

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 15 Abs. 2; GmbHG § 40 Abs. 2 – Antrag ggü. Grundbuchamt durch Sozium im eigenen Namen; Einreichung einer Gesellschafterliste durch Sozium

BGB § 2100 – Gemeinschaftliches Testament von Ehegatten; Wiederverheirathungsklausel; teilweise angeordnete Vor- und Nacherbfolge; Verlautbarung im Erbschein

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

GmbHG §§ 24, 16 Abs. 1 – Ausfallhaftung des Erwerbers eines Teilgeschäftsanteils für rückständige Leistungen des Veräußerers

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GBO § 15 Abs. 2; GmbHG § 40 Abs. 2 Antrag ggü. Grundbuchamt durch Sozium im eigenen Namen; Einreichung einer Gesellschafterliste durch Sozium

#### I. Sachverhalt

Die Notare A und B sind zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät verbunden. Sie sind gegenseitig zu ständigen Vertretern des jeweils anderen Notars bestellt. Notar A beurkundet einen Kaufvertrag über ein Grundstück und unterzeichnet im Anschluss den Antrag auf Vollzug der Auflassung im Grundbuch. In Abwesenheit von Notar A übersendet Notar B den Antrag via X-Notar an das zuständige Grundbuchamt. Dabei handelt er nicht als Vertreter des Notars A, sondern im eigenen Namen.

Das Grundbuchamt ist der Ansicht, dass der Urkundsnotar selbst den Antrag hätte stellen müssen. Die Ver-

tretungsvermutung des § 15 Abs. 2 GBO gelte für den amtlich bestellten Vertreter nur dann, wenn die Vertreterbestellung gegenüber dem Grundbuchamt nach § 39a Abs. 2 BeurkG nachgewiesen sei.

#### II. Fragen

1. Ist es richtig, dass der einreichende Notar die Unterlagen nicht im eigenen Namen, sondern nur als Vertreter einreichen kann (was einen entsprechenden Nachweis voraussetzen würde), oder kann der nicht beurkundende Notar die Unterlagen im eigenen Namen elektronisch beglaubigen und übersenden?

2. Falls Notar B im eigenen Namen und in eigener Amtsfunktion übersenden kann: Gilt diese Möglichkeit für sämtliche Übersendungen im elektronischen Rechtsverkehr, z. B. auch für Gesellschafterlisten, die gem. § 40 Abs. 2 GmbHG vom Notar, der an der Veränderung im Gesellschafterbestand mitgewirkt hat, „zum Handelsregister einzureichen“ sind?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Antrag ggü. Grundbuchamt (1. Frage)

##### a) Rechtlicher Ausgangspunkt: § 15 GBO

Gem. § 15 Abs. 1 GBO müssen die am Grundbuchver-

fahren Beteiligten die Eintragungsbewilligung und die sonstigen **Erklärungen, die zur Eintragung erforderlich** sind und in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden, **nicht zwingend selbst abgeben**, sondern können sich dabei vertreten lassen. Mit dem Begriff „erforderliche Erklärung“ sind die unmittelbaren Eintragungsunterlagen wie bspw. die Auflassung nach § 20 GBO und die Zustimmungserklärung des Eigentümers nach § 22 Abs. 2 GBO oder § 27 GBO gemeint; der reine Eintragungsantrag ist – wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 30 GBO ergibt – keine „erforderliche Erklärung“ in diesem Sinne (Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 15 Rn. 5 f. m. w. N.).

§ 15 Abs. 2 GBO schafft in diesem Zusammenhang eine **gesetzliche Vermutung** (h. M., vgl. KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 15 GBO Rn. 6, 21 ff.) für eine entsprechende Vollmacht desjenigen Notars, der die zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat. Diesem Notar steht der jeweilige **Notarvertreter** gleich, **nicht** jedoch der nur in Bürogemeinschaft mit ihm verbundene **Sozius** (BayObLG NJW-RR 1989, 1495; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rn. 5; KEHE/Volmer, § 15 GBO Rn. 14).

#### b) Zurechnung der Erklärung im vorliegenden Fall

Es ist im Rahmen des § 15 Abs. 2 GBO von entscheidender Bedeutung, **wem die Erklärung zuzurechnen ist**: Handelt es sich um eine **eigene Erklärung des Notars A**, so greift die Vermutungswirkung des **§ 15 Abs. 2 GBO unmittelbar** ein, da Notar A die Erklärung beurkundet bzw. beglaubigt hat. Sollte die Erklärung dagegen Notar B zuzurechnen sein, so müsste B der Notarvertreter des A sein, um die Vermutungswirkung auszulösen; die Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung genügt nicht (s. lit. a). Die **Vertreterbestellung ist im Rahmen des § 15 Abs. 2 GBO nachzuweisen** (vgl. Demharter, § 15 Rn. 5). Anderes gilt freilich, wenn die Urkunde auch eine Vollzugsvollmacht zugunsten des Sozius des Urkundsnotars enthält und der Sozius unmittelbar aufgrund dieser Vollmacht handelt. Dann ist kein Vertreternachweis erforderlich, denn es liegt ein Fall von § 15 Abs. 1 GBO vor. Dafür ist konkret jedoch nichts ersichtlich.

Das Grundbuchamt meint offenbar, dass der von Notar A unterzeichnete Antrag dem Notar B zuzurechnen ist; es verlangt einen Nachweis der Vertreterbestellung, da dem Sozius offenbar keine eigene Vollzugsvollmacht erteilt worden ist. In diesem Zusammenhang hält das Grundbuchamt den § 39a Abs. 2 BeurkG für einschlägig, der eine Beifügung der Vertreterbestellung im elektronischen Rechtsverkehr fordert. Ein solcher Nachweis

ist ursprünglich nicht erbracht worden, da Notar B bei Übermittlung der Erklärung via X-Notar nicht die Option „als Vertreter des Notar A“ gewählt (in diesen Fällen fügt das Programm die elektronisch hinterlegte Vertreterbestellung bei), sondern in eigenem Namen gehandelt hat.

Dabei übersieht das Grundbuchamt u. E. jedoch, dass die **eigentliche grundbuchverfahrensrechtliche Erklärung** nicht von Notar B, sondern **von Notar A** abgegeben worden ist. Dieser hat die Erklärung vollständig abgeschlossen, was insbesondere durch seine **Unterschrift** („und unterzeichnet im Anschluss“) kenntlich gemacht wird. **Notar B** übermittelt schlicht diese Erklärung auf elektronischem Wege und handelt damit als **Erklärungsbote** des A. Unseres Erachtens stellt sich die Situation demnach nicht anders dar, als wenn Notar B die von Notar A erstellte Erklärung zur Post gegeben hätte. Dass die Erklärung von A und nicht von B abgegeben ist, kann auch das Grundbuchamt erkennen. Denn infolge der elektronischen Übermittlung via X-Notar erhält das Grundbuchamt eine gescannte Version der Papierfassung, aus der sich die Unterschrift des Notars A ergibt.

Im Übrigen genügt die elektronische Übersendung auch der erforderlichen Form der Erklärung (§ 29 GBO). Unter den Voraussetzungen des § 39a BeurkG können elektronisch beglaubigte Abschriften notarieller Urkunden errichtet und nach Maßgabe des § 137 GBO dem Grundbuchamt – unter Wahrung des § 29 GBO – übermittelt werden. Dass Notar B die elektronisch beglaubigte Abschrift der notariellen Urkunde des A mit seiner Signaturkarte „in eigenem Namen“ erstellt hat, schadet nicht, denn so wird lediglich die Form des § 29 GBO i. V. m. § 137 GBO und § 39a BeurkG gewahrt; die Erklärung des Notars A wird dadurch jedoch nicht zu einer Erklärung des Notars B.

#### c) Ergebnis

Notar B konnte die Erklärung des Notars A als Bote dem Grundbuchamt übermitteln, ohne seine Vertreterbestellung nachweisen zu müssen. Auf diesen Nachweis käme es im Rahmen des § 15 Abs. 2 GBO nur dann an, wenn Notar B eine eigene Erklärung abgegeben hätte.

## 2. Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG (2. Frage)

Ob eine Übersendung wie unter Ziff. 1 auch allgemein im elektronischen Rechtsverkehr möglich ist, etwa bei Einreichung einer Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG, wird in Rechtsprechung und Literatur nach unserer Kenntnis nicht erörtert.

Im Hinblick auf die Gesellschafterliste steht allerdings fest, dass nicht jeder beliebige Notar zur Erstellung und Einreichung der aktualisierten Liste berufen ist, sondern nur derjenige, der an der Veränderung mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Unseres Erachtens muss es aber möglich sein, dass der einreichungsverpflichtete Notar die Liste gem. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG unterschreibt, diese mit der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG versieht und die Unterlagen dann im Anschluss von einem anderen Notar elektronisch „in eigenem Namen“ – d. h., ohne bei X-Notar die Option „als Vertreter des ...“ gewählt zu haben – an das Handelsregister übermitteln lässt. Denn darin liegt nach dem oben Gesagten eine reine Botenschaft, sodass die eigentliche „Erklärung“ i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG von dem Notar herrührt, der an den Veränderungen der Gesellschafterliste mitgewirkt hat. Der **Zweck des § 40 Abs. 2 GmbHG gebietet es jedenfalls nicht, eine Botenschaft auszuschließen**. Die Richtigkeit der Gesellschafterliste, die durch die Einschaltung des Notars als „amtszuverlässiger Dritter“ gewährleistet sein soll (vgl. Baumbach/Hueck/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 40 Rn. 49 m. w. N.), wird nicht durch die Einschaltung eines Boten bei der Listenübermittlung gefährdet; der Inhalt der Liste bleibt davon unberührt.

Dass ein Notar die Liste als Bote für den *Geschäftsführer* einreichen kann, ist nicht strittig; diese Botenschaft kommt praktisch häufig vor (MünchKommGmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 199).

---

## BGB § 2100

### Gemeinschaftliches Testament von Ehegatten; Wiederverheirungsklausel; teilweise angeordnete Vor- und Nacherbfolge; Verlautbarung im Erbschein

---

#### I. Sachverhalt

Ehegatten haben ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament errichtet und sich darin gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Im Testament ist u. a. Folgendes ausgeführt:

„2. Bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten sollen unsere Kinder sofort ihren Erbteil erhalten.

3. Beide Kinder sind zu gleichen Teilen erbberechtigt.“

Die Ehefrau ist inzwischen verstorben. Es wird nun ein Erbschein beantragt, wonach der Ehegatte befreiter Vorerbe ist. Das Amtsgericht möchte den Erbschein allerdings nur dergestalt erteilen, dass der Ehemann zu

½ Anteil Vollerbe und zu ½ Anteil befreiter Vorerbe geworden ist. Bzgl. der Kinder geht es vom gesetzlichen Erbteil aus.

#### II. Fragen

1. Kann Nacherbfolge nur für einen Bruchteil angeordnet werden, sodass der Alleinerbe zu einem Teil Vollerbe und zu einem anderen Teil befreiter Vorerbe ist?

2. Lautet der Erbschein in diesem Fall insgesamt auf befreite Vorerbschaft oder ist die Erbenstellung unterschiedlich auszuweisen (z. B.: zu ½ unbeschränkter Erbe und zu ½ Vorerbe)?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Auslegung der Klausel bzgl. Erbeinsetzung oder Vermächtnis

Bei der mitgeteilten Klausel handelt es sich um eine sog. **Wiederverheirungsklausel**. Die Bestimmung, dass die Kinder bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten „sofort ihren Erbteil erhalten“ sollen, ist u. E. allerdings nicht ganz eindeutig und mithin **auslegungsbedürftig**. Sie kann zum einen bedeuten, dass mit der Wiederheirat die **gesetzliche Erbfolge** nach dem erstverstorbenen Ehegatten eintreten soll, zum anderen kann aber auch gemeint sein, dass der überlebende **Ehegatte Vollerbe bleiben** und den Kindern ihren gesetzlichen Erbteil (als Geldvermächtnis) auszahlen soll (vgl. zu dieser Möglichkeit der Wiederverheirungsklausel NK-BGB/Gierl, 5. Aufl. 2018, § 2269 Rn. 116). Im zweiten Fall wäre der überlebende Ehegatte nicht als auflösend bedingter Vollerbe, sondern als unbedingter Vollerbe eingesetzt und für den Fall seiner Wiederheirat lediglich mit einem aufschiebend bedingten Vermächtnis zugunsten der gemeinsamen Abkömmlinge belastet.

Vorliegend wäre daher zunächst im Wege der Auslegung zu klären, ob der gesetzliche **Erbteil den Kindern vermächtnisweise oder im Erbwege zugewandt** ist. Unseres Erachtens lässt die Bestimmung, dass die Kinder sofort ihren Erbteil erhalten sollen, grds. beide Deutungen zu. Die Folgeregelung, dass beide Kinder „zu gleichen Teilen erbberechtigt“ sind, spricht u. E. allerdings eher für die Erb- als für die Vermächtnisvariante.

##### 2. Rechtsfolgen bei Annahme einer Erbeinsetzung

Geht man davon aus, dass die Kinder bei Wiederverheiratung ihren gesetzlichen Erbteil im Erbwege erhalten sollen, dann sind die Kinder insoweit aufschiebend bedingte Erben und damit zu Nacherben eingesetzt. Hinsichtlich der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten ist zu unterscheiden: So kann die Wiederverheirungsklausel bei der Einheitslösung derart ausgestaltet sein, dass mit der Wiederverheiratung zugleich

der Nacherbfall (hinsichtlich des gesamten Nachlasses) eintritt und der Nachlass des Erstversterbenden nach Erblasserordnung den Nacherben ganz oder teilweise herauszugeben ist (vgl. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 120). Doch muss der Erblasser die durch die Wiederheirat bedingte Nacherbfolge nicht für den ganzen Nachlass anordnen, sondern kann dies auch nur für einen Bruchteil tun (z. B. in Höhe der gesetzlichen Erbteile der Abkömmlinge); dabei kann er den Nacherbfall sofort oder erst beim Tod des Vorerben eintreten lassen (Kössinger, § 14 Rn. 120).

Im vorliegenden Fall besteht u. E. kein Zweifel, dass der **Nacherbfall mit der Wiederverheiratung** eintreten soll. Hingegen lässt sich der Anordnung der Erblasser nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, dass sich der Nacherbfall auf den gesamten Nachlass bezieht. Die Formulierung, wonach die Kinder sofort ihren Erbteil erhalten sollen, spricht **eher** für eine **Nacherbfolge nur im Umfang der gesetzlichen Erbteile der Kinder**. Dann wäre der überlebende Ehegatte diesbezüglich als Vorerbe und wären die Kinder als Nacherben anzusehen, bzgl. des Rests aber wäre der Ehegatte endgültiger Vollerbe. In Rechtsprechung und Literatur wird es **zugelassen**, die **Anordnung der Nacherbfolge auf einen Bruchteil des Nachlasses zu beschränken**; auch soll es möglich sein, in der Person des Erben teils Vollerbschaft, teils Vor- und Nacherbfolge anzuordnen (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2100 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.10.2018, § 2100 Rn. 54 m. w. N.). Man geht folglich – beim Alleinerben wie beim Miterben – davon aus, dass der Erbe als sog. Teilvererbe nur in Höhe eines ideellen Teils der Erbschaft mit der Nacherbfolge belastet sein kann, im Übrigen aber Vollerbe ist; demnach greift lediglich bzgl. des der Nacherbfolge unterliegenden Erbteils Vor- und Nacherbschaft ein, bzgl. der übrigen Erbteile Vollerbschaft (BayObLGZ 1961, 200, 205; BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rn. 54).

Infolge dieser Konstruktion bewirkt die (auch nur zum Teil angeordnete) Vor- und Nacherbschaft so lange eine Beschränkung des gesamten Nachlasses, bis dieser auseinandergesetzt und dem überlebenden Ehegatten als Vorerbe ein bestimmter realer Nachlassteil zugewandt ist, der dann nach wie vor der Nacherbfolge unterliegt (BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rn. 54.1 m. w. N.). Wie der Alleinerbe und Teilvererbe über den Teil des Nachlasses verfügen kann, der ihm zur freien Verfügung zusteht, ist im Einzelnen umstritten. Überwiegend wird diesbezüglich § 2120 BGB entsprechend angewandt (BayObLGZ 1958, 109 = NJW 1958, 1683; Palandt/Weidlich, § 2100 Rn. 4; zum Hinzuerwerb

eines „unbeschränkten“ Erbteils im Wege der Erbfolge und zur Notwendigkeit der Erbaueinandersetzung bei Teilver- und Teilvererbschaft vgl. jetzt auch BGH ZEV 2018, 657). Andere Stimmen schlagen vor, der Erblasser solle Nachlassgegenstände, die zur freien Verfügung bestimmt seien, dem Teilvererben im Wege einer „Art von Teilungsanordnung“ zuweisen; dies führe entsprechend dem Rechtsgedanken des § 2110 Abs. 2 BGB dazu, dass diese Gegenstände von vornherein nicht der Beschränkung der Nacherbfolge unterlägen (vgl. BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rn. 55).

Jedenfalls ist die Rechtsstellung des **teilweise als Voll-, teilweise als Vorerben** eingesetzten überlebenden Ehegatten stärker, als wenn hinsichtlich des gesamten Nachlasses eine Nacherbfolge unter aufschiebender Bedingung der Wiederheirat angeordnet ist. Diese stärkere Rechtsstellung ist u. E. **auch im Erbschein** für den Erben **entsprechend auszuweisen**. In der Kommentarliteratur wird zu Recht verlangt, dass sich der Erbschein für den Vorerben dazu verhält, ob die Nacherbfolge nur für einen Erbteil bzw. Bruchteil eines Erbteils oder nur nach einem Miterben angeordnet ist (BeckOGK-BGB/Deppenkemper, Std.: 1.6.2018, § 2139 Rn. 51 m. w. N.).

Ein entsprechendes Formulierungsmuster für den Erbschein konnten wir in der uns zugänglichen Literatur nicht ermitteln. Formulierungsbeispiele lassen sich aber den Entscheidungen des BayObLG (BayObLGZ 1961, 200; BayObLGZ 1958, 109) entnehmen.

### 3. Ergebnis

Rechtsprechung und Literatur lassen es zu, dass die Nacherbfolge nur für einen Bruchteil des Nachlasses angeordnet wird. Dies gilt auch bei Einsetzung eines Alleinerben, sodass dieser dann zum einen Teil Vollerbe, zum anderen Teil (befreiter oder nicht befreiter) Vorerbe ist. Da seine Rechtsstellung stärker ist als die eines bloßen Vorerben, muss sie im Erbschein auch ausgewiesen werden.



# Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**WEG §§ 5, 14 Nr. 4**

**Heizungsanlage im Kellerraum; Sondereigentumsfähigkeit des Kellerraums und von *dual-use*-Räumen; Zugang nur über das Sondereigentum**

Abruf-Nr.:

**BGB §§ 2274, 2290, 2293**

**Neue Verfügung von Todes wegen nach Erbvertrag unter Beteiligung von Kindern und Eltern**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**GmbHG §§ 24, 16 Abs. 1**

**Ausfallhaftung des Erwerbers eines Teilgeschäftsanteils für rückständige Leistungen des Veräußerers**

a) **Übriger Gesellschafter im Sinne des § 24 GmbHG ist auch derjenige, der seine Gesellschafterstellung erst nach Fälligkeit der Einlageforderung, derentwegen das Kaduzierungsverfahren eingeleitet wurde, erworben hat. Das gilt auch, wenn sein Geschäftsanteil durch Teilung des Anteils des bisherigen Alleingesellschafters, der seine fällige Einlageschuld nicht erbracht hat, entstanden und ihm übertragen worden ist.**

b) **Auch ein Gesellschafter, der seine Gesellschafterstellung nur in der Zeit zwischen der Fälligkeit der Einlageforderung, derentwegen das Kaduzierungsverfahren betrieben wird, und dem Eintritt der Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG innehatte (sog. Zwischenerwerber), haftet nach § 24 GmbHG.**

c) **Der Anspruch aus § 24 GmbHG verjährt gemäß §§ 195, 199 BGB.**

BGH, Urt. v. 18.9.2018 – II ZR 312/16

### Problem

Gem. § 24 GmbHG haften Gesellschafter subsidiär für

„Fehlbeiträge“, die zum Ausschluss eines Mitgesellschafters durch Kaduzierung (§§ 21 ff. GmbHG) geführt haben. Nach seinem Grundsatzurteil vom 19.5.2015 (DNotZ 2015, 860) hatte der BGH nun abermals Gelegenheit, Streitfragen dieser subsidiären Aufbringung von Fehlbeiträgen (hier: in Form von rückständigen Einlage- und Unterbilanzausgleichsbeträgen) zu entscheiden. Im zugrunde liegenden Fall sollten Haftungsadressaten die vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommenen Mitgesellschafter eines vormaligen Alleingesellschafters sein. Dieser hatte im Jahre 2005 – also noch vor Inkrafttreten des MoMiG – seinen Geschäftsanteil geteilt, indem er einen Teilgeschäftsanteil zurückbehalten und je einen kleineren Geschäftsanteil an zwei beitretende Gesellschafter (die späteren Beklagten) veräußert hatte. Der Erwerb der Teilgeschäftsanteile war zwar ordnungsgemäß gegenüber der Gesellschaft i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. angemeldet, die Gesellschafterliste jedoch nicht aktualisiert worden; die Liste wies also weiterhin den Veräußerer als Alleingesellschafter aus. Die Fehlbeiträge, für die die Beklagten haften sollten, waren schon vor der Teilabtretung und damit vor dem Erwerb ihrer Gesellschafterstellung entstanden und fällig geworden.

### Entscheidung

Der BGH entschied zunächst – unter Zurückweisung der Rechtsansicht des Berufungsgerichts –, dass die **Ausfallhaftung** „nach den Wertungen der § 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GmbHG“ **auch jene Mitgesellschafter treffe, die zwar im Zeitpunkt des Fälligwerdens der Fehlbeiträge noch keine Gesellschafter** gewesen, **aber danach als Anteilserwerber** in die Gesellschaft **eingetreten** seien. Denn die mit Fälligkeit der Fehlbeiträge bereits aufschiebend bedingt auf den Eintritt der weiteren Voraussetzungen der §§ 21-23 GmbHG entstandene Ausfallhaftung gehöre zu den **mitgliedschaftlichen Pflichten**, in die die Anteilserwerber mit Begründung ihrer Gesellschafterstellung einträten. Dieser Ausfallhaftung des derivativen Rechtserwerbers stehe im konkreten Fall nicht entgegen, dass den Rechtsvorgänger als vormaligen Alleingesellschafter (denklogisch) keine Ausfallhaftung für andere „Mit“-Gesellschafter getroffen habe könne. **Mit der Teilabtretung** seien nämlich jeweils **selbständige Geschäftsanteile entstanden**, mit denen als „allgemeine Pflicht“ die für jeden Geschäftsanteil grundsätzlich geltende gesetzliche Verpflichtung zur Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG verbunden sei.

Auch dass die **vor dem Inkrafttreten des MoMiG** im Handelsregister **aufgenommene Gesellschafterliste** (sog. „Altliste“) noch nicht aktualisiert worden sei, sondern weiterhin den vormaligen Alleingesellschafter als solchen ausweise, ändere nichts an der Haftung der Be-

klagen. Dabei könne der **Streit dahingestellt** bleiben, ob nach Inkrafttreten des MoMiG (zum 1.11.2008) eine durch Anzeige bei der Gesellschaft (hier bzgl. der Teilabtretung) ordnungsgemäß begründete Legitimation fortwirke oder ob vielmehr § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. auch für Altlisten gelte, Letzteres evtl. unter dem Vorbehalt, dass die Eintragung dem Betroffenen zuzurechnen sei. Denn die Ausfallhaftung entfalle auch dann nicht, wenn man mit der h. L. von der grundsätzlichen Geltung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG für Altlisten ausgehe. Die Altliste entfalte Legitimationswirkung bzgl. des Eingetragenen nämlich selbst nach dieser Ansicht nur *ex nunc*, d. h. ab dem Stichtag 1.11.2008; die bis dahin **durch ordnungsgemäße Anzeige geschaffene Legitimation der Gesellschafter** (hier: der Beklagten) **entfalle mithin nicht rückwirkend**. Dass die Beklagten vor dem Hintergrund der überwiegenden Ansicht ab dem Stichtag gem. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. nicht (mehr) als Gesellschafter legitimiert seien, berühre ihre einmal entstandene Ausfallhaftung nicht. Insoweit seien sie einem sog. „**Zwischenerwerber**“ gleichzustellen, der erst nach Fälligkeit der Fehlbeträge Gesellschafter geworden und vor Eintritt der Voraussetzungen des § 24 GmbHG wieder ausgeschieden sei. Entgegen der bisher wohl h. M. hafte auch dieser Zwischenerwerber, damit er sich einer einmal (aufschiebend bedingt) entstandenen Ausfallhaftung nicht durch Veräußerung seines Anteils gezielt entledigen könne, was dem Schutzzweck des § 24 GmbHG – Kapitalaufbringung und Gläubigerschutz – zuwiderliefe.

Die Ausfallhaftungsansprüche seien im konkreten Fall noch nicht verjährt. Entgegen der ganz überwiegenden Literaturansicht gelte für die **Verjährung** die dreijährige **Regelfrist der §§ 195, 199 BGB**, nicht aber – mangels Vergleichbarkeit mit dem Einlageanspruch gem. § 19 Abs. 1 GmbHG – die für die Einlageleistung geltende zehnjährige Sonderverjährungsfrist des § 19 Abs. 6 GmbHG. Es bestehe gerade wegen der Strenge der Ausfallhaftung kein Anlass, die Haftung über die regelmäßige gesetzliche Verjährung hinaus zu verschärfen.

Gleichwohl entschied der BGH nicht in der Sache selbst, sondern verwies an das OLG zurück. Dieses solle Feststellungen dahingehend treffen, ob man im konkreten Fall von weiteren **Beitreibungsmaßnahmen** gegen den vormaligen Alleingesellschafter und nunmehr Kaduzierten wegen **Unzumutbarkeit** habe absehen dürfen. Die Beklagten als Mitgesellschafter hafteten nämlich nur, sofern der Kläger darlegen und beweisen könne, dass u. a. eine Inanspruchnahme des vormaligen Alleingesellschafters aus seiner (**vorrangigen**) **Ausfallhaftung** erfolglos geblieben sei. Dafür müsse regelmäßig ein Zwangsvollstreckungsversuch unternommen wor-

den sein, sofern dieser nicht von vornherein – etwa wegen Zahlungsunfähigkeit – aussichtslos sei. Aussichtslosigkeit und damit Entbehrlichkeit seien aber nicht stets bereits deshalb gegeben, weil der Kaduzierte – wie im konkreten Fall – ins Ausland verzogen sei. Ob die Schwierigkeiten der Auslandsvollstreckung einen Vollstreckungsversuch gegen den Kaduzierten entbehrlich machten, sei eine Frage des Einzelfalls.

## Literaturhinweise

**H. Wick, Der Versorgungsausgleich, 4. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2017, 683 Seiten, 98.– €**

Die umfassende Reform des Versorgungsausgleichsrechts zum 1.9.2009 hat zwar erfreulicherweise die Dispositionsmöglichkeiten von Ehegatten erweitert, leider aber nur bedingt zu einer besseren Verständlichkeit der Materie geführt. Auch nach der Reform ist der Versorgungsausgleich ein kompliziertes Expertenrecht geblieben. Bereits in der vierten Auflage widmet sich der Autor, als Vorsitzender Richter am OLG a. D. bestens mit der Materie vertraut, der verständlichen Erläuterung des materiellen Rechts und der verfahrensrechtlichen Besonderheiten des Versorgungsausgleichs. Dabei schildert der Autor in einem eigenen Kapitel auch die für die notarielle Praxis wichtigen Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, ohne allerdings allzu viele Muster vorzustellen. Im Übrigen werden die instruktiven Ausführungen des Handbuchs aber durch viele Beispiele und vereinfachte Rechenformeln aufgelockert. Insgesamt betrachtet handelt es sich damit um eine empfehlenswerte Vertiefungslektüre zur Spezialmaterie.

**Dr. Gabriele Müller-Engels**



**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0                      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit