

## GmbH-Musterformulierungen

### ■ Schenkung eines Geschäftsanteils

#### Hinweise zur Gestaltung des Schenkungs- und Abtretungsvertrags

von Ulrich Weber, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, und Dr. Martin Lohr, Notarassessor, beide Köln

Überträgt der Unternehmensinhaber Geschäftsanteile schenkweise auf seine Kinder, kann die Übertragung der schrittweisen Einbindung der Nachfolgeneration in die Unternehmensverantwortung dienen. Darüber hinaus kommen steuerliche Motive in Betracht, insbesondere die mehrfache Ausnutzung der Schenkungssteuerfreibeträge (§ 14 ErbStG). Vor dem Vollzug der Schenkung sollte jedoch die zivil- und steuerrechtliche Lage eingehend geprüft werden:

#### I. Vorüberlegungen

**Prüfung der Satzung vor der Übertragung:** Bei einer Einmann-GmbH ist vor der Aufnahme des bzw. der neuen Gesellschafter(s) zu prüfen, ob die Satzung, die in vielen Fällen nur den gesetzlichen Mindestinhalt vorsieht, erweitert werden muss. Bleibt der Veräußerer als Mehrheitsgesellschafter an der Gesellschaft beteiligt, sollten vor der Übertragung Regelungen zur Ergebnisverwendung, zur Einziehung des Geschäftsanteils und zur Gesellschafternachfolge im Todesfall in die Satzung aufgenommen werden. Zudem kommen eine Vinkulierungsklausel (§ 15 Abs. 5 GmbHG) und ein Sonderrecht des Veräußerers auf die Geschäftsführung in Betracht.

**Prüfung einer Umwandlung vor der Schenkung:** Vor der Abtretung sollte geprüft werden, ob durch die Umwandlung der GmbH in eine Personengesellschaft, insbesondere in Form der GmbH & Co. KG, die Schenkungssteuerlast reduziert werden kann. Bei ertragsstarken Gesellschaften führt das Stuttgarter Verfahren, das bei der Bewertung der GmbH-Anteile zur Anwendung kommt, zu einer deutlich höheren Bemessungsgrundlage (vgl. hierzu mit Beispielen: *Schwedhelm*, GmbH-StB 2002, 77 ff.).

**Prüfung der steuerlichen Begünstigung des § 13 a ErbStG:** Sofern der Veräußerer mit mehr als 25 % an der GmbH beteiligt ist, wird auf Antrag ein Freibetrag in Höhe von 256 000 € gewährt. Der verbleibende Wert wird mit 60 % angesetzt. Auf Grund der Änderung des § 13 a ErbStG setzt die Begünstigung der schenkweisen Übertragung nicht mehr voraus, dass die Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgt. Insbesondere stehen Widerrufsvorbehalte des Schenkers der Inanspruchnahme des Freibetrags nicht entgegen.

**Vermeidung ertragsteuerlicher Risiken:** Werden auf den übertragenden Geschäftsanteil entfallende Dividendenzahlungen auf das Konto des Schenkers überwiesen, so dass keine klare Vermögenstrennung besteht, werden nach Auffassung des FG Münster die Gewinnausschüttungen nicht dem Beschenkten, sondern dem Schenker zugerechnet (FG Münster v. 28. 9. 2001 – 11 K 908/00, GmbH-StB 2002, 34, nrkr.). Vorsorglich sind auch Stimmvollmachten zu vermeiden, auf Grund derer der Schenker weiterhin die Stimmrechte aus dem Anteil wahrnimmt.

#### II. Vertragsformulierung

**Ausgangsfall:** Der Alleingesellschafter beabsichtigt, seinem Sohn, der bereits als Angestellter für das Unternehmen tätig ist, schenkweise eine Beteiligung einzuräumen. Der Schenker bleibt Mehrheitsgesellschafter und leitet weiterhin als Geschäftsführer das Unternehmen.

#### Beraterhinweise zum Schenkungs- und Übertragungsvertrag

**Form der Schenkung:** Der Schenkungs- und Abtretungsvertrag bedarf der notariellen Beurkundung (§§ 518 BGB, 15 Abs. 2 und 3 GmbHG).

**Schenkungen an Minderjährige:** Schenken Eltern minderjährigen Kindern Geschäftsanteile, sind die Eltern an der gesetzlichen Vertretung gehindert. Es ist ein *Ergänzungspfleger* zu bestellen (§ 1909 BGB). Eine Genehmigung durch das *Vormundschaftsgericht* ist nach § 1822 Nr. 10 BGB erforderlich, wenn Haftungsgefahren für

#### Musterformulierung des Schenkungs- und Übertragungsvertrages

Verhandelt am \*\*\* zu \*\*\*

Vor dem Notar \*\*\* erschienen

1. Herr \*\*\*, geboren am \*\*\*, wohnhaft in \*\*\*, nachfolgend Schenker genannt,
2. dessen Sohn, Herr \*\*\*, geboren am \*\*\*, wohnhaft in \*\*\*, nachfolgend „Beschenkter“ genannt.

den Minderjährigen bestehen, z.B. auf Grund einer Nachschusspflicht (vgl. BGH v. 20.2.1989 – II ZR 148/88, GmbHR 1989, 327). In Zweifelsfällen sollte vorsorglich die Genehmigung beantragt werden.

**Zustimmungserfordernisse:** Auch wenn die Satzung eine *Vinkulierungsklausel* vorsieht, nach der die Übertragung der Zustimmung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafterversammlung bedarf, ist die Zustimmung nicht erforderlich, wenn der Alleingesellschafter Anteile überträgt. Demgegenüber müssen in der mehrgliedrigen Gesellschaft Zustimmungserfordernisse beachtet werden (vgl. OLG Hamm v. 6.4.2000 – 27 U 78/99, ZEV 2001, 69, zur Frage eines Zustimmungsanspruchs des Veräußerers bei vorweggenommener Erbfolge).

**Die Teilung eines Geschäftsanteils** bedarf bei der Einmann-GmbH entgegen dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 GmbHG nicht der Genehmigung der Gesellschaft (BGH v. 6.6.1988 – II ZR 318/87, NJW 1989, 168 [170]).

**Die unentgeltliche Abtretung** des Geschäftsanteils unterliegt den Vorschriften des Schenkungsrechts (§§ 516ff. BGB). Schenkungs- und Gesellschaftsrecht stehen nebeneinander. Dies gilt insbesondere für die gesetzlichen *Widerrufsvorschriften* der §§ 528, 530 BGB.

**Beachte:** Eine gravierende Verletzung der Satzungsregelungen bzw. der gesellschaftlichen Treuepflicht durch den Erwerber kann daher nicht nur eine in der Satzung vorgesehene Einziehung des Geschäftsanteils rechtfertigen, sondern im Einzelfall auch als *grober Undank* i. S. d. § 530 BGB gewertet werden, so dass der Erwerber im Fall des Widerrufs der Schenkung den Anteil – entschädigungslos – zurückübertragen muss (vgl. BGH v. 4.12.2002 – X ZR 167/99, ZEV 2002, 114 zum Widerruf bei Wettbewerbshandlungen des Erwerbers).

**Eine Gewinnausschüttung** wird steuerlich gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2a EStG dem Anteilsinhaber zugerechnet. Dies ist der zivilrechtliche Anteilsinhaber, sofern kein anderer die *tatsächliche Herrschaft* ausübt (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO). Abweichende Vereinbarungen sind unbeachtlich.

**Beachte:** Stehen dem Veräußerer nach der Abtretungsvereinbarung noch nicht festgestellte Gewinne zu, droht die Gefahr einer doppelten Versteuerung (vgl. hierzu, insbesondere zu Gestaltungsmöglichkeiten: *Olbing*, GmbH-StB 1999, 112).

**Haftung des Schenkers:** Der Haftungsmaßstab des § 521 BGB (Haftung des Schenkers nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit) kann auf eine Vorsatzhaftung reduziert werden.

*Die Erschienenen wiesen sich durch Vorlage ihrer amtlichen Lichtbildausweise aus.*

*Die Erschienenen erklärten:*

#### **Vorbemerkung**

*An der im Handelsregister des Amtsgerichts \*\*\* unter HR B \*\*\* eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma \*\*\* mit dem Sitz in \*\*\* ist der Schenker mit einem Geschäftsanteil von 25 000 € beteiligt.*

*Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25 000 €. Die Gesellschaft wurde errichtet am \*\*\* (UR.Nr. \*\*\*/\*\*\* des Notars \*\*\* in \*\*\*).*

*Die Gesellschaft hat keinen Grundbesitz.*

*Der Erschienenen zu 1 erklärte:*

#### **A. Teilung des Geschäftsanteils**

*Zum Zwecke der nachfolgenden Übertragung teilt der Schenker seinen Geschäftsanteil von 25 000 € in zwei Geschäftsanteile von 13 000 € und 12 000 €.*

*Sodann erklärten die Erschienenen:*

#### **B. Schenkungs- und Abtretungsvertrag**

##### **§ 1**

#### **Schenkung und Abtretung**

- (1) Der Schenker schenkt den Geschäftsanteil von 12 000 € dem Beschenkten und tritt diesen Anteil an den dies annehmenden Beschenkten ab.*
- (2) Die Beteiligten vereinbaren, dass der Geschäftsanteil mit Wirkung zum \*\*\* schuldrechtlich auf den Beschenkten übergeht und der Beschenkte mit diesem Zeitpunkt in alle Rechte und Pflichten aus dem übertragenen Geschäftsanteil eintritt.*

##### **§ 2**

#### **Gewinnansprüche**

- (1) Das Bezugsrecht aus dem übertragenen Geschäftsanteil für den Gewinn des laufenden Geschäftsjahres geht auf den Beschenkten über.*
- (2) Dies gilt auch für Gewinne zurückliegender Jahre, für die bis heute noch kein Jahresabschluss festgestellt und kein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wurden, so dass noch nicht verwendete Gewinne ausschließlich dem Beschenkten zustehen.*

##### **§ 3**

#### **Haftung des Schenkers für Mängel**

*Für die Haftung des Schenkers gelten im Übrigen die §§ 521 bis 524 BGB, jedoch mit der Maßgabe, dass die Haftung des Schenkers auf Vorsatz beschränkt wird.*

**Widerruf der Schenkung:** Der Schenker will sich regelmäßig über die gesetzlichen Widerrufsgründe des § 528 BGB (Verarmung des Beschenkten) und des § 530 BGB (grober Undank des Beschenkten) hinaus den Widerruf für weitere Fälle vorbehalten (ausführlich hierzu: *Klump*, ZEV 1995, 385 ff.).

**Gründe eines Widerrufs:** Den Beteiligten steht es (innerhalb der allgemeinen Grenzen der §§ 138, 242 BGB) frei, Widerrufsgründe festzulegen. Eine Rückforderung für den Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils ohne Zustimmung des Schenkers ist nur dann aufzunehmen, wenn die Satzung keine Vinkulierungsklausel vorsieht.

**Beraterhinweis:** Als Widerrufsgründe können auch Tatbestände definiert werden, die nach der Satzung die *Einziehung* des Geschäftsanteils rechtfertigen. Für den Veräußerer ist die schenkungsrechtliche Rückabwicklung vorteilhafter, weil er – anders als bei der Einziehung – den Geschäftsanteil zurückerhält und der Schenknehmer keine Abfindung fordern kann.

**Ein freies Widerrufsrecht** ist (zivilrechtlich) zulässig. Der Veräußerer kann hierdurch Unwägbarkeiten vermeiden, die bei der Vereinbarung einzelner Widerrufsgründe bestehen (*Sina*, GmbHR 2002, 58). **Vorsicht:** Ertragsteuerlich werden die Anteile bei einem freien Widerrufsrecht und einer entsprechenden Rückübertragungsvollmacht jedoch weiterhin dem Veräußerer zugerechnet.

**Vollmacht:** Ohne eine Bevollmächtigung (i. S. d. nebenstehenden Ziff. 3) müsste der Schenker ggf. Klage auf Abtretung des Geschäftsanteils erheben.

**Beraterhinweis:** Statt einer Vollmacht kann auch ein Angebot des Schenknehmers auf Rückabtretung des Geschäftsanteils aufgenommen werden. Zulässig ist auch die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung, nach der bei einem der o. g. Gründe die Übertragung ohne weitere Erklärungen der Beteiligten gegenstandslos wird.

**Pflichtteil:** Kommen Pflichtteilergänzungsansprüche Dritter (§§ 2325, 2327 BGB) in Betracht, ist ggf. zu prüfen, ob die Berechtigten zu einer entsprechenden Verzichtserklärung bereit sind.

**Anmeldung bei der Gesellschaft:** Die Anmeldung ist auch dann erforderlich, wenn der Alleingesellschafter seine Geschäftsanteile veräußert (BGH v. 15.4.1991 – II ZR 209/90, BB 1991, 1071).

**Kosten:** Hinsichtlich der Notarkosten fällt eine 20/10-Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO an. Der Wert richtet sich nach § 30 Abs. 1 KostO. Hiernach ist der tatsächliche Wert des Anteils zu Grunde zu legen.

#### § 4 Widerruf

- (1) *Der Schenker ist zum Widerruf der Schenkung berechtigt, wenn*
- (a) *der Beschenkte vor dem Schenker verstirbt;*
  - (b) *der Beschenkte gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder seine Treuepflichten als Gesellschafter verstößt;*
  - (c) *über das Vermögen des Beschenkten das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird oder*
  - (d) *die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil betrieben wird; oder*
  - (e) *einer der gesetzlichen Widerrufsgründe der §§ 528, 530 BGB vorliegt (Verarmung des Schenkers, grober Undank des Beschenkten)*
- (2) *Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten und bedarf zu seiner Wirksamkeit der Schriftform. Das Widerrufsrecht kann nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten ausgeübt werden, nachdem der Schenker Kenntnis von den Tatsachen erlangt hat, die den Widerruf rechtfertigen.*
- (3) *Der Beschenkte ist im Fall des Widerrufs zur Rückübertragung des Geschäftsanteils verpflichtet. Der Beschenkte bevollmächtigt den Schenker unwiderruflich, die Verpflichtungs- und Abtretungserklärung im Namen des Beschenkten abzugeben. Der Schenker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Vollmacht erlischt nicht durch den Tod des Beschenkten.*

#### § 5 Pflichtteilsanrechnung / Ausgleichspflicht

*Der Beschenkte muss sich den Wert der Schenkung auf seinen Pflichtteil (§ 2315 BGB) sowie auf sein künftiges Erbrecht (§§ 2050 bis 2052 BGB) anrechnen lassen.*

#### § 6 Anmeldung

*Der Schenker nimmt als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschaft für diese die Anmeldung der Veräußerung (§ 16 Abs. 1 GmbHG) entgegen.*

#### § 7 Kosten

*Die mit dieser Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Kosten trägt der Beschenkte.*

## GmbH-Musterformulierungen

**Haftung:** Auch bei der unentgeltlichen Übertragung haftet der Erwerber hinsichtlich der Ansprüche der Gesellschaft gegen den Schenker auf Erfüllung der Stammeinlagepflichten, der Einlagepflichten des Schenkers aus einer Differenzhaftung (§9 GmbHG), Einlagepflichten aus einer Unterbilanzhaftung sowie der Zahlungspflichtigen auf Grund einer Ausfallhaftung gem. §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG.

**Beachte:** Unterbleibt die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste (§40 Abs.1 GmbHG), haften die Geschäftsführer für die daraus entstehenden Schäden (Abs.2).

*Der Notar hat hingewiesen auf*

- *die Haftung des Schenknehmers für ausstehende Leistungen des Schenkers auf die Stammeinlagen und für sonstige Ansprüche der Gesellschaft gegen den Schenker,*
- *die Verpflichtung der Gesellschaft zur unverzüglichen Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste zum Handelsregister.*

*Diese Niederschrift wurde den Erschienenen vom Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar eigenhändig wie folgt unterschrieben:*