
Datum: 19.05.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 198/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0519.11U198.01.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 4 O 93/01

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 19. September 2001 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 107.371,76 € abzüglich am 19.07.2001 gezahlter 31.742,41 € nebst 8,25 % Zinsen aus 51.129,19 € ab dem 11.10.1998, aus weiteren 51.129,19 € ab dem 12.11.1998 sowie aus weiteren 5.113,38 € ab dem 14.06.1999 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Klägerin war Alleingesellschafterin der 1998 in Konkurs gegangenen U Werbeagentur und E2 H in X und hatte dieser Gesellschaft in den Jahren 1991 und 1992 in mehreren Teilbeträgen Darlehen in Höhe von insgesamt 240.000,00 DM gewährt. Eine Rückzahlung dieser Darlehen und der darauf zu entrichtenden Zinsen in Höhe von 18.984,83 DM erfolgte nicht.

Gemäß dem vom Beklagten notariell beurkundetem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 22.12.1992 wurde eine von der Klägerin übernommene Erhöhung des Stammkapitals von 50.000,00 DM auf 330.000,00 DM, also um 280.000,00 DM, durch Bareinlage beschlossen. Die damaligen Geschäftsführer/Gesellschafter der Klägerin, die zugleich Geschäftsführer der U H waren, bestätigten in der entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister, dass die neu übernommene Stammeinlage vollständig eingezahlt sei und der eingezahlte Betrag endgültig zu ihrer freien Verfügung stehe. Tatsächlich war aber nur ein Betrag von ca. 25.000,00 DM eingezahlt worden; hinsichtlich des Restes war eine Verrechnung mit den Darlehensrückzahlungsansprüchen der Klägerin und den rückständigen Zinsen erfolgt. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der U H nahm deshalb der Konkursverwalter die Klägerin auf Nachzahlung von 210.000,00 DM in Anspruch, die die Klägerin in drei Teilbeträgen von zweimal 100.000 DM und einmal 10.000 DM in den Jahren 1998/99 zahlte. 3

Die Klägerin nimmt den Beklagten im Wege der Notarhaftung auf Erstattung dieser Beträge abzüglich eines vom Konkursverwalter an sie gezahlten Betrages von 62.082,75 DM in Anspruch. Dieser Betrag entspricht der auf ihre zum Verfahren angemeldeten Darlehens- und Zinsansprüche entfallenden Konkursquote. Zur Begründung hat sie vorgetragen, der Beklagte habe die Zeugen y und B nicht gehörig über die Unterschiede zwischen einer Bar- und einer Sachgründung aufgeklärt. Dass die Kapitalerhöhung durch Verrechnung der bisher bereits der U zugeflossenen Darlehen und Zahlung eines Spitzenbetrages von 25.000,00 DM erfolgen sollte, sei mit dem Beklagten erörtert worden. Hätte der Beklagte angesichts dieses Kenntnisstandes richtig belehrt, so wäre es zu einer formgerechten gemischten Kapitalerhöhung durch Bar- und durch Sachgründung gekommen, denn die Darlehensforderungen seien werthaltig gewesen. Oder es wäre wegen Überschuldung der U H unverzüglich Konkursantrag gestellt worden. Beides hätte zur Folge gehabt, dass sie, die Klägerin, nicht mehr vom Konkursverwalter wegen der ausstehenden Einlage in Anspruch genommen worden wäre. 4

Die Klägerin hat beantragt, 5
den Beklagten zu verurteilen, an sie 210.000,00 DM abzüglich am 19.07.2001 gezahlter 62.082,75 DM nebst 8,25 % Zinsen aus 100.000,00 DM seit dem 11.10.1998, aus weiteren 100.000,00 DM seit dem 12.11.1998 und aus weiteren 10.000,00 DM seit dem 14.06.1999 zu zahlen. 6

Der Beklagte hat beantragt, 7
die Klage abzuweisen. 8

Er hat in Abrede gestellt, über die angeblich beabsichtigte Verrechnung mit den Darlehensforderungen informiert gewesen zu sein, und hat behauptet, die Geschäftsführer y und B ausdrücklich darauf hingewiesen zu haben, dass eine solche Verrechnung nicht in Betracht komme. Die Darlehen seien zudem nicht mehr werthaltig gewesen, so dass die Klägerin ohnehin gezwungen gewesen wäre, der U weiteres Kapital in Höhe der Klageforderung zuzuführen. Im übrigen sei der Anspruch jedenfalls verjährt, denn im Rahmen 9

der Übertragung der Geschäftsanteile der U von der Klägerin auf den Erwerber S am 11.06.1996 seien die Beteiligten vom beurkundenden Notar über die fortbestehende Haftung für nicht erbrachte Geldeinlagen oder für Fehlbeträge nicht vollwertig erbrachter Sacheinlagen belehrt worden.

Das Landgericht hat nach Vernehmung der beiden früheren Geschäftsführer B und y als Zeugen und nach Anhörung des Beklagten als Partei die Klage mit der Begründung abgewiesen, eine nicht ordnungsgemäße Belehrung der Zeugen über die Bedeutung einer Bareinlage im Unterschied zu einer Sacheinlage sei nicht bewiesen, weil nicht festgestellt werden könne, dass der Beklagte Hinweise darauf gehabt habe, dass die Klägerin zur Belegung des Erhöhungsbetrages eine Verrechnung mit Darlehensrückzahlungsansprüchen vorgenommen habe oder dies beabsichtigt habe. 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien und der Begründung der landgerichtlichen Entscheidung wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 11

Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihren erstinstanzlichen Zahlungsantrag weiter. Sie meint, schon nach dem streitigen Beklagtenvortrag ergebe sich eine ursächliche Pflichtverletzung, denn der Beklagte habe die Frage, ob eine Bar- oder Sachgründung vorgenommen werden solle, weder vor noch im Beurkundungstermin durch entsprechende Belehrungen und Nachfragen ausreichend aufgeklärt. Im übrigen sei auch, was näher ausgeführt wird, die Beweiswürdigung des Landgerichts fehlerhaft. 12

Zur Frage der Ursächlichkeit hat die Klägerin auch in der Berufung zunächst ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt, bei ordnungsgemäßer Belehrung wäre eine gemischte Bar- und Sachgründung vorgenommen worden. Im Verlauf des weiteren Verfahrens hat die Klägerin diese Behauptung fallengelassen und stattdessen vorgetragen, die Darlehen seien nicht werthaltig gewesen. Dies hätte zu dazu geführt, dass die Zeugen B und y umfassenden externen Rat eingeholt hätten. Dabei hätte sich die Möglichkeit ergeben, dass sie, die Klägerin, einen Rangrücktritt mit ihren Darlehensforderungen hinter die Forderungen sämtlicher anderer Gläubiger erklärt hätte. Dies wäre geschehen und hätte eine Kapitalerhöhung entbehrlich gemacht. Hilfsweise behauptet die Klägerin, dass allenfalls 50 % der Darlehensansprüche bei einer Begutachtung als werthaltig angesehen worden wären und deshalb bei einer gemischten Bar- und Sachgründung nur die Hälfte der Beträge eingezahlt worden wäre. Weiter Hilfsweise macht sich die Klägerin die erstinstanzliche Bekundung des Zeugen y eigen, für die U H wäre unverzüglich Konkursantrag gestellt worden; dabei hätte sie auf ihre Forderungen eine Quote von mindestens 35 % erhalten. Anderweitige Ersatzmöglichkeiten bestünden nicht und seien auch nicht schuldhaft versäumt worden. Insbesondere gebe es keine Ersatzansprüche gegen die Zeugen y und B, gegen früher tätige anwaltliche Berater oder gegen die für die Klägerin damals tätige Steuerberatungsgesellschaft. 13

Die Klägerin beantragt, 14

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 107.371,15 € abzüglich am 19.07.2001 gezahlter 31.742,41 € nebst 8,25 % Zinsen aus 51.129,19 € ab dem 11.10.1998, aus weiteren 51.129,19 € ab dem 12.11.1998 sowie aus weiteren 5.113,38 € ab dem 14.06.1999 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 16

17

die Berufung zurückzuweisen.

Zu den Vorgesprächen anlässlich der Beurkundung trägt er zusammenfassend und ergänzend vor: Vor dem Beurkundungstermin habe es keine persönlichen Gespräche mit den Beteiligten gegeben; er habe lediglich durch seine Sekretärin gewusst, dass es um einen Kapitalerhöhungsbeschluss gehen werde. Auf Nachfrage habe der Zeuge y als Wortführer ausdrücklich bestätigt, dass der Erhöhungsbetrag bereits in bar eingezahlt worden sei und noch unverbraucht zur Verfügung stehe. Weil sich daraus ergeben habe, dass es sich um eine Bargründung handelte, sei er auf die Unterschiede zwischen Bar- und Sachgründung nicht weiter erläuternd eingegangen, sondern habe die Urkunden mit Hilfe des Computers entworfen. 18

Im übrigen verteidigt der Beklagte die landgerichtliche Beweiswürdigung, bestreitet, dass bei fehlender Werthaltigkeit der Darlehen sofort Konkurs angemeldet worden wäre, und behauptet, dass jedenfalls bei einer solchen Anmeldung die Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden wäre und die Klägerin keine Quote auf ihre Darlehensansprüche erhalten hätte. 19

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. Sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 20

Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen y, B, K.N. und F.N.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Berichterstattervermerke zu den Senatssitzung vom 10. September 2003 (GA 289ff) und vom 12. März 2004 (GA 320b) verwiesen. 21

Entscheidungsgründe 22

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. 23

A. 24

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 107.371,76 € abzüglich am 19.07.2001 gezahlter 31.742,41 € aus § 19 Abs. 1 BNotO. 25

I. 26

Der Beklagte hat anlässlich der Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses amtspflichtwidrig gehandelt, weil er seine ihm der Klägerin gegenüber obliegenden Pflichten aus § 17 BeurkG verletzt hat. 27

1. 28

Die Belehrungspflicht, die dem Notar durch § 17 I BeurkG auferlegt ist, soll gewährleisten, dass dieser eine rechtswirksame Urkunde über das von den Beteiligten beabsichtigte Rechtsgeschäft errichtet. Der Notar muss zu diesem Zweck den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und deren Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben (BGH NJW 1994, 2283). Dabei darf er zwar regelmäßig die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung als richtig zugrunde legen; er muss aber unter anderem bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, nicht erkennen oder rechtliche Begriffe, die auch unter Laien gebräuchlich sind und die sie ihm als Tatsachen 29

vortragen, falsch verstehen (BGH NJW 1991, 1346). Lässt sich dies und damit eine unzutreffende Erfassung des Sachverhalts oder des Willens der Beteiligten nicht ausschließen, dann muss der Notar entsprechende Fragen stellen (BGH NJW 1996, 524).

2.

30

Die Beurkundung, die der Beklagte hier vorzunehmen hatte, gab Anlass zu einer solchen Aufklärung des Sachverhalts. Die von ihm behauptete Mitteilung der Zeugen y und B, die neuen Geschäftsanteile seien "bar eingezahlt", schloss die Möglichkeit nicht aus, dass die Gesellschafter damit die Verrechnung der übernommenen Einlagen mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft wegen früherer Darlehen meinten; denn auch in einem solchen Fall war das Geld bei der Gesellschaft "eingezahlt" worden. Der Notar braucht zwar nicht "ins Blaue hinein" nachzufragen und zu belehren (BGH NJW 1995, 330). Eine Aufklärung war aber bei der hier beurkundeten Kapitalerhöhung, bei der angeblich die neuen Einlagen schon vorher voll eingezahlt worden waren, deswegen geboten, weil der Begriff "Bareinzahlung" nach den Erfahrungen der Praxis häufig nicht richtig verstanden wird. Es wird vielfach gemeint, eine übernommene Bareinlage könne durch Verrechnung mit bereits bestehenden Forderungen gegen die Gesellschaft, insbesondere aus früheren Darlehensgewährungen, erbracht werden (BGH NJW 1996, 524). Indes können gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen zulässigerweise nur im Wege der Sacheinlage (§§ 5 IV, 56 GmbHG) zur Erfüllung einer Einlageverpflichtung verwendet werden; wird in einem solchen Fall gleichwohl ein Kapitalerhöhungsbeschluss beurkundet und im Handelsregister eingetragen, der die nach § 56 I GmbHG erforderlichen Angaben nicht enthält, so ist ein Gesellschafter, der einen derartigen neuen Anteil übernimmt, verpflichtet, die Einlage unbeschadet seines bestehen bleibenden, aber vielfach praktisch wertlosen Darlehensrückzahlungsanspruchs in bar einzuzahlen (BGHZ 113, 335 (346)). Diese einschneidende Rechtsfolge gebietet es, dass der Notar, dem bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses erklärt wird, die neuen Einlagen seien bereits "eingezahlt", sich darüber vergewissert, dass die Beteiligten die Bedeutung dieses Begriffs kennen, und sie notfalls darüber aufklärt (BGH NJW 1996, 524).

31

3.

32

Schon aus den eigenen Angaben des Beklagten in seiner Anhörung vor dem Senat ergibt sich, dass der Beklagte im Streitfall eine Klärung der Frage, ob die Beteiligten den Begriff "Bareinzahlung" zutreffend verstanden haben, unterlassen hat. Unter Zugrundelegung der oben dargelegten allgemeinen Grundsätze war dies amtspflichtwidrig. Der Beklagte wusste nämlich, dass die Einzahlung bereits vor der Beurkundung erfolgt war. Damit lag für ihn als amtierenden Notar genau die Situation vor, bei der jedenfalls nicht auszuschließen war, dass die Einzahlung im Wege einer Darlehensgewährung an die Gesellschaft erfolgt war und bei der er nicht ohne weiteres davon ausgehen durfte, den Beteiligten sei die rechtliche Bedeutung des Begriffs "Bareinzahlung" bekannt.

33

Der Senat ist darüber hinaus nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch davon überzeugt, dass der Zeuge y den Beklagten über die vorgesehene Verrechnung der Rückzahlungsansprüche mit der Kapitalerhöhung unterrichtet hat. Der Zeuge hat dies in seiner Vernehmung vor dem Landgericht ausführlich dargelegt und eine Vielzahl von Einzelheiten berichtet. Die wesentlichen Umstände hat er auch in seiner Vernehmung vor dem Senat, die etwa 2 Jahre später stattgefunden hat, ebenso wiedergeben können. Die Teile seiner Aussage, die die internen Vorbesprechungen bei der Klägerin betreffen, decken sich mit den Bekundungen der Zeugen B, K.N. und E.N. Zweifel am Wahrheitsgehalt seiner Angaben ergeben sich zur Überzeugung des Senats auch nicht aufgrund der Angaben des Beklagten im Rahmen seiner persönlichen Anhörungen durch das Landgericht und durch den

34

Senat. Bei diesen Angaben ist nämlich auffällig, dass die Schilderung des Beklagten insgesamt recht detailarm ist und sich im Grunde auf die Aussage beschränkt, er sei vom Zeugen y nicht durch die Übergabe einer Darlehensliste auf die beabsichtigte Verrechnung aufmerksam gemacht worden; die Beteiligten hätten ihm vielmehr erklärt, dass Geld für die Kapitalerhöhung sei in bar eingezahlt worden. Ob und welche Vorgespräche stattgefunden haben, konnte der Beklagte aus der Erinnerung dagegen nicht mehr angeben. Der Senat hat deshalb Zweifel, ob sich der Beklagte tatsächlich noch genau an die entscheidenden Umstände der lange zurückliegenden Beurkundung erinnern kann. Dass schließlich die Handakte des Beklagten, wie er vorgetragen hat, erst am Beurkundungstag selbst angelegt worden ist und die Darlehensliste nicht enthält, vermag nach Auffassung des Senats ebenfalls keine durchgreifenden Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen y begründen. Selbst wenn im Büro des Beklagten typischerweise bereits Handakten angelegt werden, wenn Mandanten Unterlagen hereingeben, so schließt dies eine abweichende Handhabung im Streitfall ebenso wenig aus wie einen möglichen Verlust solcher Unterlagen.

II. 35

Der Beklagte hat diese, ihm gegenüber der Klägerin obliegende Amtspflicht auch fahrlässig verletzt. 36

Fahrlässig handelt der Notar, der zwar die Verletzung seiner Amtspflicht nicht erkennt oder bemerkt, aber bei gehöriger Aufmerksamkeit und bei Anwendung der für seinen Pflichtenkreis erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen. Dabei ist der Maßstab eines erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotars anzulegen. Im Streitfall waren die rechtlich relevanten Fragen im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung durch Verrechnung von Darlehensforderungen in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 15.01.1990 (BGHZ 110, 47ff) herausgearbeitet worden. Über solche wesentlichen Entscheidungen der obersten Gerichte, die in den amtlichen Entscheidungssammlungen veröffentlicht werden, hat sich der Notar unverzüglich zu unterrichten (Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Auflage, Rn. 106 zu § 19 BNotO). Für einen erfahrenen und gewissenhaften Durchschnittsnotar lag danach auf der Hand, dass zur ordnungsgemäßen Aufklärung des Parteiwillens im Belehrungsgespräch mit den Beteiligten die Unterschiede zwischen einer Bargründung und einer Sachgründung zu erläutern und die Beteiligten zu den tatsächlichen Verhältnissen sachgerecht zu befragen waren. Dies hat der Beklagte nach seinen eigenen Angaben unterlassen. Nach dem vom Senat zu I 3) getroffenen Feststellungen hätte der Beklagte zudem die Zeugen y und B darüber belehren müssen, dass durch eine Verrechnung mit den Darlehensforderungen die Einzahlungspflicht der Klägerin nicht erfüllt werden konnte. Auch dies ist nicht geschehen. 37

III. 38

Die Amtspflichtverletzung des Beklagten war auch ursächlich für den geltend gemachten Schaden. 39

Da dem Beklagten hier ein Unterlassen vorgeworfen wird, ist zu fragen, wie sich die Dinge bei pflichtgemäßem positiven Handeln entwickelt hätten. Ist also, wie im Streitfall, eine gebotene Belehrung unterblieben, so ist zu fragen, wie sich die Beteiligten bei Vornahme dieser Belehrung verhalten hätten. Dabei ist es grundsätzlich Sache des Geschädigten, den Ursachen- und Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, wobei ihm allerdings die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute kommt. 40

1.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme besteht aus Sicht des Senats eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Zeugen y und B als damalige Geschäftsführer der Klägerin bei einem Hinweis des Beklagten, eine Verrechnung der Darlehensrückzahlungsansprüche mit den zur Durchführung der Kapitalerhöhung notwendigen Beträgen komme nur in Form einer Sachgründung in Betracht, eine Prüfung der Werthaltigkeit der Darlehen veranlasst hätten, die unstreitig zu dem Ergebnis geführt hätte, dass die Darlehen nicht mehr werthaltig waren. Ebenso unstreitig ist, dass im damaligen Zeitpunkt eine bilanzmäßige Überschuldung der U H vorlag. Weder die Klägerin noch der Beklagte behaupten, dass in dieser Situation die Entscheidung der Zeugen y und B dahin gegangen wäre, unter Verstoß gegen die bestehende Konkursantragspflicht nichts zu tun und den Dingen ihren Lauf zu lassen. Damit hätten den Zeugen nur drei Alternativen offen gestanden: die notwendige Kapitalerhöhung im Wege einer Bargründung durch Einzahlung weiterer 280.000,00 DM vorzunehmen, für die U Konkursantrag zu stellen oder einen Rangrücktritt der Klägerin mit ihren Darlehensrückzahlungs- und Zinsansprüchen hinter die Forderungen sämtlicher übrigen Gläubiger der U H zu erklären. 42

a) 43

Die erste Alternative erscheint dem Senat nicht wahrscheinlich. Zwar hat der Zeuge y insbesondere in seiner ersten Vernehmung vor dem Senat bekundet, man habe ein Interesse daran gehabt, die U H zu erhalten. Tatsächlich sind in den nachfolgenden Jahren bis zum Verkauf der Gesellschaftsanteile im Jahr 1996 nach und nach weitere Darlehen gewährt und unmittelbar vor dem Verkauf auch sämtliche bestehenden Verluste von der Klägerin übernommen worden. Auf der anderen Seite hat der Zeuge aber auch ausgesagt, dass eine Entscheidung, der U sofort weitere 280.000,00 DM aus Mitteln der Klägerin im Wege der Bargründung zur Verfügung zu stellen, nur nach Absprache mit dem Zeugen B und externer Beratung über die gesellschaftsrechtlichen Fragen und über die wirtschaftlichen Aussichten der U H erfolgt wäre. Der weitere Hinweis des Zeugen, eine über mehrere Jahre andauernde Subventionierung sei leichter zu bewerkstelligen als die sofortige Aufbringung von 280.000,00 DM, wie sie zur Bargründung erforderlich gewesen wären, deutet zudem darauf hin, dass bei der Entscheidung dieser Frage auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin von mitausschlaggebender Bedeutung gewesen wären. Insgesamt hält der Senat deshalb eine Kapitalerhöhung im Wege der Bargründung zwar nicht für völlig ausgeschlossen, eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür ist jedoch nicht zu erkennen. 44

b) 45

Deutlich überwiegend wahrscheinlich ist dagegen, dass für die U H entweder Konkursantrag gestellt oder ein Rangrücktritt der Klägerin mit den Ansprüchen aus den von ihr gewährten Darlehen erklärt worden und deshalb eine Kapitalerhöhung unterblieben wäre. Hierfür spricht zum einen, dass die U H in den ersten beiden Geschäftsjahren bis zum Jahr 1992 jeweils erhebliche Verluste erwirtschaftet hatte. Greifbare Anhaltspunkte für eine spürbare Verbesserung der Geschäftsergebnisse lagen nicht vor; auch für die folgenden Jahre konnte der Zeuge y insoweit allenfalls von Hoffnungen auf größere Aufträge berichten, die sich aber nicht realisieren ließen. Es ist deshalb nichts dafür ersichtlich, dass ein externer Berater die wirtschaftlichen Erfolgsaussichten der U H im Jahr 1992 als so positiv hätte prognostizieren können, dass dies einen weiteren Kapitaleinsatz von 280.000 DM aus Mitteln der Klägerin hätte rechtfertigen können. Hinzu kommt, dass nach den nachvollziehbaren und in sich schlüssigen Angaben des Zeugen y eine solche zusätzliche Kapitalausstattung auch die Klägerin vor finanzielle Probleme gestellt, jedenfalls aber deren Ertrag erheblich geschmälert 46

hätte. Die Klägerin war auch nicht aus geschäftlichen Gründen auf den Fortbestand der U H angewiesen. Die von der Gesellschaft erbrachten Leistungen – Etiketten- und Werbedrucke – waren auch von anderen Unternehmen zu erhalten. Wirtschaftlicher Vernunft entsprach es deshalb, für die U H Konkurs anzumelden oder durch einen Rangrücktritt der Klägerin mit ihren Forderungen die Konkursreife zu beseitigen. Im Rahmen der Zurechenbarkeit brauchte der Senat zwischen diesen beiden Möglichkeiten nicht zu entscheiden, denn beide hätten dazu geführt, dass von einer Kapitalerhöhung Abstand genommen worden wäre.

2. 47

Der Klägerin ist daraus ein Schaden von 210.000,00 DM entstanden, denn bei unterbliebenem Kapitalerhöhungsbeschluss hätte sie diesen Betrag nicht auf ihre rückständige Einlageverpflichtung nebst Zinsen an den Konkursverwalter zahlen müssen. Die Klägerin hat dazu die Forderungsberechnungen des Konkursverwalters und die Belege über die erfolgten Zahlungen vorgelegt, die vom Beklagten nicht mehr in Zweifel gezogen sind. Auf den sich demnach ergebenden Betrag von 107.371,76 € lässt sich die Klägerin die auf ihre Konkursforderungen erhaltene Zahlung in Höhe von 31.742,41 € anrechnen. 48

IV. 49

Der entsprechende Zahlungsanspruch der Klägerin ist auch fällig, denn anderweitige Ersatzmöglichkeiten hat die Klägerin weder schuldhaft versäumt noch sind solche derzeit ersichtlich, § 19 I 2 BNotO. 50

1. 51

Der Senat kann offen lassen, ob gegen die ehemaligen Geschäftsführer y und B aus fehlerhafter Geschäftsführung Schadensersatzansprüche der Klägerin bestehen. 52

Selbst wenn man von entsprechenden Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss und der Anmeldung zum Handelsregister ausgehen will, ist ein Anspruch aus § 43 GmbHG jedenfalls verjährt. Die Pflichtverletzung falsche Angaben gegenüber dem Beklagten – hätte mit der Eintragung ins Handelsregister, die zeitnah nach der Beurkundung, also Anfang 1993 erfolgt ist, zum Schaden der Klägerin geführt, weil damit die Einzahlungspflicht begründet wurde. Die Verjährung nach § 43 IV GmbHG ist deshalb Ende 1997 eingetreten. Kenntnis der Klägerin vom Schaden bestand aber erst mit dem Schreiben des Konkursverwalters vom 28.07.1998; erst ab diesem Zeitpunkt wusste die Klägerin von ihrem Schaden, so dass ihr auch erst ab diesem Zeitpunkt vorgeworfen werden kann, eine anderweitige Ersatzmöglichkeit schuldhaft versäumt zu haben (vgl. dazu Sandkühler, a.a.O., Rn. 173f zu § 19 BNotO). Zu diesem Zeitpunkt konnten die Zeugen y und B aber erfolgversprechend wegen Verjährung etwaiger gegen sie gerichteter Ansprüche nicht mehr in Anspruch genommen werden. 53

2. 54

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht und bestand auch nicht gegenüber der Steuerberatungsgesellschaft, die sowohl für die Klägerin als auch für die U H mit der steuerlichen Beratung und der Prüfung der Jahresabschlüsse beauftragt war. 55

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Klägerin als damalige Gesellschafterin der U H in den Schutzbereich eines zwischen der U H und der Steuerberatungsgesellschaft bestehenden Auftrags einbezogen war, so sind entsprechende Ansprüche aus positiver 56

Forderungsverletzung jedenfalls auch verjährt.

Auch hier ist der Schaden der Klägerin Anfang 1993 entstanden. Die dreijährige Verjährungsfrist aus § 68 StBerG endete deshalb Anfang 1996. Zu diesem Zeitpunkt war der Klägerin, wie oben dargestellt, der Schadenseintritt aber noch nicht bekannt. Allerdings stand der Klägerin der von der Bundesgerichtshof (BGH DStR 1982, 297) seit 1982 anerkannte Sekundäranspruch gegen ihren Berater zu. Danach sind auch Steuerberater verpflichtet, einen rechtsunkundigen Mandanten auf eigene Beratungsfehler hinzuweisen und über entsprechende Schadensersatzansprüche und deren Verjährung zu belehren. Verletzt demnach ein Steuerberater schuldhaft diese Belehrungspflicht, so macht er sich erneut schadensersatzpflichtig; sein Mandant ist so zu stellen, als sei die richtige Belehrung erfolgt, so dass der Auftraggeber seinen Primäranspruch rechtzeitig vor Verjährungsablauf hätte verfolgen können. 57

Für den Streitfall ist deshalb entscheidend, ob der Steuerberater vor Ablauf der Verjährungsfrist für den Primäranspruch begründeten Anlass hatte, die Klägerin über einen Beratungsfehler zu belehren. Das ist zu verneinen. Dabei kann der Senat offen lassen, ob der Steuerberatungsgesellschaft nicht schon im Vorfeld des Kapitalerhöhungsbeschlusses Beratungsfehler unterlaufen sind, etwa weil sie nicht auf die Problematik der Verrechnung mit den Darlehensansprüchen hingewiesen hat. Ebenso bedarf es keiner Entscheidung, ob der steuerliche Berater im Rahmen der Jahresabschlussarbeiten die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung und der entsprechenden Einzahlung zu prüfen hatte. Selbst wenn man hier einen oder mehrere, sich jeweils bei den Jahresabschlussarbeiten wiederholende Fehler annimmt, fehlt es jedenfalls bis zum Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs an einem konkreten und hinreichenden Anlass, die eigenen Arbeiten zu prüfen, denn allein der fortlaufende Auftrag, die Jahresabschlüsse aufzustellen oder zu prüfen begründet keine Pflicht zur Prüfung, ob die Arbeiten des Vorjahres fehlerbehaftet waren (Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 3. Auflage 1998, Rn. 927f mwN). Ein solcher konkreter Anlass konnte auch für die Steuerberatungsgesellschaft erst durch das Schreiben des Konkursverwalters vom 28.07.1998, mit dem erstmals die Wirksamkeit der Verrechnung in Frage gestellt war, auftreten. Zu diesem Zeitpunkt war der Primäranspruch aber bereits verjährt. 58

3. 59

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zu IV 1 und 2 besteht auch keine anderweitige Ersatzmöglichkeit gegenüber dem anwaltlichen Berater der Klägerin, dem für sie jedenfalls ab September 1998 tätigen Rechtsanwalt Dr. C, denn da denkbare anderweitige Ersatzansprüche gegen die ehemaligen Geschäftsführer und gegen die Steuerberater zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt waren, musste der Rechtsanwalt solche Ansprüche auch nicht verfolgen. 60

V. 61

Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht wegen Mitverschuldens (§ 254 BGB) gemindert oder ausgeschlossen. 62

Wie oben unter I dargelegt, ist der Senat davon überzeugt, dass der Zeuge y den Beklagten über die geplante Verrechnung unterrichtet hat. Bei dieser Sachlage oblag es allein dem Beklagten, durch sachgerechte Befragung den Tatsachenkern des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vollständig aufzuklären und die hierzu notwendigen Erklärungen entsprechend zu beurkunden. Den Zeugen y und B kann deshalb nicht vorgeworfen werden, 63

etwa durch ihre Handelsregisteranmeldung an der Schadensentstehung mitgewirkt zu haben. Ein Urkundsbeteiligter kann vielmehr darauf vertrauen, dass der Notar seinen erklärten Willen in rechtlich einwandfreier Form niederlegt und über Zweifel an der Realisierbarkeit belehrt.

VI. 64

Schließlich ist der Anspruch auch nicht verjährt. Die nach § 852 BGB a.F. und nach § 195 BGB n.F. erforderliche Kenntnis vom Schaden hat die Klägerin, wie bereits dargelegt, erst im Juli 1998 erlangt, so dass die Klageerhebung im März 2001 zu einer rechtzeitigen Unterbrechung der Verjährung geführt hat. 65

B. 66

Der Zinsanspruch ist gerechtfertigt nach §§ 284, 286 BGB a.F. Unstreitig hat der Beklagte vor der ersten Zahlung der Klägerin an den Konkursverwalter jeglichen Schadensersatz endgültig verweigert. Ebenso unstreitig nimmt die Klägerin in einer ihrer Zahlungen an den Konkursverwalter übersteigenden Höhe Bankkredit in Anspruch, den sie mit 8,25 % zu verzinsen hat. 67

C. 68

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision, 543 Abs. 2 ZPO, bestehen nicht. 69