



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL und VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 312/16

Verkündet am:  
18. September 2018  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

GmbHG § 19 Abs. 6, § 24; BGB §§ 195, 199

- 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, Urteil vom 18. September 2018 - II ZR 312/16 - OLG Jena  
LG Erfurt

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann und Sunder, die Richterin B. Grüneberg und den Richter V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 26. Oktober 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der K. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), die mit Gesellschaftsvertrag vom 21. Juni 2004 durch den Alleingesellschafter H. errichtet wurde. Die nach dem Gesellschaftsvertrag sofort fällige und zahlbare Stammeinlage von 25.000 € wurde von H. zunächst erbracht, bis zur Eintragung der

Schuldnerin im Handelsregister am 23. August 2004 aber in Höhe von insgesamt 18.800,69 € wieder an ihn zurückgezahlt. Zudem bestand bei Eintragung eine Unterbilanz von 32.693,29 €.

- 2 Mit Vertrag vom 15. April 2005 teilte H. seinen Geschäftsanteil in einen Anteil von 17.500 € und zwei Anteile von 3.750 € und verkaufte und übertrug je einen Anteil von 3.750 € an die beiden Beklagten. Die Abtretung wurde im Vertrag gegenüber der Gesellschaft angezeigt.
- 3 Im Januar 2006 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser erhob im Jahr 2009 vor dem Landgericht M. Klage gegen H. und die Beklagten als Gesamtschuldner auf Leistung der offenen Stammeinlage und Erstattung der Unterbilanz. Der Klage wurde gegen H. insgesamt, gegen die Beklagten nur entsprechend ihrem Anteil am Stammkapital in Höhe von jeweils 15 % der geltend gemachten Beträge stattgegeben.
- 4 Mit Schreiben vom 20. Juni 2014 leitete der Kläger das Kaduzierungsverfahren gegen H. ein. Am selben Tag hat er die vorliegende Klage gegen die Beklagten auf anteilige Ausfallhaftung für die gegen H. titulierten Ansprüche aus Unterbilanzhaftung und Leistung der noch offenen Einlage eingereicht. Im Laufe des Rechtsstreits hat er den Geschäftsanteil H. kaduziert.
- 5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision, mit der er die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung begehrt.

Entscheidungsgründe:

6 Über die Revision gegen den Beklagten zu 2 ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da der Beklagte zu 2 in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war. Das Urteil beruht inhaltlich jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f.).

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Dem Kläger stehe gegen die Beklagten kein Anspruch aus Ausfallhaftung gemäß § 24 GmbHG zu, da sie erst nach Fälligkeit der Forderungen, derentwegen das Kaduzierungsverfahren eingeleitet wurde, Gesellschafter der Schuldnerin geworden und damit keine übrigen Gesellschafter im Sinne des § 24 GmbHG seien. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei für die Gesellschaftereigenschaft im Sinne von § 24 GmbHG auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Einlageforderung abzustellen. Schuldner seien danach diejenigen, die im Augenblick der Fälligkeit der Einlageforderung Mitgesellschafter des Kaduzierten gewesen seien. Es genüge hingegen nicht, dass die Gesellschaftereigenschaft irgendwann zu einem Zeitpunkt bestanden habe, zu dem die bereits eingetretene Fälligkeit der Forderung fortbestanden habe. Ein solcher Fall liege hier vor, da die Forderungen gegen H. bereits am 21. Juni 2004 (Einlageforderung) bzw. am 23. August 2004 (Unterbilanzhaftung) und damit vor dem Anteilserwerb der Beklagten am 15. April 2005 fällig geworden seien. Auch aus § 16 Abs. 2 GmbHG stehe dem Kläger kein Anspruch zu, da dieser nur in Höhe des von den Beklagten übernommenen An-

teils von 15 % am Stammkapital bestehe und insoweit bereits durch das Urteil des Landgerichts M. tituliert sei.

10 II. Diese Begründung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

11 Dass die Beklagten ihre Geschäftsanteile erst nach Fälligkeit der Forderungen, derentwegen das Kaduzierungsverfahren eingeleitet wurde, erworben haben, steht ihrer Haftung als übrige Gesellschafter im Sinne von § 24 GmbHG nicht entgegen.

12 1. § 24 GmbHG enthält seinem Wortlaut nach keine Unterscheidung danach, ob die übrigen Gesellschafter ihre Gesellschafterstellung vor oder erst nach Fälligkeit der dem Kaduzierungsverfahren zugrundeliegenden Forderung erworben haben. Gegen eine solche Unterscheidung spricht zudem der Schutzzweck des § 24 GmbHG. Die Vorschrift dient der Sicherung der Kapitalaufbringung und dem damit verknüpften Gläubigerschutz. Sie ist Ausdruck der subsidiären Gesamtverantwortung sämtlicher Gesellschafter für die Aufbringung des Stammkapitals. Diese Verantwortung trifft grundsätzlich alle Gesellschafter, die ab Fälligkeit der betreffenden Einlageforderung Mitglied der Gesellschaft sind, bis der rückständige Betrag erbracht worden ist. Zu welchem Zeitpunkt sie in diesem Zeitraum ihre Gesellschafterstellung erworben haben, ist dabei ohne Belang.

13 2. Aus den vom Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 13. Mai 1996 - II ZR 275/94, BGHZ 132, 390 und Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 291/14, ZIP 2015, 1530) ergibt sich nichts anderes.

14 a) Mit Urteil vom 13. Mai 1996 (II ZR 275/94, BGHZ 132, 390, 394) hat der Bundesgerichtshof zur Haftung eines ehemaligen Gesellschafters, der nach

Fälligkeit der betreffenden Einlageforderung, aber noch vor Erfüllung der weiteren Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG aus der Gesellschaft ausgeschieden war, entschieden, dass es im Hinblick auf den Schutzzweck des § 24 GmbHG für die Auslösung der Ausfallhaftung genügt, dass die Gesellschaftereigenschaft bei Fälligkeit der Stammeinlage vorlag, weil der Anspruch auf Zahlung des Fehlbetrages bereits mit Fälligkeit der Einlageforderung aufschiebend bedingt durch den Eintritt der Voraussetzungen nach §§ 21 bis 23 GmbHG entsteht. Hieran hat er in der Entscheidung vom 19. Mai 2015 (II ZR 291/14, ZIP 2015, 1530 Rn. 9, 17) festgehalten, eine weitergehende Erstreckung der Haftung auf bereits vor Fälligkeit der betreffenden Einlageschuld ausgeschiedene Gesellschafter jedoch selbst für den Fall der Übertragung an den später mit seinem eigenen Anteil kaduzierten Gesellschafter abgelehnt. Dies ist auch mit dem Schutzzweck des § 24 GmbHG nicht zu rechtfertigen, da im Zeitpunkt ihres Ausscheidens noch keine Einlagepflicht des später Kaduzierten und damit auch noch keine aufschiebend bedingte Ausfallhaftung entstanden ist.

- 15            b) Daraus folgt indes nicht, dass nur diejenigen als übrige Gesellschafter im Sinne von § 24 GmbHG anzusehen sind, die bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Einlageforderung Gesellschafter waren. Vielmehr ergibt sich daraus, dass auch der spätere Erwerber eines Geschäftsanteils dieser Haftung unterliegt, da er mit der Begründung seiner Gesellschafterstellung in die mit der Mitgliedschaft verbundenen Pflichten eintritt. Zu diesen Pflichten zählt auch die bereits aufschiebend bedingt entstandene Haftung seines Rechtsvorgängers nach § 24 GmbHG. Auch der Anteilserwerber hat daher nach den Wertungen der § 16 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GmbHG als Gesellschafter bei Eintritt der weiteren Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG gemäß § 24 GmbHG für die der Kaduzierung zugrunde liegende Forderung einzustehen (vgl. Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 9; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 24 GmbHG Rn. 4; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff,

GmbHG, 6. Aufl., § 24 Rn. 20; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 15b aE; Bayer/Scholz, NZG 2015, 1089, 1097; dies. GmbHHR 2016, 89, 92; Lieder, ZGR 2016, 760, 769; anders Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 24 Rn. 10: Haftung analog § 22 GmbHG).

16           3. Dass die Beklagten ihre Beteiligungen von dem bisherigen Alleingesellschafter der Schuldnerin erworben haben, für den als solchen noch keine Ausfallhaftung für andere Mitgesellschafter nach § 24 GmbHG bestehen konnte, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Mit der Teilung des Geschäftsanteils des Alleingesellschafters wurde die Haftung nach § 24 GmbHG für jeden der dadurch entstandenen Geschäftsanteile jeweils bezüglich der auf die auf die übrigen neuen Geschäftsanteile entfallenden fälligen Forderungen ausgelöst.

17           Durch die Teilung des Geschäftsanteils sind mit den abgeteilten Geschäftsanteilen mehrere selbständige Anteile entstanden. Dabei sind teilbare Rechte und Pflichten (wie etwa das Stimm- und Gewinnbezugsrecht sowie Einlage- und Nachschusspflichten) anteilig auf die durch die Teilung entstandenen Geschäftsanteile übergegangen, wohingegen unteilbare Rechte (etwa das Informations- und Anfechtungsrecht) sowie allgemeine Pflichten (etwa Treuepflicht und Wettbewerbsverbote) mit allen durch die Teilung entstandenen Anteilen bzw. der diesbezüglichen Gesellschafterstellung gleichermaßen verbunden sind (vgl. zu § 17 GmbHG in der hier geltenden Fassung bis zum 31. Oktober 2008 etwa: Michalski/Ebbing, GmbHG, 1. Aufl., § 17 Rn. 46 ff.; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 17 Rn. 42; zu § 46 GmbHG: Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 15 Rn. 19 mwN). Zu diesen allgemeinen Pflichten zählt auch die für jeden Geschäftsanteil grundsätzlich geltende gesetzliche Verpflichtung zur Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG (vgl. Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 17

Rn. 42). Diese Verpflichtung besteht daher ab der Teilung auch bereits auf-schiebend bedingt für jeden neu entstandenen Geschäftsanteil, soweit - wie hier - die auf die jeweils anderen Anteile entfallenden Forderungen, derentwegen das Kaduzierungsverfahren betrieben wird, fällig und nicht erfüllt worden sind.

18 III. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

19 1. Dass die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste der Schuldnerin vom 21. Juni 2004 nach dem Geschäftsanteilerwerb der Beklagten nicht aktualisiert wurde und dort immer noch der Gründungsgesellschafter H. als Alleingesellschafter eingetragen ist, steht der Haftung der Beklagten aus § 24 GmbHG nicht entgegen.

20 a) Die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, der zufolge im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschaft im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils gilt, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, ist mangels Rückwirkungsanordnung auf Ansprüche, die vor ihrem Inkrafttreten am 1. November 2008 entstanden sind, nicht anwendbar (vgl. BGH, Beschluss vom 19. April 2010 - II ZR 150/09, ZIP 2010, 1446 Rn. 2). Vielmehr gilt § 16 Abs. 1, Abs. 3 GmbHG in der Fassung bis zum 31. Oktober 2008 (im Folgenden: aF), wonach nur der bei der Gesellschaft angemeldete Erwerber ihr gegenüber als Gesellschafter anzusehen ist, insoweit weiter.

21 b) Danach ist auch hier nicht § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, sondern § 16 Abs. 1 GmbHG aF anwendbar.

- 22           aa) Die Ausfallhaftung der Beklagten für die offene Einlage H.       und seine Unterbilanzhaftung ist, wie oben ausgeführt, mit ihrem Geschäftsanteilerwerb am 15. April 2005 aufschiebend bedingt entstanden. Der Anspruch gegen H.       auf Leistung der Einlage war - wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat - gemäß dem Gesellschaftsvertrag schon am 21. Juni 2004 entstanden und fällig, der Anspruch aus Unterbilanzhaftung, der ebenfalls von der Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG erfasst wird (vgl. etwa Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 24 Rn. 2; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 12; MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 14; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 2a mwN), mit der Eintragung der Schuldnerin im Handelsregister am 23. August 2004 (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 141; Urteil vom 27. Januar 1997 - II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 338 ff.; Schäfer in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 11 GmbHG Rn. 33, 45 mwN).
- 23           Die Beklagten waren ab dem 15. April 2005 auch gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF formell als Gesellschafter der Schuldnerin legitimiert, weil ihr Beteiligungserwerb der Gesellschaft im Rahmen des Vertrages vom 15. April 2005 gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF angezeigt und diese Anzeige durch H.       als alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Schuldnerin entgegengenommen wurde.
- 24           bb) Dass die damit aufschiebend bedingt begründete Haftung der Beklagten aus § 24 GmbHG erst mit Eintritt der weiteren Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG endgültig entsteht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1996 - II ZR 275/94, BGHZ 132, 390, 394; Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 291/14, ZIP 2015, 1530 Rn. 17) und dies hier - wenn überhaupt - erst nach Abschluss des Kaduzierungsverfahrens gegen H.       im Laufe dieses Rechtsstreits und damit nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG am

1. November 2008 der Fall sein kann, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung.

25 (1) Zwar ist umstritten, ob eine nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF ordnungsgemäß begründete Legitimation nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG fortwirkt oder ab dann ausschließlich auf die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste abzustellen ist, auch wenn sie bereits vor dem 1. November 2008 im Handelsregister aufgenommen wurde und u.U. veraltet ist.

26 Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur gilt § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ab seinem Inkrafttreten grundsätzlich auch für alte, vor dem 1. November 2008 eingereichte Listen, bis eine neue, geänderte Liste im Register aufgenommen worden ist (BeckOK GmbHG/Wilhelmi, Stand: 1. November 2017, § 16 Rn. 5; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 16 Rn. 46; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rn. 107 ff.; MünchKomm GmbHG/Heidinger, 3. Aufl., § 16 Rn. 123 ff.; ders. GmbHR 2017, 273 ff.; Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 16 Rn. 112; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., § 16 Rn. 108; Ulmer/Löbke, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 192 ff.; Hasselmann, NZG 2009, 409, 412; Reymann, BB 2009, 511; Wachter, BB 2010, 20; Horstkotte, ZinsO 2009, 209, 214; Saenger/Sandhaus, DNotZ 2012, 346, 350 ff.; tendenziell auch Gutachten des Deutschen Notarinstituts DNotI-Report 2008, 185 ff.). Dies wird allerdings häufig dahingehend eingeschränkt, dass die Eintragung dem Betroffenen zurechenbar sein müsse (BeckOK GmbHG/Wilhelmi, Stand: 1. November 2017, § 16 Rn. 5; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 16 Rn. 46; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rn. 108; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., § 16 Rn. 108; Ulmer/Löbke, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 196; Reymann, BB 2009, 506, 512), was etwa nicht der Fall sein soll, wenn die Anteilsübertragung ordnungsgemäß

nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF angemeldet wurde (vgl. Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 16 Rn. 46; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rn. 108; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., § 16 Rn. 108; Ulmer/Löbke, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 196; noch strenger Reymann, BB 2009, 506, 512: nur bei Einhaltung des Mitteilungs- und Eintragungsverfahrens nach neuem Recht; aA MünchKommGmbHG/Heidinger, 3. Aufl., § 16 Rn. 127).

27 Nach der Gegenauffassung kommt vor dem 1. November 2008 eingereichten "Altlisten" keine Legitimationswirkung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu und gilt die Wirkung der Anmeldung nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF fort, bis eine neue Liste gemäß § 40 GmbHG eingereicht wird (vgl. OLG Dresden, ZIP 2017, 80, 83; LG München I, ZIP 2010, 930; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 16 Rn. 13a; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rn. 207; Hk-GmbHG/Pfisterer, 3. Aufl., § 16 Rn. 7; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rn. 2; Brandmüller, MittBayNot 2010, 147, 148; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1040; ders. MittBayNot 2014, 24, 28).

28 (2) Die Frage bedarf hier indes keiner Entscheidung, weil die Haftung der Beklagten nach § 24 GmbHG auch dann nicht entfällt, wenn man mit der überwiegenden Ansicht von der grundsätzlichen Geltung der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch für sogenannte "Altlisten" ab dem 1. November 2008 ausgeht.

29 (a) Folgt man der insoweit vertretenen einschränkenden Auffassung käme eine Anwendung der Neuregelung bereits deshalb nicht in Betracht, weil es aufgrund der ordnungsgemäßen Anmeldung des Anteilserwerbers nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF an der erforderlichen Zurechenbarkeit der veralteten Listeneintragung fehlen würde. Dass sich dies im vorliegenden Fall nicht zu Gunsten, sondern zu Lasten der Beklagten auswirkt, weil ihnen dadurch keine Rechte,

sondern stattdessen Pflichten aus der einmal erworbenen relativen Gesellschafterstellung erhalten bleiben, kann keine andere Beurteilung rechtfertigen. Eine diesbezügliche Unterscheidung zwischen Rechten und Pflichten kommt nicht nur im Hinblick darauf nicht in Betracht, dass es um die Fortwirkung der erworbenen Gesellschafterstellung als solche und damit auch aller daraus erwachsenden Folgen geht. Zudem wäre die veraltete Eintragung bei ordnungsgemäßer Anmeldung des Anteilsübergangs nach der hierzu vertretenen Ansicht auch dem noch eingetragenen Anteilsveräußerer nicht mehr zurechenbar, der demnach daraus auch nicht in die Pflicht genommen werden dürfte.

30 (b) Unabhängig davon gehen aber auch die übrigen Befürworter einer Legitimationswirkung von "Altlisten" nach § 16 Abs. 1 GmbHG davon aus, dass diese Legitimation nur ex nunc ab Inkrafttreten der Neuregelung zum 1. November 2008 gilt und eine bisher durch Anmeldung wirksam begründete relative Gesellschafterstellung mit den dadurch begründeten Rechten und Pflichten nicht rückwirkend entfällt (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, 3. Aufl., § 16 Rn. 123b; ders. GmbHR 2017, 273, 277; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., § 16 Rn. 108; Saenger/Sandhaus, DNotZ 2012, 346, 354 f.). Danach würde hier jedenfalls die aufschiebend bedingt begründete Verpflichtung der Beklagten nach § 24 GmbHG nicht rückwirkend mit dem 1. November 2008 wieder entfallen.

31 Zwar wären die Beklagten ab diesem Zeitpunkt nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten anzusehen. Auch dieses nachträgliche "Ausscheiden" aus der Gesellschaft würde aber nicht dazu führen, dass ihre einmal aufschiebend begründete Ausfallhaftung entfällt und sie bei späterem Eintritt der Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG daraus nicht mehr als übrige Gesellschafter in Anspruch genommen werden können.

- 32 Auch ein Gesellschafter, der die Gesellschafterstellung nur in der Zeit zwischen der Fälligkeit der Forderungen, derentwegen das Kaduzierungsverfahren betrieben wird, und dem Eintritt der Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG innehatte, haftet entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht (siehe OLG Celle, NJW-RR 1995, 1065 f.; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 24 Rn. 6; BeckOK GmbHG/H. Jaeger, Stand: 1. Februar 2018, § 24 Rn. 2.1; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 24 Rn. 16; Hk-GmbHG/Saenger, 3. Aufl., § 24 Rn. 7; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 15b) nach § 24 GmbHG.
- 33 Für einen solchen "Zwischenerwerber" gilt ebenfalls der der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Grunde liegende Gedanke, dass sich ein Gesellschafter eines bereits - wenn auch nur aufschiebend bedingt - entstandenen Anspruchs auf subsidiäre Beteiligung an der Kapitalaufbringung nicht durch Veräußerung seines Anteils wieder gezielt entledigen können soll (vgl. Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 24 GmbHG Rn. 4; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 24 Rn. 10; Bayer/Scholz, NZG 2015, 1089, 1097; dies. GmbHR 2016, 89, 92; Lieder, ZGR 2016, 760, 769).
- 34 Der bereits gegen die Ausfallhaftung des Erstveräußerers erhobene Einwand, diese finde im Gesetz keine Stütze, weil danach nur in den Fällen des § 22 GmbHG (Haftung der Rechtsvorgänger des kaduzierten Gesellschafters) und des § 16 Abs. 2 GmbHG (Haftung für rückständige Einlagen) eine Haftung des Rechtsvorgängers vorgesehen sei (vgl. MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 30 f.; Ulmer/Müller, GmbHG, 2. Aufl., § 24 Rn. 29 f.; zweifelnd auch MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 27 f.), greift auch hier nicht durch.

35           Wie der Senat mit der Entscheidung vom 19. Mai 2015 (II ZR 291/14, ZIP 2015, 1530 Rn. 17) klargestellt hat, ist auch insoweit dem Schutzzweck der Kapitalaufbringung und dem damit verbundenen Gläubigerschutz nach § 24 GmbHG Vorrang zu gewähren. Dass der Haftungsanspruch aus § 24 GmbHG im Zeitpunkt der Geschäftsanteilsübertragung noch nicht rückständig ist, steht einer Forthaftung des Veräußerers daher nicht entgegen.

36           Unerheblich ist auch, dass die Forthaftung des Veräußerers nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 GmbHG auf Einlageforderungen beschränkt ist. Im vorliegenden Fall folgt das bereits daraus, dass die Anteile noch unter Geltung des § 16 Abs. 3 GmbHG aF übertragen wurden. Danach haftete der Erwerber neben dem Veräußerer nicht nur für rückständige Einlageforderungen, sondern für die auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen, worunter nach allgemeiner Meinung auch die Haftung aus anderem Rechtsgrund, wie etwa die Solidar- bzw. Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG zu fassen war (vgl. etwa Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 16 Rn. 12; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 16 Rn. 17; Michalski/Ebbing, GmbHG, 1. Aufl., § 16 Rn. 52; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl., § 16 Rn. 40). Entsprechendes gilt trotz des engeren Wortlauts auch für die Neufassung der Vorschrift in § 16 Abs. 2 GmbHG. Da nach den Gesetzesmaterialien keine inhaltliche Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG aF beabsichtigt war (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 38), kann für die Auslegung des dortigen Begriffs der "Einlageverpflichtung" auf die Rechtsprechung und Literatur zu § 16 Abs. 3 GmbHG aF zurückgegriffen werden (vgl. Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 16 Rn. 23; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 16 GmbHG Rn. 47, 15; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rn. 136; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., § 16 Rn. 52; Ulmer/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 101; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rn. 55 f.; iE auch MünchKommGmbHG/Heidinger,

GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rn. 188; aA Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 16 Rn. 56 f.: § 16 Abs. 2 GmbHG nur analog; Götze/Bressler NZG 2007, 894; Mayer, DNotZ 2008, 403, 405 f.: Umformulierung erforderlich).

37            2. Der Beklagte zu 1 kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe seinen Vertrag über den Geschäftsanteilserwerb wegen Täuschung über die Leistung der vollen Stammeinlage durch H.            angefochten und seine Anmeldung gegenüber der Gesellschaft ausweislich eines Gesellschafterbeschlusses vom 10. August 2005 wirksam widerrufen.

38            a) Es kann dahinstehen, ob der Beklagte zu 1 seine Beteiligung wirksam angefochten hat. Auch eine wirksame Anfechtung seines Beitritts ließe die Legitimationswirkung seiner Anmeldung nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF nicht entfallen, da es hierfür auf die Wirksamkeit der Anteilsübertragung oder die materielle Rechtslage nicht ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 49 ff.; Urteil vom 9. Juli 1990 - II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 113; Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 76/07, ZIP 2008, 2214 Rn. 7 mwN).

39            b) Keiner Entscheidung bedarf auch, ob dem Gesellschaftsbeschluss vom 10. August 2005, dem zufolge besprochen wurde, dass der Beklagte zu 1 seinen Geschäftsanteil an H.            zurückgibt sowie H.            den Geschäftsanteil des Beklagten zu 2 auf 49 % erweitert und nunmehr 51 % der Anteile besitzt, ein Widerruf der Anmeldung des Beklagten zu 1 entnommen werden könnte.

40            Ein Widerruf der Anmeldung war in § 16 Abs. 1 GmbHG aF nicht vorgesehen und nach Zugang der Anmeldung bei der Gesellschaft nicht möglich, § 130 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 76/07, ZIP 2008, 2214 Rn. 12). Wie die Wirkungen einer Anmeldung nach § 16 Abs. 1 GmbHG

aF im Fall einer unwirksamen Übertragung beseitigt werden können - ob nur durch förmliche Rückübertragung des Anteils oder auch durch einen "Widerruf", der allerdings den überzeugenden Nachweis der Unwirksamkeit der früher angemeldeten Übertragung voraussetzen würde (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 76/06, ZIP 2008, 2214 Rn. 12 mwN) - hat der Senat bislang offengelassen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 51; Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 76/06, ZIP 2008, 2214 Rn. 12).

41 Dies bedarf auch hier keiner Entscheidung, weil auch ein wirksamer "Widerruf" der Anmeldung im August 2008 nichts daran ändern würde, dass der Beklagte zu 1 jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt als Gesellschafter der Schuldnerin anzusehen ist und die Folgen seines fehlerhaften Anteilserwerbs durch den "Widerruf" nur für die Zukunft beseitigen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 51). Auch in diesem Fall wäre er damit zwar bereits vor Eintritt der Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG, aber erst nach Begründung seiner aufschiebend bedingten Haftung nach § 24 GmbHG bereits mit seinem Anteilserwerb bzw. dessen Anmeldung bei der Schuldnerin aus der Schuldnerin ausgeschieden. Damit unterläge er - wie oben ausgeführt - auch in diesem Fall als "Zwischenerwerber" weiterhin der Haftung nach § 24 GmbHG.

42 3. Die Haftung der Beklagten scheidet auch nicht daran, dass die Forderung von H. eingezogen werden kann.

43 a) Nach § 24 Satz 1 GmbHG setzt die Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter neben einer wirksamen Durchführung des Kaduzierungsverfahrens voraus, dass die Einlageforderung nach der Kaduzierung weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des kaduzierten Geschäftsan-

teils gedeckt werden kann. Die übrigen Gesellschafter haften demnach subsidiär erst dann, wenn die Forderung gemäß § 22 GmbHG von Rechtsvorgängern des kaduzierten Gesellschafters nicht zu erlangen war, durch Verwertung gemäß § 23 GmbHG nicht gedeckt werden konnte und auch eine Inanspruchnahme des kaduzierten Gesellschafters aus seiner (vorrangigen) Ausfallhaftung nach § 21 Abs. 3 GmbHG erfolglos war. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Kläger (vgl. etwa Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 24 Rn. 3; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 15 ff.; MünchKomm GmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 17 ff.; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 24 Rn. 4 ff.; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 4 ff.).

44           b) Ob die offene Forderung nach Kaduzierung von dem vorrangig zahlungspflichtigen H.       eingezogen werden kann, ist offen. Das Berufungsgericht hat hierzu - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine eigenen Feststellungen getroffen.

45           aa) Die Inanspruchnahme eines Rechtsvorgängers des kaduzierten Gesellschafters nach § 22 GmbHG schied bereits deshalb aus, weil H.       Gründungsgesellschafter der Schuldnerin war.

46           bb) Auch der Versuch einer Verwertung des Geschäftsanteils nach § 23 GmbHG war nicht geboten, da der Kläger keinen ersichtlich aussichtslosen, die Kosten nicht übersteigenden Veräußerungsversuch unternehmen musste. Nach der Lebenserfahrung wird bei einer in Insolvenz befindlichen Gesellschaft kein kostendeckender Veräußerungserlös erzielt (vgl. OLG Hamm, GmbHR 1993, 360, 362; OLG Celle, GmbHR 1994, 801; OLG Köln, Beschluss vom 19. August 2004 - 18 W 29/04, juris Rn. 7; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 24 Rn. 2; MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 19; Pentz in

Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 23 Rn. 8; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 5). Zudem ist nach den nicht angegriffenen, vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts unstrittig, dass die offene Stammeinlage nicht durch einen Verkauf der Anteile H. gedeckt werden kann.

47 cc) Mangels ausreichender Feststellungen des Berufungsgerichts kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob die ausstehende Einlage von H. eingezogen werden kann.

48 (1) Voraussetzung der Ausfallhaftung der weiteren Gesellschafter ist grundsätzlich, dass eine Inanspruchnahme des kaduzierten Gesellschafter aus seiner Ausfallhaftung gemäß § 21 Abs. 3 GmbHG erfolglos war oder aussichtslos ist. Im Regelfall ist ein erfolgloser Zwangsvollstreckungsversuch erforderlich. Hiervon kann allerdings dann abgesehen werden, wenn eine Inanspruchnahme des Kaduzierten nach den Umständen von vorneherein offensichtlich aussichtslos ist, etwa weil er die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat oder insolvent ist (vgl. Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 24 Rn. 3; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 18; MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 20 ff.; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 24 Rn. 6; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 6).

49 Nicht erforderlich sind auch Beitreibungsmaßnahmen, die nach den konkreten Umständen im Hinblick auf den Zweck des Kaduzierungsverfahrens, eine effektive und zügige Kapitalaufbringung der Gesellschaft sicherzustellen, nicht mehr zumutbar sind. In einem solchen Fall haben die Interessen der einzelnen Gesellschafter zurückzutreten, zumal sie ihrerseits bei dem kaduzierten Gesellschafter Regress nehmen können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Beitreibung bei dem kaduzierten Gesellschafter zwar nicht völlig aussichts-

los, er aber zahlungsunfähig im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist und die Beitreibung wegen seines geringen pfändbaren Einkommens nur in geringen Raten über einen unverhältnismäßig langen Zeitraum möglich wäre (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 19. August 2004 - 18 W 29/04, juris Rn. 4 f.; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 18; MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 22). Ebenso ist die Gesellschaft nicht gehalten, wegen anfechtbarer Rechtshandlungen des kaduzierten Gesellschafters im Ausland einen Anfechtungsprozess gegen Dritte zu führen und dort ggfls. aus einem obsiegenden Urteil mit unsicherer Aussicht auf Erfolg zu vollstrecken (vgl. OLG Hamm, GmbHR 1993, 360, 362 f. mit Anmerkung Goette, DStR 1993, 1528, 1529; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 18; MünchKomm GmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 21; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 7).

50                   (2) Ob hier von weiteren Beitreibungsmaßnahmen abgesehen werden konnte, lässt sich anhand der vorliegenden Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

51                   Es ist zwar nicht ersichtlich, dass die Zwangsvollstreckung gegen H. wegen dessen fehlender Leistungsfähigkeit erfolglos war oder deswegen von vorneherein offensichtlich aussichtslos wäre. Nach den nicht angefochtenen Feststellungen des Landgerichts ist die Vollstreckung gegen H. im Inland daran gescheitert, dass er nach Spanien verzogen war. Die vom Kläger beauftragte Gerichtsvollzieherin hat den Vollstreckungsauftrag mit der Mitteilung zurückgegeben, dass H. unter der angegebenen Anschrift nach Auskunft eines dort "Angetroffenen" nicht mehr wohnhaft sei. Weitere Vollstreckungsversuche oder andere Umstände, die Rückschlüsse auf die finanzielle Situation H. oder seine Zahlungs(un)fähigkeit zuließen, hat der Kläger nicht dargetan. Dies wird auch von der Revision nicht geltend gemacht.

52 Nach derzeitigem Sachstand ist allerdings nicht auszuschließen, dass der Kläger im Hinblick auf den Schutzzweck des Kaduzierungsverfahrens zu weiteren Vollstreckungsversuchen gegen H. in Spanien nicht mehr verpflichtet war.

53 Das folgt indes nicht bereits - wie das Landgericht angenommen hat - daraus, dass eine Vollstreckung im Ausland wegen des damit verbundenen rechtlichen, tatsächlichen, zeitlichen und finanziellen Aufwands generell mit dem Zweck des Kaduzierungsverfahrens nicht mehr vereinbar wäre. Derartige Erschwernisse einer Auslandsvollstreckung können zwar durchaus einen Umstand darstellen, der in der Abwägung zwischen dem Zweck des Kaduzierungsverfahrens einerseits und dem Interesse der übrigen Gesellschafter andererseits für eine Unzumutbarkeit oder evtl. sogar Aussichtslosigkeit eines Beitreibungsversuchs spricht. Deswegen ist aber nicht jede Auslandsvollstreckung von vorneherein als unzumutbar anzusehen. Vielmehr bedarf es insoweit einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, wobei insbesondere die voraussichtliche Dauer und anfallenden Kosten der in Rede stehenden Auslandsvollstreckung zu berücksichtigen und im Verhältnis zur Höhe der Forderung und der Aussicht, hiervon noch einen nennenswerten Teil beizutreiben, zu bewerten sind.

54 Feststellungen zu Dauer, Kosten und Aussichten eines Vollstreckungsversuchs in Spanien, die eine solche einzelfallbezogene Beurteilung der Zumutbarkeit ermöglichen würden, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht getroffen.

55 4. Einer Inanspruchnahme der Beklagten aus § 24 GmbHG steht auch ihre Einrede der Verjährung nicht entgegen.

- 56 a) Für die Verjährung der allgemeinen Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG gilt mangels gesetzlich geregelter Sonderverjährung die dreijährige Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB (vgl. Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 24 Rn.11; Thiessen, ZHR 168 (2004) 503, 522 f.).
- 57 Entgegen der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur (Roth in Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl., § 24 Rn. 20; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 24 Rn. 9; Bartels in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 6; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 15; Hk-GmbHG/Saenger, 3. Aufl., § 24 Rn. 14; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 24 Rn. 14; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 24 Rn. 84 f.; MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 24 Rn. 87; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 6. Aufl., § 24 Rn. 38; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 24 Rn. 19; Ulmer/W. Müller, GmbHG, 2. Aufl., § 24 Rn. 59) ist die für die Einlageleistung geltende zehnjährige Sonderverjährung nach § 19 Abs. 6 GmbHG nicht analog anwendbar.
- 58 aa) Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem - dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrunde liegenden - Regelungsplan ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018 - IX ZR 238/17, ZIP 2018, 977 mwN).
- 59 bb) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

60 (1) Zum einen fehlt es an der hinreichenden Vergleichbarkeit des Anspruchs auf Leistung der Einlage nach § 19 Abs. 1 GmbHG und der Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG. Dass es sich bei dem Anspruch aus § 24 GmbHG der Sache nach um eine subsidiäre Haftung für die aufzubringende Stammeinlage handelt (so etwa Ulmer/W. Müller, GmbHG, 2. Aufl., § 24 Rn. 59; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 6. Aufl., § 24 Rn. 38; Hk-GmbHG/Saenger, 3. Aufl., § 24 Rn. 14), rechtfertigt allein noch nicht den Schluss, dass für seine Verjährung das Gleiche gelten müsse wie für den Primäranspruch. Dagegen spricht, dass der Anspruch mit der Nichtleistung der Stammeinlage durch den Primärschuldner nur aufschiebend bedingt entsteht und erst bei Eintritt der weiteren stufenweisen Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG unbedingt und fällig wird. Es handelt sich damit um einen Anspruch eigener Art, der der Gesellschaft erst letzttrangig nach Geltendmachung mehrerer anderer Ansprüche bzw. nach Verwertungsversuchen zusteht und der angesichts dessen hinsichtlich der Verjährung nicht einfach mit der Primärforderung gleichgesetzt werden kann.

61 So gehen etwa auch die Befürworter einer analogen Anwendung von § 19 Abs. 6 GmbHG auf § 24 GmbHG davon aus, dass auf die - gegenüber § 24 GmbHG vorrangige - Haftung der Rechtsvorgänger nach § 22 GmbHG (Bartels in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 22 Rn. 5; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 22 Rn. 15; Hk-GmbHG/Saenger, 3. Aufl., § 22 Rn. 14; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 22 Rn. 9; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 22 Rn. 60; MünchKommGmbHG/Schütz, 3. Aufl., § 22 Rn. 30; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 6. Aufl., § 22 Rn. 20; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 22 Rn. 16; Ulmer/W. Müller, GmbHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 22) und teilweise auch auf die Ausfallhaftung des Kaduzierten nach § 21 Abs. 3 GmbHG (vgl. Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., § 21 Rn. 36b) nicht § 19 Abs. 6 GmbHG, sondern die Regelverjährung

nach §§ 195, 199 BGB anwendbar sei. Warum dies für die demgegenüber nochmals subsidiäre Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter nach § 24 GmbHG anders sein soll, erschließt sich nicht.

62

Vielmehr besteht auch bei § 24 GmbHG kein Anlass, die ohnehin strenge Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter über die regelmäßige gesetzliche Verjährung hinaus zusätzlich zu verschärfen. Die entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 6 GmbHG ab Entstehung des Anspruchs aus § 24 GmbHG hätte zur Folge, dass die übrigen Gesellschafter sich u.U. noch über zwanzig Jahre nach Fälligkeit der Einlageforderung einer Inanspruchnahme ausgesetzt sehen könnten, wenn die Gesellschaft vor Durchführung des Kaduzierungsverfahrens die zehnjährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Einlageforderung nach § 19 Abs. 1, Abs. 6 GmbHG ausschöpft und die daran anschließenden Maßnahmen nach §§ 21 bis 23 GmbHG längere Zeit dauern. Eine solche zeitliche Ausdehnung der Ausfallhaftung ist auch mit dem Schutzzweck des § 24 GmbHG nicht zu rechtfertigen. Dagegen spricht auch nicht, dass auch bei Anwendung der Regelverjährung gemäß § 199 Abs. 4 BGB eine kenntnisunabhängige zehnjährige Verjährungshöchstfrist ab Entstehung des Anspruchs gilt und insoweit kein Unterschied zu einer entsprechenden Anwendung von § 19 Abs. 6 GmbHG besteht. Diese Höchstfrist dürfte bei der subsidiären Ausfallhaftung in der Regel nicht zum Tragen kommen, weil die anspruchsbegründenden Umstände und die Person des Schuldners aufgrund der Durchführung des Kaduzierungsverfahrens und der weiteren Maßnahmen nach §§ 21 bis 23 GmbHG gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB bekannt sein werden. Dann aber ist eine Frist von drei Jahren auch unter Berücksichtigung des Schutzes der Kapitalaufbringung und des hiermit verknüpften Gläubigerschutzes ausreichend und angemessen, um einerseits der Gesellschaft die Geltendmachung der Ausfallhaftung zu ermöglichen und andererseits den berechtigten Interessen der übrigen

gen Gesellschafter an einer zeitlichen Begrenzung ihrer Haftung Rechnung zu tragen.

63 (2) Zudem kann nicht von einer planwidrigen Regelungslücke der gesetzlichen Regelung ausgegangen werden. Zwar sollte mit der Neuregelung des Verjährungsrechts durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3214), in deren Rahmen auch die Sonderverjährung des § 19 Abs. 6 GmbHG geschaffen wurde, zum Zwecke des Gläubigerschutzes im Aktien- wie im GmbH-Recht für Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung eine einheitliche Verjährungsfrist von zehn Jahren mit objektivem Verjährungsbeginn ab der Entstehung des Anspruchs normiert werden (Regierungsbegründung, BT-Drucks. 15/3653, S. 11 ff., 24). Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber im Zuge dieser Neuregelung eine entsprechende Regelung für § 24 GmbHG nur versehentlich unterlassen hat oder davon ausgegangen ist, auch daraus resultierende Ansprüche würden ohnehin von den Neuregelungen erfasst. Dagegen spricht, dass § 24 GmbHG in den detaillierten Ausführungen der Begründung des Regierungsentwurfs zu den im Einzelnen zu ändernden und beizubehaltenden Verjährungsregelungen nicht genannt und zudem im Zusammenhang mit der Begründung der Änderung von § 19 Abs. 6 GmbHG ausgeführt wird, dass die Gesellschaftsgläubiger zusätzlich durch Kaduzierung, Geschäftsführerhaftung und Anfechtung geschützt seien (BT-Drucks. 15/3653, S. 12). Etwaige Ansprüche infolge der Kaduzierung des Einlageschuldners wurden bei der Neuregelung danach durchaus berücksichtigt, ohne dass hierfür auf eine entsprechende Verjährungsregelung wie die Einlageforderung verwiesen worden wäre.

64 Aus der Neuregelung der Verjährung der Ausfallhaftung der Gesellschafter nach § 31 Abs. 3, Abs. 5 GmbHG lässt sich kein Rückschluss auf die Vor-

stellungen des Gesetzgebers zur Verjährung der Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG ziehen. Zwar greift die Haftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG ebenfalls erst dann, wenn der zu erstattende Betrag von dem Empfänger nicht zu erlangen und zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Die Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG ist demgegenüber aber noch an etliche weitere Voraussetzungen geknüpft, so dass die Haftungsansprüche nicht hinreichend vergleichbar sind.

65           b) Der Anspruch gegen die Beklagten ist danach nicht verjährt. Die regelmäßige Verjährung beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Ausfallhaftungsanspruch aus § 24 GmbHG entstanden ist und die Gesellschaft von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Ausfallschuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

66           (aa) Ein Anspruch ist nach § 199 Abs. 1 BGB entstanden, sobald er erstmals vom Gläubiger geltend gemacht und mit einer Klage durchgesetzt werden kann. Das setzt grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraus, da erst von diesem Zeitpunkt an (§ 271 Abs. 2 Halbs. 1 BGB) der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und ggf. den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbinden kann (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, ZIP 2008, 1762 Rn. 17 mwN). Aufschiebend bedingte Ansprüche sind grundsätzlich erst mit Eintritt der Bedingung entstanden, und zwar auch dann, wenn es sich dabei um eine sog. Potestativbedingung handelt (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1967 - V ZR 75/64, BGHZ 47, 387, 390).

67           bb) Der aufschiebend bedingte Anspruch gegen die Beklagten aus § 24 GmbHG ist mit Vorliegen der Voraussetzungen nach §§ 21 bis 23 GmbHG endgültig entstanden und fällig geworden (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1996

- II ZR 275/94, BGHZ 132, 390, 394; Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 291/14, ZIP 2015, 1530 Rn. 17). Da schon das Kaduzierungsverfahren gegen H. nach § 21 Abs. 2 GmbHG erst während des hiesigen erstinstanzlichen Verfahrens abgeschlossen wurde, ist damit noch keine Verjährung eingetreten.

68

III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die erforderlichen Feststellungen zur Frage der Unzumutbarkeit einer weiteren Inanspruchnahme H. nach § 21 Abs. 3 GmbHG treffen kann.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

69           Gegen das Versäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieses Urteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Drescher

Wöstmann

Sunder

B. Grüneberg

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 22.06.2015 - 1 HK O 154/14 -

OLG Jena, Entscheidung vom 26.10.2016 - 2 U 544/15 -