


<b>Anmerkung zu:</b>	BGH 3. Zivilsenat, Urteil vom 24.04.2008 - III ZR 223/06
<b>Autor:</b>	Dr. Martin Heckelmann, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	28.10.2008
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 17 BeurkG, § 19 GmbHG, § 829 ZPO
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-HaGesR 5/2008 Anm. 5
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Jörn-Christian Schulze, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht
<b>Zitiervorschlag:</b>	Heckelmann, jurisPR-HaGesR 5/2008 Anm. 5

---

## **Belehrungspflicht des Notars über typische Fehler bei der Kapitalerhöhung**

### **Leitsatz**

**Bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses muss sich der Notar regelmäßig auch darüber vergewissern, ob eine Vorauszahlung an die Gesellschaft erfolgt ist, und gegebenenfalls über die Voraussetzungen einer Zahlung auf künftige Einlagenschuld aufklären (Fortführung von BGH, Urt. v. 16.11.1995 - IX ZR 14/95 - NJW 1996, 524).**

### **A. Problemstellung**

Das enge Verständnis des BGH von der Bareinlage führt in der Praxis zu einer großen Zahl verdeckter Sacheinlagen. Zu Tage treten diese Fälle meist in der Insolvenz, wenn der Insolvenzverwalter den betroffenen Gesellschafter erneut auf Zahlung in Anspruch nimmt. Während eine Fülle höchstrichterlicher Entscheidungen die Einzelheiten des gegen den Gesellschafter gerichteten Zahlungsanspruchs zum Gegenstand hat, beschäftigen sich nur wenige Verfahren mit dem Rückgriff gegen den Notar. Kernfrage ist hier insbesondere die Reichweite der Belehrungspflicht.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der im Wirtschaftsleben erfahrene Kläger war Gesellschaftergeschäftsführer einer GmbH. Im Vorgriff auf eine geplante Kapitalerhöhung zahlte er 1 Mio. DM auf das Konto der Gesellschaft ein, das jedoch auch nach dieser Gutschrift noch im Debet geführt wurde. Der beklagte Notar, der kein Wissen von der Zahlung hatte, beurkundete kurz darauf den Erhöhungsbeschluss, wonach die Stammeinlage „in bar geleistet“ werde. In der Handelsregisteranmeldung versicherte der Kläger zudem, die Einlage sei in voller Höhe bewirkt. Die von beiden Vorinstanzen abgewiesene Klage auf Freistellung von der Pflicht zur Bareinlagezahlung wurde vom BGH zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG Frankfurt zurückverwiesen, um die Kausalität der Amtspflichtverletzung für den entstandenen Schaden festzustellen.

Zunächst stellt der BGH im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung klar, dass der Zahlung auf eine künftige Einlagenschuld nur unter bestimmten Voraussetzungen Erfüllungswirkung zukommt. Im Grundsatz sei erforderlich, dass der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses noch vorhanden ist. Die Verrechnung des Überweisungsbetrags mit Schulden reiche hingegen auch dann nicht aus, wenn die Bank die erneute Verfügung über das Kreditkonto in entspre-

chender Höhe gestattet (ausführlich BGH, Urt. v. 15.03.2004 - II ZR 210/01 - BGHZ 158, 283, 285; zu Ausnahmen in Sanierungsfällen s. BGH, Urt. v. 26.06.2006 - II ZR 43/05 - BGHZ 168, 201, 204; zum Fall, dass das Konto der GmbH im Zeitpunkt der Einzahlung ein Debetsaldo, kurz darauf jedoch ein Guthaben in Höhe der Einlageforderung aufweist, s. OLG Oldenburg, Urt. v. 17.07.2008 - 1 U 49/08).

Bezüglich des vom Kläger begehrten Regresses bejaht der BGH eine Amtspflichtverletzung des Notars, weil dieser es entgegen § 17 Abs. 1 BeurkG schuldhaft unterließ, sich über etwaige Vorauszahlungen zu informieren. Zwar dürfe der Notar die Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung als zutreffend zugrunde legen. Auch müsse er nicht „ins Blaue hinein“ nachfragen und belehren. Begriffe, deren Verwendung in der Laiensphäre sich von der rechtlichen Bewertung erfahrungsgemäß häufig unterscheidet, habe der Notar jedoch zu erläutern und das Vorliegen solcher Diskrepanzen durch gezieltes Nachfragen zu erforschen.

Zu diesen Begriffen zähle die Bareinzahlung auf Stammeinlagen. Es sei auch bei erfahrenen Marktteilnehmern davon auszugehen, dass diese ohne weiteres annehmen, eine Voreinzahlung tilge die (noch zu begründende) Einlageschuld. Der Notar müsse daher in der Regel klären, ob eine Vorauszahlung auf die Stammeinlage erfolgt ist, und ggf. darauf hinweisen, unter welchen Voraussetzungen die Einlageschuld erfüllt ist.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung fügt sich nahtlos in eine Rechtsprechung ein, die vom IX. Zivilsenat entwickelt und von dem mittlerweile für Notarhaftung zuständigen III. Zivilsenat in nicht weniger strenger Weise fortgeführt wurde. Auch außerhalb des Gesellschaftsrechts hat der BGH darauf aufmerksam gemacht, der Notar dürfe nicht erwarten, dass die Beteiligten die relevanten Fragen selbst erkennen und zur Diskussion stellen (etwa BGH, Urt. v. 27.10.1994 - IX ZR 12/94 zu ungesicherten Vorleistungen bei Grundstücksgeschäften). Auf der anderen Seite treffe den Notar keine Pflicht zur Belehrung „ins Blaue hinein“, da ein solches Vorgehen die Aufmerksamkeit der Beteiligten von den wesentlichen Punkten ablenke (BGH, Urt. v. 09.07.1992 - IX ZR 209/91).

Im Rahmen von GmbH-Kapitalerhöhungen schließt die Erklärung, die neuen Geschäftsanteile seien „voll eingezahlt“, nach Ansicht des BGH nicht die Möglichkeit aus, dass die Gesellschafter damit die Verrechnung der übernommenen Einlagen mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft wegen früherer Darlehen meinten. Bei derlei schwierigen Rechtsbegriffen müsse der Notar den Sachverhalt gezielt erforschen und die Risiken darlegen (BGH, Urt. v. 16.11.1995 - IX ZR 14/95 - DStR 1996, 273; BGH, Urt. v. 02.10.2007 - III ZR 13/07 - NJW 2007, 3566, 3567; Überblick bei Ganter in: Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 963 ff.).

Neu an der hier besprochenen Entscheidung ist allerdings der Aspekt, dass der Notar nicht nur die von Laien häufig vorgenommene Verrechnung der Bareinlageschuld mit seinen bestehenden Ansprüchen gegen die Gesellschaft im Blick haben muss, sondern auch die Möglichkeit einer vorzeitigen und damit möglicherweise nicht schuldtilgenden Einzahlung auf die Stammeinlage.

### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Künftig werden Notare routinemäßig abfragen müssen, ob Einzahlungen auf die Stammeinlage schon vor Beurkundung des Erhöhungsbeschlusses vorgenommen wurden. Eine Dokumentation dieser Sachverhaltserforschung ist zwar nicht aus Gründen des § 17 Abs. 1 BeurkG erforderlich, aber aus Beweisgründen aus Sicht des Notars anzuraten. Augenfällig ist, dass sich die Argumentation des BGH sehr allgemein auf die Unterschiede zwischen der Bedeutung von Rechtsbegriffen und ihrer Parallelwertung in der Laiensphäre stützt. Dies spricht für die Möglichkeit, dass der BGH künftig weitere Fallgruppen zu den bereits entwickelten – Verrechnung mit Gesellschafterdarlehen und Zahlung auf künftige Einlageschulden – hinzutreten lassen wird. Notare sollten da-

her möglichst umfassend die zu beurkundende Erklärung auf die regelmäßig auftretenden Fehler der Beteiligten abklopfen. Freilich kommt dies der Belehrung „ins Blaue hinein“, von der sich der BGH distanzieren will, sehr nahe. Allerdings bleibt der BGH den Notaren die Abgrenzung schuldig, welche Rechtsfragen der Notar bei dem zu beurkundenden Geschäft zu antizipieren hat, um mögliche Risiken durch gezieltes Nachfragen auszuschließen oder die Parteien zumindest zu warnen.

Die Reform des GmbH-Rechts („MoMiG“) ändert nichts an der Befragungspflicht des Notars. Im Hinblick auf frühere Beurkundungen, bei denen der Notar sich nicht entsprechend den oben genannten Leitlinien über Vorauszahlungen informiert hat, senkt das MoMiG jedoch die Gefahr einer Inanspruchnahme des Notars. Denn aufgrund der Anrechnung gemäß § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG n.F. kann der Insolvenzverwalter vom Gesellschafter nur noch Zahlung der Differenz zwischen der Stammeinlage und dem bilanziellen Wert des geleisteten Vermögensgegenstands verlangen. Entsprechend geringer fällt das Haftungsrisiko des Notars aus.

Zwei interessante Nebenaspekte des Rechtsstreits betreffen die Prozessführungsbefugnis des Klägers und die Haftungsprivilegien der Notare.

#### 1. Klage auf Freistellung auch nach Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

Der Insolvenzverwalter der GmbH hatte sich den Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Notar schon vor dem hiesigen Verfahren pfänden und zur Einziehung überweisen lassen. Gleichwohl ließ der BGH die Klage auf Freistellung zu. Anerkannt ist, dass der Schuldner nicht gegen das Verfügungsverbot des § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO verstößt, wenn er auf Leistung an den Pfändungsgläubiger klagt (BGH, Urt. v. 05.04.2001 - IX ZR 441/99 - BGHZ 147, 225, 229). Alternativ kann er die Feststellung des Bestehens der Ansprüche begehren (Stöber in: Zöllner, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 836 Rn. 5; Becker in: Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 835 Rn. 12). Der BGH ist vorliegend der Ansicht, dass die Freistellung von Ansprüchen des Pfändungsgläubigers als Minus-Maßnahme in der Klage auf Zahlung an den Pfändungsgläubiger enthalten und damit auch nach einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss möglich ist (im Ergebnis so schon BGH, Urt. v. 25.03.1991 - II ZR 13/90 - BGHZ 114, 138, 141).

#### 2. Einschränkung der Kollegialgerichtslinie

Nach der sogenannten Kollegialgerichtslinie trifft einen Beamten in der Regel kein Verschulden, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Gericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (Wurm in: Staudinger, BGB, 2007, § 839 Rn. 211 ff.). Diese Regel findet im Grundsatz auch auf Notare Anwendung. Gleichwohl kam sie bisher fast nie zum Tragen, da die Rechtsprechung zahlreiche Ausnahmetatbestände etabliert hat (Einzelheiten bei Ganter in: Zuger/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 2184 ff.).

Mit der vorliegenden Entscheidung wird die Kollegialgerichtslinie praktisch vollständig ausgehebelt. Nach Ansicht des BGH gilt sie nicht, wenn das Gericht wesentliche rechtliche Gesichtspunkte übersehen hat (dabei stützt sich der BGH irrtümlich auf sein Urteil vom 02.06.2005 - III ZR 306/04 - NJW 2005, 3495, 3497, das nicht das Übersehen rechtlicher, sondern tatsächlicher Umstände zum Gegenstand hatte). Damit ist dem Notar der Hinweis auf ein ihm günstiges Berufungsurteil faktisch verwehrt.