



# Kammergericht

## Beschluss

Geschäftsnummer: 1 W 7349/00  
82 T 681/99 Landgericht Berlin II

In der Notarkostensache

des Notars Dr. D■■■■ S■■■■ ,  
F■■■■■■■■■■ 71, ■■■■■■■■ ,

Beteiligte:

1. B■ ! S■■■ GmbH Handel mit B■■■■■■■■ und  
N■■■■■■■ i.Gr. und L.,  
vertreten d.d. gerichtlich bestellte Liquidatorin  
U■■■■ P■■■ ,
2. B■ ! G■■■ G■■■ Großhandel mit B■■■■■■■■ und  
N■■■■■■■ i.Gr. und L.,  
vertreten d.d. gerichtlich bestellte Liquidatorin  
U■■■■ P■■■ ,

beide geschäftsansässig S■■■■■■■■■■ 87,  
■■■■■■■■ ,

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte B■■■ , P■■■■ & P■■■■ GbR,  
U■■■ d■ L■■■■ 12, ■■■■■■■■ , -

hat der 1. Zivilsenat des Kammergerichts auf die weitere Beschwerde der Beteiligten gegen den Beschluss der Kammer 82 des Landgerichts Berlin vom 19. Juli 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Sieveking, die Richterin am Kammergericht Dr. Rasch und den Richter am Kammergericht Dr. Mütter in der Sitzung vom 18. Mai 2004 beschlossen:

In Änderung des angefochtenen Beschlusses wird die Kostenberechnung des Notars vom 13. Oktober 1998 zu UR-Nr. DS■■■■■ auf 6.133,96 DM (3.136,24 EUR) herabgesetzt.

Die weitergehende weitere Beschwerde wird nach einem Wert von 6.133,96 DM zurückgewiesen.

### **Gründe:**

I.

Der Notar beurkundete am 9. Oktober 1998 unter seiner UR.-Nr. DS ■■■■ die Gründung der B■ !AG A■■■■■■■■■■ (Bl. 13 d.A.) sowie unter der Ur.-Nr. DS ■■■■ die Niederschrift über die Sitzung des ersten Aufsichtsrates der Gesellschaft (Bl. 35 d.A.). Darüber hinaus beurkundete er am gleichen Tag unter der UR.-Nr. DS ■■■■ (Bl. 77 d.A.) die Gründung zweier GmbHs (im Folgenden: die Beteiligten), deren Alleingesellschafterin die zuvor gegründete Aktiengesellschaft sein sollte. Für die Gründung der Beteiligten und die Beschlüsse zur Bestellung der Geschäftsführer stellte er diesen mit einer Kostenberechnung vom 13. Oktober 1998 insgesamt 8.129,16 DM (Bl. 72 d.A.) in Rechnung.

Nachdem die Beteiligten die Zahlung der Kostenberechnung verweigerten, weil die Gründungen ihrer Auffassung nach nicht zur Anmeldung in das Handelsregister geeignet waren, hat der Notar gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO den Antrag auf Überprüfung der Kostenrechnung gestellt. Das Landgericht hat die Kostenberechnung mit dem Beschluss

vom 19. Juli 2000 (Bl. 171aff. d.A.) bestätigt. Gegen diesen Beschluss, der ihnen am 25. August 2000 zugestellt worden ist, haben die Beteiligten mit einem am 5. September 2000 eingegangenen Schriftsatz die zugelassene weitere Beschwerde eingelegt.

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig, insbesondere innerhalb der Frist von einem Monat nach § 156 Absatz 2 Satz 1 KostO eingegangen. Sie hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Das Landgericht hat insoweit im Wesentlichen ausgeführt: Die Kostenberechnung, nach der unter anderem für die Gründung der beiden Beteiligten jeweils doppelte Beurkundungsgebühren nach § 36 Absatz 2 KostO angesetzt wurden, sei fehlerfrei erfolgt. Es sei auch keine Befreiung von der Begleichung der Kostenberechnung nach § 16 KostO eingetreten. Eine unrichtige Sachbehandlung sei nicht ersichtlich. Dass die Eintragung der Beteiligten in das Handelsregister offensichtlich ausscheiden musste sei nicht erkennbar. Das Vorbelastungsverbot gelte auch für die Aktiengesellschaft nicht mehr. Ein Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsregeln sei jedenfalls nicht ohne weiteres eindeutig zu erkennen. Den Beteiligten stünde auch kein Schadensersatzanspruch nach § 19 Absatz 1 BNotO zur Seite, den sie ihrer Kostenschuld entgegenhalten könnten. Eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Notars sei nicht gegeben. Durch die Übernahme der Einlageverpflichtungen bei den Beteiligten durch die gerade neu gegründete Aktiengesellschaft sei keine Verletzung des § 36 Absatz 2 Satz 1 letzter Teilsatz AktG eingetreten. Die freie Verfügung des Vorstands über das Vermögen sei nicht verloren gegangen. Auch das Prinzip der wertgleichen Deckung sei nicht verletzt worden. Denn die GmbHs seien nicht weniger wert gewesen als das eingebrachte Stammkapital. Auch die Tatsache, dass die Gründungskosten nicht in deren Wert eingingen, ändere nichts. Angesichts der Gesamthöhe des aufzubringenden Kapitals sei nicht davon auszugehen, dass die Aktionäre diesen Betrag nicht auch noch aufgebracht hätten. Ein Verstoß gegen die Nachgründungsvorschriften habe ebenfalls nicht vorgelegen.

2. Diese Ausführungen halten einer Überprüfung nur teilweise stand.

a) Das Landgericht ist allerdings zu Recht von einer Zulässigkeit des von dem Notar nach § 156 Absatz 1 Satz 3 KostO eingebrachten Antrags ausgegangen. Insbesondere sind

die Beteiligten als beteiligungsfähig anzusehen. Für das Verfahren der weiteren Beschwerde ergibt sich dies schon daraus, dass das Landgericht sie als Kostenschuldner angesehen hat und damit von ihrer Beteiligungsfähigkeit ausgegangen ist. Die Beteiligungsfähigkeit ist aber auch für den Antrag nach § 156 Absatz 1 Satz 3 KostO zu bejahen, so dass dieser Antrag nicht als unzulässig zurückzuweisen war. Das von den Antragsgegnerinnen geltend gemachte Vorbelastungsverbot bei der Aktiengesellschaft, die als alleinige Gründerin aufgetreten ist, würde allerdings bei seinem Bestehen dazu führen, dass den bei der Gründung der Antragsgegnerinnen für die Vor-AG handelnden Vorstandsmitgliedern die Vertretungsmacht gefehlt hätte, weil hier eine Bargründung vorlag (vgl. dazu Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 41 Rn. 12; Barz in Großkommentar zum AktG, 3. Aufl., § 41 Anm. 12). Dann aber wären sie bei den Gründungen als vollmachtlose Vertreter aufgetreten, so dass diese als einseitige Rechtsgeschäfte gemäß § 180 Satz 1 BGB nichtig wären. Dem stünde auch § 2 Absatz 1 GmbHG nicht entgegen, denn trotz des Wortlautes der Norm, der von einem Vertragsschluss spricht, stellt die Gründung einer GmbH durch eine Person ein einseitiges Rechtsgeschäft dar (näher LG Berlin, GmbHR 1996, 123; Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl., § 1 Rn. 34; Lutter/Hommelhoff, § 2 Rn. 15). Das angenommene Vorbelastungsverbot besteht aber nicht, denn es ist durch die von der Rechtsprechung entwickelte Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung ersetzt worden (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 133ff. = NJW 1981, 1373; Urteil vom 24. Oktober 1988, II ZR 176/88, BGHZ 105, 300 = NJW 1989, 710; BGH, Urteil vom 27. Januar 1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507). Der Bundesgerichtshof hat insoweit zwar noch nicht entschieden, ob diese für die GmbH geltende Rechtsprechung auch für die Aktiengesellschaft Anwendung findet (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1992, II ZR 263/91, BGHZ 119, 177, 186 = NJW 1992, 3300). Dies ist aber aufgrund der strukturellen Gemeinsamkeiten beider Gesellschaftsformen zu bejahen (vgl. näher Lutter, NJW 1989, 2649). Dem stehen auch nicht die von den Regelungen des GmbH-Gesetzes abweichenden Regelungen der §§ 27 Abs. 1, 41 Abs. 2, 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 S. 1 und 5 AktG entgegen. Denn diesen Vorschriften lässt sich jedenfalls nach der Neufassung des Aktienrechtes durch den Gesetzgeber 1965 kein Vorbelastungsverbot mehr entnehmen (vgl. im Einzelnen Henze, Aktienrecht Höchstrichterliche Rechtsprechung, 5. Aufl., Rn. 101; im Ergebnis ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Dezember 1997, 1 U 170/97, ZIP

1998, 1961, 1963; Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 41 Rn. 12; Pentz in Münchener Kommentar, AktG, § 41 Rn. 113; Höfeld in Anwaltskommentar Aktienrecht, § 41 Rn. 14).

Daraus folgt, dass auch eine Aktiengesellschaft bereits als Vorgesellschaft Gründerin einer anderen Gesellschaft sein kann (vgl. etwa Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 2 Rn. 10; Heider in Münchener Kommentar, AktG, § 2 Rn. 17; zur GmbH: Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., § 1 Rn. 30; Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl., § 2 Rn. 53). Denn sie kann sich wegen des Wegfalls des Vorbelastungsverbots bereits wirksam zur Leistung einer Einlage verpflichten. Auch die zur Gründung einer Kapitalgesellschaft erforderliche Handlungsfähigkeit ist zu bejahen (zur GmbH näher: Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., § 1 Rn. 30). Sonstige Gründe, die im vorliegenden Fall zu einer Nichtigkeit der Gründung der Antragsgegnerinnen führen könnten, zeigt die weitere Beschwerde nicht auf. Sie sind auch nicht ersichtlich.

Die wirksam gegründeten Antragsgegnerinnen können somit Kostenschuldner und damit Beteiligte im Kostenstreitverfahren sein. Allerdings sind sie mangels Eintragung Gesellschaften in Gründung geblieben, die sich nunmehr in Liquidation befinden.

b) Das Landgericht ist auch zu Recht von einer grundsätzlichen Zahlungspflicht der Beteiligten ausgegangen. Sie sind zwar nicht aufgrund der im jeweiligen § 11 ihrer Gesellschaftsverträge übernommenen Pflicht zur Tragung der Gründungskosten als Kostenschuldner anzusehen. Denn diese Regelungen wirken grundsätzlich nur gegenüber ihrer Gründerin und sind zudem erst mit ihrer Gründung getroffen worden. Da die Beteiligten sich gegen ihre Inanspruchnahme als Kostenschuldner an sich nicht wenden, ist aber von ihrer Haftung als Übernahmeschuldner nach § 141 i.V.m. § 3 Nr. 2 KostO auszugehen.

c) Die Kostenpflicht entfällt nicht nach § 16 Absatz 1 Satz 1 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung. Eine unrichtige Sachbehandlung liegt nämlich nur dann vor, wenn ein offen zu Trage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 29. August 1975, 1 W 1043/74, DNotz 1976, 434 = Rpfleger 1976, 29; Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedke, § 16 Rn. 2 mwN; ebenso zu dem vergleichbaren § 7 GKG a.F. BGH, Beschluss vom 24. September 1962, VII ZR 20/62, NJW 1962, 2107).

Ein solcher Fall kommt zwar dann in Betracht, wenn der beurkundete Vertrag nichtig ist (vgl. LG Darmstadt, Beschluss vom 14. Oktober 1974, 5 T 671/73, JurBüro 1974, 1558; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30. August 1994, 10 W 93/94, DNotl-Report 1994, Nr. 22 S. 7 (LS); Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedke, § 16 Rn. 2 mwN). Die von dem Notar beurkundeten Verträge sind aber nicht nichtig (siehe oben a)). Eine unrichtige Sachbehandlung ergibt sich auch nicht aus einem Verstoß gegen § 27 Absatz 3 Satz 1 AktG oder die Vorschriften über eine Nachgründung gemäß § 52 Absatz 1 Satz 2 AktG. Davon abgesehen, dass die nach diesen Vorschriften eintretende Unwirksamkeit geheilt werden könnte, der Eintragung der Beteiligten also nicht von vornherein entgegenstünde, sind die Regelungen überhaupt nicht einschlägig. Hintergrund der Regelungen - davon geht auch die weitere Beschwerde aus - ist der Schutz der Gläubiger und Aktionäre davor, dass die Einlage durch Gegenstände erbracht wird, die nicht einlagefähig, nicht werthaltig oder überbewertet sind. Sowohl die Regelung in § 27 AktG betreffend Sachübernahmen, für die eine Vergütung gewährt wird, als auch diejenige in § 52 AktG betreffend den Erwerb von Vermögensgegenständen aus dem Gründungskapital setzen Austauschverhältnisse zwischen Leistendem und Leistungsempfänger voraus. Solche liegen bei der Übernahme einer Einlageverpflichtung im Rahmen einer Gesellschaftsgründung nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1951, IV ZR 171/50, NJW 1951, 308; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., § 2 Rn. 7). Die Regeln über die Sachgründung finden schon keine Anwendung, weil hier keine Leistung durch die Gründer erfolgt, sondern die Vorgründungsgesellschaft selbst Gesellschafterstellungen originär übernimmt. Dies wird von der weiteren Beschwerde verkannt.

d) Die Beteiligten können ihrer Kostentragungspflicht auch keinen Schadensersatzanspruch nach § 19 Absatz 1 BNotO entgegenhalten. Pflichtverletzungen des Notars sind nicht ersichtlich, auch nicht in Gestalt einer Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 17 BeurkG hinsichtlich rechtlicher Bedenken, die die Gründer der Vor-AG von der Beurkundung des Vertragswerkes hätten abhalten können.

Insbesondere ergab sich daraus, dass die von den Aktionären an die Vor-AG geleisteten Einlagen zur Erfüllung der Stammeinlagepflichten bei den Beteiligten zu verwenden waren, keine derartige Belehrungspflicht des beurkundenden Notars. Ein Verstoß gegen § 36 Absatz 2 AktG, der dem Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen gemäß § 37

Absatz 1 AktG entgegen gestanden hätte, lag nicht vor. Denn die zu leistenden Einlagen der Aktionäre hätten dem Vorstand dennoch zur freien Verfügung gestanden. Dafür, dass die Leistungen nur zum Schein erfolgen und wieder an die Gründer zurückfließen sollten, bestanden keine Anhaltspunkte. Dies wird von den Beteiligten auch nicht behauptet. Die bereits in der Gründungsurkunde der Aktiengesellschaft (vgl. Urk-Nr. DS ■■■ , S. 4) vorgesehene Gründung der Beteiligten und die Übernahme der Einlagepflichten durch die Vor-AG führte gerade nicht zu einem Rückfluss der Einlagen an die Gründer und stellt auch keine dem gleichstehende Verwendungsbindung dar (vgl. dazu Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 36 Rn. 9). Dass mit der Leistung der Einlagen an die Beteiligten die Verfügungsgewalt über die Bareinlagen wieder verloren geht, ändert nichts an der Tatsache, dass eine Erfüllung der Einlagepflichten bei der Vor-AG eingetreten ist. Das Recht zur Verwendung der Einlagen zu diesem Zweck ergibt sich vielmehr als Folge des Wegfalls eines allgemeinen Vorbelastungsverbot.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken - auf die der Notar hätte hinweisen müssen - aus dem Gesichtspunkt einer Vorbelastung des Vermögens der Aktiengesellschaft durch deren Gründung. Insoweit ist schon zweifelhaft, ob das Registergericht die Vorbelastung des Vermögens der Vor-AG durch die Verpflichtung zur Einlage des Stammkapitals als nicht durch den Wert der erlangten Gesellschafterstellungen ausgeglichen anzusehen hätte. Denn entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde kann durchaus davon ausgegangen werden, dass der Wert der Gesellschafterstellungen bei Gründung dem Wert der bar erbrachten Einlagen entspricht. Auf den Wert der neu gegründeten Gesellschaften dürfte es daher nicht ankommen. Gleichwohl hat der Notar in jedenfalls ausreichender Weise auf die Problematik der Vorbelastung im Rahmen der Gründungsprüfung hingewiesen (Schreiben an die Aktionäre vom 13. Oktober 1998 zu 2.b.). Er hat dort zutreffend ausgeführt, eine nicht ausgeglichene Vorbelastung könne allenfalls dadurch entstehen, dass die Beteiligten Gründungskosten zu tragen hätten. Eine derartige Belastung der neu gegründeten Gesellschaft mit dem Gründungsaufwand ist aber auch bei einer GmbH in entsprechender Anwendung des § 26 Absatz 2 AktG zulässig (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 27. Oktober 1983, 15 W 294/83, BB 1984, 87, 88; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juni 1990, 3 Wx 232/90, GmbHR 1991, 20; BayObLG, Beschluss vom 29. September 1988, BReg 3 Z 109/88, BB 1988, 2195; näher Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl., § 5 Rn. 111). Diese Belastung des Gesellschaftsvermögens ist für das Eintragungsverfahren

unschädlich (vgl. Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 26 Rn. 6; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., § 9c Rn. 8). Mit guten Gründen lassen sich diese Belastungen daher auch bei der Vor-AG als unschädlich ansehen.

Selbst wenn insoweit aber eine Beanstandung durch das Registergericht erfolgt wäre, ergibt sich hieraus kein Schadensersatzanspruch aus § 19 Absatz 1 BNotO. Denn die Antragsgegnerinnen haben nicht dargetan, dass sie hierüber nicht ausreichend belehrt worden seien und im Falle eines rechtzeitigen Hinweises die Beurkundung der Gesellschaftsgründungen unterblieben wäre. Insoweit hat das Landgericht unangefochten ausgeführt, dass diese geringfügige Beeinträchtigung des Vermögens der Aktiengesellschaft erforderlichenfalls durch die Gründer ausgeglichen worden wäre, wie dies der Notar in dem Schreiben vom 13. Oktober 1998 empfohlen hatte. Ein Verlust wäre durch die zusätzlichen Aufwendungen der Gründungskosten nicht eingetreten, da sich der Wert der Beteiligung an der Aktiengesellschaft entsprechend erhöht hätte.

e) Zu Unrecht ist das Landgericht aber davon ausgegangen, dass dem Notar alle in der Kostenberechnung vom 13. Oktober 1998 aufgeführten Gebühren zustehen. Das ist nicht der Fall. Denn der Notar rechnet für die Gründung der Beteiligten jeweils die doppelte Gebühr nach § 36 Absatz 2 KostO ab. Insoweit handelt es sich aber um Einpersonengründungen, für die ihm lediglich eine einfache Gebühr nach § 36 Absatz 1 KostO zusteht (vgl. Senat, Beschluss vom 28. Februar 1984, 1 W 4274/83, Rpfleger 1984, 248; OLG Hamm, Beschluss vom 15. August 1983, 15 W 265/83, Rpfleger 1984, 38; OLG Stuttgart, Beschluss vom 23. März 1983, 8 W 533/82, DNotZ 1983, 577; BayObLG, Beschluss vom 20. Dezember 1982, BReg 3 Z 93/82, DNotZ 1983, 252). § 36 Absatz 2 KostO kann nämlich deshalb keine Anwendung finden, weil die Einpersonengründung ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt und damit kein Vertragsabschluss vorliegt (siehe oben a)). Unerheblich ist dabei, dass die Gründungserklärungen von mehreren Personen als Vorstandsmitgliedern der alleinigen Gründungsgesellschafterin abgegeben wurden. Insoweit liegen gleichgerichtete und gegenstandsgleiche Erklärungen vor, für deren Beurkundung nach § 44 Absatz 1 Satz 1 KostO nur der einfache Wert anzusetzen ist (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedke, § 36 Rn. 10). Die Berechnung des Notars ist daher um den Betrag von 2 x 860 DM (= 1.720 DM) zzgl. MwSt. also 1.995,20 DM zu kürzen, so dass die Kostenberechnung vom 13. Oktober 1998 auf 6.133,96 DM herabzusetzen ist.

Dies entspricht einem Betrag von 3.136,24 EUR. Diese Herabsetzung kann auch im Verfahren über die weitere Beschwerde erfolgen, weil der Sachverhalt insoweit feststeht.

3. Eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten entspricht nicht der Billigkeit, so dass eine Anordnung nach § 13a Absatz 1 Satz 1 FGG unterbleibt. Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Absatz 2, 30 KostO.

S i e v e k i n g

D r . R a s c h

D r . M ü t h e r

