

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Schaal,  
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Titisee-Neustadt

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

**6/2009**

Dezember  
Seiten 189-220

## Inhalt

### Abhandlungen

*Jocher*

Treuhandvereinbarungen über GmbH-Geschäfts-  
anteile

Änderungsbedarf bei der bisherigen Gestaltung

durch das MoMiG?..... 190

*Steiner*

Kapitalaufbringung in der GmbH seit MoMiG .....193

**Rechtsprechung.....203**

**Buchbesprechung.....213**

**Aktuelles aus dem Steuerrecht.....217**

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<b>Martin Jocher, Notar, Stuttgart</b> Treuhandvereinbarungen über GmbH-Geschäftsanteile Änderungsbedarf bei der bisherigen Gestaltung durch das MoMiG?	190
<b>Armin Steiner, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart</b> Kapitalaufbringung in der GmbH seit MoMiG	193
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>1. Erbrecht</b>	
<b>Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 28.05.2009 – Individualbeschwerde Nr. 3545/0431</b> Zur Vereinbarkeit des Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 EheVG mit Art. 14 iVm Art. 8 EMRK.	203
-Anmerkung Walter Krug, VRiLG, Stuttgart-	208
<b>OLG München, 4.8.2009 – 31 Wx 60/09</b> Zur Anfechtung der Erbschaftsausschlagung; kein Inhaltsirrtum bei Irrtum darüber, wem der Erbteil in Folge der Ausschlagung anfällt	210
<b>2. Kostenrecht</b>	
<b>OLG Stuttgart, 14.07.2009 – 8 W 397/08</b> Gebührenprivilegierung in § 60 KostO gilt auch für geschiedene Ehegatten, wenn der Erwerbgrund auf einer Scheidungsvereinbarung vor Scheidung beruht	211
<b>OLG Celle, 28.5.2009 – 2 W 136/09</b> Keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung der XML-Strukturdatei im Zuge der Handelsregisteranmeldung	212
-Hinweis Norbert Bund, LG Hannover-	213
<b>Buchbesprechungen</b>	
Rohs/Wedewer: Kostenordnung (Böhringer)	213
Bahrenfuss: Berliner Kommentar zum FamFG (Bachmayer)	213
Bork/Jacoby/Schwab: FamFG (Brenner)	215
Bumiller/Harders: FamFG (Böhringer)	215
Heinemann: FamFG für Notare mit Erläuterungen und Musterformulierungen (Böhringer)	215
Priester/Mayer: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung.	
Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht	
Müller/Winkeljohann: Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht Steuerrecht (Böhringer)	216
<b>Aktuelles aus dem Steuerrecht</b> (Mensch/Haubold)	217
	189

## Treuhandvereinbarungen über GmbH-Geschäftsanteile Änderungsbedarf bei der bisherigen Gestaltung durch das MoMiG?

(von Martin Jocher, Notar, Stuttgart)

### I. Einleitung

Seit etwas über einem Jahr<sup>1</sup> ist das MoMiG mittlerweile in Kraft. Die damit verbundenen Vereinfachungen im Bereich der Kapitalaufbringung wurden nahezu einhellig begrüßt. Zugleich treten aber beim wohl bedeutendsten Umbruch, den das MoMiG einführt, nämlich der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen, mehr und mehr Fragen auf. Von der erhofften Vereinfachung und Rechtssicherheit ist in der Praxis (noch) nichts zu spüren, im Gegenteil. Gegensätzliche Ansichten herrschen vor allem zu der Frage, wie ein drohender gutgläubiger Erwerb zu verhindern sei. Auch die ersten Entscheidungen zu jenem Bereich widersprechen einander. Treffend konstatiert Vossius: "Da haben wir den Salat!"<sup>2</sup>.

Im Folgenden soll eine Zwischenbilanz zum aktuellen Meinungsstand gezogen werden und ein spezieller Bereich der Geschäftsanteilsübertragungen beleuchtet werden, bei dem die Frage des gutgläubigen Erwerbs besondere Beachtung und Gestaltung erfordert: Die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses.

### II. Problemstellung

Folgender Sachverhalt soll die Problematik verdeutlichen:

*A gründet im Auftrag von B als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit einem Geschäftsanteil von 25.000,- EUR die X-GmbH. Zwischen A als Treuhänder und B als Treugeber wird ein Treuhandvertrag geschlossen, in dem vereinbart ist, dass B das Treuhandverhältnis jederzeit kündigen könne und der Geschäftsanteil aufschiebend bedingt durch die Kündigung an B übertragen werde.*

*Ferner wird die aufschiebend bedingte Übertragung an B auch für den Fall von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteil, Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des A, treuwidrige Verfügung über den Geschäftsanteil seitens A usw. vereinbart.*

*Schließlich enthält der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung, dass Verfügungen über Geschäftsanteile der Zustimmung der Gesellschaft und sämtlicher Gesellschafter bedürften.*

*Im Rahmen der Gründung wird eine Gesellschafterliste beim Registergericht aufgenommen, die -ohne weitere Zusätze- A als Gesellschafter ausweist.*

*B kündigt in der Folgezeit rechtswirksam das Treuhandverhältnis. Weiteres geschieht nicht.*

#### 1. Variante

*A hat bereits vor Kündigung des Treuhandverhältnisses den Geschäftsanteil an den gutgläubigen C verkauft und übertragen. Ferner stimmte A namens der Gesellschaft und als alleiniger Gesellschafter der Übertragung zu. Vom beurkundenden Notar wurde eine neue Gesellschafterliste, die C als Alleingesellschafter ausweist, gefertigt und beim Handelsregister eingereicht.*

#### 2. Variante

*A verkauft und überträgt drei Monate nach Zugang der Kündigung den Geschäftsanteil an den gutgläubigen C und stimmt namens der Gesellschaft und als alleiniger Gesellschafter der Übertragung zu. Vom beurkundenden Notar wird eine neue Gesellschafterliste, die C als Alleingesellschafter ausweist, gefertigt und beim Handelsregister eingereicht.*

### III. Bisherige Gestaltung

Zunächst ist festzuhalten, dass sich durch die Vereinbarung des Treuhandverhältnisses nichts an der Inhaberschaft des Geschäftsanteils ändert. Der Treuhänder ist -allein- berechtigt, die Gesellschafterrechte wahrzunehmen und über den Geschäftsanteil zu verfügen. Eine Abspaltung von Mitgliedschaftsrechten, z.B. des Stimmrechts oder der Verfügungsbefugnis, ist nicht zulässig. Das bedeutet, sämtliche Beschränkungen, denen der Treuhänder gegenüber dem Treugeber unterliegt, betreffen das Innenverhältnis und haben keine Außenwirkung.

Daraus folgen nicht unerhebliche Risiken für den Treugeber bei treuwidriger Verfügung seitens des Treuhänders, die bis zum Totalverlust der Beteiligung führen können. Dem wurde bisher versucht, dadurch zu begegnen, dass

- a) die Beteiligung vinkuliert wurde und
- b) sichergestellt sein sollte, dass
  - aa) der Treugeber jederzeit ohne Mitwirkung des Treuhänders den Geschäftsanteil an sich (zurück-)übertragen kann; und
  - bb) bei treuwidriger Verfügung der Geschäftsanteil "automatisch" auf den Treugeber übergeht.

Diese Sicherung des Treugebers wurde, mit Varianten, in der Regel dadurch erreicht, dass der Geschäftsanteil aufschiebend bedingt an den Treugeber abgetreten wurde. Bedingungen waren regelmäßig die Beendigung des Treuhandverhältnisses, z.B. durch Kündigung, der Eintritt bestimmter Umstände in der Person des Treuhänders sowie die treuwidrige Verfügung seitens des Treuhänders. Ferner wurde neben der aufschiebend bedingten Abtretung oft zusätzlich ein unwiderrufliches Vertragsangebot des Treuhänders an den

<sup>1</sup> Inkrafttreten: 1.11.2008

<sup>2</sup> notar 2009, 445

Treugeber auf Übertragung des Geschäftsanteils vorgesehen.

Diese Gestaltungen boten verlässlichen Schutz für den Treugeber, da gem. § 161 Abs. 1 BGB eine nach der aufschiebend bedingten Verfügung etwa durch den Treuhänder weiter vorgenommene Verfügung unwirksam ist. Eingeschränkt wird der Schutz des "bedingten Erwerbers" jedoch durch § 161 Abs. 3 BGB, der etwaige Schutzvorschriften für den gutgläubigen Erwerber ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt.

Für die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen war dies bisher ohne Bedeutung, da ein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils nicht möglich war.

#### IV. Änderungen durch MoMiG

Mit Inkrafttreten des MoMiG hat der Gesetzgeber die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs jedoch geschaffen, so dass sich die Frage stellt, ob § 161 Abs. 3 BGB nun, in der Regel unerwünschte, Folgen für die bisherige Gestaltungspraxis hat.

Nach § 16 Abs. 3 GmbHG kann ein Geschäftsanteil oder ein Recht daran Gegenstand des gutgläubigen Erwerbs sein.

Zunächst ist festzuhalten, dass dabei *allein* der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis über den Geschäftsanteil geschützt wird. Kein Gutgläubensschutz besteht in Bezug auf Existenz des Geschäftsanteils, Leistung der Einlage und Lastenfreiheit<sup>3</sup>.

Schon nicht mehr so eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob der Gutgläubensschutz sich auch auf das Nichtvorhandensein *gesellschaftsvertraglicher* Verfügungsbeschränkungen erstreckt, m.a.W., ob eine gesellschaftsvertragliche Vinkulierung den gutgläubigen Erwerb verhindert.

Teilweise wird argumentiert, der Gesetzgeber habe mit der Schaffung der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs das Erfordernis einer umfangreichen Due Diligence vermeiden wollen. Um diesem Ziel gerecht zu werden, müsse dem gutgläubigen Erwerb Vorrang vor gesellschaftsvertraglichen Verfügungsbeschränkungen eingeräumt werden, da dieser sonst bei -in der Praxis regelmäßig vereinbarter- Vinkulierung leerzulaufen drohe. Diese Ansicht wertet jedoch die Funktion der Gesellschafterliste nicht zutreffend. Der Gesetzgeber wollte ihr gerade nicht eine grundbuchähnliche Funktion mit vollständiger Analogie zu § 892 BGB zuweisen<sup>4</sup>. Zum einen ist nicht vorgesehen, dass die Liste Auskunft über Bestehen oder Nichtbestehen von Belastungen oder von Rechten Dritter gibt, zum anderen hätte sonst konsequenterweise der Einführung einer "Prüfungsinstanz" bedurft, die Gewähr für die Richtigkeit der Liste bietet. Eine solche Prüfung ist weder Notar noch Registergericht zugewiesen.

Im Übrigen lässt sich die Frage, ob statutarische Verfügungsbeschränkungen gegeben sind, unaufwendig klären. Als echter Satzungsbestandteil sind sie in den Gesellschaftsvertrag bei Gründung aufzunehmen, ebenso bedürfen ihre nachträgliche Einführung und ihre Aufhebung der materiellen, im Handelsregister einzutragenden Satzungsänderung, so dass sich der Sachstand verbindlich aus dem Handelsregister entnehmen lässt.

Es wird jedoch im Folgenden, bezogen auf den oben geschilderten Sachverhalt, darauf zurück zu kommen sein, ob die Vinkulierung bei Treuhandverhältnissen hinreichend Schutz gegen treuwidrige Verfügungen bietet.

#### V. Ist § 16 Abs. 3 GmbHG auf den Fall der aufschiebend bedingten Abtretung anwendbar?

Nach wie vor ist die Antwort auf jene Frage heftig umstritten.

Einerseits wird die Anwendbarkeit bejaht, mit der Folge, dass sich der Gutgläubensschutz der Liste auch auf die Abwesenheit von Verfügungsbeschränkungen erstreckt. Begründet wird dies unter anderem damit, dass die Übertragung unter einer Bedingung für diese Frage der Vollrechtsübertragung gleichzusetzen sei, demnach auch eine Unrichtigkeit der Liste zur Folge habe, und der Zweiterwerber bis zum Wirksamwerden der Erstübertragung auf die Richtigkeit der Liste vertrauen können müsse, zumal eine neue Liste mangels (noch nicht gegebener) Wirksamkeit der Erstübertragung nicht eingereicht werden könne.

Demzufolge müsse die Gestaltungspraxis darauf bedacht sein, den gutgläubigen (Zwischen-)Erwerb zu verhindern<sup>5</sup>. Vorgeschlagen werden hierzu die Zuordnung eines -prophylaktischen- Widerspruchs oder der Vermerk der bedingten Übertragung in der Liste. Auf beides wird nachfolgend noch eingegangen.

Von Einigen wird eine Anwendbarkeit des § 16 Abs. 3 GmbHG verneint, im Wesentlichen gestützt auf die Erwägung, dass die Gesellschafterliste, wie oben näher dargelegt, gerade *nur* die Inhaberschaft "verlässlich" wiedergebe und ein Gutgläubensschutz sich nicht auf die Freiheit von Rechten Dritter, und ein solches sei das Anwartschaftsrecht des Empfängers einer bedingten Abtretung, erstrecke. Die Liste sei nicht unrichtig, sondern nur in ihrer Aussagekraft beschränkt. Aus der Liste könne ein Zwischenerwerber nicht die Aussage entnehmen, dass kein Anwartschaftsrecht Dritter existiere.<sup>6</sup>

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen die Funktion der Gesellschafterliste als "kleines Grundbuch" entschieden, mit der Folge, dass dort Verfügungsbeschränkungen und Belastungen des Geschäftsanteils nicht aufzunehmen sind (und auch nicht aufgenommen werden können<sup>7</sup>) und die Liste in Bezug auf solche auch keine Relevanz für den Gutgläubensschutz hat. Geschützt ist

<sup>3</sup> Wachter, ZNotP 2008, 378 (294 f.), Mayer DNotZ 2008, 403 (417f.)  
aA Klöckner, NZG 2008, 841 (844f.), für den das Hauptmotiv des Gesetzgebers in der Vermeidung einer kostenintensiven Due Diligence liegt und der sich daher für eine Erstreckung des Gutgläubensschutzes auch auf die Lastenfreiheit und das Fehlen statutarischer Verfügungsbeschränkungen ausspricht.

Ähnlich Reymann, WM 2008, 2095

<sup>4</sup> Hermanns in Tagungsband NotRV "Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 2009", 28 (47 f.) mwN

<sup>5</sup> Wachter, aaO, Wicke, ZNotP 2009, 1, (15 f.)

<sup>6</sup> Weigl, MittBayNot 2009 116 (117); Zessel, GmbHR 2009, 303; Link, RNotZ 193 (219 f.)

<sup>7</sup> z.B. in eine "Veränderungsspalte" der Liste (Klöckner, aaO, 841; Wachter, aaO, 385).

Wie hier: Hermanns, aaO, 47

lediglich der gute Glaube an die Inhaberschaft des Geschäftsanteils.

#### Fazit:

Es bedarf keiner besonderen Sicherung des Erwerbers aufgrund aufschiebend bedingter Abtretung gegen zwischenzeitliche (d.h. in der Schwebezeit erfolgte) nochmalige Übertragung seitens des Veräußerers, da bei Bedingungseintritt der Zwischenerwerb unwirksam ist.

## VI. Folgerungen für die Praxis

Angesichts des nach wie vor bestehenden Meinungsstreits ist man versucht, mit *Vossius* zu sagen: "*Als Praktiker will man diese Frage gar nicht lösen, sondern sucht den sichersten Weg*"<sup>8</sup>.

Der sicherste Weg wird darin zu sehen sein, die Möglichkeit eines gutgläubigen Zwischenerwerbs gleichwohl ins Kalkül einzubeziehen und eine Gestaltung zu suchen, die den guten Glauben des Zwischenerwerbers an die unbeschränkte Verfügungsbefugnis des in der Liste eingetragenen Veräußerers "zerstört".

Hierzu werden zwei Lösungen vorgeschlagen, zu denen auch erste Rechtsprechung vorliegt:

1. Die Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Veräußerers;
2. Die Aufnahme eines Vermerks über die erfolgte bedingte Übertragung in die Liste.

#### Zu 1. "Widerspruch":

Fraglich könnte hierbei zunächst sein, wogegen sich der Widerspruch überhaupt richtet. Die Eintragung des Veräußerers als Inhaber des Geschäftsanteils ist nämlich bis zum Bedingungseintritt **richtig**, und nur in ihrer Aussagekraft insoweit beschränkt, als sie das Anwartschaftsrecht desjenigen, an den bedingt übertragen wurde, nicht ausweist<sup>9</sup>. Der Widerspruch hat sich jedoch gegen eine **unrichtige** Eintragung zu richten.

Eine Lösung zeigt das LG Köln in seiner Entscheidung vom 16.06.2009<sup>10</sup> auf:

Es bejaht die Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs im genannten Fall mit der Begründung, dass die Gesellschafterliste zwar richtig sei, jedoch beim Eingetragenen eine "mangelnde Berechtigung" i.S. des § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG vorliege, weil dessen Verfügungsmacht durch die bedingte Übertragung eingeschränkt sei.

#### Zu 2. "Bedingungsvermerk"

Mit dem Argument, dass bereits die Übertragung des Geschäftsanteils unter einer Bedingung eine "Veränderung" i.S. des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG darstelle, und die Übertragung unter einer Bedingung ein "wesensgleiches Minus" zur Vollrechtsübertragung sei, wird die Zulässigkeit des Vermerks der bedingten Übertragung teilweise bejaht<sup>11</sup>. Konsequenz

müsste man dann mit dieser Argumentation eine Unrichtigkeit der Liste bei bedingter Übertragung und die daraus folgende Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bejahen.

Dem hat das OLG München mit seiner Entscheidung vom 08.09.2009<sup>12</sup> relativ knapp eine Absage erteilt:

Die Aufnahme der mit dem Bedingungsvermerk versehenen Gesellschafterliste wurde nach Ansicht des OLG München zu Recht verweigert, weil diese keine **bereits eingetretene** Veränderung im Gesellschafterbestand ausweist.

Das OLG München stellt ferner fest, dass der Inhalt der Gesellschafterliste zwar einen Erwerb vom Nichtberechtigten ermögliche, jedoch nicht den guten Glauben in Bezug auf die Existenz des Geschäftsanteils oder seine Lastenfreiheit und eine möglicherweise bestehende Vinkulierung schütze.

Es bleibt abzuwarten (und zu hoffen), dass zeitnah das oberste Zivilgericht Klarheit schafft. Mit dem FamFG ist seit 1.09.2009 die Möglichkeit der Beschwerde zum BGH eröffnet.

## VII. Gestaltung von Treuhandverhältnissen

Für die Gestaltung von Treuhandverhältnissen sind daraus aus meiner Sicht folgende Schlüsse zu ziehen:

#### a) Für beide Fallvarianten:

Vinkulierung:

Wie oben dargestellt, umfasst der Gutgläubensschutz nicht den guten Glauben an das Fehlen von statutarischen Verfügungsbeschränkungen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Vinkulierung gegen treuwidrige Verfügungen während des Bestehens des Treuhandverhältnisses schützt.

Zu verneinen ist dies bei einer Bindung an die Zustimmung der Gesellschaft, wenn, wie im Beispielsfall, der Geschäftsführer zustimmt. Eine etwaige Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis, die z.B. die Zulässigkeit der Zustimmung von einem vorherigen Gesellschafterbeschluss abhängig macht, hat keine Außenwirkung.

Aber auch wenn eine Bindung direkt an die Zustimmung der Gesellschafter vereinbart wird, hilft dies im Beispielsfall in beiden Varianten nicht weiter, wenn man die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bejaht.

Denn wenn der Erwerber gutgläubig vom "Listenberechtigten" erwerben kann, muss dessen Zustimmung als Gesellschafter auch ausreichend sein<sup>13</sup>. § 16 Abs. 3 GmbHG schützt den gutgläubigen Erwerber auch insoweit, als dieser sich darauf verlassen darf, dass derjenige, den die Liste als Gesellschafter ausweist, auch der Zustimmungsberechtigte ist.

#### b) Für die 1. Fallvariante:

Treuwidrige Verfügung vor Beendigung des Treuhandverhältnisses und Bedingungseintritt:

Nachdem zurzeit nicht auszuschließen ist, dass bei treuwidriger Verfügung durch den Treuhänder ein gutgläubiger Erwerb durch den Zwischenerwerber droht, ist im Sinne des "sicher-

<sup>8</sup> *notar* 2009, 445

<sup>9</sup> *Hermanns*, aaO, 41f., *Weigl*, aaO, 117

<sup>10</sup> 88 T 13/09, DNotI Dok.Nr. 88t13\_09

<sup>11</sup> *Vossius*, aaO, unter Verweis auf Korte

<sup>12</sup> 31 Wx 082/09, DNotI Dok.Nr. 31wx082\_09

<sup>13</sup> Ähnlich: *Link*, aaO, 221

sten Wegs" zur Eintragung eines Widerspruchs unter Berufung auf die Entscheidung des LG Köln zu raten.

Dagegen abzuwägen ist jedoch das Interesse der Beteiligten, das Treuhandverhältnis geheim zu halten. Für jenes Interesse ist die Eintragung des Widerspruchs kontraproduktiv. Speziell bei der treuhänderischen Gründung wird die nahezu zeitgleiche Eintragung des Widerspruchs (und seines Berechtigten) ein "Offenlegen der Karten" bedeuten.

In jedem Fall wird der Notar im Rahmen seiner Belehrungspflicht auf die nicht sicher auszuschließende Gefahr des gutgläubigen Erwerbs bei treuwidriger Verfügung hinzuweisen haben, die Möglichkeit der Eintragung eines Widerspruchs aufzeigen und gut daran tun, im Fall der Ablehnung eines Widerspruchs diese Entscheidung der Beteiligten in der Urkunde zu dokumentieren.

### c) Für die 2. Fallvariante:

Auf den ersten Blick scheint hier kein gutgläubiger Erwerb erfolgt zu sein: Die Liste, die noch den früheren Treuhänder als Gesellschafter ausweist, ist noch keine drei Jahre unrichtig.

Fraglich ist jedoch, ob die Unrichtigkeit der Liste in einem solchen Fall nicht dem Treugeber i.S. des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG zuzurechnen ist, so dass es auf die 3-Jahres-Frist nicht ankommt.

Das ist zu bejahen: Der Treugeber hat selbst durch die von ihm erklärte Kündigung den Eintritt der Bedingung, den Anteilsübergang und damit die Unrichtigkeit der Liste herbeigeführt. Ihm obliegt es, unverzüglich dafür zu sorgen, dass die Rechtsscheinwirkung der unrichtigen Liste "beseitigt" wird, sei es durch die Einreichung einer Liste, die die Beteiligungsverhältnisse zutreffend wiedergibt oder durch Eintragung eines Widerspruchs. Versäumt er dies, so hat er die Rechtsfolgen des Rechtsscheins, und damit den gutgläubigen Erwerb, hinzunehmen.

Die Einreichung der neuen Liste hat durch den die bedingte (Rück-)abtretung beurkundenden Notar zu erfolgen. Nachdem dieser regelmäßig den Eintritt der Bedingung nicht überwachen und prüfen kann, ist bei der Gestaltung des Treuhandverhältnisses besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass sich speziell der Treugeber seiner Obliegenheit bewusst ist, dass er vor allem bei einer von ihm herbeigeführten Beendigung des Treuhandverhältnisses den Notar hierüber informieren muss.

Der Notar wird demzufolge auf die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs durch Dritte (auch) nach Beendigung des Treuhandverhältnisses und das Erfordernis, den Notar hierüber unverzüglich zu informieren, besonders hinweisen.

## Kapitalaufbringung in der GmbH seit MoMiG

(von Armin Steiner, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart<sup>1</sup>)

Der Gesetzgeber wollte das GmbHG durch das MoMiG<sup>2</sup> grundlegend modernisieren und zugleich deregulieren. Das Haftkapitalsystem<sup>3</sup> der GmbH sollte hierbei erhalten bleiben, aber bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in vielen Punkten vereinfacht werden. Das GmbHG in der nach MoMiG geltenden Fassung hat somit insbesondere im Bereich der Kapitalaufbringung weitgehende Änderungen erfahren und ist bei aller berechtigter Kritik, die teilweise in der Literatur zu Detailregelungen geäußert wurde, für die Praxis zu begrüßen. Hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber die über Jahrzehnte von der Rechtsprechung hinweg gebildete Lehre von der verdeckten Sacheinlage nun gesetzlich normiert und auf der Rechtsfolgenseite ganz erheblich entschärft hat. Ferner hat die häufig mit der verdeckten Sachein-

lage in einem Atemzug genannte Hin-und-Herzahlung nun ebenfalls ihre gesetzgeberische Regelung gefunden. Der Beitrag stellt die neue Gesetzeslage dar und geht hierbei schwerpunktmäßig auf die Neuregelungen der verdeckten Sacheinlage und Hin-und-Herzahlung ein.

### I. Mehr Variabilität bei der Übernahme von Geschäftsanteilen

#### 1. Reduzierung des geringsten Nennbetrages eines Geschäftsanteils auf EUR 1,00

§ 5 Abs. 2 GmbHG: „Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten. Ein Gesellschafter kann bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen.“

Der bisherige Mindestnennbetrag von EUR 100,00 (§ 5 Abs. 1 GmbHG a.F.) und die Teilbarkeit durch EUR 50,00 (§ 5 Abs. 3 GmbHG a.F.) sind entfallen. Nach § 5 Abs. 2 GmbHG muss der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils nun nur noch auf mindestens EUR 1,00 lauten. Zu beachten ist weiterhin, dass die Nennbeträge der Geschäftsanteile auf volle Euro lauten müssen.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Zu möglichen Problemen bei der Ausgabe von 1,00-Euro Anteilen Heckschen, DStR 2009,165,169.

<sup>1</sup> Ebner Stolz Mönning Bachem – Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwältinnen – Stuttgart, www.ebnerstolz.de.

<sup>2</sup> BGBl. I 2008, 2026 – Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), seit 1. November 2008 in Kraft.

<sup>3</sup> Zur Kritik am bestehenden Haftkapitalsystem z.B. Drygala, NZG 2007, 561 f.; Wirsch, GmbHR 2007, 736 f.; zur Einführung des Haftsystems wie bei der Kommanditgesellschaft siehe Bayer, ZGR 2007, 220; Noack, DB 2007, 1395, 1397. Siehe auch Leyendecker, GmbHR 2008, 305 f. Damit die GmbH im Wettkampf gegen die englische/irische Limited nicht weiterhin an Boden verliert, wurde die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), § 5a GmbHG, geschaffen, siehe RegEntw vom 23.05.2007. Hier hat das bestehende Haftkapitalsystem nur noch Feigenblattfunktion. Ob es dieser Ausprägung der GmbH bedurfte, darf bezweifelt werden. Die vorgenommenen Vereinfachungen bei der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung mit der ebenfalls mit dem MoMiG eingeführten Möglichkeit der Sitzverlegung der GmbH ins Ausland, § 4a GmbHG, wären zur Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit m.E. ausreichend gewesen.

## 2. Möglichkeit mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen

Das bislang geltende Verbot, bei der Gründung oder Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen (§ 5 Abs. 2, § 55 Abs. 4 i.V.m § 5 Abs. 2 GmbHG a.F.) wurde durch die Streichung dieser Normen fallengelassen.

## 3. Nennbeträge können unterschiedlich hoch sein

§ 5 Abs. 3 Satz 1 GmbHG: „Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden bestimmt werden.“

Unverändert gilt, dass die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile verschieden bestimmt werden kann, § 5 Abs. 3 Satz 1 GmbHG.

## 4. Die Nennbeträge müssen stets mit der Stammkapitalziffer übereinstimmen

§ 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG: „Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen.“

Durch den neu gefassten § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG wird klar gestellt, dass das Stammkapital immer gleich bleibt und sich nicht aus der Summe der Nennbeträge ergibt. Umgekehrt gilt, dass das Stammkapital die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile vorgibt. Diese Anforderung gilt nicht nur im Gründungsstadium, sondern auch für den weiteren Verlauf der Gesellschaft. Während bei der Kapitalherabsetzung, der effektiven Kapitalerhöhung und Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln es zu keinem Auseinanderdriften der Summe der Nennbeträge zur Stammkapitalziffer kommen konnte und kann, ist die neue Rechtslage bei der Einziehung von Geschäftsanteilen, § 34 GmbHG, zu beachten. Während nach der alten Rechtslage bei einer Einziehung das Stammkapital gleich blieb, obwohl sich die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile aufgrund der Einziehung verringert hatte, ist seit MoMiG ein solches Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile zur Stammkapitalziffer unzulässig. Um eine solche nicht länger mehr zulässige Abweichung zu vermeiden, ist im Zusammenhang mit dem Einziehungsbeschluss auch eine Regelung zu treffen, wie das Auseinanderfallen vermieden werden kann. Hierzu haben die Gesellschafter die Möglichkeit, die Einziehung mit einer Kapitalherabsetzung zu verbinden oder die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile nominell aufzustocken<sup>5</sup> oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden<sup>6</sup> und diesen der Gesellschaft, Gesellschaftern oder Dritten zuzuweisen.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Streitig war/ist, ob die Aufstockung automatisch erfolgt oder nach h.A. eines gesonderten Beschlusses bedarf, siehe Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 34 Rn. 4.

<sup>6</sup> Abhängig davon, ob die Aufstockung der Anteile automatisch erfolgt, bedarf es dann dazu der entsprechenden Teilgeschäftsbeteiligungen, Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 34 Rn. 4.

<sup>7</sup> Aus RegEntw vom 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, Begründung zu § 5 GmbHG MoMiG, S. 29 ff., Beilage ZIP Heft 23/2007.

## II. Keine Sicherstellung der Bareinlage bei Errichtung durch einen Gründer

Auf die besonderen Sicherungen der Kapitalaufbringung bei Gründung einer und Kapitalerhöhung bei einer Einpersonengesellschaft wurde verzichtet. Hierzu wurden Satz 3 in § 7 Abs. 2 GmbHG gestrichen und Satz 2 in § 8 Abs. 2 GmbHG neu gefasst.

## III. Beschleunigung der Registereintragung

Nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG „[kann] das Gericht [...] bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung Nachweise (unter anderem Einzahlungsbelege) verlangen.“

Der Gesetzgeber hegt die Hoffnung, dass die vom Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG über die Leistung der Einlage abzugebende strafbewehrte Versicherung<sup>8</sup> ausreicht und das Registergericht weitere Nachweise, namentlich Kontoauszüge der GmbH, grundsätzlich nicht mehr anfordern wird. Diese Änderung ist zu begrüßen, da die teilweise zu beobachtende Praxis der Registergerichte, standardmäßig Kontoauszüge der GmbH anzufordern, aus denen sich die Einzahlung der Einlage ergibt, zu unnötigen Verzögerungen führte, insbesondere dann, wenn dem Berater/Notar diese Handhabung des Registergerichts nicht bekannt war. Ferner berücksichtigte diese Handhabung nicht, dass die Einlagen auch z.B. per Barzahlung an den Geschäftsführer, Einzahlung auf ein Anderkonto des Notars oder die Übergabe eines LZB-garantierten Schecks erfolgen konnte (und immer noch kann)<sup>9</sup>.

## IV. Differenzhaftung bei Sacheinlagen

§ 9 Abs. 1 GmbHG: „Erreicht der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils, hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten. Sonstige Ansprüche bleiben unberührt.“

Die Differenzhaftung, die eintritt, wenn eine Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung zu Verkehrswerten nicht den übernommenen Geschäftsanteil erreicht, tritt grundsätzlich neben die Unterbilanz und Verlustdeckungshaftung.<sup>10</sup>

In Höhe der Wertdifferenz entsteht ein ergänzender Geldeinlageanspruch, auf den die allgemeinen Vorschriften über Bareinlagen, insbesondere § 19 GmbHG anwendbar sind.<sup>11</sup> Der Notar hat, wenn Sacheinlagen erfolgen sollen und Anlass zu Zweifeln an einer richtigen Bewertung der Sacheinlagen besteht, auf die Gefahr einer Differenzhaftung des Sacheinlagers hinzuweisen.<sup>12</sup> Insbesondere wenn in Krisenzeiten der GmbH Forderungen, die Gesellschafter gegen die GmbH

<sup>8</sup> § 82 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GmbHG.

<sup>9</sup> Auf diese und andere Zahlungsmöglichkeiten wird im RegE MoMiG erfreulicherweise klar hingewiesen.

<sup>10</sup> Str.: siehe z.B. Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 11 Rn. 130 m.w.N. Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 9 Rn. 12.

<sup>11</sup> Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3: GmbH, 2. Aufl. 2003, § 50 Rn. 164; Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 5 Rn. 24 f., § 9 Rn. 9.

<sup>12</sup> BGH DB 2007, 2477, 2478 = GmbHR 2007, 1331, 1332 = RNotZ 2008, 47, 49.

haben, zur Kapitalerhöhung verwendet werden sollen<sup>13</sup>, ist der Notar gehalten, über die Voraussetzungen der Werthaltigkeit solcher Forderungen zu belehren, da sowohl die Geschäftsführer als die Gesellschafter häufig davon ausgehen, dass die Forderungen des Gesellschafters zu ihrem Nominalwert eingebracht werden können<sup>14</sup>.

Durch die Neufassung des § 9 Abs. 1 GmbHG wird deutlich, dass der Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils die Bezugsgröße dafür ist, ob der Gesellschafter durch die Erbringung der Sacheinlage seine Einlageverpflichtung erfüllt. Ein Agio nimmt am Schutz des § 9 GmbHG nicht teil.<sup>15</sup>

Die Ergänzung durch Satz 2 stellt klar, dass die Differenzhaftung nach Satz 1 andere denkbare Ansprüche aus anderen Rechtsgründen, also insbesondere Ansprüche auf ein durch den Wert der Sacheinlage nicht vollständig gedecktes Agio, nicht ausschließt. Hierbei ist festzuhalten, dass eine solche Haftung nur für das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft Relevanz hat, dem Registergericht jedoch keine Handhabe bietet, Wertnachweise darüber zu verlangen, ob ein Agio auch abgedeckt ist.<sup>16</sup> Wenn im Kapitalerhöhungsbeschluss oder/und im Einbringungsvertrag für das Agio ein bestimmter Betrag festgesetzt wird, schuldet der Inferent im Zweifel den Wert des Agios als Garantie.<sup>17</sup> Eine solche Haftung für ein Agio kann beispielsweise durch folgende Klausel im Beschluss und Einbringungsvertrag vermieden werden:

„Soweit der Wert der Sacheinlage zu Buchwerten [alt. Verkehrswerten] höher ist als der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, ist dieser als Agio nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen. Der Geschäftsführer ist berechtigt, die Rücklagendotierung nach ordnungsgemäßem Ermessen vorzunehmen. Der Inferent schuldet keinen bestimmten Wert des Agios.“

## V. Geringere Anforderungen an die registergerichtliche Überprüfung der Werthaltigkeit der Sacheinlage

§ 9c Abs. 1 GmbHG: „Ist die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet, so hat das Gericht die Eintragung abzulehnen. Dies gilt auch, wenn Sacheinlagen nicht unwesentlich überbewertet worden sind.“

Mit der Änderung des § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG wird die Prüfungspflicht des Registergerichts für die Werthaltigkeit der Sacheinlage der Rechtslage bei der Aktiengesellschaft<sup>18</sup>, angepasst. Das Gericht hat nun nur noch zu prüfen, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorliegt.

Nach alter Regelung hatte das Registergericht die Pflicht, bei jeder auch nur geringfügigen Überbewertung die Eintragung der Gründung oder Sachkapitalerhöhung abzulehnen. Dies führte häufig zu langen Eintragungszeiten, da sich die Registergerichte in aller Regel nicht mit einem Sachgründungsbericht der Gründer begnügten, sondern zusätzlich Werthaltigkeitsgutachten oder zumindest Werthaltigkeitsbestätigungen von Sachverständigen verlangten. Im RegE wurde diese Praxis beanstandet mit der Feststellung, dass die Verzögerung der Eintragung der Gesellschaft in keinem Verhältnis zu dem Nutzen der Prüfung steht.

Nun sollen die Registergerichte nur für den Fall, dass sich auf Grundlage der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen begründete Zweifel ergeben, die auf eine wesentliche Überbewertung der Sacheinlage hindeuten, weitere Unterlagen anfordern. Unbeachtlich sind Differenzen, die innerhalb der üblichen Bewertungsabweichungen liegen.<sup>19</sup> Bestehen hingegen keine Anhaltspunkte dafür, so ist keine Ausforschungsermittlung einzuleiten, ob denn eine wesentliche Überbewertung vorliege. Nach den Vorstellungen in der Begründung zum RegE reicht die Pflicht zur Einreichung des Sachgründungsberichts sowie die strafrechtliche Bewehrung falscher Angaben aus, um ein vernünftiges Verhältnis zwischen Richtigkeitsgewähr und Aufwand zu erzielen.<sup>20</sup> In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass bei der Einbringung von Grundstücken und Unternehmen ein Sachverständigengutachten regelmäßig unentbehrlich ist.<sup>21</sup> Diese Auffassung dürfte jedoch gegen die Intention des Gesetzgebers laufen, wenn die Einbringung zu zeitnahen Buchwerten erfolgt.

Ob ein Sachkapitalerhöhungsbericht verlangt werden kann, ist streitig.<sup>22</sup> Unstreitig war jedoch, dass das Registergericht weitere Wertnachweise verlangen darf. Nach Auffassung des OLG Stuttgart<sup>23</sup> ist der Registerrichter befugt und in aller Regel im Rahmen seiner allgemeinen Amtsermittlungspflichten auch gehalten, sich einen Sachkapitalerhöhungsbericht vorlegen zu lassen. Er kann sich insoweit an die Regelungen in § 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG anlehnen und sich bei den im Einzelnen zu stellenden Anforderungen auch von der vergleichbaren Regelung in § 32 Abs. 2 AktG leiten lassen. Meines Erachtens sollte ein Sachkapitalerhöhungsbericht grundsätzlich entbehrlich sein, wenn ein zeitnah erstellter testierter Abschluss vorliegt. In aller Regel ergeben sich aus einem Sachkapitalerhöhungsbericht keine weiteren erhellenden Ausführungen zur Werthaltigkeit. Falsche Angaben in einem Sachkapitalerhöhungsbericht durch Gesellschafter stehen nicht nach § 82 GmbHG unter Strafe. Die Einzelheiten zu den Voraussetzungen und strafrechtlichen Folgen, wenn die Geschäftsführer im Zusammenhang mit verdeckten Sachkapitalerhöhungen falsche oder unvollständige Angaben machen, sind streitig.<sup>24</sup>

Die seit der Geltung des § 9c GmbHG n.F. mit Registergerichten gemachten Erfahrungen zeigen zum einen, dass unverän-

<sup>13</sup> Diese resultieren regelmäßig aus Gesellschafterdarlehen oder Lieferungen und Leistungen, die die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft erbracht hat und häufig in Krisenzeiten zur Stärkung des Eigenkapitals in Stammkapital umgewandelt werden sollen.

<sup>14</sup> Zu Bewertung siehe z.B. Scholz, 10. Aufl. 2006 § 5 Rn. 56 ff.

<sup>15</sup> Herrschende Ansicht, siehe Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 9 Rn. 4.

Dass Registergerichte sich wegen ihrer Prüfungspflicht teilweise auf das OLG Stuttgart, BB 1982, 397 berufen, geht fehl, da dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall keine Agiovereinbarung zugrunde lag, sondern eine Vereinbarung, dass der über die Stammeinlage hinausgehende Betrag dem Gesellschafter von der Gesellschaft erstattet wird.

<sup>16</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. § 9 Rn. 12, § 9c Rn. 17.

<sup>17</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 3 Rn. 39.

<sup>18</sup> § 38 Abs. 2 Satz 2 AktG.

<sup>19</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage § 9c Rn. 16 mwN.

<sup>20</sup> Siehe RegEntw vom 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, Begründung zu § 9c GmbHG, S. 36 ff.

<sup>21</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 9c Rn. 18.

<sup>22</sup> z.B. Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 56 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl., § 56 Rn. 7.

<sup>23</sup> OLG Stuttgart, BB 1982, 397, 399.

<sup>24</sup> Siehe Roth/Altmeyen, 5. Aufl., § 82 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, § 82 Rn. 17, 18.



dert manche Registergerichte auch in Fällen, in denen die Einlage zu Buchwerten erfolgt, Werthaltigkeitsbescheinigungen eines Sachverständigen, in aller Regel eines Wirtschaftsprüfers, oder sogar Gutachten verlangen, selbst wenn ein zeitnah geprüfter und testierter Jahresabschluss nebst Sachgründungs- bzw. Sachkapitalerhöhungsbericht vorgelegt wurde, und zum anderen, dass von diesem Verlangen Abstand genommen wurde, wenn auf die Gesetzesbegründung zu § 9c GmbHG hingewiesen wurde. In aller Regel begnügte sich dann das Registergericht damit, dass im Sachgründungsbericht auf den testierten Jahresabschluss (Bilanz, GuV, Anhang) und den Lagebericht verwiesen und (entsprechend der Handelsregisteranmeldung bei Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln<sup>25</sup>) ausgeführt wird, „dass der Unterzeichner keine Kenntnis hat, dass seit dem Stichtag des testierten letzten Jahresabschlusses bis zum Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung eine Vermögensminderung eingetreten ist, die zu einer Wertminderung der Sacheinlage in dem Umfang führen würde, dass die Sacheinlage im Sinne des § 9c GmbHG überbewertet wäre.“

## VI. Verdeckte Sacheinlage

§ 19 Abs. 4 GmbHG: „Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so befreit dies den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung. Jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter.“

In § 19 Abs. 4 GmbHG wird nun erstmalig die in der Praxis so bedeutsame von der langjährigen Rechtsprechung entwickelte Lehre von der verdeckten Sacheinlage gesetzlich geregelt und in den Rechtsfolgen erheblich für den Inferenten abgemildert.

### 1. Alte Rechtslage

#### 1.1. Begriff der verdeckten Sacheinlage

Wollen die Gesellschafter keine Bareinlage leisten, sondern Sacheinlagen, unterlassen sie es gleichwohl häufig, sei es unbeabsichtigt, aus Unwissenheit oder aber gezielt, um die Sacheinlagebestimmungen nicht einhalten zu müssen, in der Satzung bzw. im Kapitalerhöhungsbeschluss die hierfür erforderlichen Festsetzungen, § 5 Abs. 4, § 56 Abs. 1 GmbHG, zu treffen. Die Gründung/Kapitalerhöhung ist dann eine Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung mit der Konsequenz, dass die Gründer/Übernehmer ihre Einlageschuld auch nur mittels Geld oder gleichwertiger Zahlungsmittel erfüllen können. Leisten die Gesellschafter gleichwohl die Einlage als

Sacheinlagen, so kommen die Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage zur Anwendung.<sup>26</sup>

Eine verdeckte Sacheinlage nimmt der BGH<sup>27</sup> in ständiger Rechtsprechung an, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird und daher auch keine Festsetzung einer Sacheinlage in der Satzung erfolgt, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhält. Hierdurch kommt es zu einer unsachgemäßen Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlich gewollten Vorgangs einer Sacheinbringung in mehrere rechtlich getrennte Geschäfte, bei denen der Gesellschaft zwar formal Bargeld als Einlage zugeführt, dieses jedoch im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft gegen die Übertragung eines anderen Gegenstandes zurückgewährt wird, so dass die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis keine Bar-, sondern eine Sacheinlage erhält.

### 1.2. Häufige Erscheinungsformen<sup>28</sup>

Die verdeckte Sacheinlage kommt häufig vor in der Gestalt, dass so genannte Altforderungen, also Forderungen des Gesellschafters, die er im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung schon gegenüber der GmbH hatte, mit der Einlageforderung verrechnet werden. Neuforderungen können dann verrechnet werden, wenn sie vollwertig, liquide (also unbestritten) und fällig sind, also die Forderung des Gesellschafters so gut wie Bargeld ist und durch die Aufrechnung durch die Gesellschaft bzw. Verrechnung ein unsinniges Hin-und-Herzahlen vermieden werden kann.<sup>29</sup> Ferner darf die Verrechnung mit der Neuforderung erst mit einem deutlichen Abstand nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss erfolgen, damit eine schädliche Verrechnungsabsprache nicht widerleglich vermutet wird.<sup>30</sup> Ist die Verrechnung verabredet, liegt auch bei Neuforderungen eine verdeckte Sacheinlage vor. Erfasst werden aber auch Vorgänge, wenn die Forderungen nicht verrechnet werden, sondern das der Gesellschaft als Bareinlage zugeflossene Geld an den Gesellschafter zur Begleichung von dessen Forderungen zurückfließt. Schädlich kann es auch sein, wenn die Gesellschaft zunächst die Forderung des Gesellschafters befriedigt und dieser in einem kritischem Zeitraum die Gelder für eine Bareinlage wieder verwendet.

Weitere häufige Erscheinungsform ist, dass die Mittel aus der Bareinlage als Kaufpreis für den Erwerb der Sache, die die eigentliche Sacheinlage sein sollte, an den Gesellschafter zurückbezahlt werden oder die Bareinlageforderung mit der Forderung aus dem Verkehrsgeschäft verrechnet wird.

<sup>26</sup> Siehe z.B. Schöpflin, GmbHR 2003, 57 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 56 Rn. 4; Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 56 Rn. 4. Heckschen/Heidinger, GmbH in der Gestaltungspraxis, 2. Auflage, § 11 Rn. 146f.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 170, 47, 51 Tz. 11 m.w.N.; jüngst wieder BGH GmbHR 2008, 483 f. = DNotZ 2008, 547f.

<sup>28</sup> Siehe z.B. nur Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn 58 f.; Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 21 f.

<sup>29</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 26 f.

<sup>30</sup> Die Abrede wird nicht mehr vermutet, wenn zwischen dem Kapitalerhöhungsbeschluss und der späteren Verrechnung mehr als 8 Monate liegen, Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 58.

<sup>25</sup> § 57i Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

### 1.3. Streitige Detailfragen bei der verdeckten Sacheinlage

#### 1.3.1 Welche Leistungen können eine verdeckte Sacheinlage sein?

Es ist umstritten, ob eine verdeckte Sacheinlage selbst dann vorliegt, wenn der Gegenstand der Leistung überhaupt nicht sacheinlagefähig wäre.<sup>31</sup> Zu diskutieren sind hierbei insbesondere obligatorische Nutzungsrechte und Dienstleistungen an die Gesellschaft.

Die h.M. bejaht die Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte, wenn der Gesellschaft der unmittelbare Besitz an der Sache verschafft wurde, das Gebrauchsrecht nicht - etwa durch Kündigung - kurzfristig oder jederzeit wieder beendet werden kann und sein vorzeitiges Erlöschen aus anderen Gründen soweit als möglich ausgeschlossen ist.<sup>32</sup>

Die jüngere Literatur sieht im Zusammenhang mit Geschäftsführergehältern keine verdeckte Sacheinlage und auch kein verbotenes Hin- und Herzahlen, wenn die Höhe des Gehaltes einem Drittvergleich standhält.<sup>33</sup> Der BGH<sup>34</sup> vertritt unter Hinweis auf § 27 Abs. 2 AktG, der für die GmbH entsprechend anzuwenden sei, die Auffassung, dass Dienstleistungen nicht sacheinlagefähig sind und damit auch keine verdeckte Sacheinlage vorliegen kann. Wenn die Mittel nicht für den Zweck der Zahlung der künftigen Dienstleistungen des Gesellschafters reserviert werden, liegt auch kein schädliches Hin- und Herzahlen im Sinne des § 19 Abs. 5 GmbHG n.F. vor.<sup>35</sup>

Die richtige Überlegung, dass eine Dienstleistung keine verdeckte Sacheinlage sein kann, gilt nur für die Vergütungen für eine zukünftige Dienstleistung nach Gründung bzw. Kapitalerhöhung, aber nicht für die Forderungen aus den bereits erbrachten Dienstleistungen. Hier handelt es sich um so genannte Altforderungen, die unter Beachtung der Bestimmungen für die offene Sacheinlage eingelegt werden müssen.

#### 1.3.2 Abrede

Die verdeckte Sacheinlage verlangt weder eine Umgehungsabsicht noch einen Täuschungswillen; es reicht aus, dass der Zweck der umgangenen Norm objektiv verletzt wird.<sup>36</sup> Verlangt wird aber eine - wenn auch unwirksame - Abrede<sup>37</sup>, dass die Bareinlage des Gesellschafters im wirtschaftlichen Ergebnis durch eine andere Leistung als in Geld erbracht werden kann. Diese Abrede - wobei auch eine stillschweigende Billigung ausreichend ist<sup>38</sup> - muss spätestens zwi-

schen den Gesellschaftern oder mit dem Geschäftsführer im Zeitpunkt der Übernahme des Geschäftsanteils getroffen worden sein.<sup>39</sup> Teilweise wurde die Leistung der Bareinlage auch ohne Vorabsprache für unzulässig gehalten, wenn die alsbaldige Rückgewähr gegen eine Sacheinlage erst später mit dem Geschäftsführer der Gesellschaft verabredet wurde.<sup>40</sup> Bei der Einmann-GmbH reicht mangels Partner für eine „Absprache“ ein entsprechendes „Vorhaben“ aus, um eine verdeckte Sacheinlage zu bejahen.<sup>41</sup>

Erfolgt eine Verrechnung oder ein schädliches Austauschgeschäft zeitnah mit der Bargründung oder der Barkapitalerhöhung, wird die entsprechende Absprache einer verdeckten Sacheinlage widerleglich vermutet. In diesem Zusammenhang werden meist 6 Monate genannt. 8 Monate sind vom BGH als bereits zu lange beurteilt worden, um eine Absprache zu vermuten.<sup>42</sup> Die Beweislast hierfür trägt der Gesellschafter; den Entlastungsbeweis wird er in aller Regel nur erbringen können, wenn ein eindeutiges normales Umsatzgeschäft vorliegt, wobei es streitig ist, ob ein gewöhnliches Umsatzgeschäft im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs eine verdeckte Sacheinlage ausschließt.<sup>43</sup> Der Ablauf dieser Frist verhindert aber nicht das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage, wenn eine entsprechende Absprache positiv nachgewiesen werden kann.<sup>44</sup>

#### 1.3.3 Verkehrsgeschäft

Erhebliche Probleme macht die Abgrenzung zwischen einem zulässigen Umsatzgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter und einem schädlichen Verkehrsgeschäft. Wenn es sich bei dem Sachgeschäft um ein gewöhnliches Umsatzgeschäft des täglichen Lebens handelt, soll auf die auf den zeitlichen Zusammenhang gestützte Vermutung der Abrede nach ganz überwiegender Ansicht nicht abgestellt werden.<sup>45</sup> Generelle Bereichsausnahmen für gewöhnliche Umsatzgeschäfte sind allerdings nicht vorgesehen<sup>46</sup>. Insbesondere bei Gründungsvorgängen außerhalb der Einbringung von Unternehmen ist regelmäßig noch kein umfassender Geschäftsverkehr vorhanden, so dass ein gewöhnliches Umsatzgeschäft mit dem Sacheinleger nur ausnahmsweise anzunehmen ist.<sup>47</sup>

#### 1.3.4 Drittbeteiligung

Noch weitgehend ungeklärt ist, ob ein schädliches Verkehrsgeschäft auch vorliegt, wenn der Gegenstand der verdeckten Sacheinlage nicht vom Gesellschafter selbst, sondern von einem Dritten erworben wird, der aber mit dem Gesellschaf-

<sup>31</sup> Einerseits Meilicke, BB 1991, 579, 585; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 5 Rn. 54; andererseits Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn. 78 m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. Heinrich, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 13; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn. 46 m.w.N.; BGH GmbHHR 2004, 1219.

<sup>33</sup> Habersack, in: FS Priester, 2007, S. 157 ff.; Henkel, GmbHHR 2005, 438 ff. Siehe zum Meinungsstand auch Spindler/Stilz/Heidinger, AktG 2007, § 27 Rn. 123 f.

<sup>34</sup> BGH, DB 2009, 780 f. = DStR 2009, 809 f.

<sup>35</sup> BGH ZIP 2009, 713 (Qivive), Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 92; Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 26.

<sup>36</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 54.

<sup>37</sup> BGHZ 132, 133; BGHZ 139, 152, 37; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 5 Rn. 43; 19. Auflage § 19 Rn. 54; Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 19 Rn. 126; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn. 79; Priester, DNotZ 2003, 210 ff.

<sup>38</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 54.

<sup>39</sup> BGH ZIP 2003, 1540, 1542; BGH GmbHHR 2002, 1193.

<sup>40</sup> Bayer, GmbHHR 2004, 445, 450; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 5 Rn. 43.

<sup>41</sup> BGH, GmbHHR 2008, 483, 486 = DNotZ 2008, 547.

<sup>42</sup> BGH, ZIP 2002, 2045; Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 28.

<sup>43</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 57

<sup>44</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 57

<sup>45</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 5 Rn. 43; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 56 Rn. 31; Baumbach/Hueck, § 19 Rn. 40; OLG Karlsruhe NJW-RR 1991, 295: Beweislast für normales Umsatzgeschäft beim Gesellschafter.

<sup>46</sup> BGH, DNotZ 2008, 547; BGHZ 170, 47 = DNotZ 2007, 230 [„Warenlager“], Baumbach/Hueck, 17. Auflage, § 19 Rn. 40; Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 19 Rn. 47.

<sup>47</sup> BGHZ 170, 47 = DNotZ 2007, 230 [„Warenlager“].

ter verbunden ist. Diese Verbundenheit ist ohne Frage bei Strohmanngestaltungen gegeben, aber auch wenn der Inferent dem Dritten die Mittel für das Geschäft zur Verfügung stellt oder der Dritte im Innenverhältnis für Rechnung des Inferenten handelt.<sup>48</sup> Auch wenn die GmbH die Barmittel an ein Unternehmen weiterleitet, welches vom Gesellschafter beherrscht wird oder an welchem die Gesellschafter weitgehend mit den Gesellschaftern der GmbH identisch sind, liegt eine schädliche Drittbeteiligung vor.<sup>49</sup>

### 1.3.5 Bezahlung aus Agio oder freien Rücklagen

Häufig leisten die Gesellschafter nicht nur den Nominalbetrag des Geschäftsanteils, sondern erbringen noch weitere Leistungen, die bilanziell in der Kapitalrücklage abzubilden sind. Hierbei kann es sich entweder um Agio oder eine sonstige Zuzahlung in das Eigenkapital handeln.<sup>50</sup> Fraglich ist nun, ob auch dann eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, wenn die Gegenleistung zum Erwerb des Wirtschaftsguts aus dieser Rücklage bezahlt wird. Richtigerweise wird vertreten, dass es in diesen Fällen am Merkmal des sachlichen Zusammenhangs fehlt.<sup>51</sup> Nach anderer Ansicht<sup>52</sup> ist es keine Voraussetzung, dass der Bareinlagebetrag gegenständlich mit dem zurückbezahlten Kaufpreis ist.

### 1.3.6 Cash-Pool

Beim sogenannten physischen Cash-Pool werden am Ende eines jeden Tages alle Konten der in den Cash-Pool einbezogenen Gesellschaften automatisch auf Null gestellt („Zero-Balancing“) und auf einem Zentral- oder Zielkonto der Betreibergesellschaft, häufig die Konzernspitze, zusammengefasst. Weist das Konto der Tochtergesellschaft einen positiven Saldo aus, wird ihr Liquidität abgezogen; bei einem negativen Saldo wird ihr Liquidität zugeführt. Dementsprechend erhält die Tochtergesellschaft entweder eine Darlehensforderung gegen die Betreibergesellschaft oder die Betreibergesellschaft eine Darlehensforderung gegen die Tochtergesellschaft.<sup>53</sup>

Vorteile eines Cash-Poolings sind u.a. Zinsvorteile dadurch, dass die bei den in den Verbund einbezogenen Gesellschaften erforderliche Liquidität nicht am Kapitalmarkt besorgt werden muss, soweit innerhalb des Konzerns noch Liquidität vorhanden ist. Diesen Vorteilen steht das Risiko entgegen, dass die Liquiditätskrise eines Unternehmens sich rasch zur Krise des gesamten Konzerns ausweiten kann.

<sup>48</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 61.

<sup>49</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 61; siehe aber BGHZ 171, 113. f.

<sup>50</sup> § 272 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 4 HGB. Wird die weitere Leistung mit der Gesellschaft oder im Kapitalerhöhungsbeschluss bestimmt, ist sie als Agio zu behandeln; wird sie zwischen den Gesellschaftern vereinbart, ist sie als sonstige Zuzahlung zu behandeln. Die unterschiedliche Behandlung ist zwar nicht von Bedeutung bei der GmbH, aber bei der AG sowohl bei der Kapitalaufbringung, § 36a Abs. 2 AktG, als auch bei der Verwendung der Rücklagen, § 150 Abs. 3 und 4 AktG. Siehe zur Agioleistung auch Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 3 Rn. 39. Nach h.A. unterliegt die Agio-Leistung nicht der Prüfung durch das Registergericht, siehe nur Scholz, 10. Aufl. 2006, § 5 Rn. 33; ders. § 19 Rn. 31, Baumbach/Hueck, 18. Aufl. 2006, § 19 Rn. 3; Priester, in: FS Lutter, 2000, S. 617, 633.

<sup>51</sup> Dieter Mayer, NJW 1990, 2593 ff., 2598; Henze, ZHR 1990, 105, 108, 113; wohl auch Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 7 Rn. 24; OLG München ZIP 2007, 126, 127.

Heckschen/Heidinger, § 11 Rn. 174.

<sup>52</sup> Kanzleiter, BWNNotZ 1996, 153 ff., 159; Priester, Kapitalaufbringung bei korrespondierenden Zahlungsvorgängen, ZIP 1991, 345 ff., 349.

<sup>53</sup> Heckschen/Heidinger, § 11 Rn. 74f.

Eine verdeckte Sacheinlage ist beim Cash-Pool gegeben, wenn die Muttergesellschaft, die die Betreiberin/Inhaberin des Zielkontos ist, auf das täglich die Liquidität der Tochterunternehmen überführt wird, Forderungen gegenüber der Tochter-GmbH hat. Wenn die Tochter-GmbH Forderungen gegenüber der Muttergesellschaft hat, liegt keine verdeckte Sacheinlage vor, aber eine Hin-und-Herzahlung, für die § 19 Abs. 5 GmbHG zur Anwendung kommen kann. Aufgrund des verrechnungsähnlichen Hin- und Herzahlens hat die Tochter-GmbH wirtschaftlich anstelle des auf die Bareinlage zu leistenden Barbetrags nur die Befreiung von Verbindlichkeiten und damit einen Sachwert erlangt.<sup>54</sup> In der beim Cash-Pooling getroffenen Vereinbarung zum täglichen Liquiditätsausgleich ist die schädliche Abrede zur Umgehung der Barkapitalaufbringung zu sehen. Auf einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Hin- und Herzahlen kommt es damit überhaupt nicht mehr an. Die Folge ist eine Umgehung der Vorschriften zur Barkapitalerhöhung durch Einbringung eines eigentlich einer Sachkapitalerhöhung vorbehalten Sachwertes.<sup>55</sup> Der BGH ist der Sichtweise gefolgt und hat klargestellt, dass es kein Sonderrecht für Cash-Pools gibt, sondern auch dort die Kapitalaufbringungsvorschriften zu beachten sind.<sup>56</sup>

### 1.4. Rechtsfolgen

Eine verdeckte Sacheinlage war in entsprechender Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG a.F. wegen der damit verbundenen Umgehung der gesetzlichen Sacheinlagevorschriften verboten. Die Rechtsfolge der verdeckten Sacheinlage war die Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen Teils der verdeckten Sacheinlage als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts analog § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG.<sup>57</sup> Die Bareinlagepflicht des Inferenten bestand damit fort, so dass dieser in der Insolvenz die übernommene Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis zweimal erbringen musste, da sein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Rückgewähr der Leistung sich regelmäßig in einer wertlosen Insolvenzforderung erschöpfte. Diese Folgen wurden zu Recht in der Literatur als „katastrophal“ bezeichnet<sup>58</sup>, insbesondere in den Fällen wie dem in früheren Jahren aus steuerlichen Gründen häufig praktizierten Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren. Zwar hatte der BGH nach Vorarbeiten in der Literatur zur Eindämmung der überzogenen Rechtsfolgen die Heilung verdeckter Sacheinlagen durch Umwandlung der Bar- in eine Sacheinlage ermöglicht.<sup>59</sup> Allerdings führte diese Möglichkeit in der Praxis nicht in dem erhofften Umfang zum Erfolg, da verdeckte Sacheinlagen häufig erst in der Insolvenz entdeckt wurden (und immer noch werden) und eine Heilung in diesem Zeitpunkt mangels Werthaltigkeit des Anspruchs, den der Gesellschafter gegenüber der GmbH aus der verunglückten Sacheinlage hatte, häufig ausschied.

<sup>54</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, 19 Rn. 105.

<sup>55</sup> Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 449, 449 ff.; Hentzen, DStR 2006, 950; Lamb/Schluck-Amend, DB 2006, 879.

<sup>56</sup> GmbHR 2006, 477 m. Anm. Langner = DStR 2006, 764 m. Anm. Goette = DB 2006, 772; zust. Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 449, 449 ff.; Hentzen, DStR 2006, 950; Altmeyden, ZIP 2006, 1025 ff.

<sup>57</sup> So seit BGH II ZR 303/96, bis dahin vertrat die herrschende Ansicht in der Literatur, dass das Erfüllungsgeschäft wirksam und nur der schuldrechtliche Teil unwirksam war, siehe z.B. Scholz, 8. Aufl. 1993, § 5 Rn. 80c.

<sup>58</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 49 m.w.N.

<sup>59</sup> BGHZ 113, 335; BHGZ 132, 141, 148 ff.

## 2. Neue Rechtslage

### 2.1. Begriff der verdeckten Sacheinlage, § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG

Die vom Gesetzgeber gewählte Definition durch die abstrakte Umschreibung der Voraussetzungen für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage knüpft an die in der Rechtsprechung übliche Definition an, wodurch Kontinuität gewahrt werden soll. Erforderlich sind also die zwei Tatbestandsmerkmale, nämlich die wirtschaftliche Entsprechung und die vorherige Abrede. Die bislang damit bestehenden Abgrenzungsfragen bezüglich des Sachverhaltes sind also unverändert auch weiterhin im Einzelfall zu klären.

### 2.2. Rechtsfolge

Durch die Neuregelung wird eine sachgerechte Rechtsfolge erzielt, denn es wird erreicht, dass der Gesellschafter die Einlage wertmäßig nur einmal leisten muss, soweit die Werthaltigkeit der Sacheinlage gegeben ist.

Zwar kommt unverändert der Bareinlage bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllungswirkung zu<sup>60</sup>, allerdings ist nun weder das zur Ausführung der Sacheinlage abgeschlossene schuldrechtliche noch das dingliche Rechtsgeschäft nichtig<sup>61</sup>. Der objektive Wert der verdeckten Sacheinlage (Nettowert ohne USt)<sup>62</sup> wird ex lege auf die Geldeinlageverpflichtung des Gesellschafters angerechnet<sup>63</sup>. Die Anrechnung bedarf - anders als z.B. die bisherige Heilung der verdeckten Sacheinlage nach der BGH-Rechtsprechung - keiner Zustimmung der übrigen Gesellschafter<sup>64</sup> und keines Gesellschafterbeschlusses.<sup>65</sup>

Im Ergebnis beschränkt sich also regelmäßig die Haftung des betreffenden Gesellschafters auf den Differenzbetrag, um den der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes den Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteiles unterschreitet.<sup>66</sup>

Zur Verrechnung des Werts des Gegenstands der Sacheinlage ist der Zeitpunkt der Anmeldung oder der der späteren Überlassung des Vermögensgegenstandes maßgeblich.<sup>67</sup> Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Anmeldung ist bekannt aus der Regelung in § 9 GmbHG zur Differenzhaftung. Hierbei ist vom Zeitpunkt des Zuganges der Anmeldung analog § 130 Abs. 1 und 3 BGB auszugehen (abrufbare Speicherung der Email im elektronischen Postfach des Gerichts)<sup>68</sup>. Nachträgliche Wertsteigerungen sind daher wie bei der Differenzhaftung anlässlich der offenen Sacheinlage irrelevant.<sup>69</sup> Auf-

grund der gleichen Zielrichtung beider Normen wird man für die Bewertungsmaßstäbe auf die Rechtslage bei der Differenzhaftung abstellen dürfen.<sup>70</sup>

Da bei einer verdeckten Sacheinlage die Geldleistung den Gesellschafter nicht von der Einlageverpflichtung befreit, kann der Geschäftsführer nicht wahrheitsgemäß nach § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG versichern, dass die „Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt“ sind, selbst dann nicht, wenn die Sacheinlage vollwertig ist.<sup>71</sup> Gibt der Geschäftsführer eine unrichtige Versicherung ab, macht er sich nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbar. Der Geschäftsführer haftet nach § 9a GmbHG und er kann nach § 43 Abs. 2 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet sein.<sup>72</sup> Legt der Geschäftsführer den Vorgang der verdeckten Sacheinlage gegenüber dem Registergericht offen, hat der Registerrichter die Eintragung abzu-  
lehnen.<sup>73</sup>

Die Dogmatik der Verrechnung ist umstritten, da aufgrund der Wirksamkeit aller Geschäfte keine miteinander verrechenbaren Forderungen bestehen<sup>74</sup>.

### 2.3. Beweislast

Die Beweislast dafür, dass eine verdeckte Sacheinlage gegeben ist, bleibt nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen bei der GmbH, praktisch also meist beim Insolvenzverwalter. Nach § 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG obliegt dem Inferenten hingegen die Beweislast für die Werthaltigkeit des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes. Ob ein „Schubladengutachten“ ausreicht, ist in der Literatur streitig. Für den Gesellschaftergeschäftsführer kommt die Schwierigkeit hinzu, dass ein „Schubladengutachten“ leicht als „strafrechtliches Geständnis“ des (zumindest bedingten) Vorsatzes bezüglich der falschen Versicherung gewertet werden könnte.<sup>75</sup>

### 2.4. Heilung der verdeckten Sacheinlage

Die Regierungsbegründung<sup>76</sup> geht davon aus, dass die vom BGH entwickelte Heilung einer verdeckten Sacheinlage weiterhin möglich ist. Allerdings dürfte diese Möglichkeit aufgrund der Verrechnung künftig kaum noch Relevanz haben<sup>77</sup>. Wenn eine Heilung vorgenommen werden soll, stellt sich jedoch die Frage, was Gegenstand der Sacheinlage sein kann. Welche Einlagegegenstände können noch eingebracht werden, da ja die zugrunde liegenden Geschäfte alle wirksam sind. Es bleibt nur noch, die verdeckte Sacheinlage und das Erlöschen der Bareinlageverpflichtung festzustellen.<sup>78</sup>

<sup>60</sup> § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG.

<sup>61</sup> § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG.

<sup>62</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 67.

<sup>63</sup> § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG.

<sup>64</sup> Wicke, GmbHG, 2008, § 19 Rn. 28.

<sup>65</sup> Kritisch hierzu Ulmer, ZIP 2008, 45, 52 zur Gewährleistung des Minderheitenschutzes. Unklar ist, ob ein Geschäftsführer eventuell den Mitgesellschaftern gegenüber haftet, wenn er eine Sacheinlage entgegennimmt, obwohl im Gesellschaftsvertrag eine Bareinlage vereinbart worden ist. Ein Schaden kann entstehen, soweit die Sacheinlage nicht werthaltig ist und der Sacheinleger zur Leistung der Differenz nicht mehr in der Lage ist. Dazu Veil ZIP 2007, 1241, 1244; Markwardt BB 2008, 2414, 2417.

<sup>66</sup> Wicke, GmbHG, 2008, § 19 Rn. 19.

<sup>67</sup> § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG.

<sup>68</sup> Scholz, GmbHG, 2007, § 9 Rn. 9.

<sup>69</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 67.

<sup>70</sup> Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 9 Rn. 3; Scholz/Winter-Neil, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 9 Rn. 9.

<sup>71</sup> Begr. Rechtsausschuss vom 24.06.2008, BT-Drucks. 16/9737, S. 97; Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 73.

<sup>72</sup> Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 56.

<sup>73</sup> Wälzholz MittBayNot 2008, 425, 430.

<sup>74</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 71f.; Maier-Reimer/Wenzel, ZIP 2008, 1449, 1451 ff; Pentz, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1265 ff.; ders., GmbHR 2009, 126 ff.

<sup>75</sup> Kritisch zu Schubladengutachten Gehrlein, Der Konzern 2007, 784; Wicke, GmbHG, 2008, § 19 Rn. 27.

<sup>76</sup> RegEntw vom 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 95.

<sup>77</sup> Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 784; Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 58

<sup>78</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 81.

## VII. Hin- und Herzahlungs-Vorgänge

§ 19 Abs. 5 GmbHG: „Ist vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 4 zu beurteilen ist, so befreit dies den Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung nach § 8 anzugeben.“

### 1. Notwendigkeit der Leistung zur endgültig freien Verfügung

Die (Bar)Einlage führt nur dann zur schuldtilgenden Leistung, wenn sie zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführung erfolgt, sie also endgültig rechtlich und tatsächlich in das Vermögen der GmbH (i.G.) übergegangen ist.<sup>79</sup> Hierbei ist die Einlage so zu leisten, dass ihre Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen objektiv erkennbar wird.

Die Bareinlage kann als Bar- oder Buchgeld erfolgen. Ausreichend ist die Übereignung von inländischen gesetzlichen Zahlungsmitteln (Bargeld) oder Gutschrift auf ein im Inland befindliches Konto der Gesellschaft (Vor-GmbH) eines Kreditinstituts. Eine Kontoeröffnung ist jedoch nicht zwingend erforderlich.<sup>80</sup> Das Konto muss für die Gesellschaft oder den Geschäftsführer in dieser Eigenschaft (also nicht als Privatkonto) eingerichtet sein.<sup>81</sup> Die Leistung auf ein Konto des Geschäftsführers ist nur dann unproblematisch, wenn dieser nicht selbst Gesellschafter ist und das Guthaben dann tatsächlich der GmbH zur Verfügung steht.<sup>82</sup> Hierbei ist aber ausreichend, dass es sich aus anderen Umständen als der Kontobezeichnung ergibt, dass es sich um ein Konto der Gesellschaft handelt.<sup>83</sup> Zahlungen auf ein Treuhandkonto, z.B. Notaranderkonto, hat ebenfalls Erfüllungswirkung.<sup>84</sup>

Insbesondere bei Einmann-Gründungen muss für Dritte die Zahlung an die GmbH (i.G.) eindeutig erkennbar sein.<sup>85</sup> Daran fehlt es zum Beispiel, wenn der Alleingesellschafter-Geschäftsführer den entsprechenden Geldbetrag in einem Koffer zur Beurkundung des Gesellschaftsvertrags in bar mitbringt, vorzeigt und anschließend den Koffer wieder mitnimmt.<sup>86</sup>

Die Zahlung auf das Konto eines Gläubigers einer GmbH & Co. KG erfüllt nicht die Verpflichtung zur Erbringung der Einlage auf den Geschäftsanteil gegenüber der Komplementär-GmbH.<sup>87</sup>

Dass eine Zahlung auf die Einlageschuld erfolgt ist, muss der Gesellschafter beweisen. Dies gilt auch, wenn fraglich ist, ob eine Zahlung als Darlehen oder Einlage erfolgte. Maßgeblich

ist die Empfängersicht, also der GmbH bzw. des Geschäftsführers. Liegt die Zahlung längere Zeit zurück, kommen dem Gesellschafter eventuell die Grundsätze der sekundären Behauptungslast zugute<sup>88</sup> und es kann der Nachweis aufgrund unstreitiger oder erwiesener Indiztatsachen geführt werden.<sup>89</sup>

## 2. Problematische Gestaltungen vor MoMiG

### 2.1. Grundsatz

Wird die geleistete Einlage innerhalb kurzer Zeit<sup>90</sup> an den gleichen Gesellschafter zurück überwiesen, liegt keine wirksame Tilgung der Einlageschuld vor, da vermutet wird, dass die Einlage nicht zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer erfolgt ist sondern dieser verpflichtet war, die Einlage umgehend zurückzugewähren.<sup>91</sup> Da der Gesellschafter bei solchen Hin- und Herzahlungen unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts leistet,<sup>92</sup> stehen ihm auch keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche zu.<sup>93</sup>

### 2.2. Darlehensgewährung

Regelmäßig erfolgt die Rückgewähr der Einlage in Form eines Darlehens an den Gesellschafter oder an ein mit ihm verbundenes Unternehmen. Die Einlageverpflichtung wird hierbei durch eine schwächere Darlehensforderung ersetzt, was Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG widerspricht.<sup>94</sup> Die entsprechende „Darlehensabrede“ ist wegen des Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften unwirksam.<sup>95</sup> Gleiches gilt, wenn die GmbH dem Gesellschafter zunächst ein Darlehen gewährt und dieser dieses Geld zur Tilgung seiner Einlageschuld aus einer später beschlossenen Kapitalerhöhung erneut der Gesellschaft überweist.<sup>96</sup>

Nachdem in der Rechtsprechung teilweise vertreten wurde, dass der Gesellschafter sowohl seine Bareinlage als auch das ihm von der Gesellschaft gewährte Darlehen zurückzahlen müsse, er also die Einlage letztlich zweimal leisten müsste,<sup>97</sup> vertritt der BGH richtigerweise die Auffassung, dass eine spätere Tilgung der vermeintlichen „Darlehensschuld“ durch den Gesellschafter im Wege der Aufrechnung auch die Einlageschuld tilgt, soweit § 19 Abs. 2, 5 GmbHG a.F. nicht entgegensteht.<sup>98</sup> Nichts anderes kann damit wohl auch für die bare Zurückzahlung der Darlehensverbindlichkeit gelten.

### 2.3. Darlehensgewährung von Komplementär-GmbH

Häufig stellt die Komplementär-GmbH ihr Eigenkapital der Kommanditgesellschaft darlehensweise zur Verfügung.

<sup>79</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 7 Rn. 20.

<sup>80</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 12; OLG Oldenburg GmbHR 2007, 1043, 1044.

<sup>81</sup> Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 7 Rn. 29 m.w.N.

<sup>82</sup> BGH ZIP 2001, 513, 514f.

<sup>83</sup> OLG Frankfurt GmbHR 1992, 604; OLG Naumburg GmbHR 1998, 239; Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 11.

<sup>84</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 7 Rn. 11, siehe auch vorne Abs. III.

<sup>85</sup> Michalski/Heyder, GmbHG, 2002, § 7 Rn. 27.

<sup>86</sup> OLG Oldenburg GmbHR 2007, 1043.

<sup>87</sup> OLG Köln GmbHR 2002, 168.

<sup>88</sup> BGH DStR 2004, 2112; KG GmbHR 2004, 1388.

<sup>89</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 15.

<sup>90</sup> Anzulehnen ist wohl an die im Bereich der verdeckten Sacheinlage geltenden 6 Monatsfrist, siehe OLG Hamburg ZIP 2007, 580; BGH, GmbHR 2008, 818.

<sup>91</sup> BGH, ZIP 2001, 1997; BGH NZG 2002, 132.

<sup>92</sup> BGH ZIP 2006, 331.

<sup>93</sup> OLG Hamm vom 7.11.2007, 8 U 39/07 aus Juris-Online, dazu Real, jurisPR-HaGesR 3/2008 Anm. 3 v. 26.8.2008.

<sup>94</sup> Vgl. schon BGHZ 153, 107, 110 = ZIP 2003, 211.

<sup>95</sup> BGH ZIP 2005, 2203; BGH ZIP 2006, 331.

<sup>96</sup> BGH GmbHR 2006, 982.

<sup>97</sup> OLG Schleswig BB 2000, 2014; ZIP 2004, 1358; GmbHR 2005, 357.

<sup>98</sup> Auch OLG Hamburg ZIP 2004, 2431.

Wenn diese Darlehensgewährung bereits bei der Gründung der GmbH verabredet oder sie in einem kritischen Zeitraum danach vorgenommen wird, liegt eine schädliche Hin- und Herzahlung vor.<sup>99</sup> Der BGH führt aus, dass KG und GmbH keine wirtschaftliche Einheit sind, weshalb deren Gesellschafter die ihnen gegenüber bestehenden Einlageverpflichtungen jeweils gesondert zu erfüllen und die Vermögensmasse beider getrennt zu halten haben.

## 2.4. Cash-Pool

Da für das Cash-Pooling keine Besonderheiten bei der Kapitalaufbringung gelten,<sup>100</sup> können auch Zahlungsströme im Rahmen des Cash-Poolings einen Verstoß gegen das Gebot der endgültigen Kapitalaufbringung darstellen. Somit gilt, dass es an der freien Verfügbarkeit der Einlageleistung fehlt, wenn kurze Zeit nach Leistung der Bareinlage diese Mittel im Rahmen eines Cash-Pools auf ein gesellschaftsfremdes Konto überwiesen werden. Keine andere Beurteilung gilt, wenn das Geld nach einer kurzen Verweildauer auf einem (nicht in das Cash Pooling) einbezogene Konto dann doch in den Cash-Poolkreislauf überführt wird, wenn von vornherein diese Verfahrensweise verabredet war.

Als Ausweg bleibt, die Mittel aus der Bareinlage auf ein nicht in das Cash-Pooling einbezogenes Konto zu leisten und von dort aus diese Mittel ausschließlich für Zwecke der Gesellschaft zu verwenden.<sup>101</sup>

## 3. Rechtslage nach MoMiG

Der Tatbestand des § 19 Abs. 5 GmbHG erfasst nicht nur das Hin- und Herzahlen im Rahmen einer Darlehensgewährung, sondern jede Konstellation, „die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage an den Gesellschafter entspricht“.<sup>102</sup>

Offen ist, ob § 19 Abs. 5 GmbHG auch bei Her- und Hinzahlungsvorgängen gilt, also die Kapitalerhöhung auf die Darlehensausreichung folgt. Unter Berücksichtigung der vor MoMiG geltenden Wertung kann heute sinnvoll keine andere Auffassung vertreten werden. Die andere Auffassung führt zu unbefriedigenden Wertungswidersprüchen.<sup>103</sup>

### 3.1. Das ordnungsgemäße Hin- und Herzahlen

Die Anwendung des § 19 Abs. 5 erfordert folgende Voraussetzungen:

- Die Bareinlage muss ordnungsgemäß an die Gesellschaft geleistet worden sein;
- es muss zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter oder zwischen den Gesellschaftern eine vorherige

ge Absprache erfolgen, und zwar spätestens im Zeitpunkt der Einlageleistung;

- die Mittel der Bareinlage fließen an den Gesellschafter zurück, ohne dass eine verdeckte Sacheinlage vorliegt;
- wenn der Anspruch der GmbH auf Rückgewähr der ausgereichten Mittel vollwertig und jederzeit fällig ist, hat die Zahlung der Bareinlage Erfüllungswirkung;
- die Vereinbarung muss bei der Anmeldung gegenüber dem Registergericht offengelegt werden.

#### 3.1.1. Absprache

Die Vereinbarung muss nach dem Wortlaut des Gesetzes vor der Einlage erfolgt sein. Eine Rückzahlung ohne entsprechende Vereinbarung fällt also grundsätzlich nicht unter § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG (und wird auch nicht von der bisherigen BGH-Rechtsprechung vom Hin- und Herzahlen erfasst). Freilich wird man bei einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Einlageleistung und Rückzahlung (auch in umgekehrter Reihenfolge) die in § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG geforderte Vereinbarung widerleglich vermuten können.<sup>105</sup> Gibt es keine Vereinbarung oder wird diese nachweislich erst nach der Einlageleistung getroffen, werden entsprechende Zahlungsvorgänge an den Gesellschafter nur noch von der Kapitalerhaltungsnorm § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG erfasst.<sup>106</sup>

#### 3.1.2. Werthaltigkeit und Fälligkeit

Damit der Gesellschafter von seiner Einlagepflicht frei wird, muss der Rückgewähranspruch:

- Vollwertig sein, und zwar im Zeitpunkt, an dem die Gesellschaft die Leistung an den Gesellschafter erbringt.<sup>107</sup> Aufgrund der vom Gesetzgeber vorausgesetzten bilanziellen Betrachtungsweise muss verlangt werden, dass der Anspruch nach handelsbilanziellen Kriterien zu 100% aktiviert werden kann.<sup>108</sup> Hierbei hat der Geschäftsführer einen strengen Maßstab an die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters zu stellen. Der Geschäftsführer muss sich alle Unterlagen für die Feststellung der uneingeschränkten Kreditwürdigkeit besorgen. Beim geringsten Zweifel ist die Rückgewähr unzulässig. Ob auch eine Verzinsung erforderlich ist, ist str.<sup>109</sup> Vollwertigkeit setzt bei ex ante Betrachtung voraus, dass das Vermögen des Inferenten im Zeitpunkt der Rückgewähr zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten ausreicht und auch im Zeitpunkt der späteren Fälligkeit der Leistung die Rückgewähr vollständig erfolgen kann.<sup>110</sup> Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Rückzahlung ist nicht erforderlich.<sup>111</sup>
- Jederzeit fällig sein oder gestellt werden können. Ferner wird man verlangen müssen, dass der Anspruch auch liquide ist, also nach Grund und Höhe unstreitig ist sowie frei von Einwendungen und Einreden ist.<sup>112</sup> Damit die ge-

<sup>99</sup> BGH DStR 2008, 311, OLG Hamm GmbHR 2007, 201 m. Komm. Werner; a.A. Thüringer OLG GmbHR 2006, 940 m. abl. Anm. Werner. Ablehnend auch Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 87.

<sup>100</sup> siehe bereits 1.3.6, BGH DStR 2006, 764 m. Anm. Goette; dazu Hentzen, DStR 2006, 948; Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 449; Altmeyden, ZIP 2006, 1025; vgl. auch die Anm. von Goette, DStR 2007, 773.

<sup>101</sup> Goette, DStR 2006, 767 f.; Hentzen, DStR 2006, 948, 952.

<sup>102</sup> Wohl h.M. Wälzholz, GmbHR 2008, 841, 846.

<sup>103</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 103; Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 65.

<sup>104</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 91.

<sup>105</sup> So Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 92.

<sup>106</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 92; a.A. Wachter NotBZ 2008, 361, 368.

<sup>107</sup> Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 69.

<sup>108</sup> Hierzu Scholz, 10. Auflage 2009, § 19 Rn. 68.

<sup>109</sup> s. Michelfeit, MittBayNot 2009, 437.

<sup>110</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 95, 96 mwN.

<sup>111</sup> Ulmer, ZIP 2008, 45; Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 95 mit Hinweisen auf die a.A.

<sup>112</sup> Michelfeit, a.a.O., 437.

forderte Fälligkeit von der GmbH sinnvoll im Falle der wirtschaftlichen Krise des Gesellschafters genutzt werden kann, ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Bonität und Solvenz des Rückzahlungsschuldners laufend zu überprüfen, damit er bei sich abzeichnenden finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners den Anspruch der GmbH sofort realisieren kann.<sup>113</sup>

### 3.1.1 Versicherung und Offenlegung des Hin- und Herzahlens

Die Versicherung der Einlageleistung zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG in der Anmeldung bleibt auch im Fall der Erfüllung der Einlageverpflichtung im Wege des Hin- und Herzahlens erforderlich.

Der Geschäftsführer muss ferner nach § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG das Hin- und Herzahlen oder dessen Vereinbarung in der Anmeldung angeben. Str. ist, ob die Offenlegung Wirksamkeitsvoraussetzung ist oder nur Ordnungsvorschrift.<sup>114</sup> Hierbei sind Art und Höhe der Leistung, die an den Gesellschafter erbracht wurden bzw. werden sollen, sowie Angaben zur Vollwertigkeit und Fälligkeit zu machen.<sup>115</sup> Hierdurch erhält der Registerrichter Kenntnis vom Vorgang und damit die Möglichkeit zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung gegeben sind. Der Registerrichter wird regelmäßig einen Werthaltigkeits- bzw. Liquiditätsnachweis verlangen.<sup>116</sup> Liegen die Voraussetzung nicht vor, hat der Registerrichter die Eintragung abzulehnen.

Ist die Werthaltigkeit und/oder Fälligkeit des Rückgewähranspruches nicht gegeben, hat der Geschäftsführer eine unrichtige Versicherung nach § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG über die endgültige freie Verfügung abgegeben und damit den Straf tatbestand des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG erfüllt.

Um seiner Belehrungspflicht nachzukommen, sollte der Notar darüber belehren, dass sich seine Versicherung über die Einlageleistung im Zweifel auch auf die Werthaltigkeit erstreckt und falsche Angaben strafbewehrt sind.

### 3.1.2 Beweislast für Vollwertigkeit und Fälligkeit

Nicht im Gesetz geregelt ist, wer die Beweislast für die Vollwertigkeit und Liquidität des Rückzahlungsanspruchs trägt.

Da die Vollwertigkeit und die Fälligkeit Voraussetzungen für die schuldtilgende Wirkung der Einlageleistung sind, sollte nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen dem Gesellschafter die Beweislast für diese Voraussetzungen obliegen.<sup>117</sup>

### 3.2. Rechtsfolgen des ordnungsgemäßen Hin- und Herzahlens

Wenn die Anforderungen des § 19 Abs. 5 GmbHG beachtet werden, ist die Bareinlageverpflichtung schuldtilgend erbracht, der Geschäftsführer hat eine richtige Versicherung zur freien Verfügung über die Einlageleistung abgegeben und haftet (zunächst) nicht. Anders als bei der verdeckten Sach-

einlage kommt es zu einer echten Erfüllung und nicht nur zur wertmäßigen Anrechnung.

Zu beachten ist, dass das Alles-oder-Nichts-Prinzip gilt, die Erfüllungswirkung der Bareinlage tritt entweder ganz ein oder gar nicht. Eine anteilige Tilgung in Höhe der Werthaltigkeit der Forderung gegenüber dem Gesellschafter findet – anders als bei § 19 Abs. 4 GmbHG – nicht statt.<sup>118</sup> Die ausstehende Einlage kann nach den vom BGH entwickelten Rechtsgrundsätzen des Hin- und Herzahlens getilgt werden.<sup>119</sup>

Ist die Einlage nicht wirksam geleistet, haften die Gesellschafter nach § 24 GmbHG und der Rechtsnachfolger in den Geschäftsanteil nach § 16 Abs. 2.<sup>120</sup> Dem Geschäftsführer drohen nicht nur Schadensersatzansprüche, wenn Fälligkeit oder Werthaltigkeit von Anfang an nicht gegeben waren, sondern auch wenn er es versäumt, die Bonität und Solvenz des Gesellschafters laufend zu überprüfen und die Rückzahlungsforderung der GmbH zu spät realisiert.

## VIII. Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen ergibt sich die Notwendigkeit, dass auch künftig genau zu differenzieren ist, ob eine verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG oder eine Hin- und Herzahlung nach § 19 Abs. 5 GmbHG gegeben ist.<sup>121</sup> Insbesondere beim Cash-Pooling, bei dem sich Hin- und Herzahlen (Habensaldo der Tochter) mit der verdeckten Sacheinlage (Sollsaldo der Tochter) täglich abwechseln können, ist diese Unterscheidung kaum mehr praktikabel. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen zwischen einer verdeckten Sacheinlage (Anrechnung auf die Einlageverpflichtung, soweit Werthaltigkeit gegeben ist) und der Hin- und Herzahlung (Erfüllungswirkung ganz oder gar nicht) trägt hier die Lösung des MoMiG zu keiner großen Erleichterung gerade beim Lieblingskind des Gesetzgebers, dem Cash Pooling, bei.

## IX. Die Kapitalaufbringung bei der UG (haftungsbeschränkt)

### 1. Stammkapital

#### 1.1. Höhe

Unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG muss das Stammkapital min. EUR 1,00 betragen.

#### 1.2. Volleinzahlung

Aus § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG ergibt sich ein Volleinzahlungsgebot. Aus der Verbindung mit § 5a Abs. 5 GmbHG kann argumentiert werden, dass dieses Volleinzahlungsgebot so lange zu beachten ist, bis das Stammkapital EUR 25.000 erreicht hat.

<sup>113</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 95, 96 mwN.

<sup>114</sup> s. Nachweise bei Michelfeit, MittBayNot 2009, 437.

<sup>115</sup> Str. Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 93; nach Scholz, 10. Auflage 2009, § 8 Rn. 15 braucht der Gf die Werthaltigkeit nicht versichern.

<sup>116</sup> Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 431; Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 93

<sup>117</sup> Scholz, 10. Auflage 2009 § 19 Rn. 70

<sup>118</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn 100; Kallmeyer, DB 2007, 2755; vgl. auch Bormann/Ulrichs, GmbHR 2008, 119, 120.

<sup>119</sup> Büchel, GmbHR 2007, 1068.

<sup>120</sup> Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 17 Rn. 101.

<sup>121</sup> Siehe auch BGH GmbHR 2009, 926 m. Anm. Bormann.

### 1.3. Sacheinlageverbot

Aus dem Wortlaut des § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ergibt sich, dass Sacheinlagen ausgeschlossen sind, zumindest solange das Stammkapital nicht mindestens EUR 25.000,00 erreicht hat. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verbot auch gilt, wenn Sacheinlagen im Rahmen einer Kapitalerhöhung geleistet werden, die das Stammkapital auf über EUR 25.000,00 erhöhen.<sup>122</sup>

Wird gegen das Sacheinlageverbot verstoßen, liegt eine verdeckte Sachgründung/Sachkapitalerhöhung vor. Kommen die Gesellschafter aber auch in den Genuss des § 19 Abs. 4 GmbHG? Die wohl überwiegende Meinung vertritt die Auffassung, dass, wenn eine Sachgründung ausgeschlossen ist, auch - die Vorschriften zur Heilung einer verdeckten Sachgründung nicht anwendbar sind - die Vorschrift des § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG i.V.m. § 134 BGB verdrängt § 19 Abs. 4 GmbHG.<sup>123</sup> Für die Rechtsfolgen einer verdeckten Sachgründung bei der UG (haftungsbeschränkt) gälte damit noch die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des MoMiG.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485, 1491; Leuring, NJW-Spezial 2007, 315, 316; für die Geltung des Verbots z.B. Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rn. 186; Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 5a Rn. 12; differenzierend Scholz, 10. Auflage 2009, § 5a Rn. 18.

<sup>123</sup> Siehe zum Diskussionsstand: Bormann, GmbHR 2007, 897, 901; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1486; Joost, ZIP 2007, 2242, 2244; Waldenberger/Sieber, GmbHR 2009, 114; Heckschen, DStR 2009, 166, 171; Wälzholz, GmbHR 2008, 841, 843; Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1066; Wachter, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, 25, 33. Heckschen/Heidinger, § 5 Rn. 53f. Die Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG bejahend Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 5a Rn. 13; § 19 Rn. 59; Unklar Scholz, 10. Auflage 2009, § 5a Rn. 19

<sup>124</sup> Heckschen/Heidinger, § 5 Rn. 53.

### 1.4. Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG

Strittig ist, ob die vom Gesetzgeber eingeführte Möglichkeit, das Stammkapital einzuzahlen und sogleich per Darlehensvertrag wieder zurückzugewähren, auch bei der UG (haftungsbeschränkt) eine Gestaltungsvariante sein kann.<sup>125</sup>

Gegen die Anwendung kann vorgebracht werden, dass § 19 Abs. 5 GmbHG in erster Linie das Cash Pooling im Auge hatte und Hin- und Herzahlungen, wenn sie nach § 19 Abs. 5 GmbHG Erfüllungswirkung haben sollen, eine recht komplizierte Gestaltung sind, die zum Ansinnen des Gesetzgebers, Existenzgründern eine einfache Gründungsmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, nicht so recht passen mag.<sup>126</sup>

Für die Anwendung lässt sich vorbringen, dass, wenn das Hin- und Herzahlen einer Bareinlage gleichgestellt werden sollte, diese Einlageform auch der UG (haftungsbeschränkt) als Möglichkeit der Kapitalaufbringung eröffnet wäre.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 51, § 11 Rn. 65 Heckschen, DStR 2009, 166, 171; bejahend Lutter in Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 5a Rn. 8, sowie Bayer in Lutter/Hommelhoff, 17. Auflage, § 19 Rn. 97.

<sup>126</sup> Heckschen/Heidinger, § 5 Rn. 82, § 19 Abs. 5 bejahend.

<sup>127</sup> In diese Richtung Bormann/Ulrichs, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, 37 (42); Wicke, GmbHG, 2008, § 5a Rn. 7.

## Rechtsprechung

**EMRK Art. 8, Art. 14; EGBGB Art. 235 § 1 Abs. 2, Art. 25 Abs. 1; NEheIG Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1**

**Zur Vereinbarkeit des Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheIG mit Art. 14 iVm Art. 8 EMRK.**

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Fünfte Sektion) als Kammer, Urteil vom 28.05.2009 – Individualbeschwerde Nr. 3545/0431

#### Aus den Gründen:

#### VERFAHREN

1. Der Rechtssache lag eine Individualbeschwerde (Nr. 3545/04) gegen die Bundesrepublik Deutschland zugrunde, die eine deutsche Staatsangehörige, Frau B. B. („die Beschwerdeführerin“), am 13. Januar 2004 nach Artikel 34 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („die Konvention“) beim Gerichtshof eingereicht hatte.

2. Die Beschwerdeführerin wurde von Herrn F. Steinhoff, Rechtsanwalt in Lennestadt, vertreten. Die deutsche Regierung („die Regierung“) wurde durch ihre Verfahrensbevollmächtigte, Frau Ministerialdirigentin A. Wittling-Vogel, vertreten.

3. Die Beschwerdeführerin behauptet, dass die maßgeblichen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts sowie die Entscheidungen der nationalen Gerichte ihr Recht auf Achtung ihres in Artikel 8 der Konvention garantierten Familienlebens verletzen. Sie berief sich auch auf Artikel 14 der Konvention.

4. Am 26. November 2007 entschied der Präsident der Zweiten Sektion, die Regierung von der Beschwerde in Kenntnis zu setzen. Es wurde auch entschieden, die Begründetheit und Zuläs-

sigkeit der Beschwerde von der Kammer gleichzeitig prüfen zu lassen (Artikel 29 Abs. 3 der Konvention).

#### SACHVERHALT

##### I. DIE UMSTÄNDE DES FALLS

5. Die Beschwerdeführerin wurde 1948 in Oberschwödtitz in der ehemaligen deutschen Demokratischen Republik (DDR) geboren. Sie ist in L. wohnhaft.

##### A) Hintergrund der Rechtssache

6. Die Beschwerdeführerin ist die leibliche nichteheliche Tochter eines Herrn S., der die Vaterschaft wenige Monate nach ihrer Geburt anerkannte. Sie lebte bis 1989 im Gebiet der ehemaligen DDR, während ihr Vater in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft war. Vater und Tochter korrespondierten in dieser Zeit regelmäßig miteinander; nach der Wiedervereinigung Deutschlands besuchte sie ihn. Er verstarb zwischen dem 30. Juni und 3. Juli 1998 (das genaue Datum wurde nicht angegeben). Anschließend hat die Beschwerdeführerin mehrere Versuche unternommen, um ihr Erbrecht vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.

##### B) Verfahren vor den nationalen Gerichten

7. Am 10. Juli 1998 beantragte die Beschwerdeführerin die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Erbin des Herrn S. zu mindestens 50% ausweist.

8. Mit Beschluss vom 8. Oktober 1998 wies das Amtsgericht -



Nachlassgericht Neunkirchen den Antrag der Beschwerdeführerin mit der Begründung zurück, dass ungeachtet der Reform des Erbrechts nach Einführung des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes vom 16. Dezember 1997 der Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder (Nichtehelichengesetz – NEHelG) vom 19. August 1969 fortbestehe. Nach der genannten Vorschrift gelten vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder nicht als gesetzliche Erben (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“, Randnr. 18, unten). Das Amtsgericht nahm ebenfalls Bezug auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 1976 (siehe ebenfalls unten „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“, Randnr. 21), in der dieser Artikel als verfassungsgemäß erachtet worden war.

9. Am 4. November 1998 legte die Beschwerdeführerin vor dem Landgericht Saarbrücken Beschwerde ein, die insbesondere darauf gründete, dass in ihrem Falle das Recht der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik anzuwenden sei, das eine Gleichbehandlung zwischen ehelich und nichtehelich geborenen Kindern vorsah. In jedem Fall verletze Artikel 12 § 10 Abs. 2 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder Artikel 3 (Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz) des Grundgesetzes, da die unterschiedliche Behandlung auf keiner sachlichen Rechtfertigung beruhe.

10. Mit Beschluss vom 7. Januar 1999 bestätigte das Landgericht Saarbrücken die Entscheidung des Amtsgerichts mit der gleichen Begründung. Das Landgericht erkannte jedoch an, dass der Ausschluss der vor dem 1. Juli 1949 nichtehelich geborenen Kinder von der gesetzlichen Erbberechtigung diese im Vergleich zu später geborenen Kindern und auch zu den Kindern sehr eindeutig benachteilige, auf die das Recht der ehemaligen DDR Anwendung finde.

11. Mit Beschluss vom 3. September 1999 hob das Saarländische Oberlandesgericht den Beschluss des Landgerichts auf und verwies die Sache an das Landgericht zur Feststellung zurück, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich die nichteheliche Tochter des Herrn S. sei und ob es weitere Erben gebe. Sollte die Beschwerdeführerin als Erbin zu mindestens 50% gelten können, müsse das Landgericht die Vereinbarkeit von Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder mit dem Grundgesetz prüfen. Das Oberlandesgericht bestätigte zunächst, dass aufgrund der Regeln des Internationalen Privatrechts und insbesondere der ständigen Rechtsprechung zu Artikel 25 Abs. 1 des Einführungsgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch (EGBGB) der Bundesrepublik Deutschland im Fall der Beschwerdeführerin allein das Recht der Bundesrepublik Deutschland anwendbar sei, denn der Erblasser sei am 3. Oktober 1990, dem Tag des Wirksamwerdens der deutschen Wiedervereinigung, nicht im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft gewesen. Gleichwohl erachtete es aus den nachstehend aufgeführten Gründen Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder als nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Zunächst habe die rechtliche und soziale Stellung nichtehelicher Kinder seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 1976 eine erhebliche Entwicklung erfahren und sei in der Praxis der Stellung ehelicher Kinder gleichwertig geworden. Im Übrigen sei das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner Entscheidung vom 18. November 1986 zu einer restriktiveren Rechtsprechung bezüglich Artikel 6 Abs. 5 (Grundsatz der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder) des Grundgesetzes gelangt (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“, Randnr. 23, unten). Zudem sei nach dem Beitritt der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik Deutschland eine neue Situation entstanden, denn aufgrund von Artikel 235 § 1 Abs. 2 in Verbindung mit Artikel 25 Abs. 1 EGBGB verfügen die vor dem 1. Juli 1949 nichtehelich geborenen Kinder über die gleichen Rechte wie eheliche Kinder, wenn der Erblasser am 3. Oktober 1990 im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“, Randnrn. 19 – 20, unten). Nun gebe es keine sachlichen Gründe für eine unterschiedliche Behandlung zwischen vor oder nach dem 1. Juli 1949 nichtehelich geborenen Kindern sowie vor dem 1. Juli 1949 nichtehelich geborenen Kin-

dern, je nachdem, ob der Erblasser am 3. Oktober 1990 im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war oder nicht. Das Oberlandesgericht gelangte zu der Schlussfolgerung, dass die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 8. Dezember 1976 angeführten Argumente heute nicht mehr gelten, insbesondere die geltend gemachten praktischen und verfahrensmäßigen Schwierigkeiten im Hinblick auf den Nachweis der Abstammung von vor dem 1. Juli 1949 geborenen Kindern sowie die Notwendigkeit des „Vertrauensschutzes“ des Erblassers und seiner Familie. 12. Mit Beschluss vom 25. Januar 2001 bestätigte das Landgericht Saarbrücken seinen früheren Beschluss und legte dabei die gleichen Argumente zugrunde. Selbst wenn zu 99% erwiesen sei, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich die Tochter von Herrn S. ist und keine anderen Erben bekannt sind, sei sie aufgrund von Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder von dem gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen. Nach Auffassung des Landgerichts war diese Bestimmung trotz der deutschen Wiedervereinigung mit dem Grundgesetz vereinbar, wie dies vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 3. Juli 1996 dargelegt wurde (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“, Randnr. 22, unten).

13. Mit Beschluss vom 7. August 2001 hob das Saarländische Oberlandesgericht den Beschluss des Landgerichts erneut auf und verwies die Sache an das Landgericht zur Feststellung zurück, ob es weitere Erben zweiten oder dritten Grades gebe, sowie zur erneuten Prüfung der Vereinbarkeit von Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder mit dem Grundgesetz für den Fall, dass der Fiskus alleiniger gesetzlicher Erbe wäre. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts konnte die Festlegung eines Stichtages nicht hingenommen werden, wenn der Erblasser nicht andere Erben habe und der Fiskus demgemäß einziger gesetzlicher Erbe würde. Es nahm hierzu Bezug auf die in Artikel 14 Abs. 1 GG grundgesetzlich geschützte Erbrechtsgarantie, die nach seiner Auffassung auch die Rechte eines nichtehelichen Kindes schützt, wenn es außer dem Fiskus keine gesetzlichen Erben gibt.

14. Mit Beschluss vom 10. Juli 2003 wiederholte das Landgericht Saarbrücken seine früheren Beschlüsse und legte dabei die gleichen Argumente zugrunde. Es fügte hinzu, dass es im vorliegenden Falle nicht die Vereinbarkeit der streitigen Bestimmung mit dem Grundgesetz zu prüfen habe, denn es war erwiesen, dass der Erblasser über Erben dritter Ordnung verfügte und der Fiskus somit nicht gesetzlicher Erbe sei.

15. Mit Beschluss vom 29. September 2003 wies das Saarländische Oberlandesgericht die Beschwerde der Beschwerdeführerin mit der Begründung zurück, an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gebunden zu sein, in denen dieses die Auffassung vertrat, dass Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Im Übrigen lehnte es eine Zurückverweisung an das Landgericht zur erneuten Prüfung ab, da der Fiskus im vorliegenden Fall nicht gesetzlicher Erbe sei. 16. Mit Entscheidung vom 20. November 2003 hat das Bundesverfassungsgericht als Senat mit drei Richtern die Beschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Es wies insbesondere darauf hin, dass der Schutz des „Vertrauens“ des Erblassers an Bedeutung gewonnen habe, denn im Nachgang zu seiner Entscheidung vom 8. Dezember 1976, hatte es erachtet, dass die erbrechtlichen Ansprüche von vor dem 1. Juli 1949 geborenen Kindern im Hinblick auf das Grundgesetz geklärt worden waren. Es fügte hinzu, dass Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder seine sachliche Berechtigung nicht aus dem einfachen Grunde verliere, dass nichteheliche Kinder in einem völlig unterschiedlichen gesellschaftlichen Zusammenhang über die gleichen Rechte wie eheliche Kinder verfügen. Die unterschiedliche Behandlung gegenüber nichtehelichen Kindern, auf die das Recht der ehemaligen DDR Anwendung fand, war durch das inhärente Ziel des Artikels 235 § 1 Absatz 2 gerechtfertigt, jeden beitriffsbedingten Nachteil zu vermeiden.

II.

## DAS EINSCHLÄGIGE INNERSTAATLICHE RECHT UND DIE EINSCHLÄGIGE INNERSTAATLICHE PRAXIS

## A) Das Erbrecht der Bundesrepublik Deutschland

17. Das Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder vom 19. August 1969 (NE-helG), das am 1. Juli 1970 in Kraft trat, bestimmte, dass nach dem 1. Juli 1949 -kurz nach Inkrafttreten des Grundgesetzes -geborenen nichtehelichen Kindern beim Ableben des Vaters ein Erbersatzanspruch gegen die Erben in Höhe des Wertes des Erbteils zusteht. Die einzige Ausnahme betraf vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder: Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 schloss sie von dem gesetzlichen Erbrecht und dem Anspruch auf finanzielle Entschädigung aus.

18. Im Zuge der allgemeinen Reform des Familienrechts von 1997 im Hinblick auf das Sorgerecht und die elterlichen Rechte reformierte der Gesetzgeber auch das Erbrecht für 2 Mit anderen Worten, Kinder, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Nicht-ehelichengesetzes volljährig geworden waren (seinerzeit 21 Jahre). nichteheliche Kinder im Wege des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes vom 16. Dezember 1997, das am 1. April 1998 in Kraft getreten ist. Nunmehr sind nichteheliche Kinder ehelichen Kindern erbrechtlich grundsätzlich in jeder Hinsicht gleichgestellt. Gleichwohl bleibt Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder vom 19. August 1969 als Übergangsbestimmung weiterhin in Kraft.

## B) Die geltenden erbrechtlichen Regelungen nach der deutschen Wiedervereinigung

19. Gemäß Artikel 235 § 1 Abs. 2 in Verbindung mit Artikel 25 Abs. 1 EGBGB hat ein vor dem 3. Oktober (dem Tag des Wirksamwerdens der deutschen Wiedervereinigung) im Gebiet der ehemaligen DDR nichtehelich geborenes Kind gemäß dem BGB der Bundesrepublik Deutschland die gleiche Erbberechtigung wie ein eheliches Kind, wenn der Erblasser nach dem 3. Oktober 1990 verstorben ist und zu diesem Zeitpunkt im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war. Artikel 235 § 1 Abs. 2 soll die Rechte von vor der Wiedervereinigung geborenen nichtehelichen Kindern schützen, auf die das Recht der ehemaligen DDR, welches nichtehelichen Kindern das gleiche Erbrecht wie ehelichen Kindern gewährte, anwendbar gewesen wäre.

20. Hieraus folgt, dass das Erbrecht eines vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kindes vom Wohnort des Erblassers am 3. Oktober 1990 abhängt: Wenn er im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war, hat das nichteheliche Kind die gleiche Erbberechtigung wie ein eheliches Kind; wenn er dagegen im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft war, ist das nichteheliche Kind von dem gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen.

## C) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Bezüglich der Vereinbarkeit von Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes vom 19. August 1969 über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder mit dem Grundgesetz.

21. Mit Grundsatzentscheidung vom 8. Dezember 1976 vertrat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass der streitige Artikel mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Es hat insbesondere hervorgehoben, dass die Stichtagfestlegung auf den 1. Juli 1949 bezüglich der praktischen und verfahrensmäßigen Schwierigkeiten sachlich gerechtfertigt war im Hinblick auf den Nachweis der Abstammung von vor diesem Zeitpunkt geborenen nichtehelichen Kindern, denn seinerzeit waren die wissenschaftlichen Methoden nicht so weit entwickelt wie heute. Daher war es wahrscheinlich, dass zahlreiche Vaterschaftsklagen mangels Beweises zum Scheitern verurteilt waren. Überdies ermöglichte die neue Gesetzgebung die Anfechtung der vor dem 1. Juli 1949 ausgestellten Vaterschaftsbescheinigungen. Mit Blick auf diese Umstände hatte der Gesetzgeber daher den Ermessensspielraum, über den er diesbezüglich verfügte, nicht überschritten. Zudem konnte der Gesetzgeber in gewisser Weise den Unsicherheiten im Bereich des Erbrechts Rechnung tragen sowie der Meinung derer, die sich gegen die Reform der rechtlichen Stellung nichtehelicher Kinder ausgesprochen hatten. Schließlich

verdiente das „Vertrauen“ des Erblassers und seiner Familie in den Fortbestand der Ausnahme nach Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder ebenfalls einen gewissen Schutz.

22. Mit Entscheidung vom 3. Juli 1996 bestätigte das Bundesverfassungsgericht seine frühere Rechtsprechung ungeachtet der deutschen Wiedervereinigung. Nach seiner Auffassung hatte der Gesetzgeber den Stand der Gesellschaft zur Zeit der Verabschiedung des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder berücksichtigt. Diese sachliche Rechtfertigung bestand ungeachtet der Tatsache fort, dass nichteheliche Kinder in einem völlig unterschiedlichen gesellschaftlichen Zusammenhang über die gleichen Rechte wie eheliche Kinder verfügten.

## 2. Bezüglich der Vereinbarkeit von § 1934c BGB mit dem Grundgesetz

23. Mit Entscheidung vom 19. November 1986 vertrat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass die Bestimmung des § 1934c BGB, demzufolge ein nichteheliches Kind nur dann über ein gesetzliches Erbrecht verfügt, wenn zum Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers dessen Vaterschaft durch gerichtliche Entscheidung anerkannt oder festgestellt war oder hierzu ein Gerichtsverfahren anhängig war, nicht mit Artikel 6 Absatz 5 GG vereinbar sei.

## D) Weitere Entwicklungen

24. Bei der Verabschiedung des Kinderrechteverbesserungsgesetzes vom 9. April 2002 hielt der Gesetzgeber an der Ausnahme nach Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder weiterhin fest. Er vertrat die Auffassung, dass die Regelung, mit der für den Erblasser und seine Familie ein noch stärkerer „Vertrauensstatbestand“ geschaffen worden war, im Lichte der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 1976 und 3. Juli 1996 (siehe Randnrn. 21 – 22, oben) mit dem Grundgesetz vereinbar sei.

## RECHTLICHE WÜRDIGUNG

## I. BEHAUPTETE VERLETZUNG DES ARTIKELS 14 IN VERBINDUNG MIT ARTIKEL 8 DER KONVENTION

25. Die Beschwerdeführerin trug vor, dass Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder in Verbindung mit Artikel 235 § 1 Abs. 2 EGBGB sowie die Entscheidungen der nationalen Gerichte ihr Recht auf Achtung ihres nach Artikel 8 der Konvention garantierten Familienlebens verletzt hätten; Artikel 8 lautet wie folgt: „(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“ Sie rügte insbesondere ihren Ausschluss von dem gesetzlichen Erbrecht als vor dem 1. Juli 1949 geborenes nichteheliches Kind und berief sich auch auf Artikel 14 der Konvention, der bestimmt: „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

26. Die Regierung bestritt dieses Vorbringen.

27. Da die Beschwerde im Wesentlichen auf die behauptete diskriminierende Behandlung der Beschwerdeführerin abstellt, hält der Gerichtshof es für angebracht, sie zunächst im Hinblick auf Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention zu prüfen.

## A) Zulässigkeit

## Anwendbarkeit von Artikel 8 der Konvention

28. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass Artikel 14 der Konvention eine Ergänzung der übrigen materiellrechtlichen Bestimmungen der Konvention und ihrer Protokolle darstellt. Er existiert nicht für sich allein, da er nur in Bezug auf den „Genuss der Rechte und Freiheiten“, die durch diese Bestimmungen geschützt sind, Wirkung entfaltet. Obgleich die Anwendung von Artikel 14 eine Verletzung dieser Bestimmungen nicht voraussetzt und er insoweit autonom ist, kann es Raum für seine Anwendung nur geben, wenn der in Frage stehende Sachverhalt unter eine oder mehrere dieser Bestimmungen fällt (siehe u. v. a. Rechtssache Pla und Puncernau ./ Andorra, Individualbeschwerde Nr. 69498/01, Randnr. 54, EGMR 2004-VIII).

29. Daher muss der Gerichtshof feststellen, ob Artikel 8 der Konvention in der vorliegenden Rechtssache anwendbar ist.

30. In diesem Zusammenhang stellt das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines „Familienlebens“ im Sinne von Artikel 8 im Wesentlichen eine Tatsachenfrage dar, bei der es darauf ankommt, ob tatsächlich und praktisch enge persönliche Bindungen vorliegen, insbesondere das nachweisbare Interesse an dem Kind und das Bekenntnis zu ihm seitens des Vaters sowohl vor als auch nach der Geburt (siehe u. v. a. Rechtssache Lebbink ./ Niederlande, Individualbeschwerde Nr. 45582/99, Randnr. 36 in fine, EGMR 2004-IV). Darüber hinaus hängt ein Erbrecht zwischen Kindern und Eltern so eng mit dem Familienleben zusammen, dass es unter Artikel 8 fällt (siehe Rechtssachen Marckx ./ Belgien, 13. Juni 1979, Randnr. 52, Serie A Bd. 31; Camp und Bourimi ./ Niederlande, Individualbeschwerde Nr. 28369/95, Randnr. 35, EGMR 2000-X; und Merger und Cros ./ Frankreich, Individualbeschwerde Nr. 68864/01, Randnr. 48, 22. Dezember 2004).

31. In der vorliegenden Rechtssache stellt der Gerichtshof fest, dass der Vater der Beschwerdeführerin die Vaterschaft wenige Monate nach ihrer Geburt anerkannte und trotz der schwierigen Umstände aufgrund der beiden getrennten deutschen Staaten regelmäßig zu ihr in Kontakt stand; nach der deutschen Wiedervereinigung kamen engere Kontakte zwischen ihnen zustande.

32. Daher steht es für den Gerichtshof außer Frage, dass der Sachverhalt der Rechtssache unter Artikel 8 der Konvention fällt. Insoweit ist Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 anwendbar.

33. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Beschwerde nicht im Sinne von Artikel 35 Abs. 3 der Konvention offensichtlich unbegründet ist. Der Gerichtshof merkt ferner an, dass ein weiterer Unzulässigkeitsgrund nicht vorliegt. Folglich ist sie für zulässig zu erklären.

## B) Begründetheit

34. Der Gerichtshof weist eingangs darauf hin, dass die Regierung nicht bestritten hat, dass die Anwendung der maßgeblichen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts zu einer unterschiedlichen Behandlung der vor dem Stichtag 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder gegenüber den ehelichen Kindern, den nach diesem Stichtag geborenen nichtehelichen Kindern und ferner seit der deutschen Wiedervereinigung gegenüber den vor diesem Stichtag geborenen nichtehelichen Kindern, für die das Recht der ehemaligen DDR maßgeblich war, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Wiedervereinigung im Gebiet der DDR wohnhaft war, geführt hat.

35. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass Artikel 14 im Hinblick auf den Genuss der nach der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten Schutz vor Ungleichbehandlung von Menschen in vergleichbaren Situationen bietet, wenn dafür keine objektive und angemessene Rechtfertigung geliefert wird (siehe Rechtssache Mazurek ./ Frankreich, Individualbeschwerde Nr. 34406/97, Randnr. 46, EGMR 2000-II).

36. Daher ist festzustellen, ob die behauptete Ungleichbehandlung gerechtfertigt war.

37. Die Beschwerdeführerin trug vor, dass die unterschiedliche Behandlung gegenüber den nach dem Stichtag 1. Juli 1949 ge-

borenen nichtehelichen Kindern oder denen, auf die das Recht der ehemaligen DDR Anwendung findet, nicht auf einer sachlichen Rechtfertigung beruhe. Da sie bis 1989 im Gebiet der ehemaligen DDR lebte, hätten ihr unabhängig davon, wo ihr Vater im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der deutschen Wiedervereinigung seinen Wohnsitz hatte, die gleichen erbrechtlichen Ansprüche wie ehelichen Kindern zuerkannt werden müssen. Überdies sei ihr Vater nicht verheiratet gewesen und habe keine Abkömmlinge ersten Grades; es seien nur Erben dritter Ordnung vorhanden, die er nicht kannte und die das Landgericht Saarbrücken zudem mit großer Mühe ausfindig gemacht habe. Vielmehr habe er regelmäßigen Kontakt zu ihr gehabt und daher sicher nicht gewusst, dass er besondere Vorkehrungen hätte treffen müssen, damit sie ein Erbrecht nach ihrem Vater hätte geltend machen können. Die Beschwerdeführerin brachte abschließend vor, dass ihr Ausschluss von jeglicher Erbberechtigung völlig unverhältnismäßig gewesen sei.

38. Die Regierung trug hingegen vor, dass für die unterschiedliche Behandlung eine objektive und vernünftige Rechtfertigung vorliege. Die gesetzgeberischen und gerichtlichen Entscheidungen seien angemessen und nicht diskriminierend gewesen. Sie hob zunächst hervor, dass die stufenweise Harmonisierung der Rechte nichtehelicher Kinder und ehelicher Kinder wie in den meisten Vertragsstaaten zu kontroversen Debatten über das Allgemeininteresse berührende Themen geführt und zahlreiche Fragen moralischer, rechtlicher, politischer und wirtschaftlicher Art aufgeworfen habe. Darüber hinaus habe Deutschland sich nach der Wiedervereinigung in einer besonderen Situation befunden, aufgrund deren ein weiter Beurteilungsspielraum zuzubilligen sei, den der Gerichtshof in der Rechtssache Von Maltzan u. a. ./ Deutschland (Entsch.) [GK] Individualbeschwerden Nrn. 71916/01, 71917/01 und 10260/02, Randnrn. 110 -11, EGMR 2005-V, zugestanden hatte. Sie führte dazu aus, dass der Gesetzgeber Rechtssicherheit gewährleisten und das „Vertrauen“, das der Erblasser und seine Familie ggf. in den Fortbestand der Ausnahme nach Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder gesetzt hatten, nicht erschüttern wollte. Das Bundesverfassungsgericht habe dieses „Vertrauen“ durch seine beiden Beschlüsse vom 8. Dezember 1976 und 3. Juli 1996 noch gestärkt. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber nach der deutschen Wiedervereinigung der Situation von in völlig anderen gesellschaftlichen Verhältnissen geborenen Kindern Rechnung getragen habe, ändere nichts an diesem Standpunkt. Angesichts des hohen Alters solcher noch lebenden Väter sei eine Änderung der bestehenden Rechtsvorschriften darüber hinaus nicht mehr möglich. Eine derartige Änderung würde überdies zu einer Benachteiligung der nichtehelichen Kinder führen, deren Vater vor Inkrafttreten der Neuregelung verstorben ist, und diejenigen betroffenen Kinder diskriminieren, die wegen der unzureichenden technischen Möglichkeiten die Abstammung seinerzeit nicht nachweisen konnten.

39. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von Artikel 14 der Konvention diskriminierend ist, wenn es für sie „keine objektive und angemessene Rechtfertigung gibt“, d.h. wenn mit ihr kein „legitimes Ziel“ verfolgt wird oder „die eingesetzten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis stehen“ (siehe insbesondere sinngemäß Rechtssachen Inze ./ Österreich, 28. Oktober 1987, Randnr. 41, Serie A Bd. 126, und Mazurek, a. a. O., Randnr. 48).

40. Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Konvention ein lebendiges Instrument ist, das im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen ist (siehe u. a. Rechtssachen Marckx, a. a. O., Randnr. 41, und Johnston u. a. ./ Irland, 18. Dezember 1986, Randnr. 53, Serie A Bd. 112). Heute messen die Mitgliedstaaten des Europarats der Frage der zivilrechtlichen Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder eine hohe Bedeutung bei. Dies ergibt sich aus dem Europäischen Übereinkommen von 1975 über die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder, das derzeit für 21 Mitgliedstaaten in Kraft ist und von Deutschland nicht ratifiziert wurde. Daher müssten sehr schwerwiegende Gründe vorgetragen werden, ehe eine unterschiedliche Behandlung wegen nichtehelicher Geburt als mit der Konvention vereinbar angesehen werden könnte (siehe sinngemäß Rechtssachen Inze, a. a. O., Randnr. 41; Mazurek, a. a. O.,

Randnr. 49, und Camp und Bourimi, a. a. O., Randnr. 38).

41. Nach Auffassung des Gerichtshofs dürften die mit der Beibehaltung der angegriffenen Bestimmung verfolgten Ziele, nämlich die Gewährleistung von Rechtssicherheit und der Schutz des Erblassers und seiner Familie, rechtmäßig sein.

42. Er stellt ferner fest, dass der deutsche Gesetzgeber im Gleichklang mit anderen Vertragsstaaten durch das Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder von 1969 und anschließend das Erbrechtsgleichstellungsgesetz von 1997 schrittweise eine erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder herbeigeführt hat. Um Nachteile für in eine andere gesellschaftliche Situation geborene nichteheliche Kinder zu vermeiden, stellte er sie nach der deutschen Wiedervereinigung erbrechtlich auch ehelichen Kindern gleich, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Wiedervereinigung im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war. Er hielt jedoch an der in Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder vorgesehenen Ausnahme fest, die vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder von dem gesetzlichen Erbrecht ausschloss. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung wurde auch durch das Bundesverfassungsgericht zunächst 1975 und -zwanzig Jahre später -1996 bestätigt (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“, Randnrn. 21 -22, oben). In vorliegender Rechtssache hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung angewandt, obwohl sich aus der argumentativen Auseinandersetzung zwischen dem Landgericht Saarbrücken und dem saarländischen Oberlandesgericht ergibt, dass innerstaatlich auch darüber debattiert wurde, ob ein Festhalten an der Ausnahme zweckmäßig sei (siehe Randnrn. 10 – 15, oben).

43. Der Gerichtshof merkt in diesem Zusammenhang an, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, an dieser Ausnahme festzuhalten, den damaligen Zustand der deutschen Gesellschaft und die Ablehnung einer Reform der rechtlichen Stellung nichtehelicher Kinder durch einen Teil der Bevölkerung widerspiegelte. Überdies bestanden tatsächliche praktische und verfahrensmäßige Schwierigkeiten, die Abstammung festzustellen. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Leitentscheidung vom 8. Dezember 1976 ausgeführt hat, konnte die Fortgeltung der fraglichen Bestimmung daher als sachlich gerechtfertigt angesehen werden (siehe Rechtssache H. R. ./ Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 17750/91, Entscheidung der Kommission vom 10. Juni 1992). Nach Auffassung des Gerichtshofs sind die seinerzeit angeführten Argumente nicht mehr zeitgemäß; die deutsche Gesellschaft hat sich wie andere europäische Gesellschaften erheblich weiterentwickelt, und die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder entspricht heute dem rechtlichen Status ehelicher Kinder. Überdies sind praktische und verfahrensmäßige Schwierigkeiten, die Vaterschaft nachzuweisen, nahezu vollständig entfallen, weil eine DNA-Untersuchung zur Abstammungsfeststellung heute ein einfaches und sehr zuverlässiges Verfahren ist. Schließlich ist durch die deutsche Wiedervereinigung und die rechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder mit ehelichen in weiten Teilen des Bundesgebiets eine neue Situation entstanden. Daher kann der Gerichtshof der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in vorliegender Rechtssache nicht folgen. Der Gerichtshof ist insbesondere der Auffassung, dass mit Blick auf das sich verändernde entsprechende europäische Umfeld, das er bei seiner notwendigerweise dynamischen Auslegung der Konvention (siehe Randnr. 40, oben) nicht außer Acht lassen kann, der Gesichtspunkt des Schutzes des „Vertrauens“ des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen ist. Er weist in diesem Zusammenhang erneut drauf hin, dass er bereits im Jahre 1979 in seinem Urteil in der Rechtssache Marckx (a. a. O. Randnrn. 54 -59) festgestellt hat, dass die aus erbrechtlichen Gründen vorgenommene Unterscheidung zwischen „nichtehelichen“ und „ehelichen“ Kindern eine Frage nach Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 aufwirft.

44. Hinsichtlich der Frage, ob ein angemessenes Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel bestand, sind nach Ansicht des Gerichtshofs in vorliegender Rechtssache drei weitere Erwägungen entscheidend. Erstens hat der Vater der Beschwerdeführerin seine Tochter unmittelbar nach

der Geburt anerkannt und trotz der durch die Teilung der beiden deutschen Staaten bedingten schwierigen Umstände immer regelmäßigen Kontakt zu ihr gehabt. Er hinterließ weder eine Ehefrau noch Abkömmlinge ersten Grades; es waren nur Erben dritter Ordnung vorhanden, die er offensichtlich nicht kannte. Von daher kommt der Gesichtspunkt des „Schutzes des Vertrauens“ dieser fernen Angehörigen nicht in Betracht. Zweitens hat die Beschwerdeführerin einen Großteil ihres Lebens in der ehemaligen DDR verbracht und wuchs in einem gesellschaftlichen Zusammenhang auf, in dem nichteheliche und eheliche Kinder gleichgestellt waren. Gleichwohl konnte sie aus den Vorschriften zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder keinen Nutzen ziehen, weil ihr Vater zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Wiedervereinigung nicht im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber nach der Wiedervereinigung das Erbrecht nichtehelicher Kinder, deren Vater im Gebiet der ehemaligen DDR wohnhaft war, schützen wollte; da das Erbrecht nach deutschem Recht unter das Eigentumsrecht fällt, war der Wohnsitz des Erblassers der maßgebliche Faktor. Während diese unterschiedliche Behandlung mit Blick auf die gesellschaftlichen Verhältnisse in der ehemaligen DDR aber gerechtfertigt gewesen sein mag, führte sie gleichwohl zu einer Verschärfung der bestehenden Ungleichbehandlung der vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder, deren Vater in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft war. Schließlich schloss die Anwendung von Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder die Beschwerdeführerin ohne Gewährung einer finanziellen Entschädigung von dem gesetzlichen Erbrecht aus. Der Gerichtshof kann keinen Grund für eine heutige Rechtfertigung dieser Diskriminierung aufgrund nichtehelicher Geburt feststellen, zumal der Abschluss der Beschwerdeführerin von dem gesetzlichen Erbrecht sie weitaus schlechter stellte als die Beschwerdeführer in anderen gleichgelagerten Fällen, die bei ihm anhängig gemacht worden sind (siehe z. B. Rechtssachen Merger und Cros, a. a. O., Randnrn. 4 -50, und Mazurek, a. a. O., Randnrn. 52 -55).

45. Im Hinblick auf alle vorstehenden Erwägungen kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die eingesetzten Mittel zum verfolgten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis standen. Daher liegt ein Verstoß gegen Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention vor.

46. Hinsichtlich seiner im vorstehenden Absatz formulierten Schlussfolgerung hält der Gerichtshof es nicht für erforderlich, die Rüge nach Artikel 8 der Konvention gesondert zu prüfen.

## II. ANWENDUNG VON ARTIKEL 41 DER KONVENTION

47. Artikel 41 der Konvention bestimmt: „Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.“

### A) Schaden

#### 1. Materieller Schaden

48. Die Beschwerdeführerin verlangt 95.828,59 Euro für materiellen Schaden, welcher dem Wert des Nachlasses entspricht, der ihr als gesetzliche Erbin zugestanden hätte. Zu diesem Zweck legte sie beglaubigte Abschriften der Auszüge der Konten vor, die ihr Vater bei verschiedenen Banken unterhielt, aus denen sein Vermögen bezogen auf den Todestag hervorgeht. Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass ihr Vater keine Schulden gehabt habe; die Beisetzungskosten betrugen etwa 1.000 Euro und wurden direkt von seinem Girokonto abgebucht.

49. Die Regierung verweist auf einen Gesamtbetrag von 53.000 DM (entspricht 26.500 Euro), den der von der Beschwerdeführerin im Erbscheinsverfahren beauftragte Notar in seiner Kostenberechnung vom 13. Juli 1998 angegeben hat; dieser Betrag wurde anschließend von den nationalen Gerichten bei der Festsetzung des Geschäftswertes zu Grunde gelegt. Nach dem Vorbringen der Regierung kann die genaue Höhe der Erbschaft auf

der Grundlage der von der Beschwerdeführerin vorgelegten zusätzlichen Unterlagen nicht festgestellt werden, weil nicht ersichtlich sei, zu welchem Zeitpunkt Forderungen des Erblassers fällig waren, oder ob er Verbindlichkeiten hinterlassen hatte.

## 2. Immaterieller Schaden

50. Die Beschwerdeführerin erhebt auch Anspruch auf Entschädigung für immateriellen Schaden, den sie auf 50.000 Euro beziffert, weil sie ihre erbrechtlichen Ansprüche während des gesamten Verfahrens vor den nationalen Gerichten nicht durchsetzen konnte.

51. Die Regierung stellt die Frage in das Ermessen des Gerichtshofs.

## B) Kosten und Auslagen

52. Die Beschwerdeführerin verlangt außerdem 2.859,65 Euro für Kosten und Auslagen vor den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof.

53. Die Regierung trägt vor, dass kein kausaler Zusammenhang zwischen den entstandenen Kosten und der behaupteten Verletzung dargelegt worden sei. Überdies habe der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin in einem Verfahrensabschnitt sehr spät den Betrag (351,41 Euro) beziffert, für den Prozesskostenhilfe begehrt wurde; sein entsprechender Antrag sei deshalb von der zuständigen Stelle abgewiesen worden.

## C) Schlussfolgerung

54. Unter den Umständen des Falls ist der Gerichtshof der Auffassung, dass über die Frage der Anwendung von Artikel 41 der Konvention noch nicht entschieden werden kann. Daher muss ihre Beurteilung zurückgestellt werden und das weitere Verfahren die Möglichkeit einer Einigung zwischen dem beschwerdegegnerischen Staat und der Beschwerdeführerin gebührend berücksichtigen (Artikel 75 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs). Der Gerichtshof räumt den Parteien eine Frist von drei Monaten ein, um diese Einigung zu erzielen.

## AUS DIESEN GRÜNDEN ENTSCHEIDET DER GERICHTSHOF EINSTIMMIG WIE FOLGT:

1. Die Individualbeschwerde wird für zulässig erklärt;
2. Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention ist verletzt worden;
3. es ist nicht erforderlich, die Rüge nach Artikel 8 der Konvention gesondert zu prüfen;
4. die Frage der Anwendung von Artikel 41 ist nicht entscheidungsfähig; folglich
  - a) behält er sich die Beurteilung dieser Frage ganz vor;
  - b) werden die Regierung und die Beschwerdeführerin aufgefordert, den Gerichtshof innerhalb von drei Monaten über eine möglicherweise erzielte Einigung zu unterrichten;
  - c) behält er sich das weitere Verfahren vor und überträgt dem Kammerpräsidenten die Befugnis, es ggf. zu bestimmen.

Mitgeteilt von VRiLG Walter Krug, Stuttgart

## Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 28.5.2009

Walter Krug, Vorsitzender Richter am Landgericht, Stuttgart

### 1. Verfassungsauftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG

Der EuGMR ist immer für eine Überraschung gut. Mit seinem Urteil vom 28.5.2009 hat er zu Recht festgestellt, dass das deutsche Nichtehelehenrecht zumindest in Teilen nicht europäischen Standards entspricht. Sowohl Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben sich in den vergangenen 60 Jahren schwer getan, den Verfassungsauftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG in Bezug auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht umzusetzen, wonach für „uneheliche“ Kinder durch die Gesetzgebung die gleichen Lebensbedingungen wie für eheliche Kinder zu schaffen sind.

### 2. Die erste Stufe des Nichtehelehenrechts per 1.7.1970

Länger als 21 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes (zum 23.5.1949) wurde mit dem Nichtehelehenrecht (NehelG) vom 19.8.1969<sup>1</sup> mit Wirkung ab 1.7.1970 den nichtehelichen Kindern gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht am Vater und den väterlichen Verwandten – und umgekehrt – zugestanden (in der Regel als in Geld zu erfüllender Erbersatzanspruch, § 1934a BGB aF). Die Verabschiedung des NehelG war vom Bundesverfassungsgericht in dessen Beschluss vom 29.1.1969<sup>2</sup> bis zum Ende der fünften Legislaturperiode (Herbst 1969) erzwungen worden. Schwer nachvollziehbar ist die Begründung für die gleichzeitig eingeführte zeitliche Grenze des 1.7.1949: Alle nichtehelichen Kinder, die vor dem 1.7.1949 geboren und damit am 1.7.1970 schon (mit seinerzeit 21 Jahren) volljährig waren, wurden von jeglichem gesetzlichen Erbrecht am Vater und den väterlichen Verwandten ausgeschlossen, Art. 12 § 10 Abs. 2 NehelG. Kinder dieses Alters – so die Gesetzesbegründung – seien schon im Berufsleben, damit versorgt und bedürften des Erbrechts nicht! In allen nachfolgenden einschlägigen Gesetzesvorhaben (Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16.12.1997,<sup>3</sup> Kinderrechtsverbesserungsgesetz vom 9.4.2002<sup>4</sup>) wurde die zeitliche Grenze beibehalten und sogar vom Bundesverfassungsgericht (zuletzt im Nichtannahmebeschluss vom 20.11.2003<sup>5</sup>) akzeptiert. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes sei die nur in den alten Bundesländern geltende Grenze des 1.7.1949 sowohl mit Art. 6 Abs. 5 GG als auch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Mit der Wiedervereinigung am 3.10.1990 war die Problematik in neuem Licht erschienen, weil zu diesem Zeitpunkt die nichtehelichen Kinder in den neuen Bundesländern gem. § 365 Abs. 1 ZGB-DDR volles gesetzliches Erbrecht am Vater und den väterlichen Verwandten hatten und dieses auch weiterhin behielten, Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB. Trotzdem beließ man es im Erbrechtsgleichstellungsgesetz und im Kinderrechtsverbesserungsgesetz bei dieser Grenze.<sup>6</sup> Und das Bundesverfassungsgericht sah in seinem Beschluss vom 20.11.2003 auch insoweit keine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Nach dieser Gesetzeslage (interlokales Recht in der ehemaligen DDR<sup>7</sup>) und der Rechtsprechung des BVerfG kommt es darauf an, wo der Vater am 3.10.1990 seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte: Waren dies die neuen Bundesländer, so haben seine nichtehelichen Kinder volles Erb- und Pflichtteilsrecht; waren es die alten Bundesländer, so gilt die Zeitgrenze des 1.7.1949, Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB.

<sup>1</sup> BGBl I 1969 S. 1243.

<sup>2</sup> BVerfGE 25, 167.

<sup>3</sup> BGBl I 1997 S. 2968.

<sup>4</sup> BGBl I 2002 S. 1239.

<sup>5</sup> FamRZ 2004, 433.

<sup>6</sup> Ein Entwurf des Bundesrates aus dem Jahr 1999 (BT-Drucks. 14/2096) hatte die Streichung der zeitlichen Grenze vorgesehen, der Entwurf wurde so jedoch nicht Gesetz.

<sup>7</sup> Leipold in MÜKo-BGB 4. Aufl. 2004, Bd. 9, Einl. Rn 300, 324.

Der EuGMR hat im entschiedenen Fall im Verfahren einer Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK all die Argumente der Gesetzgebung und des Bundesverfassungsgerichts nicht gelten lassen und die Gesetzeslage samt Rechtsprechung, soweit das Erb- und Pflichtteilsrecht der vor dem 1.7.1949 geborenen Beschwerdeführerin an ihrem Vater ausgeschlossen sein sollte, als Verstoß gegen Art. 8 EMRK angesehen.<sup>8</sup> Die Schlechterstellung dieser nichtehelichen Kinder im Vergleich zu ehelichen Kindern seien nach heutigem Verständnis nicht mehr gerechtfertigt und deshalb auch nicht mehr hinnehmbar.

### 3. Welche Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Urteil?

#### a) Rechtswirkungen eines Urteils des EuGMR

Zunächst ist festzuhalten, dass das Urteil nur inter partes, also nur im Verhältnis zu der Beschwerdeführerin Rechtswirkungen erzeugt. Eine Übertragung des Urteils auf alle Fälle des Ausschlusses der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder vom gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht am Vater ist deshalb nicht einfach, weil in der Begründung des Urteils auf die besonderen Beziehungen zwischen der beschwerdeführenden Tochter und dem Vater abgestellt wird. Der Vater hatte die Vaterschaft anerkannt, zwischen beiden bestand immer brieflicher, später auch persönlicher Kontakt, und der Vater hatte weder weitere Abkömmlinge noch eine Ehefrau hinterlassen. Eine solche persönliche Beziehung zwischen nichtehelichem Vater und Kind ist in der Praxis eher atypisch. Aber das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 14.10.2004<sup>9</sup> („Görgölü-Fall“) das Verhältnis von Entscheidungen des EuGMR einerseits und deren Auswirkungen auf innerstaatliches deutsches Recht andererseits weitgehend geklärt. Danach gehört zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs kann gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

In Betracht kommt allerdings auch Art. 14 EMRK, der u.a. eine Diskriminierung wegen der Herkunft und der Geburt verbietet.

#### b) Abgeschlossene Erbscheinsverfahren

Ein bereits erteilter Erbschein erwächst weder in formelle noch in materielle Rechtskraft, was unmittelbar aus § 2361 Abs. 1 BGB folgt, wonach ein Erbschein einzuziehen ist (keine Ermessensentscheidung!), wenn sich ergibt, dass er unrichtig ist. Daran hat auch das am 1.9.2009 in Kraft getretene FamFG<sup>10</sup> nichts geändert. Das Nachlassgericht kann also im Einzelfall einen bereits erteilten Erbschein einziehen und, wenn es unter Beachtung der EMRK samt der dazu ergangenen Rechtsprechung zum Ergebnis kommt, ein nichteheliches Kind habe gesetzliches Erbrecht - entgegen der bisherigen Rechtsprechung - kann es einen neuen Erbschein erteilen. Es ist gem. § 2361 Abs. 3 BGB sogar berechtigt, von Amts wegen Ermittlungen durchzuführen. Bei einer Tagung der Deutschen Richterakademie im September 2009 wurde mit den dortigen Teilnehmern diese Frage erörtert. Man kam einstimmig zu dem Ergebnis, dass die Nachlassrichter im

Grundsatz nicht von sich aus - also nicht von Amts wegen - entsprechende Verfahren wieder aufrollen. Ein Richter ist primär zur Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle verpflichtet. Bereits unter diesem Gesichtspunkt wird es in der Praxis kaum möglich sein, nach entsprechenden Sachverhalten in abgeschlossenen Erbscheinsverfahren zu suchen. Zum anderen ist der Familienfrieden ein hohes Rechtsgut, in das ein Nachlassrichter nicht ohne Veranlassung eingreifen sollte. M.a.W.: Der Nachlassrichter wird in aller Regel gut beraten sein, die Frage eines etwaigen gesetzlichen Erbrechts eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes in abgeschlossenen Erbscheinsverfahren nicht von sich aus aufzugreifen.

Dort wo entsprechende Anträge gestellt werden, ist an Hand der nun vorliegenden Entscheidung des EuGMR und unter Beachtung von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) zu prüfen, ob ein gesetzliches Erbrecht bejaht wird. Das seit 1.9.2009 geltende neue Rechtsmittelrecht wird es ermöglichen, rasch durch Zulassung der Rechtsbeschwerde seitens eines Oberlandesgerichts die anstehenden Fragen durch den BGH klären zu lassen (§ 70 FamFG).

Auch bei der Nachlassplanung und der damit verbundenen Testamentsgestaltung wird man vorsorglich davon auszugehen haben, dass ein vor dem 1.7.1949 geborenes nichteheliches Kind am Vater und den väterlichen Verwandten gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht hat.

#### c) Rechtskräftiges Erbenfeststellungsurteil

In solchen Fällen kommt eine Wiederaufnahme gem. § 580 Nr. 8 ZPO als Restitutionsklage in Betracht. Erbschaftsbesitzersprüche nach §§ 2018 ff. BGB verjähren allerdings in 30 Jahren, § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der bis 31.12.2009 geltenden Fassung (für diese Ansprüche bleibt auch ab dem 1.1.2010 die 30-jährige Frist erhalten, § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB nF).

### 4. Pflichtteilsansprüche

Wenn ein vor dem 1.7.1949 geborenes nichteheliches Kind durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge am Vater und/oder an den väterlichen Verwandten ausgeschlossen ist (in Testamenten war lange Zeit die Formulierung üblich: „Nichteheliche Kinder werden in der väterlichen Linie von jeglichem Erbrecht ausgeschlossen“), führt dies gem. §§ 2303 ff. BGB zu Pflichtteilsansprüchen.

**Verjährung:** Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre seit Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Tod des Erblassers und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung, ohne Kenntnis in 30 Jahren (§ 2332 Abs. 1 BGB).

Der Auskunftsanspruch (§ 2314 BGB) verjährt in 30 Jahren<sup>11</sup> gem. § 197 I Nr. 2 BGB, weil es sich um einen originär erbrechtlichen Anspruch handelt. Allerdings kann ein Auskunftsanspruch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn das entsprechende Informationsbedürfnis fehlt - bspw. weil der Pflichtteilsanspruch auf jeden Fall verjährt ist. Für den Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten i. S. des § 2329 BGB beginnt die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Erbfall (§ 2332 Abs. 2 BGB).

Die für den Verjährungsbeginn maßgebliche "beeinträchtigende Verfügung" im Sinne von § 2332 Abs. 1 BGB ist bei einem Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB allein die enterbende letztwillige Verfügung. Kenntnis im Sinne von § 2332 BGB setzt voraus, dass der Pflichtteilsberechtigte den wesentlichen Inhalt der beeinträchtigenden Verfügung erkannt hat. Dazu ist eine in die Einzelheiten gehende Prüfung der Verfügung und eine fehlerfreie Bestimmung ihrer rechtlichen Natur nicht erforderlich.<sup>12</sup>

Die erforderliche Kenntnis kann fehlen, wenn der Berechtigte in

<sup>8</sup> Wortlaut von Art. 8 EMRK: **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** (1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

<sup>9</sup> NJW 2004, 3407 = JuS 2005, 164 m. Anm. Sachs.

<sup>10</sup> FGG-ReformG v. 17.12.2008 BGBl I 2008 S. 2586.

<sup>11</sup> BGH NJW 1985, 384.

<sup>12</sup> KG, Urteil vom 31. 5. 2006 - 25 U 50/05 NJOZ 2007, 1356; RGZ 70, 360, 362; RGZ 115, 27, 30; BGH, LM § 2332 BGB Nr. 1.

Folge Tatsachen- oder Rechtsirrtums davon ausgeht, die ihm bekannte Verfügung sei unwirksam und entfalte daher für ihn keine beeinträchtigende Wirkung. Das gilt jedenfalls dann, wenn Wirksamkeitsbedenken nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind.<sup>13</sup> Legt man diese Grundsätze zu Grunde, so würde die Verjährungsfrist erst mit Kenntnis von der neu eingetretenen Rechtslage beginnen.

#### 5. Gesetzesänderung

Ob eine Anpassung im Wege der Gesetzesänderung kommen wird, ist derzeit vollkommen offen. Bis dahin sind die Gerichte gehalten, das Urteil des EuGMR in die Praxis umzusetzen.

### BGB §§ 119 Abs. 1, 1955

**Die Ausschlagung der Erbschaft kann nicht deshalb angefochten werden, weil das mit ihr erstrebte Ziel -hier: Alleinerbenstellung der Ehefrau aufgrund gesetzlicher Erbfolge - wegen der Unwirksamkeit der Erklärung eines der Miterben nicht erreicht wird.**

OLG München, Beschluss vom 4.8.2009 – 31 Wx 60/09, rechtskräftig

#### Aus den Gründen:

I.

Der Erblasser ist am 19.12.2005 im Alter von 65 Jahren verstorben. Eine letztwillige Verfügung ist nicht vorhanden. Der Erblasser war seit 1966 mit der Beteiligten zu 1 im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Ihrem Sohn erteilte er seinen Familiennamen, nahm ihn jedoch nicht als Kind an. Eigene Kinder hatte er nicht. Der im März 2009 nachverstorbene Beteiligte zu 2 und die Beteiligte zu 3 sind Geschwister des Erblassers, die Beteiligte zu 4 und 5 sowie die Beteiligten zu 6 und 7 die Kinder von zwei vorverstorbenen Geschwistern. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Bankguthaben, Wertpapieren und einem Hausgrundstück; der Reinnachlasswert beträgt rund 104.000 €. Am 23.3.2006 schlugen die Beteiligten zu 2, 3, 4, 5 und 7 sowie einer der Söhne des Beteiligten zu 2 nach Belehrung über „die Wirkung und die Unwiderruflichkeit der Erbschaftsausschlagung“ zur Niederschrift des Nachlassgerichts die Erbschaft aus. Mit Ausnahme des Beteiligten zu 2 erklärten sie ferner, keine Kinder zu haben. Der Beteiligte zu 6 schlug mit notarieller Erklärung vom 24.2.2006 die Erbschaft für sich und gemeinsam mit seiner Ehefrau auch für seine beiden minderjährigen Kinder aus. Die beiden anderen Söhne des Beteiligten zu 2 erklärten am 2.3.2006 (zugleich durch beide gesetzlichen Vertreter auch für die minderjährige Tochter) bzw. am 6.3.2006 die Ausschlagung.

Am 8.3.2006 wurde der Beteiligten zu 1 antragsgemäß ein Erbschein als Alleinerbin erteilt. Dieser wurde im Oktober 2008 eingezogen, nachdem die zwischenzeitlich an Stelle der Beteiligten zu 1 bestellten Betreuer des Beteiligten zu 2 (einer seiner Söhne sowie dessen Ehefrau) auf dessen Geschäftsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Ausschlagungserklärung hingewiesen hatten. Im Rahmen des im Oktober 2005 eingeleiteten Betreuungsverfahrens war durch das ärztliche Gutachten vom 28.3.2006 aufgrund der Untersuchung am 3.2.2006 festgestellt worden, der Beteilig-

te zu 2 sei nicht mehr geschäftsfähig. Mit gleichlautenden Schreiben jeweils vom 10.10.2008 an das Nachlassgericht erklärten die Beteiligten zu 3 bis 7 jeweils: „Wie ich soeben von (der Beteiligten zu 1) erfahren habe, soll Ergebnis meines Verzichts auf das Erbe ... nun sein, dass der Verzicht (dem Beteiligten zu 2) zuwächst, weil die Wirksamkeit seines Verzichts nicht gegeben sein soll. Absicht meines Verzichts war, dass mein Anteil (der Beteiligten zu 1) zufließt. Dies war auch Absicht der übrigen Erben, die verzichtet haben. Wenn dieser Effekt nun nicht mehr erzielbar sein sollte, fechte ich hiermit meine Verzichtserklärung wegen Irrtums an.“ Nach Hinweis auf die erforderliche Form fochten die Beteiligten zu 3, 4, 5 und 7 am 21.11.2008 zur Niederschrift des Nachlassgerichts ihre Ausschlagungserklärungen an, der Beteiligte zu 6 am 26.11.2008 mit notarieller Urkunde. Zur Begründung führten sie aus, nicht gewusst zu haben, dass hinsichtlich des Beteiligten zu 2 ein Gutachten zur Anordnung einer Betreuung erstellt und dessen Geschäftsunfähigkeit festgestellt worden sei.

Die Beteiligte zu 1 beantragte am 23.10.2008 einen Erbschein, der sie und die Beteiligten zu 2 bis 7 als Miterben aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausweist. Diesen Antrag wies das Nachlassgericht mit Beschluss vom 11.2.2009 zurück. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 blieb erfolglos. Gegen die Entscheidung des Landgerichts vom 8.4.2009 richtet sich ihre weitere Beschwerde, mit der sie insbesondere geltend macht, den Ausschlagungserklärungen sei in Verbindung mit den Anfechtungserklärungen deutlich die Absicht sämtlicher Beteiligter zu entnehmen, auszuschlagen, um die Erbschaft in ihrer Person zu konzentrieren. Es sei demnach von einem beachtlichen Inhaltsirrtum auszugehen.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Das Amtsgericht habe zu Recht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Die Beteiligten zu 3 bis 7 sowie -soweit vorhanden - deren Abkömmlinge hätten wirksam die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. Die Ausschlagungserklärung des Beteiligten zu 2 sei unwirksam, denn aus dem Gutachten vom 28.3.2006 ergebe sich, dass dieser geschäftsunfähig gewesen sei. Die form- und fristgerechten Anfechtungen der Ausschlagungserklärungen der Beteiligten zu 3 bis 7 führten nicht zum Erfolg,

denn es liege kein zur Anfechtung berechtigender Irrtum vor. Die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu 2 sei nicht Inhalt der Erklärungen der übrigen Beteiligten. Die irriige Annahme, der Erbanteil der Ausschlagenden fließe der Beteiligten zu 1 zu, auf die sich der Beteiligte zu 6 in seiner Anfechtungserklärung und die anderen Beteiligten in ihrem Schreiben vom 10.10.2008 berufen hätten, stelle einen unbeachtlichen Motivirrtum über die Rechtsfolgen der Ausschlagungserklärung dar. Die Vorstellung, der gesamte Nachlass komme infolge der Ausschlagung der Beteiligten zu 1 zu, stelle auch keine Eigenschaft des Nachlasses dar.

2. Die Entscheidung des Landgerichts ist aus Rechtsgründen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht zu beanstanden.

a) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Beteiligten zu 3 bis 7 die Erbschaft wirksam, insbesondere form- und fristgerecht (§ 1945 Abs. 1, § 1944 Abs. 1 BGB) ausgeschlagen haben. Es hat ferner ohne Rechtsfehler die Ausschlagungserklärung des Beteiligten zu 2 als unwirksam angesehen, weil dieser nicht geschäftsfähig war (§ 105 Abs. 1, § 104 Nr. 2 BGB). Das wird von der weiteren Beschwerde auch nicht angegriffen.

b) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, es liege kein rechtlich erheblicher Irrtum im Sinne des § 119 BGB vor, auf den mit Erfolg die Anfechtung der Ausschlagungen gestützt werden könnte.

(1) Das Landgericht hat entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde keineswegs verkannt, dass die Beteiligten zu 3 bis 7 mit ihren Ausschlagungserklärungen die Absicht verfolgten, die Konzentration des Nachlasses in der Person der Beteiligten zu 1 herbeizuführen. Der Umstand, dass diese Absicht nicht verwirklicht werden konnte, stellt aber keinen zur Anfechtung der Ausschlagung berechtigenden Irrtum dar. Wie in dem angefochtenen Beschluss eingehend und zutreffend dargelegt, besteht ein

<sup>13</sup> BGH, NJW 1995, 1157 = ZEV 1995, 219 m.w.N.; NJW 2000, 288, 289. Vgl. hierzu OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2008, 487 = ZEV 2008, 346.

Unterschied zwischen dem Inhalt einer Willenserklärung, nämlich der Ausschlagung der Erbschaft durch den Erklärenden selbst, und dem damit in Absprache mit den übrigen als gesetzliche Erben berufenen Personen verfolgten weitergehenden Ziel, durch Wegfall aller anderen gesetzlichen Erben aufgrund wirksamer Ausschlagungserklärungen der Witwe des Erblassers zur Stellung als Alleinerbin zu verhelfen. In Betracht kommt hier ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung (§ 119 Abs. 1 Alternative 1 BGB). Ein solcher Inhaltsirrtum kann auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt aber nach ständiger Rechtsprechung nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (BGH NJW 2006, 3353/3355 m.w.N.).

(2) Dass die Beteiligten zu 3 bis 7 sich über den Inhalt der Ausschlagungserklärung als solcher und der mit ihr unmittelbar verbundenen Rechtsfolge, nämlich den Verlust des eigenen Erbrechts und den rückwirkenden Anfall an den Nächstberufenen (§ 1953 BGB), geirrt hätten, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. Ihnen war bei der Abgabe ihrer Ausschlagungserklärung bewusst, dass das angestrebte Ziel – der Beteiligten zu 1 die Stellung als Alleinerbin zu verschaffen – nicht bereits allein durch ihre jeweilige Erklärung erreicht werden konnte, sondern nur durch weitere Schritte, nämlich die Ausschlagung durch alle anderen Geschwister der Erblassers und deren Abkömmlinge, denn es waren entsprechende Absprachen in der Familie getroffen worden, wie sich aus dem Schreiben der Beteiligten zu 4 und 5 sowie den Äußerungen der Beteiligten zu 1 im Erbscheinsantrag vom 23.10.2008 ergibt. Geirrt haben sich die Beteiligten zu 3 bis 7 darüber, dass von allen diesen Personen wirksame Ausschlagungserklärungen abgegeben werden würden, denn die Erklärung des Beteiligten zu 2 war wegen dessen Geschäftsunfähigkeit unwirksam. Infolgedessen wurde das erstrebte Ziel nicht erreicht, den Nachlass in der Hand der Beteiligten zu 1 zu konzentrieren. Der Irrtum darüber, wem der Erbteil in Folge der Ausschlagung anfällt, ist aber ein Irrtum über mittelbare Rechtsfolgen, der nicht zur Anfechtung berechtigt (OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 905; OLG Schleswig ZEV 2005, 526; Soergel/Stein BGB 13. Aufl. § 1954 Rn. 2; MünchKommBGB/Leipold 4. Aufl. Rn. 7; Staudinger/Otte BGB Bearbeitungsstand 2007 § 1954 Rn. 6 a.E.; Keim RNotZ 2006, 602/607; Kraiß BwNotZ 1992, 31/34).

3. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO. Eine Entscheidung über außergerichtliche Kosten ist nicht veranlasst.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

#### KostO § 60

**Die Gebührenprivilegierung in § 60 KostO gilt auch für die Eintragung geschiedener Eheleute, die im gesetzlichen Güterstand gelebt haben, wenn die Eintragung auf einer Scheidungsfolgenvereinbarung vor der Scheidung beruht (Anschluss an OLG Saarbrücken, Rpfleger 2004, 527; entgegen OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1. August 2008, Az. 14 WX 57/07).**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.07.2009 – 8 W 397/08

#### Aus den Gründen:

I.

Der Beteiligte Ziffer 1 (Kostenschuldner) hat nach rechtskräftiger Scheidung seiner Ehe am 6.6.2003 mit notariellem Vertrag vom 18.9.2003 die seiner früheren Ehefrau gehörende Hälfte eines

zuvor im gemeinsamen Eigentum stehenden Grundstücks erworben.

Aus dem Geschäftswert dieses Erwerbs hat das Notariat - Grundbuchamt - dem Beteiligten Ziffer 1 als Gebührenschuldner zunächst nur eine hälftige Gebühr für die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch in Höhe von 111,- € gemäß § 60 Abs. 2 KostO in Rechnung gestellt. Auf Rüge der Staatskasse wurde mit Nachberechnung vom 22.12.2004, gegenüber dem Kostenschuldner die weitere Hälfte einer Gebühr in Höhe von 111,- € in Rechnung gestellt. Auf die dagegen erhobene Erinnerung des Schuldners, der die Privilegierung gemäß § 60 Abs. 2 KostO bei der Regelung von Scheidungsfolgen auch im Fall des bestehenden gesetzlichen Güterstandes für anwendbar hält, hat der Richter des Amtsgerichts mit Beschluss vom 23.5.2006 die Höhe der Eintragungsgebühr (wieder) auf 111,- €, ermäßigt und die Rückzahlung des vom Schuldner überzahlten Betrags von 111,- € angeordnet (Bl. 16 d.A.). Die Beschwerde gegen diese Entscheidung wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

Mit seiner hiergegen eingelegten Beschwerde verfolgte der Beteiligte Ziffer 2 seinen Antrag weiter, die Erinnerung des Kostenschuldners gegen die Neuberechnung der zweiten Hälfte einer Gebühr für Eintragung des Schuldners ins Grundbuch zurückzuweisen. Er machte unter Verweis auf landgerichtliche Entscheidungen und Stimmen in der Literatur geltend, die Privilegierung von Ehegatten gemäß § 60 Abs. 2 KostO gelte nur für Ehegatten, die bei Eintragung in das Grundbuch noch miteinander verheiratet seien. Soweit mit der gesetzlichen Regelung auch geschiedene Ehegatten begünstigt werden sollten, hätte der Gesetzgeber dies mit einem ausdrücklichen Zusatz zum Ausdruck gebracht.

Das Landgericht hat nach Aufhebung der zunächst durch Einzelrichterbeschluss ergangenen Beschwerdeentscheidung mit Kammerbeschluss vom 6.2.2008 die Beschwerde des Beteiligten Ziffer 2 zurückgewiesen und die weitere Beschwerde gegen seine Entscheidung gemäß § 14 Abs. 5 KostO wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Auf den Beschluss des Landgerichts (Bl. 48 d.A.) und den darin in Bezug genommenen Einzelrichterbeschluss des Landgerichts vom 25.4.2007 (Bl. 31 d.A.) wird Bezug genommen.

Mit seiner weiteren Beschwerde vom 8.8.2008 verfolgt der Bezirksrevisor seine Erstbeschwerdeantrag unter Bezugnahme auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 1.8.2008 (AZ: 14 WX 57/07) weiter.

II.

Das Rechtsmittel des Beteiligten Ziffer 2 ist als weitere Beschwerde gemäß § 14 Abs. 5 KostO kraft Zulassung durch das Landgericht statthaft und auch sonst zulässig.

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

Der Senat ist mit dem Beteiligten Ziffer 2 und der von diesem angeführten Rechtsprechung sowie dem überwiegenden Schrifttum zwar der Auffassung, dass die Regelung in § 60 Abs. 2 S. 1 KostO im Grundsatz nur für Ehegatten gilt, die bei der Eintragung ins Grundbuch noch miteinander verheiratet sind (Landgericht Passau, Rpf. 02, 593; Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., RN 15 Rohs / Wedewer, Stand Mai 2006, RN 9, beide zu § 60 KostO; Assenmacher KostO, 15. Aufl. Stichwort „Ehegatten“, Abschnitt 2.1).

In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen sowie dem Landgericht Saarbrücken und dem Oberlandesgericht Saarbrücken geht der Senat aufgrund des Zusatzes in § 60 Abs. 2 1. Hs KostO - „auch wenn die Genannten infolge der Auseinandersetzung des Gesamtguts einer Gütergemeinschaft..... eingetragen werden“ - aber davon aus, dass die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft privilegiert sein soll, wenn sie unter Lebenden erst nach der Scheidung ihrer Ehe erfolgt (Landgericht Saarbrücken, Beschluss vom 3.3.2004, AZ: 5 O 65/04, zitiert nach Juris; OLG Saarbrücken, Rpf. 04, 527; zustimmend Korintenberg / Lappe 17. Aufl. RN 28 zu § 60 KostO). Der letztgenannte Zusatz wäre nicht erforderlich gewesen, wenn der Gesetzgeber die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft nur unter noch verhei-



rateten Ehegatten - also ohne gleichzeitige Scheidung - hätte privilegieren wollen.

Ist die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft aber als Scheidungsfolge - also auch noch nach Scheidung der Ehe - privilegiert, so gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 GG, auch den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft entsprechend zu privilegieren, wenn im Rahmen der Beendigung dieses Güterstandes durch Scheidungsfolgenvereinbarung - abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Abwicklung durch eine Geldzahlung - erst nach Scheidung eine Eintragung von Grundstücken erfolgt. Außerhalb dieses engen Ausnahmestatbestandes bleiben sonstige Rechtsgeschäfte zwischen geschiedenen Ehegatten, die zu deren neuer Eintragung ins Grundbuch führen, allerdings nach der Grundregel in § 60 Abs. 2 KostO nicht privilegiert.

Der abweichenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 1.8.2008 (a.a.O.) schließt sich der Senat nicht an. Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat offen gelassen, ob die Privilegierung auf eine nach Scheidung von Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft erfolgende Eintragung anzuwenden ist, wenn diese auf einer Auflösung dieses Güterstandes durch Scheidung beruht. Soweit das Oberlandesgericht Karlsruhe dabei jedenfalls eine analoge Anwendung einer solchen Privilegierung auf Fälle mit einer Scheidungsfolgenvereinbarung zwischen Eheleuten im gesetzlichen Güterstand wegen Besonderheiten des Güterstandes der Gütergemeinschaft ablehnt, überzeugt diese Begründung den Senat nicht.

Mit der Privilegierung von auch nachträglichen Eintragungen, die durch die Auflösung einer Ehe durch Scheidung erfolgen, trägt der Gesetzgeber nicht in erster Linie Besonderheiten des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft Rechnung, sondern vorrangig dem Umstand, dass erst aufgrund der Beendigung der Ehe feststeht, dass auch die gemeinsame Berechtigung der früheren Eheleute an einer Immobilie endet. Dieselbe Interessenlage besteht aber auch regelmäßig im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft im Fall der Auseinandersetzung der Eheleute in Bezug auf eine im gemeinsamen Eigentum stehende Immobilie durch Scheidungsfolgenvereinbarung. Eine Schlechterstellung von Eheleuten im gesetzlichen Güterstand ist deshalb durch verfassungskonforme Anwendung von § 60 Abs. 2 KostO zu vermeiden.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten Ziffer 2 war danach zurückzuweisen.

Gemäß § 14 Abs. 9 KostO ergeht die vorliegende Entscheidung gebührenfrei. Kosten sind nicht zu erstatten.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

### **KostO § 35; § 147 Abs. 2 und 3**

**Für die im Zusammenhang mit der elektronischen Registeranmeldung erforderliche Erstellung der Strukturdaten mittels XML-Datei entsteht keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.**

OLG Celle, Beschluss vom 28.5.2009 – 2 W 136/09

#### **Aus den Gründen:**

I.

Mit seiner weiteren Beschwerde vom 11. Mai 2009 wendet sich der Notar gegen den Beschluss des Landgerichts vom 22. April 2009, durch den die Kostenrechnung des Notars vom 27. August 2008 abgeändert worden ist.

Der Notar entwarf bzw. beurkundete Registeranmeldungen, für die er eine XML-Strukturdatei erstellte und elektronisch bei dem zuständigen Registergericht einreichte. Der Notar hat für diese Tätigkeit einen Betrag in Höhe von 24,- € netto in Ansatz ge-

bracht und der Kostenschuldnerin mit Kostenrechnung vom 27. August 2008 insgesamt 178,92 € (brutto) in Rechnung gestellt. Er ist der Auffassung, dass es sich bei der Eingabe der Strukturdaten um eine eigenständige Tätigkeit im Vorfeld der Übermittlung an das Registergericht handelt, für die eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert von 10 bis 20 % gem. § 30 Abs. 1 KostO entstehe. Der Präsident des Landgerichts hat den Notar im Wege der Prüfung seiner Notariatsgeschäfte angewiesen, diesbezüglich eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht hat sodann die streitgegenständliche Kostenrechnung auf einen Betrag in Höhe von 150,36 € abgeändert.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass es sich bei der Erstellung der XML-Strukturdaten um eine Pflichtaufgabe des Notars handele, nachdem die Notare seit dem 1. Januar 2008 in Niedersachsen verpflichtet seien, Anträge beim Registergericht in elektronischer Form einzureichen. Bei der Erzeugung der XML-Strukturdatei und deren elektronische Übermittlung handele es sich lediglich um eine das Notargeschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit und damit um ein gebührenfreies Nebengeschäft i.S. von § 147 Abs. 3 KostO.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die am 12. Mai 2009 beim Landgericht eingegangene weitere Beschwerde des Notars vom 11. Mai 2009. Der Notar macht geltend, dass auch die Notarkammern Thüringen und Hamm sowie die Bayerische Notarkasse die Auffassung vertreten würden, dass für die Erzeugung der XML-Strukturdatei eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu berechnen sei. Der Notar sei seit dem Inkrafttreten der Bestimmungen des Gesetzes über das elektronische Handelsregister lediglich die Übermittlung aller Dokumente, nicht aber die Erfassung und Übermittlung des XML-Datensatzes vorgeschrieben. Die Erzeugung der XML-Strukturdatei stelle eine zusätzliche mit erheblichem Aufwand verbundene Leistung des Notars dar. Außerdem habe auch eine Expertenkommission „Reform der Notarkosten“ in ihrem dem Bundesjustizministerium vorgelegten Entwurf der Kostenordnung (Stand: 10.02.2009) für die Erzeugung von strukturierten Daten in Form der XML eine Vollzugsgebühr vorgeschlagen.

II.

Die infolge Zulassung durch das Landgericht gem. § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO statthafte, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte weitere Beschwerde, ist nicht begründet.

Der Senat ist an einer Sachentscheidung nicht gehindert. Eine nochmalige Anhörung der vorgesetzten Dienstbehörde des Notars war entbehrlich, weil der Senat der vom Landgericht vertretenen Auffassung folgt, die auch von der vorgesetzten Dienstbehörde geteilt wird. Eine Anhörung der Beteiligten zu 2. konnte unterbleiben, weil diese durch die Entscheidung des Senats nicht beschwert wird.

Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 4 KostO).

Zu Recht hat das Landgericht im Ergebnis die Auffassung vertreten, dass der Beschwerdeführer nicht berechtigt ist, seinen Auftraggebern eine Gebühr gem.

§ 147 Abs. 2 KostO für das Erstellen einer XML-Strukturdatei im Rahmen einer Registeranmeldung in Rechnung zu stellen.

Der Senat folgt insoweit der überzeugenden Rechtsprechung des OLG Hamm in seinem Beschluss vom 26. März 2009 (Az.: I-15 Wx 158/08), wonach die Erstellung einer XML-Datei (eX-tensible Markup Language) ein Nebengeschäft im Sinne der §§ 147 Abs. 3, 35 KostO darstellt (OLG Hamm, aaO, zitiert nach JURIS Rdz. 11 ff.). Denn als Nebengeschäft ist alles anzusehen, was mit dem Hauptgeschäft so eng zusammenhängt, dass es nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt und nur vorgenommen wird, um das Hauptgeschäft vorzubereiten oder den Vollzug des bereits vorgenommenen Hauptgeschäfts zu fördern und den mit diesem beabsichtigten Erfolg herbeizuführen (vgl. auch OLG Zweibrücken FGPrax 2001, 167; BayObLGZ 1979, 383).

Insoweit ist auch unerheblich, ob und inwieweit es sich bei der streitgegenständlichen Tätigkeit um eine Pflichtaufgabe des Notars handelt oder nicht, denn § 147 Abs. 3 KostO setzt gerade

nicht voraus, dass es sich um ein pflichtgebundenes Geschäft des Notars handelt (OLG Hamm, aaO).

Die gegenteilige Auffassungen in der Literatur vermögen nicht zu überzeugen. Zu Recht weist das OLG Hamm darauf hin, dass der Aufwand für das Erstellen einer Datei kein tragfähiges Argument für das Entstehen einer Gebühr darstellt.

Ebenso unbeachtlich ist auch, ob eine „Expertenkommission“ in ihrem Entwurf einer Kostenordnung den Vorschlag unterbreitet hat, in Fällen der vorliegenden Art den Anfall einer Vollzugsgebühr vorzusehen. Entscheidend ist nicht, wie *de lege ferenda*, sondern allein wie *de lege lata* zu entscheiden ist. Gesetzentwürfen kommt keine entscheidende Bedeutung bei der Anwendung und Auslegung bestehender Gesetze zu.

Hinweis

Zum selben Ergebnis kommen Bund in JurBüro 2008, 625 zu Ziff. 3.1, Rohs/Wedewer, KostO, Stand April 2009, § 147 Rz. 29, Waldner, KostO für Anfänger, 7. Aufl., Rz. 255 a und die Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse Leipzig in NotBZ 2007, 356, letztere aber nur, soweit die Bundesländer für die Registeranmeldung ein bestimmtes Format, z.B. das XML-Format durch Verordnung vorgeschrieben haben, so dass die Herstellung der Strukturdatei als eine ohne besonderen Auftrag zum Pflichtenkreis des Notars gehörende und damit stets gebührenfreie Nebentätigkeit anzusehen ist

Mitgeteilt durch Norbert Bund, LG Hannover

## Buchbesprechungen

**Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand April 2009. 218 Seiten, 84,90 €. 102. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/ 67. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern 2864 Seiten, 138 €. C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg.**

Die Ergänzungslieferung nimmt das aktuelle Geschehen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auf. So ist auch schon das FamFG (In-Kraft-Treten: 1.9.2009) berücksichtigt; die Bestimmungen, die für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bedeutung haben können, sind abgedruckt und zu den Bestimmungen der KostO in Beziehung gesetzt. Berücksichtigung finden die Entscheidung des BGH zum Notarkostenrecht hinsichtlich des Werts für die Beglaubigung der Unterschriften unter einen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft über die Verwalterbestellung (BGH DNotZ 2009, 315), zur Bemessung des Geschäftswerts nach § 30 KostO und zum Umfang des Zitiiergebots nach § 154 KostO (BGH FGPrax 2009, 33; vgl. auch BGH BWNNotZ 2008, 123 m. Anm. Filzek = ZNotP 2008, 293 m. Anm. Tiedtke). Kostenrechtlich ist die GbR nunmehr weitgehend wie eine OHG zu behandeln, sodass bei einer aus Ehegatten und Abkömmlingen bestehenden GbR keine Kostenprivilegierung nach § 24 Abs. 3 KostO besteht, wenn die GbR verpflichtet ist, Leistungen zu erbringen (§ 24 Rn. 21a; OLG München Rpfleger 2009, 177). Wird Eigentum von einer natürlichen Person auf eine GbR umgeschrieben, die aus deren Ehegatten und Abkömmlingen besteht, erfolgt keine Kostenermäßigung nach § 60 Abs. 2 (OLG München Rpfleger 2009, 177). Die bisherige Meinung des Kommentars zur Eintragung eines Gesellschafterswechsels bei einer GbR wurde aufgegeben und jetzt kostenrechtlich als Fall des § 67 Abs. 1 KostO behandelt, weil lediglich Richtigstellung der für die Gesellschaft als Eigentümerin notwendigen Identifizierungsmerkmale (ebenso OLG Hamm Rpfleger 2008, 161; OLG München FGPrax 2008, 222; OLG Zweibrücken Rpfleger 2009, 17, dazu Wilsch JurBüro 2008, 622; Böttcher ZNotP 2009, 42); der Geschäftswert ist nach § 30 KostO zu bestimmen, angenommen wurde im entschiedenen Fall des OLG München die Hälfte des Grundstückswerts (dazu auch Wudy JurBüro 2008, 622). Bei der Ermittlung des Geschäftswerts einer Geschäftsanteilsabtretung auf Grund einer Bilanz sind Schulden nicht als Rückstellungen vom Aktivvermögen abzuziehen (§ 30 Rn. 20c; OLG Karlsruhe BWNNotZ 2008, 195 = ZNotP 2009, 39 m. abl. Anm. Tiedtke). Aufgegeben wurde die bisherige kostenrechtliche Meinung zur Unterteilung von Wohnungseigentum (§ 76 Rn. 12). Zugestimmt wird der Entscheidung des OLG Stuttgart (BWNNotZ 2008, 158) zur Bewertung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags als

„gesellschaftsrechtlichen Organisationsakt“ und die Anwendung des Geschäftswerts nach §§ 41 c, 41 a KostO bejaht. Bei den landesrechtlichen Gebührenbefreiungsvorschriften sind Entwicklungen eingetreten, so z. B. genießt ein von einem Landkreis in der Form einer GmbH betriebenes Krankenhaus Gebührenfreiheit nach § 7 LJKG (OLG Stuttgart OLG 2009, 35 = DJ 2009, 103); sie gehören zu den Einrichtungen der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege (ebenso OLG Karlsruhe JurBüro 2007, 660; Böhlinger/Falk, § 7 Rn. 22, 24 LJKG-BW). Ein zoologischer Garten ist in Sachsen-Anhalt ein wirtschaftliches Unternehmen der Kommune (OLG Naumburg, Beschl. v. 4.2.2009 – 6 Wx 8/08; anders in Nordrhein-Westfalen). Das OLG Naumburg (OLG Naumburg 2009, 272) hält die Gebührenbefreiung der Investitionsbank Sachsen-Anhalt für europarechtswidrig. Die wenigen Beispiele zeigen, dass der Kommentar voll auf der Höhe der Zeit ist.

Prof. Walter Böhlinger, Notar aD, Heidenheim/Brenz

**Berliner Kommentar zum FamFG  
Herausgegeben von Dr. Dirk Bahrenfuss  
1. Auflage 2009, 2212 Seiten, Erich Schmidt Verlag Berlin –  
128,00 Euro**

Zum 1. September 2009 ist das neue FamFG in Kraft getreten und hat das frühere FG, Teile der ZPO und weitere Regelungen ersetzt. Bereits kurz nach Inkrafttreten dieser neuen Kodifizierung erschien im Berliner Erich Schmidt Verlag der von dem Richter am OLG Schleswig und früheren Leiter des Zivilrechtsreferates der Rechtsabteilung des Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Dr. Dirk Bahrenfuss, herausgegebene „Berliner Kommentar zum FamFG.“

Trotz dieses zeitnahen Erscheinens konnten im Kommentar noch die „in letzter Minute“ in das Gesetz eingefügten Änderungen, etwa zur Übergangsregelung in Art. 111 FGG-Reformgesetz, eingearbeitet werden. Da das FamFG keine vollständige Neuregelung der Materie darstellt, sondern zum Teil bestehende Vorschriften aus dem FG bzw. der ZPO unverändert oder nur leicht angepasst übernommen hat, konnten die Kommentatoren insoweit auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur zurückgreifen. Diese sind bis Mitte Mai 2009 berücksichtigt.

Der Bearbeiterkreis setzt sich aus Richtern, Rechtsanwälten, einer Universitätsprofessorin sowie Notaren zusammen. Aus der Sicht des baden-württembergischen Notariats besonders erfreulich ist dabei die Mitwirkung der Kollegen Notar Wick, Notariat Niederstetten, sowie Notarvertreter Schaal, Notarakademie Baden-Württemberg, welche insgesamt die Kommentierung des 4. Buches des FamFG – „Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen“ – übernommen haben.

Die große Zahl der Bearbeiter mit unterschiedlichem fachlichem Hintergrund bietet Gewähr dafür, dass der Kommentar sowohl wissenschaftlichen Ansprüchen genügt als auch dem Praktiker wichtige Hilfestellung leisten kann. Dementsprechend richtet sich das Werk nach eigener Einschätzung als wichtiges und hochaktuelles Hilfsmittel nicht nur an Rechtsanwälte, Richter und Rechtspfleger, sondern auch an tätige Praktiker aus Verbänden, Behörden, Einrichtungen und Betreuungsbüros.

Der „Berliner Kommentar zum FamFG“ entspricht dem klassischen Kommentaraufbau. Er behandelt also alle Vorschriften in chronologischer Reihenfolge. Durch entsprechende Querverweise ist dennoch sichergestellt, dass die einzelne Norm in ihrem Sachzusammenhang verstanden werden kann (z.B. § 40 Rn. 3 zum Wirksamwerden des Beschlusses mit Hinweis auf § 38 Abs. 3 – Erlass eines Beschlusses). In geeigneten Fällen findet sich am Ende der Kommentierung zu einer bestimmten Norm ein Hinweis auf die Kostenbehandlung, was äußerst hilfreich ist (z.B. § 38 Rn. 41, § 344 Rn. 33).

Der Kommentar beginnt zunächst mit einer knapp 40-seitigen Einleitung. Hierin wird auf die rechtliche Ausgangslage, die Vorarbeiten der Reform und die vor den Inkrafttreten des FamFG noch eingearbeiteten Änderungen eingegangen. Ausführlich dargestellt werden im Rahmen dieser Einleitung die Schwerpunkte der Reform, namentlich die Änderung des Instanzenzugs, die Einrichtung des großen Familiengerichts und die Vereinheitlichung des Verfahrens. Etwas knapp dargestellt sind hingegen die Übergangsvorschriften Art. 111 FGG-Reformgesetz, die nur im Rahmen der Einleitung Erwähnung finden. Hier hätte man sich besonders für Dauerverfahren wie Betreuungsverfahren etwas nähere Ausführung dazu gewünscht, wann ein „selbständiges Verfahren“ im Sinne des Artikel 111 Abs. 2 FGG-Reformgesetz vorliegt (Einleitung Rn. 63ff.). Dem Sinn und Zweck des FamFG und vor allem der Änderung der Überleitungsvorschriften noch vor Inkrafttreten entspricht es, wenn man den Begriff des „selbständigen Verfahrens“ weit ausgelegt, um möglichst schnell zur Anwendung der neuen Vorschriften zu kommen.

Den breitesten Raum nimmt die Kommentierung des Buches 1 – „Allgemeiner Teil“ – ein. Gut 1/5 der Vorschriften des FGG (110 von 491 Paragraphen) beanspruchen weit über 1/3 des gesamten Umfangs des Buches (855 von 2120 Seiten). Dies erklärt sich zum einen daraus, dass der Gesetzgeber sich auch beim FamFG der Technik des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ bedient hat, so dass das Buch 1 zahlreiche Vorschriften enthält, welche für alle Verfahren gelten. Zum anderen sind gerade im Buch 1 auch zahlreiche der Neuerungen enthalten, so z.B. der Übergang zum formellen Beteiligtenbegriff, die ausführliche Regelung des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die „Rechtskraftlösung“, der Instanzenzug usw.. Im Abschnitt 6 des ersten Buches – „Verfahrenskostenhilfe“ – werden dabei auch die einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung mitkommentiert, so sich insoweit ein gesonderter Blick in einen ZPO-Kommentar erübrigt. Ausführlich dargestellt sind weiter in dieser Breite für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstmals geschaffenen Vorschriften über die internationale Zuständigkeit somit die Anerkennung und Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen im Abschnitt 9 des ersten Buches.

Die restlichen 2/3 des Kommentars verteilen sich auf die weiteren Vorschriften des FamFG, wobei die Aufteilung entsprechend dem Umfang der Kodifizierung sowie der Bedeutung für die Praxis gewichtet ist. Im Anhang des Buches finden sich noch der Text der EU-Verordnung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Beweisaufnahme, die EU-PKH-Richtlinie sowie ein EU-Standardformular für einen PKH-Antrag. Hieran schließt sich ein gut 50-seitiges Stichwortverzeichnis an, wobei bei den einzelnen

Stichworten nicht auf die Seitenzahl, sondern auf den Paragraph des FamFG und die Randnummer der Kommentierung verwiesen ist.

Die Qualität der Kommentierung ist durchweg hoch. Obwohl es sich um die 1. Auflage des Kommentars handelt und die Materie teilweise noch sehr jung ist, greift das Werk bereits erste Zweifels- und Streitfragen auf:

- In § 63 Rn. 6 und 7 wird die Fünf-Monats-Frist des § 63 Abs. 3 Abs. 2 FamFG als absolute Beschwerdefrist dargestellt. Dies soll auch dann gelten, wenn in erster Instanz nicht alle materiell Betroffenen als Beteiligte zum Verfahren hinzugezogen wurden und diese daher von der Entscheidung des Gerichts möglicherweise keine Kenntnis erhielten.
- In § 67 Rn. 2 wird erläutert, dass ein Rechtsmittelverzicht durchaus auch vor Erlass der Entscheidung möglich sei. Dies wird mit dem Hinweis auf den dokumentierten Willen des Gesetzgebers begründet, welcher allerdings in dem missverständlichen Wortlaut der Norm des § 67 Abs. 1 FamFG nur undeutlich zum Ausdruck gekommen sei. Diese Regelung betreffe nur die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, nicht auch den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung.
- In § 175 Rn. 2 wird festgestellt, dass aufgrund der gesetzlich festgelegten Verfahrensfähigkeit des Betroffenen im Betreuungsverfahren auch Zustellungen diesem gegenüber wirksam vorgenommen werden könnten mit der Folge des Beginns einer Rechtsmittelfrist. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen für den Fall, dass dem Betroffenen entgegen § 276 FamFG kein Verfahrenspfleger bestellt wurde, obwohl die Voraussetzungen gegeben waren, werden allerdings nicht diskutiert. Gerade die Entscheidung des BVerfG vom 18. Januar 2000 (1 BvR 321/96) hatte ja zur Einführung der Vorbescheidslösung unter dem FGG bzw. zur jetzigen Rechtskraftlösung geführt. Ob dem Rechtsschutzbedürfnis eines tatsächlich geschäftsunfähigen Betroffenen Genüge getan ist, wenn diesem aufgrund seiner Verfahrensfähigkeit eine Genehmigung des Betreuungsgericht zu einem Rechtsgeschäft zugestellt wird, welche dann nach Ablauf der Frist in formelle Rechtskraft erwächst, begegnet Bedenken.
- Eine Zuständigkeit zur Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen nach ausländischem Sachrecht im Rahmen der besonderen Zuständigkeit des Wohnorts des Ausschlagenden gem. § 344 Abs. 7 FamFG wird in § 344 Rn. 37 unter Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes zu Recht verneint.

Trotz der umfassenden und fundierten Kommentierung bleibt hier und da Raum für Verbesserungen. So hätte sich der Praktiker im Rahmen der Kommentierung zu § 38 FamFG deutlichere Ausführungen und Beispiele dazu gewünscht, wann z.B. in Dauerverfahren wie Betreuungsverfahren eine Endentscheidung vorliegt, welche durch förmlichen Beschluss zu ergehen hat, und wann nicht. Hierbei wären auch detaillierte Angaben dazu wünschenswert, wie Entscheidungen, welche nicht durch Beschluss zu ergehen haben, zu behandeln sind. In der Praxis werden diese zumeist als „Verfügung“ betitelt, ein Stichwort, welches sich im Text der Kommentierung zu § 38 findet, nicht aber im Stichwortverzeichnis.

Diese kleinen Mängel vermögen den Gesamteindruck allerdings nicht zu trüben. Nicht nur wegen des angenehmen Schriftbilds und der guten Lesbarkeit des Kommentars, sondern vor allem auch wegen seiner Qualität wird der „Berliner Kommentar“ seinen festen Platz in der Literatur zum FamFG finden. Das Werk kann insbesondere dem im baden-württembergischen Notariat tätigen Betreuungs- und Nachlassrichter uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Christian Bachmayer, Notar, Eppingen

**Bork/Jacoby/Schwab: FamFG: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Auflage, August 2009, gebunden, ca. 1400 Seiten, Gieseking Buchverlag, ISBN 978-3769410518, 118 Euro:**

Zum 1. September 2009 hat durch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) eine gänzlich neue Ära des Verfahrensrechts begonnen.

Vertrautes ist gewichen, Bewährtes findet sich an anderer Stelle wieder, Neues kam hinzu. Die große Herausforderung der täglichen Rechtsanwendung mit dem FamFG besteht insbesondere darin, in der Kürze der regelmäßig zur Verfügung stehenden Zeit auch verfahrensrechtlich alles richtig zu machen.

Hierfür soll insbesondere der hier zu besprechende Kommentar Hilfe, ja Wegbegleiter, sein.

Gibt dieser Kommentar Antworten auf Fragen, die ganz unweigerlich zur Beantwortung anstehen?

Ja, er gibt sie! Er gibt sie ohne Umschweife. Klar, eindeutig und an der Stelle, an der man die Antwort erwartet.

Der Kommentar dient nach meiner Auffassung zuvörderst dem Praktiker, der weniger wissenschaftliche Ausführungen braucht als vielmehr ein Arbeitsmittel zum Zurechtfinden in den Erfordernissen des Verfahrensrechts.

Alle der beinahe 500 Paragraphen des Reformwerks FamFG sind kommentiert. Manche umfangreicher, manche geboten kurz.

Brillant ist der jeweilige Hinweis bei jedem Paragraphen direkt nach dem Gesetzestext und vor dem Beginn der Kommentierung, welche vormalige Norm (insbesondere FGG, ZPO, BGB, HausrVO, GVG) durch den nunmehrigen Paragraphen „ersetzt“ ist.

Den erleichterten Einstieg in einzelne Abschnitte schaffen die teilweise vorhandenen Vorbemerkungen, die einen Überblick über die jeweiligen Normen verschaffen.

Ein Beispiel:

In der Vorbemerkung zu §§ 38 bis 48 FamFG ist unter anderem ausgeführt, dass der dortige Regelungsgegenstand im Wesentlichen „Endentscheidungen“ seien.

Diese ergehen gem. § 38 FamFG (dort auch die Legaldefinition) grundsätzlich durch Beschluss. Ferner werden etwa die einzelnen Arten und Formen, die Angreifbarkeit und die Rechtskraft erläutert.

Das gefällt.

Darüber hinaus werden auch die Zwischen- und Nebenentscheidungen gehörig dargestellt.

Leider hat das FamFG nicht nur neue Zweifelsfragen geschaffen, sondern auch viele schon vor dem 1.9.2009 streitige Rechtsfragen nicht beantwortet. Der vorliegende Kommentar bezieht Stellung.

Ein Beispiel:

Gem. § 275 FamFG ist in Betreuungssachen der Betroffene ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig.

Völlig unproblematisch ist diese bedingungslose Anordnung des Gesetzgebers in Fällen, in denen der Betroffene Verfahrenshandlungen zu seinen Gunsten vornimmt.

Problematisch ist dieser Umstand möglicherweise jedoch dann, wenn sich die Verfahrensfähigkeit zulasten des Betroffenen auswirkt. Als Beispiel wird etwa aufgeführt, dass Zustellungen an den Betroffenen erfolgen, ohne dass dieser zuverlässig damit umgehen könne und gleichwohl etwaige Fristen zu laufen beginnen.

In solchen Fällen könne nach Auffassung des Kommentars eine Frist nicht ausgelöst werden, unberührt des Umstands, dass ohnehin ein Verfahrenspfleger zu bestellen sei.

Ähnliches gelte etwa bei einem Verzicht auf Rechtsmittel, der wohl unbeachtlich bleiben müsse.

Man mag dieser Auffassung folgen – oder auch nicht. Tatsache jedoch ist, dass die Frage einer eindeutigen Position zugeführt wird (mit weiteren Fundstellen in den jeweiligen Fußnoten).

Im Rahmen der Kommentierung des Verfahrens in Nachlass- und Teilungssachen ist bei Randnummer 12 zu § 343 FamFG erläutert, dass das Amtsgericht Berlin-Schöneberg die Angelegenheit an ein anderes Gericht abgeben könne, wenn ein wichtiger Grund vorliege.

§ 343 Abs. 2 FamFG regelt im Gegensatz zu § 73 Abs. 2 FGG a. F. nicht mehr (ausdrücklich), dass die Abgabeverfügung bindend ist.

Diese Bindung ergebe sich jedoch aus der Verwendung des in § 3 FamFG geregelten Begriffs der Verweisung, die nach § 3 Abs. 2 Satz 2 FamFG stets bindend sei.

Ferner sei die Verweisung nicht anfechtbar.

Mein Fazit:

Den Herausgebern und den vielen weiteren Bearbeitern ist ein vorzügliches Werk gelungen. Der Rechtsanwender hat die Frage, der Kommentar gibt die Antwort.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

**FamFG, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Von Ursula Bumiller und Dr. Dirk Harders. 9., völlig neu bearbeitete Auflage, 2009. Verlag C. H. Beck, München. 1190 S., 65,- €.**

Im Mittelpunkt der Neuauflage steht die umfassende Erstkommentierung des neuen FamFG. Schwerpunkt der Erläuterungen ist die Darstellung der systematisch neu gestalteten Verfahrensvorschriften, insbesondere der erstmals gesetzlich geregelte Beteiligtenbegriff, das neue Rechtsmittelsystem unter besonderer Berücksichtigung der befristeten Beschwerde, die Vertretungsregelungen, die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Familiengerichten und den neu geschaffenen Betreuungsgerichten und die Verfahren mit Auslandsbezug. Enthalten sind die Änderungen des FamFG durch den Gesetzentwurf zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts (bei §§ 200 bis 209 FamFG) sowie die Berichtigungen und Ergänzungen des FamFG durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht. Der praxisorientierte Kommentar ist ein hilfreicher Begleiter der FG-Reform, sie gibt dem Rechtsanwender zuverlässig eine Hilfestellung. Beeindruckend ist die Informationsdichte des Kommentars. Das Werk ist ein höchst effizientes Arbeitsinstrument.

Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

**FamFG für Notare mit Erläuterungen und Musterformulierungen. Von Dr. Jörn Heinemann, LL.M., Notar in Rehau. Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009. 416 S., 59,00 €.**

Die Notare und notarielle Praxis scheinen auf den ersten Blick nur am Rande des FamFG tangiert zu sein. Gleichwohl kann die Notarpraxis nicht alles beim Alten belassen, vielmehr muss sie sich z. B. mit den neuen Verfahrensabläufen arrangieren. Deutlich wird dies bei den gerichtlichen Genehmigungen zu Grundstücksverfügungen (Abschn. C des Werkes). Interessant ist auch das Kapitel F (Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen). Auf die Überprüfung von verwahrten Erbverträgen wird ebenso eingegangen wie auf die besonderen Zuständigkeiten bei Erbaus-schlagungen und die Besonderheiten bei Erbscheinen mit Auslandsbezug. Im Kapitel B wird der allgemeine Teil des FamFG erläutert und vor allem auf die Vertretungsbefugnis und Vollmachten (z. B. für Notarmitarbeiter) eingegangen. Im Kapitel K (Vollstreckbare Urkunden) vertritt der Autor zu Recht die Meinung, dass sich aus § 10 FamFG und § 79 ZPO keine Einschrän-

kung der Vertretungsbefugnis zur Abgabe der Unterwerfungserklärung im fremden Namen ergibt und die weithin übliche sog. Finanzierungsvollmacht in jedem Fall statthaft bleibt. Das neue Verfahren der aufgeschobenen Rechtskraft findet auf alle Genehmigungsverfahren Anwendung, deren Einleitung ab dem 1.9.2009 beantragt wurden (Art. 111 FGG-RG). In der Übergangszeit stellt sich im Grundbuchverfahren die Frage, wie dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann, dass die diesem vorgelegte Genehmigung nicht im FamFG-Verfahren, sondern im FGG-Verfahren ergangen ist (Angabe im Gerichtsbeschluss über das Datum der Antragstellung, Gesetzeszitat im Beschluss, Bescheinigung des Gerichts über den Eingang des Genehmigungsantrags, Eigenurkunde des Notars als eigene Wahrnehmung über den Zeitpunkt der Einreichung des Genehmigungsantrags bei Gericht). Interessant ist der Hinweis des Autors, dass die Länder über Art. 147 EGBGB i.V. mit § 486 Abs. 1 FamFG eigene Wege gehen können bei der Übertragung von Nachlassverfahren auf die Notare (Rz. 725; Heinemann DNotZ 2009, 6, 24). Synopsen und Schaubilder ergänzen die Erläuterungen. Das Werk ist uneingeschränkt zu empfehlen und gehört in die Bibliothek eines jeden Notars.

Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

**Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Herausgegeben von Prof. Dr. Hans-Joachim Priester und Prof. Dr. Dieter Mayer. 3. neubearbeitete Aufl. Verlag C.H. Beck, München, 2009, 1733 Seiten, 148,00 €. Vorzugspreis bei Abnahme aller Bände 140 €.**

**Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, Herausgegeben von Dr. Volker Römermann. 2. überarbeitete und erweiterte Auflage. Verlag C. H. Beck, München, 2009, 1296 Seiten, 138,- €.**

**Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht Steuerrecht. Herausgegeben von Dr. Welf Müller und Prof. Dr. Norbert Winkeljohann. 4. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage. Verlag C. H. Beck, München, 2009, 1492 Seiten, 108,- €.**

Alle angezeigten Werke befassen sich mit allen praxisrelevanten Aspekten des GmbH-Rechts. Die Neuauflagen erfolgten aus Anlass der GmbH-Novelle (MoMiG). Dabei wird vor allem auf die neuen Entwicklungen wie z. B. vereinfachte Gründung mit Mustersatzung, Gründung einer Unternehmersgesellschaft (UG haftungsbeschränkt), das Recht der Gesellschafterfinanzierung und der veränderten Kapitalvorschriften, die verschärfte Haftung der

Geschäftsführung usw. eingegangen. Auf das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) wurde ein Ausblick gegeben. Der Aufbau der Werke folgt im Wesentlichen dem Lebenszyklus einer Gesellschaft „von der Wiege“ (Gründung) „bis zur Bahre“ (Insolvenz, Liquidation). Jedes Buch bietet eine fundierte und übersichtliche Darstellung des gesamten GmbH-Rechts.

Das Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ist ein umfassendes Standardwerk, das künftig in sechs Bänden zuverlässig über alle Stadien im Leben der einzelnen Gesellschaftsformen informiert. Rund 80 prägnant zugeschnittene Unterkapitel vermitteln einen tiefen Einblick in die jeweilige Materie. Eine Besprechung der vielen höchstrichterlichen Entscheidungen und die Darstellung internationaler Bezüge runden das Werk ab. Das Handbuch bietet fundierte und übersichtliche, an den Fragen und Informationsansprüchen der gehobenen Praxis orientierte Darstellung des gesamten GmbH-Rechts ohne Beschränkung auf Einzelaspekte. Das Buch ist für den Praktiker geschrieben und ist diesem ein zuverlässiges Arbeitsmittel.

Bei dem Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht werden auch angrenzende Themenfelder wie Rechnungslegung, Steuer, Umwandlung, Unternehmenskauf und Insolvenz praxisgerecht behandelt. Der Rechtsberater erhält viele Tipps und konkrete Handreichungen zum Umgang mit den neuen Bestimmungen. Als Nachschlagewerk ist es bei der Lösung von konkreten Fällen behilflich und hält viele Musterformulierungen und Checklisten – fast wie bei einem Formularbuch – für typische Konstellationen bereit. In besonderen Teilen wird die GmbH/UG (haftungsbeschränkt) & Co KG, die GmbH im Konzern und umwandlungsrechtliche Vorgänge behandelt. Das vorzügliche Handbuch ist als gleichermaßen aktueller wie auch praxisnaher Ratgeber uneingeschränkt empfehlenswert; es ist eine gut gelungene Darstellung der GmbH-Rechtsprobleme in der notariellen und anwaltlichen Praxis.

Das Beck'sche Handbuch der GmbH bringt eine gesellschafts- und steuerrechtlich integrierte Darstellung des GmbH-Rechts. Mit dieser doppelten Ausrichtung werden in dieser Hinsicht praktikable Lösungen angeboten. Kritisch wird der Vergleich GmbH zur Limited (§ 1 Abschnitt D) und zur Unternehmersgesellschaft (§ 1 Abschnitt E) vorgenommen. Bei den Umwandlungsvorgängen werden die Wege in die GmbH und aus der GmbH ausführlich behandelt (§ 14). Beachtenswert auch die Erläuterungen zur GmbH in der Krise (§ 15). Breiten Raum nimmt das Kapitel über die GmbH im Konzern ein (§ 17). Das Werk unterstützt den Rechtsberater bei der Bewältigung der neuen Herausforderungen.

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

# Aktuelles aus dem Steuerrecht

(von Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Notaranwärter, Stuttgart  
& Jan Haubold, Notarvertreter, Nürtingen)

## I. Aktuelles aus der Verwaltung

### 1. Bewertung einer lebenslänglichen Nutzung und Leistung

Mit Schreiben vom 01. Oktober 2009<sup>1</sup> wurden die ab dem Bewertungsstichtag 01. Januar 2010 gültigen Vervielfältiger zur Bewertung einer lebenslänglichen Nutzung und Leistung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG bekanntgegeben.

Die Vervielfältiger basieren auf der am 24. September 2009 veröffentlichten Sterbetafel 2006/2008, des Statistischen Bundesamtes.

### 2. Anwendung des geänderten Mindestpensionsalter bei Rückstellungsbildung

Für beherrschende Gesellschafter- Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften wurde im Rahmen der Einkommensteueränderungsrichtlinien 2008 das Mindestpensionsalter und die damit im Zusammenhang stehende Rückstellungsbildung angepasst. Die Änderung trat grundsätzlich mit Wirkung zum 01. Januar 2008 in Kraft<sup>2</sup>.

Das Bundesministerium der Finanzen weist<sup>3</sup> in Absprache mit den obersten Finanzbehörden der Länder darauf hin, dass es nicht zu beanstanden ist, wenn das geänderte Mindestpensionsalter bilanziell ab dem Wirtschaftsjahr 2010 Berücksichtigung findet. Eine Verrechnung oder anderweitige Verteilung des durch die spätere Anwendung entstehenden Unterschiedsbetrages wird jedoch ausgeschlossen.

### 3. Teilbetriebseigenschaft nach Umwandlungsteuerrecht

Nach der bisher einhelligen Rechtsauffassung von Finanzverwaltung und Rechtsprechung handelt es sich bei einer Beteiligung, die das gesamte Nennkapital einer Kapitalgesellschaft umfasst, um einen Teilbetrieb im Sinne des Umwandlungsteuerrecht<sup>4</sup>. Mit Urteil vom 17. Juli 2008<sup>5</sup> hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass an dieser Rechtsauffassung nicht festgehalten wird.

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Erlass<sup>6</sup> vom 20. Mai 2009 eine Nichtanwendung dieses Urteils bestimmt und gleichzeitig eine gesetzliche Neuregelung angekündigt. In der Konsequenz ist daher weiterhin eine Teilbetriebseigenschaft für 100 %ige Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft anzunehmen.

### 4. Verfassungswidrigkeit der Grundbesitzwerte als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG wird der Anteilserwerb einer Kapitalgesellschaft mit Grundbesitz grunderwerbsteuerlich nach den von der Finanzverwaltung ermittelten Grundbesitzwerten besteuert.

Diese Grundbesitzbewertung nach den §§ 138ff. BewG wurde im Rahmen der Erbschafts- und Schenkungsteuer durch das Bundesverfassungsgericht<sup>7</sup> für verfassungswidrig erklärt. In der Folge wurde mit dem Erbschaftsteuerrechtsreformgesetz<sup>8</sup> die Grundbesitzbewertung für die Erbschafts- und Schenkungsteuer neu geregelt. Fraglich ist nun, inwieweit die bisherige Bewertung weiterhin Anwendung bei der Grunderwerbsteuer finden kann.

Der Bundesfinanzhof hat mit Beschluss vom 27. Mai 2009 das Bundesministerium der Finanzen aufgefordert dem bei sich anhängigen Verfahren beizutreten und Stellung zur obigen Problematik zu beziehen. Gegebenenfalls erwägt der Bundesfinanzhof eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### Nachbesserung beim Mantelkauf

Im Rahmen des Bürgerentlastungsgesetzes wurde eine Nachbesserung bei der Unternehmensteuerreform normiert. Die neu eingeführte Mantelkaufgesetzgebung in § 8c KStG hat im Vergleich zu der bis dahin gültigen Regelung auf eine Sanierungsklausel verzichtet.

Nun wurde in § 8c Abs. 1a KStG eine umfassende Sanierungsklausel aufgenommen. Der Beteiligungserwerb führt nicht mehr zum Verlust der steuerlichen Verlustvorträge, sofern der Erwerb darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu verhindern oder zu beseitigen und die wesentlichen Betriebsstrukturen beibehalten werden. In welchem Umfang die Betriebsstrukturen erhalten werden müssen, kann der Gesetzesbegründung<sup>9</sup> entnommen werden.

War der Geschäftsbetrieb zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbes bereits eingestellt oder vollzieht sich innerhalb von 5 Jahren ein Branchenwechsel, findet die Sanierungsklausel keine Anwendung. Die Sanierungsklausel ist erstmals für den Veranlagungszeitraum 2008 anwendbar.

<sup>1</sup> Geschäftszeichen: IV C 2 - S 3104/09/10001; Dokumentennummer: 2009/0646710.

<sup>2</sup> Geburtsjahrgänge	Mindestpensionsalter
bis 1952	65
ab 1953 bis 1961	66
ab 1962	67.

<sup>3</sup> Schreiben vom 03.07.2009; Geschäftszeichen: IV C 6 - S 2176/07/10004; Dokumentennummer: 2009/0439435.

<sup>4</sup> in Hinblick auf § 24 UmwStG.

<sup>5</sup> Betriebsberater 2008, 2452.

<sup>6</sup> Geschäftszeichen: IV C 6 - S 2134/07/10005; Dokumentennummer: 2009/0300414.

<sup>7</sup> Beschluss vom 07. November 2006.

<sup>8</sup> vom 24. Dezember 2008.

<sup>9</sup> BT-Drs. 567/09.

## II. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

### 1. Umsatzsteuer

#### Grundstücksveräußerung und Bauverpflichtung: einheitliche Leistung<sup>10</sup>

Die Lieferung von Grundstücken und auch alle übrigen Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuerrecht zu subsumieren sind, sind gemäß § 4 Nr. 9a UStG umsatzsteuerbefreit. In dem vom Bundesfinanzhof zu entscheidenden Sachverhalt ging es um die Erstreckung dieser Steuerbefreiung.

Eine Kommanditgesellschaft - nachfolgend Klägerin genannt - veräußerte zwei Grundstücke an eine Erwerbsgemeinschaft. In einer weiteren notariellen Urkunde des gleichen Tages und vor dem identischen Notar wurde ein Generalunternehmervertrag abgeschlossen. Darin verpflichtete sich die Klägerin auf den Grundstücken ein schlüsselfertiges Büro- und Geschäftshaus zu errichten. Alle damit im Zusammenhang stehenden Leistungen, wie zum Beispiel Architekten- und Ingenieurleistungen, sowie die Bauleitung wurden ebenfalls von der Klägerin übernommen.

Der zweite notarielle Vertrag verwies ausdrücklich auf den Grundstückskaufvertrag und es wurden zur Verknüpfung beider Verträge verschiedene Rücktrittsrechte vereinbart. In einem Absatz des Generalunternehmervertrages wurde die zu erbringende Gegenleistung als Teilleistung in Verbindung mit dem Kaufpreis der Grundstücke bezeichnet. Bezüglich der Umsatzsteuer ist im Grundstückskaufvertrag keine Regelung getroffen. Im Generalunternehmervertrag wurde eine Umsatzsteuer ausgewiesen und vorsorglich auf eine mögliche Befreiung im Sinne von § 4 Nr. 9a UStG verzichtet.

Das Finanzamt berücksichtigte diesen Vorgang, indem es auch für die Grundstücksveräußerung eine Umsatzsteuer festsetzte. Zur Begründung führte es an, dass beide Verträge umsatzsteuerlich eine zusammenhängende Leistung enthalten und somit der Verzicht auf die Steuerbefreiung nur einheitlich erklärt werden kann. Dieser wurde ausdrücklich erklärt und erstreckt sich daher ebenfalls auf den Grundstückskaufvertrag.

Dem widersprach die Klägerin, indem Sie anführt, dass ein Parteiwille hin zu einer zusammenhängenden Leistung keine Maßgabe im Besteuerungsverfahren hat. Weiterhin wurde das Optionsrecht zum Verzicht auf die Steuerbefreiung ausdrücklich nicht für die Grundstückslieferung erklärt, insofern muss es beim gesetzlichen Regelfall verbleiben. Zur Bestärkung dieser Argumente verwies die Klägerin auf frühere Entscheidungen des Bundesfinanzhofs in ähnlich gelagerten Fällen.

Der Bundesfinanzhof wies mit seiner Entscheidung vom 19. März 2009 die Klage als unbegründet zurück. Da die Umsatzsteuer eine ausgeprägte europarechtliche Komponente beinhaltet verwies der BFH zu vorderst auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Dieser hat in mehreren Grundsatzentscheidungen geurteilt, dass grundsätzlich jede Leistung getrennt zu beurteilen ist, aber gleichzeitig keine künstliche Aufspaltung von einheitlichen Leistungen stattfinden soll.

Von einer einheitlichen Leistung kann immer dann ausgegangen werden, wenn es sich erkennbar um Haupt- und Neben-

leistung handelt. Des Weiteren wenn Leistungen von der Art und dem angestrebten Zweck zusammengehören. Dabei ist ausschlaggebend welchen Charakter die Leistungen für einen objektiven Durchschnittsverbraucher haben.

Nicht maßgeblich ist es hingegen, dass zwei Kaufpreise vereinbart werden oder dass zwei Vertragsurkunden geschlossen sind. Bereits eine einzelne Urkunde kann mehrere getrennt von einander zu beurteilende Leistungen beinhalten, so dass im Umkehrschluss auch mehrere Urkunden eine Leistung definieren und ausgestalten können.

Das vereinbaren von unterschiedlichen Zahlungszielen und Fertigstellungs- bzw. Übergabezeitpunkten vermag an der Einheitlichkeit der Leistung nichts zu ändern. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass eine Identität des Leistenden in beiden Verträgen besteht und das sichtbar ein Zusammenhang hergestellt wurde durch gegenseitige Bezugnahme und das in Abhängigkeit stellen in der Form von Rücktrittsrechten, sowie die angedeutete Zusammensetzung eines Gesamtpreises für alle Leistungen.

Im Ergebnis vermag auch der Einwand bezogen auf frühere Entscheidungen des Bundesfinanzhofs nicht zu verfangen. In all diesen Entscheidungen gab es keine Identität auf Leistungserbringer- oder Leistungsempfängerseite. Im Übrigen unterliegt die Beurteilung der Einheitlichkeit von Leistungen grundsätzlich einer Einzelfallprüfung, ausgerichtet an den vom BFH vorgegebenen Anhaltspunkten.

### 2. Grunderwerbsteuer

#### Grunderwerbsteuerliche Behandlung von Kosten für Grundstückssanierung<sup>11</sup>

Dem Bundesfinanzhof wurde der nachfolgende Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt. Die spätere Klägerin hat von der Bundesrepublik Deutschland ein vormals militärisch genutztes Grundstück erworben und beabsichtigt auf diesem Grundstück eine Wohnungsbebauung. Durch die frühere Nutzung des Grundstücks bestand ein, der Sache nach bekannter Sanierungsbedarf.

Die Veräußerin stand bereits vor der Veräußerung in umfangreichen Schriftverkehr mit der Gemeinde über die zeitnah zu erbringenden Sanierungsmaßnahmen. Im Grundstückskaufvertrag verpflichtete sich die Klägerin, die BRD von allen im Zusammenhang mit der anstehenden Sanierung entstehenden Kosten freizustellen. Das Grundstück wurde verkauft wie besehen und ein Gewährleistungsausschluss, insbesondere in Hinblick auf die Bodenbeschaffenheit, vereinbart. In der Vertragsurkunde wurde festgehalten, dass der momentane Zustand des Grundstücks einer Wohnungsbebauung entgegensteht. Zum Ausschluss jeglichen Haftungsrisikos verpflichtete sich die Klägerin gegenüber der BRD, diese von jeglichen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen freizustellen und eine umfassende Sanierung gutachtlich nachzuweisen.

Das Finanzamt setzte in der Folgezeit die Grunderwerbsteuer fest. Dabei berücksichtigte es die umfangreichen Sanierungskosten als Gegenleistungen im Grundstückskaufvertrag. Gegenleistung ist dabei alles, was für den vereinbarten Vertragsgegenstand geschuldet war. Als Vertragsgegenstand wurde in diesem Fall folglich ein saniertes Grundstück angenommen.

<sup>10</sup> BFH DStRE 2009, 886.

<sup>11</sup> BFH DStRE 2009, 1073.

Dagegen wandte sich die Klägerin mit der Begründung, dass vielmehr ein unsaniertes Grundstück Vertragsgegenstand ist.

Der Bundesfinanzhof gab der Klage statt. Es ist richtig, dass zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung alles zu rechnen ist, was der Erwerber aufwendet um das Grundstück zu erlangen. Entscheidend ist allerdings in welchem Zustand das Grundstück zum Gegenstand des Vertrages wurde.

Hierzu wird regelmäßig der Kaufvertrag herangezogen. Dieser gibt ausdrücklich zu erkennen, dass ein unsaniertes Grundstück geschuldet ist und das der Erwerber eigenständig für eine spätere Bebaubarkeit zu sorgen hat. In der Konsequenz ist dies mit dem Erwerb eines Grundstück vergleichbar, bei dem Erschließungsarbeiten noch nicht durchgeführt und Erschließungskosten noch nicht festgesetzt wurden. Ein lediglich zu erwartender öffentlich-rechtlicher Verpflichtungstatbestand reicht nicht aus. Die Verpflichtung muss auf Seiten des Veräußerers bereits festgestellt worden sein. Hierzu ist eine Sanierungsverfügung notwendig. Diese war hier trotz umfänglichen Schriftverkehrs noch nicht ergangen. Mit dieser Auffassung stellt sich der BFH gegen die Finanzverwaltung. Diese hat es für ausreichend erachtet, dass eine zukünftige Verpflichtung dem Grunde nach hinreichend bestimmt ist.

Aus der übernommenen Verpflichtung zur Sanierung und der damit im Zusammenhang stehenden Freistellung der BRD kann nicht geschlussfolgert werden, dass die Klägerin Verpflichtungen der Veräußerin übernimmt. Vielmehr handelt es sich um Maßnahmen, die der durch die Klägerin angestrebten Bebauung dienen und somit der Klägerin zu Gute kommen.

Im Ergebnis ist darauf abzustellen in welchem Zustand das Grundstück zum Gegenstand des Kaufvertrages wurde. Dabei können die Grundsätze der Rechtsprechung und die Verwaltungsanweisungen für Erschließungskosten analog angewandt werden. Dies führt hier dazu, dass ein unsaniertes Grundstück geschuldet ist und daher die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer um die Sanierungskosten zu reduzieren ist.

### 3. Erbschafts- und Einkommensteuer

#### Verdeckte Mitunternehmerschaft und Betriebsunterbrechung<sup>12</sup>

Im Rahmen einer Generationennachfolge ist der Notar gegebenenfalls mit dem Wunsch konfrontiert, eine Übergabe von Gesellschaftsvermögen beratend zu begleiten und gleichzeitig die steuerlichen Aspekte zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang hatte der Bundesfinanzhof zu klären, inwieweit der Zurückbehalt von Sonderbetriebsvermögen im Erbgang steuerschädlich ist.

Ein Kommanditist einer GmbH & Co. KG hatte zu Lebzeiten die Kommanditbeteiligung an seine Tochter, die spätere Klägerin übertragen.

Neben der Kommanditbeteiligung wurde noch die Beteiligung an der Komplementär-GmbH mitübertragen, bis auf einen Anteil von 2 %, die beim Vater verblieben. Im Rahmen

der notariellen Nachfolgeregelung, die begleitet wurde von einem umfassenden Erb- und Pflichtteilsverzicht, wurde der Gesellschaftsvertrag insofern angepasst, als dem Übergeber ein Vetorecht gegen alle das gewöhnliche Maß übersteigende Entscheidungen der Gesellschaft eingeräumt wurde. Gleichzeitig blieb der Übergeber bis zu seinem Tod Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, die ihrerseits nicht am Vermögen der Kommanditgesellschaft beteiligt war.

Beim Tod des ehemaligen Kommanditisten waren noch der 2 %ige Anteil an der Komplementär-GmbH, sowie umfangreiche Forderungen vorhanden, die der Vater gegenüber der GmbH & Co. KG hatte.

Diese Forderungen stellten zweifelsfrei bis zur Übergabe der Kommanditbeteiligung steuerliches Sonderbetriebsvermögen dar. Sonderbetriebsvermögen umfasst Wirtschaftsgüter oder auch Forderungen, die keinen Teil des Gesellschafts- oder Gesamthandsvermögens darstellen und dennoch der gewerblichen Betätigung des Mitunternehmers zuzuordnen sind<sup>13</sup>.

Die Klägerin begehrte im Rahmen der Erbschaftsteuerfestsetzung die Berücksichtigung des damals gültigen Wertabschlags für Betriebsvermögen gemäß § 13a Abs. 2 ErbStG a.F. auf 60 %. Der Freibetrag nach § 13a Abs. 1 ErbStG a.F. war bereits durch die Vorschenkungen ausgeschöpft.

Das Finanzamt berücksichtigte den Wertabschlag nicht und ging bei der Berechnung der Erbschaftsteuer davon aus, dass es sich bei den Forderungen nicht um begünstigtes Betriebsvermögen handelt. Vielmehr ist die Eigenschaft als Sonderbetriebsvermögen verloren gegangen, als die Kommanditbeteiligung auf die Klägerin übertragen wurde.

Dem trat die Klägerin im Verfahren bis zum Bundesfinanzhof entgegen. Zur Begründung führte die Klägerin an, dass die Eigenschaft als Sonderbetriebsvermögen weiter Bestand hatte, da zwischen dem ehemaligen Kommanditisten und der Gesellschaft eine Innengesellschaft in der Form einer verdeckten Mitunternehmerschaft begründet wurde. In den Grenzen dieser Mitunternehmerschaft hat der ehemalige Kommanditist weiterhin Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG gezeigt. Die Mitunternehmerinitiative gründet sich auf der Geschäftsführerposition bei der Komplementär-GmbH, die maßgeblichen Einfluss auf die Kommanditgesellschaft hat und auf das Vetorecht im Gesellschaftsvertrag.

Nach Ansicht der Klägerin hat Ihr Vater das Mitunternehmerisiko dadurch getragen, dass er der Gesellschaft umfangreiche und zum Teil ungesicherte Darlehen zur Verfügung gestellt hat, die im Falle einer Insolvenz uneinbringlich gewesen wären. Im Übrigen kann in der Übergabe der Kommanditbeteiligung keine Aufgabe der Mitunternehmerstellung gesehen werden, sondern lediglich eine steuerunschädliche Betriebsunterbrechung.

Diesen Argumenten der Klägerin folgte der Bundesfinanzhof in seinem Urteil vom 21. April 2009 ausdrücklich nicht.

Voraussetzung für die Begünstigung im Sinne von § 13a Abs. 2 ErbStG a.F. ist die Beibehaltung einer Mitunternehmerstellung bis zum Tode des Gesellschafters und eine Fortführung auf Seiten des neuen Gesellschafters. An der Fortführung bestehen in diesem Kontext keine Bedenken.

<sup>12</sup> BFH ZEV 2009, 417.

<sup>13</sup> Zum Begriff des Sonderbetriebsvermögens und zur Differenzierung zwischen SBV I und II siehe auch Mensch BWNNotZ 2007, 142.



Mit der Übergabe der Kommanditbeteiligung im Rahmen der Generationennachfolge endete die Mitunternehmerstellung des Altgesellschafters. Eine vom Großen Senat des Bundesfinanzhofs<sup>14</sup> entwickelte verdeckte Mitunternehmerschaft liegt ebenfalls nicht vor.

Bei einer verdeckten Mitunternehmerschaft handelt es sich um eine Innengesellschaft. Auch eine solche Innengesellschaft setzt eine Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Innengesellschafter über die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks voraus. Sofern, wie in diesem Fall, keine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, muss das tatsächliche Verhalten der Beteiligten Berücksichtigung finden. Dabei sind vor allem die vertraglichen Beziehungen zu untersuchen und es ist zu beurteilen, ob Leistung und Gegenleistung im Vordergrund stehen oder ein übergeordneter Gesellschaftszweck. Bei den in diesem Fall getroffenen Abreden, im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung, kann keine gemeinsame Zweckverfolgung erkannt werden.

Des Weiteren müsste auch bei bestehender Innengesellschaft eine steuerliche Mitunternehmerstellung vorliegen. Diese setzt sich aus Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko zusammen. Mitunternehmerisiko ist dabei eine Beteiligung an den Gewinnen, Verlusten, stillen Reserven und am Geschäftswert.

In diesem Fall fehlt es sowohl an der Gewinnbeteiligung, als auch an der Partizipation an der Gesellschaftsentwicklung bei den stillen Reserven und dem Geschäftswert. Mit der Zinszahlung für die Darlehensgewährung hat der ehemalige Kommanditist keine Gewinnbeteiligung erhalten. Auch die Geschäftsführerstellung mit der im Zusammenhang stehenden Vergütung stellt keine Gewinnbeteiligung dar. Eine sol-

che könnte nur unterstellt werden, soweit eine erhöhte Vergütung oder ein erhöhter Zinssatz vereinbart waren. Beides ist nicht erkennbar.

Da es bereits an der Voraussetzung für eine Mitunternehmerschaft fehlt, brauchte der BFH die Frage nach einer möglichen Innengesellschaft nicht abschließend klären. Ebenfalls ohne Bedeutung war die Annahme einer möglichen Betriebsunterbrechung. Diese entfaltet nur dann eine steuerunschädliche Wirkung, wenn nach der Betriebsunterbrechung ein Betrieb, Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil übergehen. In diesem Fall trifft dies mit dem Übergang von Darlehensforderungen nicht zu.

Das Urteil des Bundesfinanzhofs hat trotz der Tatsache, dass es zum alten Erbschaftsteuerrecht ergangen ist, auch nach dem 01.01.2009 enorme Bedeutung. Zum Einen stellt der BFH noch mal die Kriterien einer verdeckten Mitunternehmerschaft dar. Zum Anderen kann das Sonderbetriebsvermögen auch aus Wirtschaftsgütern mit stillen Reserven, wie zum Beispiel einem Grundstück, bestehen. Dies würde eine Aufdeckung der stillen Reserven nach sich ziehen, sobald die Kommanditbeteiligung übertragen wurde. Des Weiteren knüpft auch das neue Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht Begünstigungen an die Eigenschaft als Betriebsvermögen.

In der Beratungspraxis könnte es daher gegebenenfalls angeraten sein, nicht die ganze Kommanditbeteiligung im Wege der Generationennachfolge zu übertragen, oder vertraglich eine verdeckte Mitunternehmerschaft mit ausgestalteten Mitunternehmerisiko und geregelter Mitunternehmerinitiative zu begründen.

<sup>14</sup> Gr. S. 25.06.1984 BFHE 141, 405.

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856). verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 7,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).