/Mathias KostO 15. Aufl. „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ 8.1).

c) Nicht hinreichend geprüft wurde aber, ob nicht durch eine andere Vertragsgestaltung Beurkundungskosten hätten vermieden werden können. In Betracht kam hier die Möglichkeit, bei der Gründung der GmbH von vornherein die beteiligten Städte anstelle des Zweckverbandes als Gesellschafter vorzusehen. Die Sacheinlage in Form des Eigenbetriebs, für die in jedem Fall Kosten anfielen, konnte auch durch den Zweckverband als Leistung eines Dritten auf die Sacheinlagenschuld der beteiligten Städte im Sinne von § 267 BGB erbracht werden. Übertragen auf die Gesellschaft kann das Einzubringende nicht nur der einlagepflichtige Gründer selbst, sondern auch jeder sonst hierzu berechnigte Dritte (vgl. Priester/Heinrich Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 3 GmbH § 9 Rn. 18; Michalski/Zeidler GmbHG § 5 Rn. 72).

Dass diese Möglichkeit bestand, war - wie etwa der Schriftsatz der Beteiligten zu 1 vom 16.10.2002 unter I 1 im ersten Absatz zeigt - offenbar zunächst nicht bekannt. Für den beteiligten Notar war aus § 4 Ziff. 3 der von ihm beurkundeten GmbH-Satzung und - soweit ihm damals bekannt - auch aus Ziff. 2 des Konsortialvertrags eindeutig erkennbar, dass im Ergebnis die beteiligten Städte an der zu gründenden GmbH auf Dauer beteiligt sein sollten. Es ist zwar durchaus denkbar, dass für die von den Beteiligten gewählte Gestaltung sachliche Gründe vorhanden waren. Auf der Basis der bisherigen Aktenlage spricht aber viel dafür, dass die beteiligten Städte bei entsprechendem Hinweis durch den Notar eine solche, für sie wohl erheblich günstigere Lösung gewählt hätten und dass sich auch die anderen an der Gründung Beteiligten dem nicht widersetzt hätten.

Das Landgericht hätte insoweit den Sachverhalt noch ergänzend aufklären müssen (§ 12 FGG). Zwar obliegt den beteiligten Städten eine Darlegungs- und Substantiierungspflicht. Wenn der Kostenschuldner mit dem Einwand der Pflichtverletzung des Notars eine Materie in ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verlagert, die, soweit das Bestehen von Schadensersatzansprüchen in Frage steht, grundsätzlich in das allgemeine Streitverfahren gehört, darf dies nicht dazu führen, dass sich der Kosten-

schuldner auf diese Weise den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises bedient (§ 12 FGG), ohne das Kostenrisiko tragen zu müssen, das ihn im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Notar träfe (§ 91 ZPO im Gegensatz zu § 156 Abs. 5 KostO). Deshalb treffen ihn hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten (vgl. BayObLG, Beschluss vom 1.10.2004, 3Z BR 129/04; OLG Hamm FGPrax 2004, 49/50). Durch einen entsprechenden Aufklärungsbeschluss hätte das Landgericht auf eine Substantiierung hinwirken müssen, nachdem die Beteiligten vorgetragen hatten, durch eine andere Gestaltung der Beurkundung wären geringere Kosten angefallen.

### III.

Für den weiteren Verfahrensgang wird auf Folgendes hingewiesen:

1. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass das Schreiben des beteiligten Notars vom 13.6.2002 an das Landgericht als Antrag des Notars auf Entscheidung durch das Landgericht gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO zu behandeln ist und dass im Hinblick auf die ursprünglich beteiligte Stadt C eine wirksame Antragsrücknahme erfolgt ist.
2. Sofern letztlich ein Schadensersatzanspruch der beteiligten Städte gegen den Notar - wie unter II. 2 c skizziert - bejaht würde, käme es auf die Höhe der Notargebühren im vorliegenden Fall nicht an, weil diese Gebühren - unabhängig von ihrer Höhe - als Schaden anzusehen wären. Die Ausführungen des Landgerichts zur Höhe der Notarkosten werden ohnehin im Verfahren der weiteren Beschwerde nicht mehr angegriffen. Auch aus der Sicht des Senats sind die Ausführungen des Landgerichts zu § 38 Abs. 2 Nr. 6d KostO und zu § 36 Abs. 2 KostO sowie zum zugrunde gelegten Geschäftswert im Übrigen nicht zu beanstanden.

Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates v. 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital i.d.F. der Richtlinie 85/303/EWG des Rates v. 10.6. 1985 in der Auslegung der Entscheidung der 6. Kammer des EuGH vom 21. März 2002 (DNotZ 2002, 389) betrifft nur die Tätigkeit beamteter Notare, deren Gebühren teilweise dem Staat zufließen. Sie ist nicht auf die in Bayern tätigen selbständigen Nurnotare übertragbar (vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 2002, 1431 zu der insoweit identischen Sachlage bei Anwaltsnotaren).

3. Soweit der beteiligte Notar - ohne förmlich (Anschluss-)Beschwerde einzulegen - im Verfahren der weiteren Beschwerde beantragt, auch seinen Zinsanspruch für begründet zu erklären, schließt sich der Senat den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts zu diesem Punkt an.

#### IV.

Die Festsetzung des Geschäftswerts der weiteren Beschwerde beruht auf § 31 Abs. 1 Satz 1, § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO.

Sprau

Dr. Knittel

Wimmer

Stichwort

GmbHG § 5

1. Sacheinlagen an eine GmbH können auch durch Dritte, die nicht Gründungsgesellschafter sind, geleistet werden.
2. Zur Pflicht des Notars, die Beteiligten über eine gebührengünstigere Gestaltung des Geschäfts zu informieren.

BayObLG, 3. Zivilsenat  
Beschluss vom 21.6.2005  
3Z BR 258/04