

Entscheidung

Der BGH hat den Beschluss des LG mit der Begründung aufgehoben, dass im Erinnerungsverfahren keine AGB-Kontrolle i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB stattfinden könne. Der Notar habe im Klauselerteilungsverfahren nur zu prüfen, ob ein **formell wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt**, und im Falle der Rechtsnachfolge, ob diese – soweit nicht offenkundig – durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunde **nachgewiesen ist** (Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung). Die Prüfung eines Verstoßes der Unterwerfungserklärung gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB setze eine umfassende materiell-rechtliche Würdigung voraus, zu der der Notar im Klauselerteilungsverfahren nicht befugt sei. Zu der Frage, ob dann eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu machen sei, wenn die **Unwirksamkeit der Unterwerfung evident** ist, führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung dahingehend fort, dass eine evidente Unwirksamkeit nicht vorliegen könne, wenn der Notar nur im Rahmen einer eingehenden materiell-rechtlichen Beurteilung prüfen könne, ob eine AGB vorliege und ob diese wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei. Daraus folgt, dass der Notar die Erteilung einer Vollstreckungsklausel wegen eines evidenten Verstoßes gegen AGB-Recht nur dann ablehnen kann, wenn zweifelsfrei ist, dass es sich um eine AGB handelt (Beispiel Verbrauchervertrag) und ferner auch der Verstoß evident ist.

AktG § 27 Abs. 2 Hs. 2; GmbHG § 19 Abs. 4, 5 n. F.

Entgeltlich erbrachte Dienstleistung eines GmbH-Gesellschafters kann keine verdeckte Sacheinlage sein

Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG n. F.) finden auf Dienstleistungen, welche ein GmbH-Gesellschafter nach Leistung einer Bareinlage entgeltlich erbringen soll, keine Anwendung. In einem solchen Fall liegt auch kein der Erfüllung der Einlagenschuld entgegenstehendes Hin- und Herzahlen der Einlagemittel (§ 19 Abs. 5 GmbHG n. F.) vor, sofern der Inferent diese nicht für die Vergütung seiner Dienstleistungen „reserviert“.

BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 „Qivive“
Fax-Abruf-Nr.: 10872

Problem

Die Alleingesellschafterin der Qivive GmbH schloss mit der Beklagten, eine Vereinbarung, wonach diese im Rahmen einer Barkapitalerhöhung eine Bareinlage von 5 Mio. € leisten und gemäß einem zeitgleich abgeschlossenen „Media-Vertrag“ entgeltlich Werbeleistungen für die Gesellschaft erbringen sowie deren Internetauftritt erstellen sollte. Der Gesellschaft wurde das Recht eingeräumt, Leistungen des beklagten Medienunternehmens im Wert von insgesamt 82,5 Mio. DM abzurufen, diese aber nur bis zu einer Grenze von 10 Mio. DM bezahlen zu müssen. Entsprechend übernahm die Beklagte bei einer Kapitalerhöhung der Qivive GmbH eine Bareinlage in Höhe von 5 Mio. € und zahlte diese bar ein. Die Qivive GmbH nahm in der Folgezeit Leistungen des beklagten Medienunternehmens gemäß dem Media-Vertrag in Anspruch und zahlte hierfür in den folgenden zwei Jahren insgesamt ca. 4,25 Mio. € an die Beklagte bzw. mit dieser verbundene Konzernunternehmen. Unstreitig handelte es sich dabei um marktübliche Vergütungen.

Im Insolvenzverfahren der Qivive GmbH verlangte der Insolvenzverwalter von der Beklagten die (nochmalige) Zahlung ihrer Bareinlage, weil sie bei wirtschaftlicher Betrachtung anstelle der geschuldeten Bareinlage die in dem Media-Vertrag dargestellten Werbeleistungen, mithin eine „verdeckte Sacheinlage“ erbracht habe.

Entscheidung

Der BGH verneint im Ergebnis Ansprüche des Insolvenzverwalters unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und kann deshalb die im Schrifttum aufgeworfene Frage dahinstehen lassen, ob die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete Rückwirkung des § 19 Abs. 4, 5 n. F. GmbHG verfassungsgemäß ist. Entsprechend der gesetzlichen Neuregelung differenziert der BGH in seiner Begründung zwischen den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG n. F.) und dem Umgehungstatbestand des Hin- und Herzählens (§ 19 Abs. 5 GmbHG n. F.).

Eine **verdeckte Sacheinlage** liegt – durch die Neuregelung unverändert – vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer in Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der Gesellschaft ein Sachwert in Form von **Dienstleistungen** zugeführt worden war. Diese können **gem. § 27 Abs. 2 AktG**, der im GmbH-Recht entsprechend gilt, **nicht Gegenstand von Sacheinlagen** oder Sachübernahmen sein. Denn zum einen stößt die Durchsetzung von Dienstleistungsverpflichtungen auf Schwierigkeiten (vgl. §§ 887, 888 Abs. 3 ZPO). Zum anderen sind **bloße obligatorische Ansprüche gegen Einlageschuldner per se nicht einlagefähig**, weil es an einer Aussonderung des Einlagegegenstandes aus dem Vermögen des Inferenten fehlt und mit der Einbringung einer solchen Forderung als „Einlageleistung“ lediglich die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung des Inferenten gegen eine schuldrechtliche ausgetauscht wird. In Fortführung seiner Rechtsprechung zum finanzierten Beteiligungserwerb sieht der BGH den **Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage jedoch nur bei einer sacheinlagefähigen Leistung** als erfüllt an. Der den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage inhärente Vorwurf einer Umgehung der im Interesse des Gläubigerschutzes bestehenden Vorschriften über Sacheinlagen setze voraus, dass der oder die Gesellschafter den im Ergebnis erstrebten Erfolg einer Sacheinlage rechtmäßig unter Beachtung der dafür geltenden Vorschriften hätten erreichen können und diesen Weg auch hätten wählen müssen. Das sei aber bei Dienstleistungen nicht der Fall. Der Gesellschafter könne auch nicht darauf verwiesen werden, die Ansprüche auf Vergütung seiner künftigen Dienstleistungen als Sacheinlage einzubringen, weil erst künftig entstehende oder erst recht von einer Dienstleistung abhängige Forderungen ebenfalls nicht sacheinlagefähig seien. Da eine Umgehungshandlung den Tatbestandsmerkmalen der umgangenen Norm entsprechen müsse, Dienstleistungen aber von den Sacheinlagevorschriften nicht erfasst würden, könnten die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage hier auch nicht entsprechend herangezogen werden. Die Rechtsordnung könne die dem Bareinlagenschuldner nachteiligen Folgen des Rechts der verdeckten Sacheinlage nicht an die Nichteinhaltung eines Verfahrens knüpfen, das sie selbst für den betreffenden Vorgang nicht bereitstelle. Deshalb könne man auch – jedenfalls im GmbH-Recht – nicht aus der fehlenden Sacheinlagefähigkeit von Dienstleistungen (§ 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG) ein „Verbot“ der Verabredung entgeltlicher

Dienstleistungen des Inferenten im Zusammenhang mit der Begründung einer Bareinlagenschuld ableiten und darauf eine analoge Anwendung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage stützen. Besonders deutlich zeige sich dies bei der Entlohnung eines Gesellschaftergeschäftsführers.

Nach Ansicht des BGH erfüllt die Vergütung der Werbeleistungen der Beklagten auch **nicht den Tatbestand des Hin- und Herzählens** des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. Denn dieser betreffe die Fälle, in denen es an einer Bareinlageleistung zur freien Verfügung des Geschäftsführers (§ 8 Abs. 2 GmbHG) fehle, weil der Einlagebetrag absprachegemäß umgehend wieder an den Einleger, sei es als Darlehen (BGHZ 165, 113; 174, 370) oder auch aufgrund einer Treuhandabrede (BGHZ 165, 353), zurückfließen soll (verdeckte Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft). Der Sache nach zielen das Vorgehen des Inferenten in solchen Fällen darauf ab, die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung durch eine in dieser Hinsicht schwächere schuldrechtliche Forderung (z. B. aus Darlehen) zu ersetzen. Bei der Vergütung geleisteter Dienste finde weder eine verdeckte Finanzierung noch ein bloßer Austausch der Einlageforderung gegen eine andere schuldrechtliche Forderung der Gesellschaft statt. So könne es dem **Gesellschaftergeschäftsführer** als Inferenten **nicht verwehrt** sein, ein **Gehalt für seine Tätigkeit** zu vereinbaren und zu beziehen, auch wenn dies in zeitlichem Zusammenhang mit der Einlageleistung geschehe. Soweit er oder ein sonstiger Inferent die **Einlagemittel nicht für seine Zwecke „reserviere“**, sondern in den Geldkreislauf der Gesellschaft einspeise, sei das – ohnehin nur für den Betrag der Mindesteinzahlung gem. §§ 7 Abs. 2, 56a GmbHG geltende – Erfordernis einer Einzahlung zu „endgültig freier Verfügung der Geschäftsführer“ (§§ 8 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbHG) nicht berührt. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Inferenten ausgeschieden und der GmbH derart zugeflossen ist, dass sie uneingeschränkt für Zwecke der Gesellschaft verwendet werden kann. Zu Zwecken der GmbH werden dem BGH zufolge Einlagemittel auch dann verwendet, wenn sie ihr erbrachte Dienstleistungen eines Gesellschafters bezahlt, die sie ansonsten anderweitig hätte einkaufen müssen. Der BGH verweist dabei auf seine frühere Rechtsprechung, wonach schuldrechtliche Verwendungsabsprachen, durch welche die Geschäftsführung der Gesellschaft verpflichtet wird, mit den Einlagemitteln in bestimmter Weise zu verfahren, aus der Sicht der Kapitalaufbringung unschädlich sind, wenn sie allein der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke dienen. Anders sei es nur, wenn die Abrede dahin gehe, die Einlagemittel unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen. Das betreffe insbesondere Rückflüsse als Darlehen und im Rahmen einer verdeckten Sacheinlage. Im vorliegenden Fall seien die Einlagemittel nicht für die Beklagte „reserviert“ worden, um deren Forderungen aus dem Media-Vertrag zu begleichen. Vielmehr habe die Gesellschaft mit den eingezahlten Mitteln in jeder Weise arbeiten und über diese verfügen können. Hinzu komme, dass der Media-Vertrag keine Abnahmeverpflichtung, sondern nur ein Abrufrecht der Gesellschaft hinsichtlich der Leistungen der Beklagten vorgesehen habe. Nach alledem hatte die Beklagte ihre Einlageverpflichtung als Inferentin wirksam erfüllt (§ 362 BGB).

Für die notarielle Praxis besonders bedeutsam ist schließlich das obiter dictum des BGH, dass die Offenlegung des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG Voraussetzung für die Erfüllung der Einlagenschuld ist.

Aktuelles

Frist 30.6.2009 für rückwirkende Anwendung des durch das Erbschaftsteuerreformgesetz geänderten Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Art. 3 ErbStRG)

Für Erwerbe von Todes wegen (§ 3 ErbStG), für die die Steuer gem. § 9 ErbStG nach dem 31.12.2006 und vor dem 1.1.2009 entstanden ist, kann ein Erwerber beantragen, dass alle durch das Erbschaftsteuerreformgesetz geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes und des Bewertungsgesetzes angewendet werden. Zu beachten ist allerdings, dass die Höhe des persönlichen Freibetrags sich in diesem Fall nach § 16 ErbStG in der bis zum 31.12.2008 anzuwendenden Fassung richtet. Für die Besteuerung bleiben im Übrigen die tatsächlichen Verhältnisse vom Stichtag der Steuerentstehung maßgebend.

Ein solcher Antrag muss spätestens bis zum 30.6.2009 gestellt werden, da nach Art. 6 ErbStRG der Art. 3 am 1.7.2009 außer Kraft tritt (Art. 6 Abs. 3 ErbStRG).

Dabei ist Folgendes zu beachten:

Ist die Steuer vor dem 1.1.2009 bereits festgesetzt worden, kann ein Antrag innerhalb von 6 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes, d. h. längstens bis zum 30.6.2009 gestellt werden. In diesem Fall kann die Steuerfestsetzung entsprechend geändert werden.

Bei einer Steuerfestsetzung nach dem 31.12.2008 muss der Antrag bis zur Unanfechtbarkeit der Steuerfestsetzung, d. h. bis zur formellen Bestandskraft, spätestens aber bis zum 30.06.2009 gestellt werden.

Wichtiger Hinweis: Da das Antragsrecht nur bis zum 30.6.2009 ausgeübt werden kann, muss spätestens bis zu diesem Zeitpunkt der Antrag gestellt werden. Dies gilt selbst für die Fälle, in denen eine Steuerfestsetzung noch nicht erfolgt ist oder noch gar keine Erbschaftsteuererklärung abgegeben worden ist. Damit man das Optionsrecht nicht verliert, muss deshalb der Antrag nach Art. 3 ErbStRG unter Umständen auch schon vor Abgabe der Erklärung gestellt werden. Dies wird in einem gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 23.2.2009, Ziff. 3 (in ZEV 2009, S.157f) ausdrücklich zugelassen.

**Dr. iur. Bärbel Freier, Dipl. Finw. (FH),
Fachanwältin für Steuerrecht**

Literaturhinweise

C. Armbrüster/N. Preuss/Th. Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin 2009, 1079 Seiten, 139,95 €

Der bisher unter dem Namen *Huhn/v. Schuckmann* bekannte Kommentar zum Beurkundungsgesetz liegt nunmehr in neuer Auflage, mit neuem Namen und neuem Erscheinungsbild vor. Die schon an der 4. Auflage beteiligten Bearbeiter haben nunmehr der Neuauflage ihren Namen gegeben. Die Kommentierung befindet sich auf dem Stand vom November 2008. Rechtsprechung und Literatur wurden zuverlässig und vollständig in die neue Kommentierung ein-