

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17. Jahrgang  
September 2009  
ISSN 1434-3460

17/2009

*Mit Beilage BNotK-Info: ZVR-SPEZIAL*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 727, 729; UmwG § 133 – Erteilung einer Vollstreckungsklausel nach Ausgliederung sowohl gegen den übertragenden als auch gegen den übernehmenden Rechtsträger

WEG §§ 25, 7 Abs. 5, 1 Abs. 6 – Regelung zum Stimmrecht von Wohnungs- und Teileigentümern in einer Wohnungseigentümergeinschaft

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

BGB §§ 280, 281, 437 Nr. 3 – Nutzungsausfall infolge mangelhafter Lieferung

GmbHG § 19 Abs. 4 und 5 – Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen beim Cash-Pool

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### ZPO §§ 727, 729; UmwG § 133 Erteilung einer Vollstreckungsklausel nach Ausgliederung sowohl gegen den übertragenden als auch gegen den über- nehmenden Rechtsträger

#### I. Sachverhalt

V hat Anteile an der B-GmbH an die S-GmbH verkauft. Schuldner der Kaufpreisforderung war somit die S-GmbH. Die B-GmbH hat die persönliche gesamtschuldnerische Mithaftung für die Kaufpreisforderung übernommen. Sowohl die B-GmbH wie auch die S-GmbH haben sich der sofortigen Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Kaufpreisforderung unterworfen.

Nun erfolgten folgende Umwandlungsvorgänge:

1. Der Geschäftsbetrieb der B-GmbH wurde auf ihre zu diesem Zweck neu gegründete Tochtergesellschaft Z-GmbH ausgegliedert. Insbesondere wurde auch die gesamtschuldnerische Mithaftung der B-GmbH für die Kaufpreisverbindlichkeit der S-GmbH auf die Z-GmbH ausgegliedert.
2. Sodann wurde die B-GmbH auf die S-GmbH verschmolzen. Im Ergebnis erfasste die Verschmelzung lediglich noch die Anteile der B-GmbH an der Z-GmbH, die nunmehr die S-GmbH hält.
3. Im Anschluss hat die S-GmbH ihren kompletten Geschäftsbetrieb auf die Z-GmbH gegen Gewährung von Anteilen ausgegliedert. Somit wurde insbesondere auch die Kaufpreisverbindlichkeit der S-GmbH auf die Z-GmbH durch Ausgliederung übertragen.

#### II. Frage

Kann eine Vollstreckungsklausel gegen die S-GmbH und die Z-GmbH erteilt werden?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegen die S-GmbH

Die S-GmbH hat sich im Kaufvertrag selbst der Zwangsvollstreckung unterworfen. Fraglich ist hier allein, ob die Ausgliederung der betreffenden Forderung aus ihrem Vermögen auf die Z-GmbH der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung entgegensteht.

##### a) Zeitlich beschränkte gesamtschuldnerische Haftung bei Spaltung (§ 133 UmwG)

**Gem. § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG** haften für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers (hier S-GmbH), die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (hier zunächst S-GmbH und Z-GmbH) als Gesamtschuldner. Allerdings ist diese zwar **gegenständlich und summenmäßig unbegrenzte Gesamtschuld zeitlich beschränkt**: So ist zwischen dem Hauptschuldner, dem die betreffende Verbindlichkeit zugewiesen ist, und dem Mithafter zu unterscheiden, dessen Haftung gem. § 133 Abs. 3 UmwG zeitlich auf fünf Jahre ab Spaltung beschränkt ist. Während der ersten fünf Jahre nach der Spaltung hat diese Differenzierung nur untergeordnete Bedeutung. Die Haftung der „Mithafter“ verhält sich zu derjenigen des Hauptschuldners akzessorisch, ist ihr gegenüber im Außenverhältnis zum Gläubiger aber keineswegs subsidiär (Schwab, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 133 UmwG Rn. 23). Trotz der gesamtschuldnerischen Haftung ist die Verbindlichkeit des übertragenden Rechtsträgers nach der Spaltung allein beim

„Hauptschuldner“ und nicht zusätzlich bei den „Mithaftern“ zu passivieren (Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Aufl. 2009, § 133 UmwG Rn. 40 f.).

#### b) Wertung § 729 ZPO

Da somit der übertragende Rechtsträger (S-GmbH), aus dessen Vermögen die Verbindlichkeit ausgegliedert wird, – wenn auch zeitlich begrenzt – Schuldner bleibt, spricht u. E. nichts dagegen, gegen ihn eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, wenn er sich der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. In diesem Sinne dürften auch die Ausführungen bei *Wolfsteiner* zu verstehen sein, wonach es angemessen sei, „in entsprechender Anwendung des § 729 ZPO (beide Absätze in einer Gesamtschau) auch die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den übernehmenden Rechtsträger zuzulassen“ (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 45.32, Hervorhebung nicht im Original).

#### c) BGH Urt. v. 6.12.2000

Weiter ist in diesem Zusammenhang das Urteil des BGH v. 6.12.2000 – XII ZR 219/98 (ZIP 2001, 305 = NJW 2001, 1217) anzuführen. Im dortigen Fall handelte es sich um eine Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG und um einen sog. Passivprozess des übertragenden Rechtsträgers, in dem gegen diesen ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wurde. Der BGH lehnte einen Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in den Prozess *ipso iure* ab und betonte den Charakter der Ausgliederung als Einzelübertragung einer zusammengefassten Summe von Vermögensgegenständen. Aus dem Umstand, dass das Gesetz diese besondere Art der Übertragung möglich gemacht habe, könne nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass sie prozessual andere Folgen habe als eine Einzelübertragung (BGH, Tz. 7). Der BGH vergleicht dann die Ausgliederung der streitgegenständlichen Verbindlichkeit mit einer Schuldübernahme und weist darauf hin, dass bei einer solchen während des Prozesses ein Eintreten des übernehmenden Schuldners im Wege der Rechtsnachfolge nicht in Betracht komme. Auch eine kumulative Schuldübernahme führe nicht zu einem Parteiwechsel in einem anhängigen Prozess (BGH, Tz. 13). Bei der Ausgliederung bestehe der übertragende Rechtsträger fort. Für seine vor dem Wirksamwerden der Ausgliederung entstandenen Verbindlichkeiten würden er und der übernehmende Rechtsträger als Gesamtschuldner (§ 133 Abs. 1 S. 1 UmwG) haften. Die Ausgliederung hindere die Klägerin somit nicht, ihren Anspruch nach wie vor (auch) gegen den übertragenden Rechtsträger geltend zu machen. Dann müsse es ihr aber auch möglich sein, den bereits anhängigen Prozess gegen diesen Rechtsträger weiter zu betreiben. Die Ausgliederung könne nicht zur Folge haben, dass der Gläubiger gezwungen ist, den wegen dieses Anspruchs bereits rechtshängigen Prozess nur noch gegen den neuen Schuldner weiterzuverfolgen (BGH, Tz. 14).

#### d) Zwischenergebnis

Wenn die Ausgliederung einer Verbindlichkeit (von der zeitlichen Begrenzung des § 133 Abs. 3 UmwG abgesehen) nicht die Rechtsverfolgung gegenüber dem übertragenden Rechtsträger einschränken darf, steht einer Klauselerteilung gegen den übertragenden Rechtsträger nichts im Wege.

### 2. Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegen die Z-GmbH

Die Z-GmbH hat sich selbst nicht der Zwangsvollstreckung unterworfen. Fraglich ist, ob die Vollstreckungsklausel gegen die B-GmbH infolge der Ausgliederung gegen sie umgeschrieben werden kann. Entsprechend könnte man auch auf die Ausgliederung der Kaufpreisverbindlichkeit der

S-GmbH auf die Z-GmbH (Umwandlungsvorgang Nr. 3) abstellen.

#### a) Wertung § 729 ZPO

Dieser Fall wird allein bei *Wolfsteiner* behandelt. Dieser führt aus: „Bei der Abspaltung und bei der Ausgliederung nach § 123 Abs. 2 und Abs. 3 UmwG (...) haften der alte Schuldner (übertragender Rechtsträger) und der neue Schuldner (übernehmender Rechtsträger) gem. § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers als Gesamtschuldner; es handelt sich um einen gesetzlichen Schuldbeitritt. Die vollstreckungsrechtlichen Folgen sind gesetzlich nicht geregelt. Da es sich um einen Schuldbeitritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge handelt, ist es angemessen, in **entsprechender Anwendung des § 729 ZPO (beide Absätze in einer Gesamtschau) auch die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den übernehmenden Rechtsträger zuzulassen** (...) Dazu ist die Rechtsnachfolge mit Hilfe des Spaltungs- und Übernahmevertrags nach § 126 Abs. 1 UmwG bzw. des Spaltungsplans nach § 136 UmwG nachzuweisen; vorauszusetzen (aber in der Praxis keineswegs gewährleistet) ist, dass der Spaltungsvertrag bzw. der Spaltungsplan exakt genug gefasst ist, um die Schuld eindeutig zu identifizieren.“ (Rn. 45.32). In dogmatischer Hinsicht interessant ist die Einordnung als „kumulativer Schuldbeitritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge“.

#### b) Vergleich zur Rechtskraft bei Abspaltungen

Die parallele Frage, ob bei rechtskräftig abgeschlossenen Prozessen über Passiva die Rechtskraft des Urteils auf einen an der Abspaltung beteiligten Rechtsträger gem. §§ 325, 727, 731 ZPO erstreckt und der Titel entsprechend umgeschrieben werden kann, ist umstritten.

aa) *Bork/Jacoby* verneinen das (Bork/Jacoby, ZHR 167 (2003), 440, 451 f.). Für eine Titelerweiterung spreche zwar, dass so ein Klageverfahren gespart werden könnte, in dem die Haftung des Beklagten aufgrund eines rechtskräftigen Urteils feststände und nur noch die Voraussetzungen für die Haftungserweiterung nach dem Umwandlungsrecht zu prüfen wären. Auf Grundlage dieser Erwägung würden jedoch alle Fälle eines Schuldbeitritts eine Titelerweiterung rechtfertigen. Für die in § 729 ZPO geregelten Fälle sei darüber hinaus typisch, dass der Schuldübernehmer dem ursprünglichen Hauptschuldner die maßgeblichen Gegenstände seines Haftungsvermögens entziehe. Ein solcher Vermögensentzug könne, brauche aber bei der Abspaltung nicht gegeben zu sein. Im Interesse der Klarheit der prozessualen Rechtsbeihilfe sei daher stets von einer Anwendung des § 729 ZPO auf die umwandlungsrechtliche Haftungsübernahme abzusehen. § 729 Abs. 2 ZPO komme freilich zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des über § 133 Abs. 1 S. 2 UmwG anwendbaren § 25 HGB erfüllt seien. *Vossius* führt aus, dass unabhängig davon, ob man die Haftung nach § 133 Abs. 1 oder Abs. 2 UmwG als solidarisch oder akzessorisch auffasst, die Rechtskraft eines gegen den Hauptschuldner oder Mithafter ergangenen Urteils nur im Fall notwendiger Streitgenossenschaft gegen die anderen wirke, also eine Frage des Prozessrechts sei, nicht des materiellen Rechts. Allenfalls komme eine materiell-rechtliche Präklusion des nicht im Ausgangsverfahren Beklagten mit nicht erhobenen Einwendungen und Einreden des Erstbeklagten analog § 129 HGB in Betracht (Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, Stand: Januar 2006, § 133 UmwG Rn. 25.2).

bb) Gegen die Ansicht von *Bork/Jacoby* wendet sich *Schwab* (§ 133 Rn. 161 f.). Die Ansicht von *Bork/Jacoby*

könne man auch nicht in Anlehnung an die Rechtsprechung zur befreienden Schuldübernahme rechtfertigen. Zwar werde diese vom BGH ebenfalls nicht als Anwendungsfall des § 265 ZPO angesehen, so dass man auch in Spaltungsfällen eine „Rechtsnachfolge“ i. S. d. § 265 ZPO verneinen könnte, weil der übertragende Rechtsträger selbst Schuldner bleibt (§ 133 Abs. 1 UmwG). Diese Parallele überzeuge jedoch nur scheinbar, denn die Ansicht des BGH stütze sich auf die Überlegung, dass der Gläubiger mit der Übernahme nach §§ 414, 415 BGB einverstanden gewesen sei und nunmehr auch die prozessualen Nachteile tragen müsse. Die **Zuweisung von Verbindlichkeiten im Zuge der Spaltung** vollziehe sich aber gerade **ohne den Willen des Gläubigers**. Im Ergebnis gibt *Schwab* der Anwendung des § 265 ZPO den Vorzug. Die Gläubiger dürften nicht gezwungen sein, neben dem übertragenden auch den übernehmenden Rechtsträger zu verklagen; damit würden sich die Prozesskosten multiplizieren, zumal nicht auszuschließen sei, dass weitere Spaltungen beim übernehmenden Rechtsträger mit entsprechenden Konsequenzen folgen (§ 133 Rn. 162).

### c) Zwischenergebnis

Im Hinblick auf diesen Meinungsstreit besteht somit eine gewisse rechtliche Unsicherheit, ob die Vollstreckungsklausel auch gegen den übernehmenden Rechtsträger, auf den eine Verbindlichkeit ausgegliedert worden ist, erteilt werden kann. U. E. dürfte das jedoch zu bejahen sein. Zum einen erscheint es aus der **Perspektive des Gläubigers** nicht zumutbar, wegen Umwandlungsvorgängen in der Sphäre des Schuldners, die er nicht beeinflussen kann, eine neue Vollstreckungsunterwerfung des Hauptschuldners zu verlangen, zumal sein Anspruch gegen den ursprünglichen, jetzt nur noch mithaftenden übertragenden Rechtsträger auf fünf Jahre begrenzt ist (§ 133 Abs. 3 UmwG). Hierin sehen wir auch einen wesentlichen Unterschied zum rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt, der nach herrschender Lehre keine Schuldnachfolge darstellt (Wolfsteiner, Rn. 45.35). Aus unserer Sicht wäre vielmehr das Element der – wenn auch nur **partiellen – Gesamtrechtsnachfolge** stärker zu betonen. U. E. kann somit auch gegen den übernehmenden Rechtsträger, auf den die Verbindlichkeit ausgegliedert worden ist, eine Vollstreckungsklausel erteilt werden.

### 3. Hinweis

Nach *Wolfsteiner* können bei einer Aufspaltung, entsprechend wohl aber auch bei einer Abspaltung oder Ausgliederung, gegen die als Gesamtschuldner haftenden übertragenden und übernehmenden Rechtsträger einzelne vollstreckbare Ausfertigungen erteilt werden, ohne dass diese „weitere“ i. S. d. § 733 ZPO wären (Rn. 45.32 mit Verweis auf Rn. 44.24, 41.5 ff.; siehe allgemein auch Wolfsteiner, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. 2007, § 724 Rn. 20; Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 724 Rn. 8, § 733 Rn. 4). So könne zwar bei Gesamtschuldnern grundsätzlich die Schuldnerseite in ihrer Unterwerfungserklärung bestimmen, wie viele Ausfertigungen erteilt werden dürfen. Das gelte jedoch nicht, wenn die gesamtschuldnerische Haftung unfreiwillig eintritt; dann könne die Erteilung einer entsprechenden Zahl von Ausfertigungen nicht im Wege der Auslegung als ausgeschlossen gelten. Demgegenüber kann nach einer weit verbreiteten Gegenansicht grundsätzlich nur eine einzige vollstreckbare Ausfertigung gegen mehrere Gesamtschuldner erteilt werden (LG Augsburg Rpfleger 1999, 137; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 724 Rn. 12; Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 725 Rn. 5; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl. 2008, § 724 Rn. 11; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 724 Rn. 9).

## WEG §§ 25, 7 Abs. 5, 1 Abs. 6

### Regelung zum Stimmrecht von Wohnungs- und Teileigentümern in einer Wohnungseigentümergeinschaft

#### I. Sachverhalt

Eine Wohnanlage besteht aus einem Wohngebäude mit 15 Wohnungen und einem Garagengebäude mit fünf Garagen. An den Wohnungen und an den Garagen ist Wohnungseigentum bzw. Teileigentum nach dem WEG gebildet worden. Es gibt Eigentümer, die nur eine Wohnung und keine Garage haben, solche, die eine Garage und keine Wohnung haben, und solche, die eine Wohnung und eine Garage haben.

In der Teilungserklärung ist das Stimmrecht wie folgt geregelt: „Jedes Wohnungseigentum gewährt dem jeweiligen Eigentümer ein Stimmrecht.“

Das Wort Teileigentum gebraucht die Teilungserklärung nur bei der Erklärung gem. § 8 WEG, wo es heißt, dass mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer in sich abgeschlossenen Wohnung (Wohnungseigentum) oder an einer Garage (Teileigentum) verbunden wird; bei den Garagen heißt es dann jeweils: Miteigentumsanteil von [...], verbunden mit dem Teileigentum an der Garage Nr. [...]. Der Begriff Teileigentümer wird in der Teilungserklärung im Übrigen an keiner Stelle gebraucht. Vielmehr wird insofern nur von Wohnungseigentum und Wohnungseigentümern gesprochen.

#### II. Frage

Welches Stimmrecht hat ein Eigentümer, der nur eine Garage hat, welches Stimmrecht hat ein Eigentümer, der eine Wohnung und eine Garage hat?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Terminologie zum Wohnungs- und Teileigentum

Die Wohnungseigentümergeinschaft besteht vorliegend sowohl aus Wohnungseigentümern als auch aus Teileigentümern. Trotzdem enthält die Teilungserklärung nur die Regelung, dass „[j]edes Wohnungseigentum [...] dem jeweiligen Eigentümer ein Stimmrecht [gewährt]“. Dies wirft die Frage auf, ob von dieser Regelung auch Teileigentümer erfasst werden.

##### a) Die Begriffsverwendung des WEG

Nach der Definition des § 1 Abs. 2 WEG ist **Wohnungseigentum** das Sondereigentum an einer Wohnung i. V. m. dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Der Begriff der **Wohnung** ergibt sich wiederum aus der allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des WEG v. 19.3.1974 – BAnz Nr. 58 (AVV). Danach ist eine Wohnung die Summe der Räume, welche die Führung eines Haushalts ermöglichen. Unter einem **Raum** wird allgemein der durch Fußboden, Wände und Decke begrenzte Luftraum verstanden, der einen ungehinderten Zutritt durch Dritte ausschließt (vgl. BayObLG ZMR 2001, 820 = NZM 2001, 893; OLG Jena BWNotZ 2006, 43 = NotBZ 2005, 219).

**Teileigentum** ist nach § 1 Abs. 3 WEG das Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes i. V. m. dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Im Gegensatz zu Wohnungen kann bei Teileigentumseinheiten bereits mit der Begründung ein bestimmter Nutzungszweck näher vor-

gesehen werden (Schneider, in: Riecke/Schmid, Wohnungs- eigentumsrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 34).

#### b) Raumeigentum (Wohnungs- und Teileigentum)

Das WEG kennt keinen **gemeinsamen Oberbegriff** für das Wohnungs- und Teileigentum. Zwar wird zunehmend hierfür in Literatur, Rechtsprechung und Praxis die durchaus zutreffende Bezeichnung **Raumeigentum** gewählt (vgl. OLG Hamm DNotI-Report 2007, 5 = RNotZ 2007, 207; OLG Saarbrücken NZM 2006, 588; BayObLG ZfIR 2004, 159; Bärmann/Armbrüster, WEG, 10. Aufl. 2008, § 1 Rn. 3; Rapp, MittBayNot 1998, 77; Schneider, § 1 Rn. 41). Der Gesetzgeber verwendet diesen Begriff jedoch nicht.

Vielmehr gibt es nach der Konstruktion des Gesetzes in § 1 Abs. 2 und 3 WEG keinen strukturellen Unterschied zwischen Wohnungseigentum und Teileigentum. Beide Arten weichen lediglich in der **vereinbarten Nutzungsbefugnis** voneinander ab. Aus diesem Grund kann auch aus einer Wohnung und einem nicht zu Wohnzwecken dienenden Raum gemischt zusammengesetztes Raumeigentum mit nur einem Miteigentumsanteil verbunden werden (Schneider, § 1 Rn. 37). Für die **Abgrenzung** ist nur die **bauliche Eignung** und **Zweckbestimmung** der im Sondereigentum stehenden Räume maßgeblich, **nicht** dagegen die **Art ihrer tatsächlichen Nutzung** (BayObLG ZMR 1973, 205 = MittBayNot 1973, 154; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. 2005, § 1 Rn. 39). Deshalb geht die Eigenschaft als Wohnung auch nicht dadurch verloren, dass einzelne Räume vorübergehend oder dauernd zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken benutzt werden (Nr. 4 AVV; vgl. auch: Schneider, § 1 Rn. 38).

#### c) Wohnungseigentum als Synonym für Teileigentum

Weil Wohnungs- und Teileigentum somit keine unterschiedliche Rechtsqualität haben, bestimmt das Gesetz in § 1 Abs. 6 WEG, dass die Vorschriften über das Wohnungseigentum **entsprechend für das Teileigentum** gelten. In Ergänzung dazu sieht auch § 7 Abs. 5 WEG vor, dass die Vorschriften über Wohnungsgrundbücher für Teileigentumsgrundbücher entsprechend gelten.

## 2. Beschluss des OLG Hamm v. 22.2.2007

Die Auslegung einer Teilungserklärung, in der trotz bestehenden Teileigentums nur der Begriff der Wohnungseigentümer, nicht jedoch der Begriff der Teileigentümer, verwandt wird, war bisher – soweit ersichtlich – lediglich Gegenstand eines Beschlusses des OLG Hamm v. 22.2.2007 (OLG-Report 2007, 582 = ZWE 2007, 370 = ZMR 2008, 60).

#### a) Sachverhalt

In dem Sachverhalt, welcher dem Beschluss des OLG Hamm zugrunde lag, hieß es in der Teilungserklärung u. a., dass „[f]ür das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander [...] die Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes, soweit nicht nachstehend etwas anderes vereinbart ist, [gelten]“. Weiter war **in der Teilungserklärung vorgesehen**, dass das Grundstück in 15 Miteigentumsanteile aufgeteilt wird, die jeweils „mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung und nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden“ sein sollten. Es sollten sieben Miteigentumsanteile mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, ein Miteigentumsanteil mit dem Teileigentum an einem Gewerberaum und die restlichen sieben Miteigentumsanteile jeweils mit dem Teileigentum an einem Garagenstellplatz verbunden werden (OLG Hamm, Tz. 2). Obwohl damit auch Teileigentumseinheiten gebildet wurden, war in der Teilungserklärung im Übrigen nur von

„Wohnungseigentum“ bzw. „Wohnungseigentümer“ die Rede (OLG Hamm, Tz. 3 ff.). Was das **Stimmrecht in der Eigentümerversammlung** anbelangt, sah die Teilungserklärung vor, dass **jede „Wohnung“ eine Stimme gewährt** (OLG Hamm, Tz. 24).

Streit entstand letztlich darüber, ob auch die **Eigentümer der Teileigentumseinheiten** ein **Stimmrecht** in der Wohnungseigentümerversammlung haben sollten, obwohl der Wortlaut der Teilungserklärung eine diesbezügliche Stimmkraftverteilung nicht ausdrücklich vorsah. Das OLG Hamm **bejahte diese Frage** mit folgender Begründung (Tz. 43): „Der Begriff ‚Wohnungseigentümer‘ ist entsprechend den gesetzlichen Regelungen im WEG in einem umfassenden Sinne als Synonym für ‚Sondereigentümer‘ zu verstehen. Denn auch das Wohnungseigentumsgesetz spricht in den Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 10 ff.), die Verwaltung (§§ 20 ff.) und das gerichtliche Verfahren (§§ 43 ff.) nur von der Wohnungseigentümergeinschaft oder den Wohnungseigentümern und begnügt sich insoweit in § 1 Abs. 6 mit dem schlichten Hinweis, dass für das Teileigentum die Vorschriften über das Wohnungseigentum entsprechend gelten.“

#### b) Kein konkludenter Stimmrechtsausschluss

Weiter sprechen auch die **Grundsätze zum Stimmrechtsausschluss** vorliegend dafür, dass die Stimmrechtsregelung in der in Frage stehenden Teilungserklärung nicht nur das „Wohnungseigentum“ im engeren Sinne, sondern in Anlehnung an § 1 Abs. 6 WEG auch das Teileigentum umfasst. Das **Stimmrecht** eines Wohnungseigentümers ist sein **wichtigstes Mitgliedschaftsrecht** in der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, wesentliches Instrument zur Mitgestaltung der Gemeinschaftsangelegenheiten und bedeutsamer Teil des jedem Wohnungseigentümer in § 20 Abs. 1, § 21 Abs. 1 WEG garantierten und nicht vollständig entziehbaren Mitverwaltungsrechts (Jennißen/Elzer, WEG, 2008, § 25 Rn. 3).

**Wesentliche Einschränkungen** der elementaren und zentralen Selbstverwaltungsrechte können – je nach Maßnahme – sogar nichtig sein, wenn der Kernbereich der personenrechtlichen Stellung der Gesellschafter dadurch dauerhaft ausgehöhlt wird (Bub, FS für Seuß, 2007, S. 53, 60; BGHZ 99, 90, 94 = DNotZ 1988, 24 = NJW 1987, 650). Die Literatur steht einer Vereinbarung, mit der das Stimmrecht oder sonstige Mitverwaltungsrechte ausgeschlossen werden (**stimmrechtsloses Wohnungs- oder Teileigentum**), bzw. der Wirksamkeit eines entsprechenden Verzichts ablehnend gegenüber (Bub, S. 53, 60 m. w. N.).

Hätte vor diesem Hintergrund die Stimmrechtsregelung in der vorliegenden Teilungserklärung bestimmte Raumeigentümer ausklammern wollen, hätte dies – unabhängig von der Frage, ob ein solcher Ausschluss überhaupt wirksam wäre – **zumindest unzweideutiger zum Ausdruck** kommen müssen. Denn in Anbetracht der zentralen Funktion der Mitverwaltungsrechte in einer Wohnungseigentümergeinschaft erscheint es u. E. überzeugend, dass von einem Stimmrechtsausschluss durch Regelung in der Gemeinschaftsordnung nicht auszugehen ist, solange auch die **gegenteilige (wirksame)** Auslegung der Einbeziehung aller Teileigentumseinheiten nicht unwahrscheinlich erscheint.

## 3. Kopf- oder Objektprinzip

Gelangt man bei der Auslegung der vorliegenden Teilungserklärung dazu, dass grundsätzlich auch Teileigentümer unter den Adressatenkreis der Stimmrechtsregelung fallen,

stellt sich die Folgefrage, **welche Stimmkraft** das Stimmrecht von Wohnungs- und Teileigentümern jeweils hat.

#### a) Stimmkraftvereinbarung und Auslegung

Das **Stimmrecht der Eigentümer** in der Wohnungseigentümerversammlung ist in § 25 WEG gesetzlich geregelt. Nach § 25 Abs. 2 S. 1 WEG hat jeder Wohnungseigentümer eine Stimme. Dabei besteht das Stimmrecht aus zwei Komponenten, der Stimmkraft und dem gegenständlichen Umfang des Stimmrechts. § 25 Abs. 2 S. 1 WEG gewährt jedem Wohnungseigentümer unabhängig von der Größe und dem Wert seines Eigentumsanteils oder der Anzahl seiner Wohnungseigentumsrechte eine Stimme (**sog. Kopfprinzip**). Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die in § 25 Abs. 2 S. 1 WEG enthaltene Regelung wegen § 10 Abs. 2 S. 2 WEG **abdingbar ist** (Bärmann/Merle, WEG, 10. Aufl. 2008, § 25 Rn. 28; Jennißen/Elzer, § 25 WEG Rn. 12; Riecke, in: Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2008, § 25 Rn. 52 f.).

Die Wohnungseigentümer können folglich vereinbaren, die Stimmkraft nach anderen Kriterien zu bemessen, etwa nach dem **Wert-** oder dem **Objektprinzip**. Während sich bei Vereinbarung des Wertprinzips die Stimmkraft in aller Regel nach der Größe der Miteigentumsrechte richtet, bestimmt sich die Stimmkraft bei dem Objektprinzip nach der Anzahl der dem jeweiligen Wohnungseigentümer zustehenden Wohnungseigentumsrechte (Bärmann/Merle, § 25 WEG Rn. 29 f.).

Fraglich ist, ob die vorliegend in Frage stehende Teilungserklärung eine **Abweichung von dem gesetzlichen Kopfprinzip** aufweist. Hierfür spricht, dass die hier getroffene Regelung nicht von dem einzelnen „Wohnungseigentümer“ ausgeht und diesem jeweils eine Stimme gewährt, sondern die jeweilige Wohnungseigentumsseinheit zum Ausgangspunkt der Formulierung nimmt: „Jedes Wohnungseigentum gewährt [...] ein Stimmrecht“. Dass hiermit vermutlich das Objektprinzip gemeint sein dürfte, wird im Vergleich zu einer Regelung deutlich, die vom BayObLG zu beurteilen war und der das Kopfprinzip zugrunde lag: „In der Eigentümerversammlung hat jeder Eigentümer einer Sondereigentumsseinheit eine Stimme.“ (BayObLG DNotZ 1999, 215 = MittBayNot 1998, 442).

Ähnlich aufgebaut wie die vorliegende Regelung sind auch die **Musterformulierungen für das Objektprinzip** in Formularbüchern: „In der Eigentümerversammlung trifft auf jede Wohnung eine Stimme“ (Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 6, 6. Aufl. 2009, VIII 2, S. 342).

„In der Eigentümerversammlung gewährt jedes Sondereigentum eine Stimme.“ (H. Götte, in: Wurm/Hartmann/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 41 Rn. 151; S. 822).

Nicht zuletzt ist auch die Formulierung für die Vereinbarung des Objektprinzips in der **OLG Hamm-Entscheidung** mit der vorliegend in Frage stehenden Regelung vergleichbar: „[...] gewährt jede Wohnung eine Stimme.“ (OLG Hamm, Tz. 24, 43).

#### b) Objektprinzip und Gleichbehandlungsgrundsatz

Demnach spricht viel dafür, dass auch der vorliegenden Teilungserklärung das **Objektprinzip zugrunde liegt**. Würde man mit dem OLG Hamm die Teilungserklärung dahingehend auslegen, dass mit dem Begriff „Wohnungseigentümer“ jeweils „Wohnungs-“ und „Teileigentümer“

gemeint sind, hätte dies zur Folge, dass z. B. ein Eigentümer mit einer Wohnung und einer Garage zwei Stimmrechte in der Versammlung hätte, wohingegen einem Eigentümer mit nur einer Garage oder mit nur einer Wohnung entsprechend der „(Ein-)Zahl seines Objekts“ eine Stimme zuzusprechen wäre.

Zwar könnte in Erwägung gezogen werden, Teileigentümer je nachdem unterschiedlich zu behandeln, ob sie **gleichzeitig auch Wohnungseigentümer** sind oder nicht. Knüpft man jedoch an die Inhaberschaft jedes Wohnungs- bzw. Teileigentums jeweils eine Stimme (Objektprinzip), so kann hiervon nicht willkürlich in dem Fall eine Ausnahme gemacht werden, in dem ein Wohnungseigentümer auch Eigentümer eines Teileigentums ist.

Der für den Bereich des Vereins- und Gesellschaftsrechts entwickelte Gleichbehandlungsgrundsatz gilt grundsätzlich auch im Wohnungseigentumsrecht (Bärmann/Merle, § 26 WEG Rn. 184). Der wesentliche Inhalt dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, dass im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses jedes Mitglied bei gleichen Voraussetzungen gleichbehandelt werden muss. Lediglich Differenzierungen, für die ein **sachlicher Grund besteht**, verstoßen nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

#### 4. Ergebnis

Folgt man der Auslegung des OLG Hamm und überträgt sie auf die hier in Frage stehende Teilungserklärung, erfasst die Stimmrechtsregelung der Teilungserklärung auch Teileigentümer. Ausgehend von dem Objektprinzip bei der Stimmkraftverteilung gewährt dabei jedes Teileigentum bzw. jedes Wohnungseigentum dem jeweiligen Eigentümer jeweils eine Stimme in der Wohnungseigentümerversammlung.

### Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Abruf-Dienst entweder per Fax-Abruf (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8) oder im Internet (unter [www.dnoti-online-plus.de](http://www.dnoti-online-plus.de)) anfordern. Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**EGBGB Art. 231 § 5, 233 § 2b; GGV §§ 4 ff.**

**Gutgläubiger gebäudeeigentumsfreier Erwerb, wenn das bestehende Gebäudeeigentum zwar nicht im Grundbuch des veräußerungsgegenständlichen Grundstücks, wohl aber (versehentlich) in einem anderen Grundbuch eingetragen war**  
Fax-Abruf-Nr.: **94700**

**HöfeO § 17**

**Hofübergabevertrag; Beteiligung weichender Erben; Vorlage des Familienstammbuchs**  
Fax-Abruf-Nr.: **92802**

**GmbHG § 60 Abs. 1 Nr. 7**

**Fortsetzung einer nach § 141a FGG gelöschten GmbH**  
Fax-Abruf-Nr.: **94776**

**AktG § 294**  
**Zulässigkeit der Eintragung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages im Handelsregister der beherrschten Personengesellschaft**  
Fax-Abruf-Nr.: 92842

**ZVG §§ 180 ff.; BGB §§ 463, 471, 1094**  
**Vorkaufsrechte an Miteigentumsanteilen bei Teilungsversteigerung**  
Fax-Abruf-Nr.: 92155

## Rechtsprechung

**BGB §§ 280, 281, 437 Nr. 3**  
**Nutzungsausfall infolge mangelhafter Lieferung**

**Den infolge der Lieferung einer mangelbehafteten Sache entstandenen Nutzungsausfallschaden kann der am Vertrag festhaltende Käufer nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen.**

BGH, Urt. v. 19.6.2009 – V ZR 93/08  
Fax-Abruf-Nr.: 10886

### Problem

In dem von den Parteien im Jahr 2002 über ein bebautes Grundstück geschlossenen notariellen Kaufvertrag hatte der Verkäufer eine Garantie übernommen, dass der gegenwärtige Baustand formell und materiell bauordnungsgemäß sei. Nach Auflassung des Grundstücks bemühte sich der Käufer um eine Vermietung. Im Juli 2004 wurde von einem potenziellen Mieter ein Mietvertrag unterzeichnet. Der Vertrag sah vor, dass der Vermieter (also der Käufer) die Nutzungsart als Bürohaus und Lager (Verlagshaus) garantiere. Die Mietzeit sollte am 1. August 2004 beginnen und 10 Jahre betragen. Als Mietzins sollten ab dem 1. Januar 2005 monatlich 9.000.- € entrichtet werden. Noch bevor der Käufer den Mietvertrag gegengezeichnet hatte, stellte sich heraus, dass für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroräume keine Baugenehmigung vorlag. Der Käufer forderte daher den Verkäufer unter Fristsetzung auf, eine Baugenehmigung zu beschaffen. Der Verkäufer kam im Oktober 2004 fristgemäß der Aufforderung zur Beschaffung einer Baugenehmigung nach. In der Zwischenzeit hatte der Käufer von der Gegenzeichnung des Mietvertrages mit dem Mietinteressenten abgesehen. Da in der Folgezeit der Mietvertrag nicht mehr zustande kam, vermietete der Käufer das Grundstück ab 1. Januar 2005 anderweitig für einen Nettomietzins in Höhe von monatlich 7.000.- €. In Höhe des Mietmindererlöses verlangte der Käufer vom Verkäufer Schadensersatz. Der Verkäufer verteidigte sich mit dem Argument, ein Schadensersatzanspruch setze voraus, dass eine zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos verstrichen sei. Zudem fehle es an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, da der Kläger den Mietvertrag mit dem potenziellen Interessenten aus freier Entscheidung nicht unterzeichnet habe.

### Entscheidung

Bei der Frage, ob der Ersatz des **Nutzungsausfallschadens** bei Lieferung einer mangelhaften Sache eine vorherige Fristsetzung erfordert, handelt es sich um ein bekanntes Problem des neuen Schuldrechts, dessen Lösung bis heute umstritten ist. In der rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich hierbei zum einen die Auffassung, die Lieferung einer mangel-

haften Sache sei **nur als Verzugschaden** (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB) ersatzfähig. Der Verkäufer, der überhaupt nichts leiste und erst ab Verzugsseintritt schadensersatzpflichtig sei, dürfe nicht besser stehen als derjenige, der (immerhin) mangelhaft liefere. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht dagegen davon aus, dass der **mangelbedingte Nutzungsausfall** unter §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB zu subsumieren und damit **unabhängig von einem Verzug des Käufers zu ersetzen** sei. Dieser Auffassung schließt sich nun auch der Bundesgerichtshof an. Zwar lassen sich aus dem bloßen Wortlaut des Gesetzes insoweit keine eindeutigen Schlüsse ziehen, der Begründung des Regierungsentwurfes könne aber eindeutig entnommen werden, dass der Ersatz des Nutzungsausfallschadens nach Ablieferung der Sache nicht vom Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig sein solle. Dieses Ergebnis lasse sich auch auf systematische Erwägungen stützen, da § 437 Nr. 3 BGB nicht unmittelbar auf § 286 BGB verweise. Schließlich sprechen auch teleologische Erwägungen für die Subsumtion des Nutzungsausfallschadens unter §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB. Anders als beim „normalen“ Verzug bemerke der Käufer bei der mangelhaften Lieferung vielfach nicht sofort, dass die Kaufsache nicht ordnungsgemäß verwendet werden kann. Der mangelbedingte Nutzungsausfall lasse sich daher vom Käufer in vielen Situationen nicht mehr abwenden. Ein Schadensersatzanspruch ohne Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen führt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch nicht zu einer haftungsrechtlichen Überforderung des Verkäufers, da dieser durch das Erfordernis des Vertretenmüssens (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) hinreichend geschützt sei und der Verkäufer sich das Verschulden seiner Lieferanten nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen müsse (BGH NJW 2008, 2837, 2849).

Deutlich kürzer setzt sich der BGH mit dem Argument des Verkäufers auseinander, die Schlechterfüllung des Kaufvertrages sei nicht ursächlich für den geltend gemachten Schaden, da das Nichtzustandekommen des Mietvertrages auf einem eigenen Willensentschluss des Geschädigten beruhe. Der BGH verweist insoweit auf seine ständige Rechtsprechung, nach der ein Zurechnungszusammenhang auch dann gewahrt bleibe, wenn für das Verhalten des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass bestand oder wenn dieses Verhalten durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und sich die Reaktion des Geschädigten nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen erweist (BGH NJW-RR 2003, 563, 565). Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall gegeben. Hätte der Käufer den Mietvertrag gegengezeichnet, so hätte er ein unabsehbares Haftungsrisiko übernommen. Die Verweigerung der Gegenzeichnung durch den Käufer war daher nachvollziehbar und unterbrach nicht den Zurechnungszusammenhang zwischen Schlechterfüllung des Kaufvertrages und geltend gemachtem Schaden.

---

**GmbHG § 19 Abs. 4 und 5**  
**Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen beim Cash-Pool**

**a) Die Einzahlung der Einlage auf ein Konto, das in einem dem Inferenten zuzurechnenden Cash-Pool einbezogen ist, ist eine verdeckte Sacheinlage, wenn der Saldo auf dem Zentralkonto des Cash-Pools im Zeitpunkt der Weiterleitung zulasten der Gesellschaft negativ ist, andernfalls liegt ein Hin- und Herzahlen vor.**

**b) Inwieweit bei einer als verdeckte Sacheinlage zu behandelnden Einzahlung der Inferent die nicht wirksam erbrachte Einlage noch einmal leisten muss, hängt davon ab, ob und in welcher Höhe die Gesellschaft durch die Einlagezahlung von einer Forderung des Inferenten befreit wird, die sie – ohne diese Einlagezahlung – aus ihrem Vermögen erfüllen könnte.**

**c) Liegt ein Hin- und Herzahlen vor, befreit dies den Inferenten von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG n.F. erfüllt sind, also eine die Einlagepflicht substituierende Vereinbarung getroffen wird, die auf ihrer Grundlage erbrachte Leistung durch einen vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung fällig werdenden Rückzahlungsanspruch gegen den Inferenten gedeckt ist und der Geschäftsführer diese Umstände bei der Anmeldung nach § 8 GmbHG angibt.**

BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 („Cash-Pool II“)  
Fax-Abwurf-Nr.: 10887

### Problem

Im Jahre 1998 wurde von drei Gesellschaftern eine GmbH gegründet und zugleich ein Cash-Management-Vertrag abgeschlossen, wonach im zweijährigen Wechsel zwei der Gesellschafter ein Cash-Pool-Konto für die Gesellschaft führen sollten. Der gesamte Zahlungsverkehr der Gesellschaft sollte über dieses Konto abgewickelt und im Rahmen des Zero-Balancing ausgeglichen werden. Der Cash-Management-Vertrag war auf unbestimmte Zeit geschlossen und konnte erstmalig nach Ablauf von zwei Cash-Management-Perioden mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende einer Cash-Management-Periode gekündigt werden. Die Gründungsgesellschafter zahlten die vereinbarten Einlagebeträge in Teilbeträgen auf das in den Cash-Pool einbezogene Konto der Gesellschaft ein. Am Tag der letzten eingehenden Zahlung nahm die Gesellschaft umgekehrt von dem ihr eingeräumten Kreditrahmen des Cash-Pools ca. 47.000,- € in Anspruch. Der Kläger verlangt als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft von den Gesellschaftern die nochmalige Einzahlung der Einlage.

### Entscheidung

Der BGH grenzt zunächst die verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG) vom Hin- und Herzahlen (§ 19 Abs. 5 GmbHG) im Kontext des Cash-Poolings ab. **Soweit** im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrags der **Saldo** auf dem Zentralkonto zu **Lasten der Gesellschaft negativ** sei, liege eine **verdeckte Sacheinlage** vor. Der Gesellschaft fließe dann im wirtschaftlichen Ergebnis infolge der Weiterleitung der Bareinlage auf das Zentralkonto nicht der vereinbarte Barbetrag, sondern die Befreiung von der Verbindlichkeit aus der Cash-Pool-Verbindung, mithin ein Sachwert, zu. **Soweit** die Einlage dagegen auf ein Zentralkonto des Inferenten weitergeleitet werde, dessen **Saldo ausgeglichen oder zugunsten der Gesellschaft positiv** ist, liege ein reines **Hin- und Herzahlen** vor. Mit der Weiterleitung auf das Zentralkonto gewähre die Gesellschaft dem Inferenten ein Darlehen. Der Inferent werde hier grundsätzlich ebenfalls nicht von seiner Einlageverpflichtung frei, es sei denn, die besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG seien erfüllt, d. h. eine die Einlagepflicht substituierende **Vereinbarung** sei getroffen worden, die auf ihrer Grundlage erbrachte Leistung sei durch einen **vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung fällig werdenden Rückzahlungsanspruch** gegen den Inferenten gedeckt und der Geschäftsführer habe diese Umstände bei

der Anmeldung nach § 8 GmbHG **angegeben**. Schließlich sei auch der Fall denkbar, dass nur teilweise eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, weil die Einlagezahlung den negativen Saldo zu Lasten der Gesellschaft im Zentralkonto übersteigt. Der Vorgang sei dann teilweise als verdeckte Sacheinlage, teilweise als Hin- und Herzahlen zu beurteilen. Dies kam auch im vorliegenden Fall in Bezug auf die 47.000,- €, die die Gesellschaft als Kredit vom Zentralkonto erhalten hatte, in Betracht, bedurfte aber noch weiterer Aufklärung durch das Berufungsgericht.

Soweit im vorliegenden Fall ein Hin- und Herzahlen vorlag, verneinte der BGH die schuldtilgende Wirkung der Einlageleistung, weil die besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG für eine ordnungsgemäße Einlagenrückzahlung nicht erfüllt waren. Zum einen hatte der Geschäftsführer die Leistung an den Gesellschafter nicht in der Anmeldung angegeben, wie es § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG vorschreibt. Der BGH bestätigt damit seine bereits im Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 120/07, DNotI-Report 2009, 78 – geäußerte Ansicht, dass die **Offenlegung** der verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft eine **Voraussetzung für die Erfüllung** der Einlageschuld ist. Zum anderen war der Rückforderungsanspruch der Gesellschaft weder jederzeit fällig noch jederzeit fristlos kündbar. Der BGH stellt klar, dass das Recht zur fristlosen Kündigung nur dann den Anforderungen des § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG genüge, wenn die Kündigung nicht nur bei einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse (vgl. § 490 Abs. 1 BGB) oder aus wichtigem Grund (vgl. § 314 Abs. 1 BGB) erfolgen kann, sondern jederzeit ohne Einschränkung möglich ist. Auch diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

Dem BGH zufolge wurde die **Einlageschuld** auch **nicht durch spätere Leistungen aus dem Cash-Pool getilgt**. Denn im Rahmen des Zero-Balancing **ließen sich die einzelnen Leistungen nicht** wie im Falle der vermeintlichen Darlehensrückzahlung **zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen**. So seien im Rahmen des Cash-Poolings weitere Leistungen an die Gesellschaft geflossen und zur Rechnungsregulierung verwendet worden, die es ausschlossen, Zahlungen an Gläubiger der Gesellschaft gerade der Einlageforderung bzw. der Rückzahlung des dem Cash-Pool gewährten Darlehens zuzuweisen. **Soweit** jedoch eine **verdeckte Sacheinlage** (§ 19 Abs. 4 GmbHG) und kein Hin- und Herzahlen (§ 19 Abs. 5 GmbHG) vorliege, sei auf die **Einlageverpflichtung der Wert des Verzichts auf die Darlehensrückzahlung** und damit der Wert der Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Zentralkonto nach § 19 Abs. 4 GmbHG **„anzurechnen“**.

## Literaturhinweise

**H. Bartl/A. Bartl/H. Fichtelmann/D. Koch/E. Schlarb, GmbH-Recht, 6. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2009, 1345 Seiten, 138.- €**

Der Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht erscheint unter Berücksichtigung der **Änderungen durch das MoMiG** mittlerweile bereits in der 6. Auflage. Neben der Kommentierung des GmbH-Gesetzes werden das Konzernrecht und die Besteuerung der GmbH in eigenen Kapiteln erläutert. Zusätzlich werden zahlreiche nützliche Muster zur Verfügung gestellt, die sowohl das GmbH-Recht als auch das Umwandlungsrecht unter Beteiligung einer GmbH abdecken. Aufgrund des frühen Erscheinungsdatums des Heidel-

berger Kommentars fehlen dieser Auflage allerdings noch Ausführungen zu einigen praxisrelevanten und umstrittenen Fragestellungen. Insgesamt stellt der Heidelberger Kommentar eine **gute Ergänzung jeder Notarbibliothek** dar.

**Notarassessor Sebastian Herrler**

**M. Lutter/P. Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2009, 1779 Seiten, 119.– €**

Der „Lutter/Hommelhoff“ ist als Standard-Kommentar zum GmbH-Gesetz für die Praxis nicht mehr wegzudenken. In der **Neuaufgabe nach der Reform des GmbH-Rechts** wird der Praktiker in wissenschaftlich fundierter Art und Weise umfassend über die aktuellen Streitfragen des GmbH-Rechts auf der Grundlage des neuesten Standes von Rechtsprechung und Literatur unterrichtet. Gleichzeitig greifen die Autoren in die Diskussion um die Entwicklung des GmbH-Rechts ein. Beispielhaft seien hier die derzeit kontrovers diskutierten Fragen des gutgläubigen Erwerbs bei einer aufschiebend bedingten Übertragung des Geschäftsanteils, die Anwendbarkeit der Vorschriften über die verdeckte Sacheinlage und das Hin-und-Her-Zahlen (§ 19 Abs. 4, 5 GmbHG) auf die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) sowie die Sachkapitalerhöhung bei letzterer genannt.

Mit seiner umfassenden und vertieften Erörterung der alten und der infolge des MoMiG neuen Fragestellungen des GmbH-Rechts stellt der *Lutter/Hommelhoff* für jeden Notar einen **unverzichtbaren Begleiter** in der täglichen Praxis dar.

**Notarassessor Sebastian Herrler**

**H. C. Grigoleit/M. Rieder, GmbH-Recht nach dem MoMiG, C. H. Beck Verlag, München 2009, 134 Seiten, 39,50 €**

Das vorliegende Buch will eine Analyse der GmbH-Reform durch das MoMiG unter Berücksichtigung erster Erfahrungen aus praktischer Handhabung und neuester Rechtsprechung präsentieren. Auf knapp 120 Seiten Text und 6 Seiten für Muster müssen die angestrebten strategischen Überlegungen und Gestaltungsvorschläge für die tägliche Praxis naturgemäß sehr komprimiert ausfallen. Wer sich nur einen Überblick über die Neuerungen durch das MoMiG verschaffen will und Formulierungsvorschläge für die Standardabläufe der notariellen Tätigkeit im GmbH-Recht benötigt, findet in dem vorliegenden Werk eine **kompakte und übersichtliche Einstiegsliteratur**.

**Dr. Andreas Heidinger**

**W.-D. Drosdzol**, Die Bewertung und Besteuerung des Erwerbs von Grundvermögen – Die Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf, ZEV 2009, 7

**M. Habersack//T. Tröger**, Preisfeststellung durch Schiedsgutachten beim Unternehmenskauf, DB 2009, 44

**F. Hannes/W. Onderka**, Die Übertragung von Betriebsvermögen nach dem neuen Erbschaftsteuergesetz, ZEV 2009, 10

**J. Stelzer**, Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes durch das SEStEG in der notariellen Praxis, MittBayNot 2009, 16

**G. Weigl**, Steuerlicher Verlustausgleich im Gesellschaftsrecht und Haftungs- bzw. Schadensrisiken, MittBayNot 2009, 23

**G. T. Wiese/P. Lukas**, Erbschaftsteuerreform 2009 und Unternehmensnachfolge – ein Überblick, GmbHR 2009, 57

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **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 internet: 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:**

Notarassessor Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg