

Steuerberaterverband Düsseldorf

Die Umwandlung in der Unternehmensnachfolge

Prof. Dr. Heribert Heckschen
Notar in Dresden

A.

Grundsätzliche Vorkehrungen

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

I. Die „richtige“ Unternehmensform

Nachteile des e. K.

Fallbeispiel:

Der Unternehmer U betreibt als e.K. eine Tankstelle mit integrierter Verkaufsfläche. Beim Betrieb der Tankstelle wird U durch seine Ehefrau unterstützt, Handlungsvollmacht oder Prokura besteht für sie jedoch nicht. Darüber hinaus ist U auch Gesellschafter der A-GmbH. U plant, seinen Anteil schenkungsweise an seinen Sohn S im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu übertragen. Hierzu kommt es jedoch nicht mehr, da U aufgrund eines plötzlichen Schlaganfalls von einem Tag auf den anderen nicht mehr in der Lage ist, sich um seine Angelegenheiten zu kümmern.

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

I. Die „richtige“ Unternehmensform

Nachteile des e. K.

- persönliche Haftung des e.K.
 - Prob. Beteiligung der Nachfolgegeneration
 - keine Fremdgeschäftsführung
 - Keine Mitarbeiterbeteiligung
 - Im Todesfall entsteht in der Regel eine Erbengemeinschaft
 - prob. Unternehmensträger
 - nicht umwandlungsfähig
 - Testamentsvollstreckung nur über Hilfskonstruktion mgl.
- Aufgabe der Nachfolgeplanung ist daher die Überführung in eine Rechtsform die geordnete Nachfolge ermöglicht

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

(P) Betreuerbestellung

Grundsatz: Betreuerbestellung nach § 1896 Abs. 1 BGB

- Gefahrenquellen für Gesellschaft:
 - Person des Betreuers
 - Gegenbetreuer
 - Wechsel des Betreuers

Ausnahme: geeigneter Bevollmächtigter nach § 1986 Abs. 2 S. 2 BGB

Problembereiche:

- zahlreiche Zustimmungspflichten insbes. bei Strukturmaßnahmen seitens des Betreuungsgerichts
- Kontrollbetreuer

4

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Ladung des geschäftsunfähigen Gesellschafters zur Gesellschafterversammlung

- ◆ Differenzierung nach Kenntnis der Gesellschaft
- ◆ Wirksame Zustellung nach § 51 Abs. 1 GmbHG bei:
 - Unkenntnis der Gesellschaft über Geschäftsunfähigkeit (+)
 - Zweifel an der Geschäftsfähigkeit (-), vgl. BayObLG NJW-RR 1993, 612
 - Kenntnis der Geschäftsunfähigkeit (-)

5

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

BGH NJW 1965, 1961

Einschränkung der Rechte des Betreuers durch Satzung **nicht möglich**

- ◆ Schutz übergeordneter Gesichtspunkte
- ◆ Vergleich mit Minderjährigem

Kritik:

- ◆ Freie Willensbildung der Gesellschafter anders als bei Minderjährigen möglich und in anderen Fällen (Bsp. Insolvenz) auch anerkannt
- ◆ Schutz des Rechtsverkehrs völlig ausgeblendet
- ◆ Keine schützenswerten Gemeinwohlbelange erkennbar

6

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

Form der Vollmacht

notarielle Beurkundung

- Vollmacht zur Gründung, § 2 Abs. 2 GmbHG, 23 Abs. 1 S. 2 und 280 Abs. 1 S. 2 AktG
- bei Kap.Erh., § 2 Abs. 2 GmbHG analog
- Formzwang im UmwG
 - Neugründung (+)
 - Zustimmungs- und Verzichtserklärungen (str.)
 - Formwechsel in Kapitalgesellschaft (str.)

Ausnahme: beglaubigte Vollmacht bei Gründungsvorgang (+), aber kaum Vertrauen im Rechtsverkehr, OLG München BtPrax 2009, 241, 243

7

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers

- Partielle Geschäftsfähigkeit ausreichend (OLG München ZEV 2010, 150)
- Nur bei konkreten Schwierigkeiten des VMG im Rechtsverkehr Vollmacht unwirksam (OLG München FamRZ 2010, 756, 758)

Einverständnis und Ablehnung des Bevollmächtigten

- Einverständnis nicht erforderlich; Vollmacht kann aber analog § 333 BGB zurückgewiesen werden

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

OLG Hamm v. 10.01.2013 – 15 W 79/12, ZEV 2013, 341

- Ist der Vorsorgebevollmächtigte zugleich Alleinerbe des Vollmachtgebers erlischt im Erbfall im Wege der Konfusion die Vorsorgevollmacht
- Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB setzt Personenverschiedenheit zwischen Vertreter und Vertretenem voraus
- Von der Vorsorgevollmacht ausgehende Rechtsschein wird durch die Erklärung zum Alleinerben berufen zu sein zerstört



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

OLG München v. 04.08.2016 – 34 Wx 110/16, ZEV 2016, 656

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

- Der Rechtsschein, der von einer Vorsorgevollmacht ausgeht, wird nicht dadurch zerstört, dass der Vorsorgebevollmächtigte zugleich als potenzieller Alleinerbe in Betracht kommt.
- Im Grundbuchverkehr ist materielle Erbenstellung solange unerheblich, solange nicht der Nachweis in Form der in § 35 Abs. 1 GBO bezeichneten Urkunden erbracht wird



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

OLG München v. 31.08.2016 – 34 Wx 273/16, ZEV 2016, 659

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

- Der Rechtsschein der Vorsorgevollmacht entfällt, durch Erklärung des Vorsorgebevollmächtigten zum Alleinerben des Vollmachtgebers berufen zu sein.
- Abgrenzung zur Entscheidung OLG München 04.08.2016, im dortigen Verfahren kam der Vorsorgebevollmächtigte nur als potenzieller Alleinerbe in Betracht, die Zweifel an der Vorsorgevollmacht kamen nicht durch eigene Erklärung vom Bevollmächtigten selbst



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

OLG München v. 04.01.2017 – 34 Wx 382/16, MittBayNot 2017, 142

- Fortsetzung der Entscheidung OLG München vom 31.08.2016
- Die Erklärung zum Alleinerben berufen zu sein zerstört zum einen den Rechtsschein der Vorsorgevollmacht zum anderen ist damit jedoch nicht der Nachweis der Erbenstellung gem. § 35 GBO geführt → keine Verfügungsbefugnis im grundbuchrechtlichen Verfahren

12

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

FAZIT:

- Es ist davon auszugehen, dass die Grundbuchämter den Entscheidungen des OLG Hamm und OLG München folgen werden.
- Der einer Vorsorgevollmacht innewohnende Rechtsschein kann durch Erklärung des Bevollmächtigten Alleinerbe zu sein zerstört werden.
- Dort, wo diese Zweifel nicht vom Vorsorgebevollmächtigten stammen, ist im Interesse des Rechtsverkehrs vom Fortbestand des Rechtsscheins auszugehen.
- ❖ Es empfiehlt sich daher, im grundbuchrechtlichen Verfahren auf Erklärungen zur potenziellen Alleinerbenstellung zu verzichten.

13

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

- **Fallstricke bei geplanter Betriebsfortführung - berufsrechtliche Konsequenzen bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit**
 - für Apotheker § 4 II, 5 ApoG
 - für Ärzte § 5 II 2, § 6 I Nr. 2, § 3 I Nr. 3 BÄO; § 27 Ärzte-ZV, § 95 VI SGB V
 - für Zahnärzte § 5 I Nr.2, § 4 II 2, § 2 I Nr.3 ZHG; § 27 Zahnärzte-ZV, § 95 VI SGB V
 - für Rechtsanwälte § 14 II Nr.3 BRAO
 - für Steuerberater § 46 II Nr. 7 StBerG
 - für Wirtschaftsprüfer § 20 II Nr. 4 WPO
- aus berufsrechtlichen Gründen kann daher eine Betriebsfortführung ausscheiden → ggf. Betriebsverpachtung an geeigneten Berufsträger

14

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

- **Fallstricke bei Beteiligung an Unternehmen**
 - Bei andauernder schweren Krankheit Ausschluss als Gesellschafter durch Einziehungs- und Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag
 - Vinkulierungsklauseln können einer freien Veräußerung von Unternehmensbeteiligung entgegen stehen
- § 1365 BGB kann einer Vermögensübertragung entgegenstehen

15

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

➤ Fallstricke bei Beteiligung an Unternehmen

- Ausstatten des Vollmachtnehmers mit Generalvollmacht zur Umsetzung der Handlungsanweisungen
 - Personengesellschaften → geprägt vom Prinzip der Selbstorganisation
 - Keine Bevollmächtigung im originären Aufgabenkreis des Gesellschafters möglich
 - Alternative:
 - Handlungsvollmacht nach § 54 HGB
 - Prokura
- Lösung: Vollmacht ausdrücklich in Gesellschaftsvertrag zu lassen

16

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht als Alternative

Kollision mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz

- Anwendungsbereich RDG eröffnet wenn:
 - *die Tätigkeit darauf gerichtet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten*
- oder
- *der Schwerpunkt der Tätigkeit auf der Ebene der Rechtsbesorgung oder der wirtschaftlichen Beratung liegt*
- Verstoß gegen RDG kann Nichtigkeit nach § 134 BGB zur Folge haben
- Erlaubnisfreie Rechtsdienstleistungen, § 6 RDG
 - Unentgeltliche Tätigkeit
 - Bloße Nebenleistung zur eigentlichen Aufgabe
- S. auch Hinweise der Bundessteuerberaterkammer v.

17

15.11.2017 29.06.2011

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht
in der
Satzungsgestaltung

Aufschiebend bedingte Vollmacht

- ◆ Problem: Bedingungseintritt vom Rechtsverkehr nicht nachvollziehbar und für Gerichte nicht in öffentlicher Urkunde nachweisbar
 - Vgl. OLG Frankfurt FamFR 2011, 114; OLG Köln NotBZ 2007, 333
 - Ausnahme bei HReg (OLG Schleswig NZG 2010, 957)
 - KG BtPrax 2010, 90: Bedingt eingesetzter Bevollmächtigter mangels Durchsetzung im Rechtsverkehr „nicht ebenso gut“ geeignet (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB) wie ein Betreuer

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht
in der
Satzungsgestaltung

Vollmacht mit Aushändigungsbeschränkung

Übergabe durch vertrauenswürdige Person zu bevorzugen

Beschränkung im Innenverhältnis

Unproblematisch kann die Ausübung der Vollmacht im Innenverhältnis bedingt ausgestaltet werden (AG Lübeck DNotI 2011, 198).

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht
in der
Satzungsgestaltung

Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB-Kapitalgesellschaften

- ◆ Bei Mitgesellschafter als Bevollmächtigtem unerlässlich
- ◆ Konkludente Erteilung einer Befreiung nur in vorher genau bestimmten Gesellschafterversammlungen möglich
- ◆ In **Personengesellschaften** nur relevant,
 - sofern sich der Mitgesellschafter mit den Stimmen des Vertretenen selbst zum GF wählen lassen will,
 - Vertragsändernde Beschlüsse
 - oder Grundlagenbeschlüsse gefällt werden sollen
- ◆ Bei **Personengesellschaften**: Wahrnehmung der Rechte durch Bevollmächtigten ausdrücklich erlauben

20

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Vorsorgevollmacht
in der
Satzungsgestaltung

Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB

- Verpflichtung des Gesellschafters zum Abschluss einer VSV, die von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit denkbar
- **ABER**: nach h.M. kann Satzung nicht selbst von Beschränkung des § 181 BGB befreien
- **M.E.** sollte die statuarische Befreiung aber möglich sein:
 - Auch TV (als Dauerfremdverwalter) kann die Befreiung konkludent erteilt werden (BGHZ 51, 209, 217)
 - Keine andere Behandlung bei Innenvollmacht und nach außen kundgetanem Willen gerechtfertigt

21

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Auftrag zur Vollmacht

Allgemeine Regelungen

- ◆ Ausübung der sich aus GA ergebenden Rechte und Pflichten
- ◆ Pflicht des Bevollmächtigten sich jederzeit zur Ausübung der Vollmacht **verfügbar** zu halten + umfassende Informationspflichten
- ◆ **Pflicht zur Ausübung** der Vollmacht wie bei Testamentsvollstreckung zulässig; bei Nichtausübung Vertragsstrafe möglich (nicht bei TV)
- ◆ Konkrete Handlungsanweisungen:
 - vgl. AG Lübeck DNotI 2011, 198
 - Zur Auslegung, ob Rechtsgeschäft außergewöhnlich (dann von Generalvollmacht nicht mehr gedeckt – OLG Frankfurt; OLG Zweibrücken)
 - Prüfung, ob Betreuerbestellung für bestimmte Angelegenheiten erforderlich ist, vgl. § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB

22

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Auftrag zur Vollmacht

Weitere Regelungen

- ◆ Dauer (bspw. transmortal) und Beendigung der Vollmacht
- ◆ Achtung bei Auslandsvermögen!
- ◆ Konkrete Vergütung (ausf. Sauer, RNotZ 2009, 79, 88 ff.)
- ◆ Haftungsmaßstab
 - Diligentia quam in suis
 - Begrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit
- ◆ Auskunfts- und Rechenschaftspflichten ggü. Dritten (Vollmachtsbetreuer)
- ◆ Ermächtigung zur Bevollmächtigung eines weiteren Vertreters für den Vollmachtgeber → direkter Vertreter des VMG, nicht Untervertreter (zur Übertragung der Vollmacht auf Dritte DNotI-Report 1998, 126 ff.)

23

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge
24

1. Störfallklauseln

- Pflichtteilsentziehungsgründe
- Unterbringung psychiatrisches Krankenhaus o.ä.
- Geschäftsunfähigkeit des Gesellschafters
- Suchterkrankung des Gesellschafters
- Verschwenderischer Lebensstil
- Mitglied einer Sekte o.ä.
- Nichterfüllung von Auflagen und Pflichten
- FA setzt Schenkungssteuer für den Übertragungsvertrag fest
- § § 13 a und 19 a ErbStG nicht gewährt
- negative Veränderung des Schenkungssteuerrechts

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge
25

Einziehungsklauseln:

Typischerweise sieht die Satzung die Einziehung für folgende Fallkonstellationen vor:

- ◆ wichtiger Grund (allgemein)
- ◆ Insolvenz
- ◆ Pfändungsmaßnahmen
- ◆ Verstoß gegen Wettbewerbsverbote
- ◆ Verstoß gegen Mitveräußerungsverpflichtungen/-rechte
- ◆ Ausscheiden aus Anstellungs- oder Organverhältnissen, aus Freiberuflergesellschaften

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

26

Einziehungsklauseln:

Typischerweise sieht die Satzung die Einziehung für folgende Fallkonstellationen vor:

- ◆ **Erbfall**
- ◆ fehlende Herausnahme des Geschäftsanteils aus dem Zugewinnausgleich.
 - Ausf. *Heckschen* NZG 2010, 521.
 - Zu den erbschaftsteuerlichen Folgen bei Zwangseinziehung und Zwangsabtretung vgl. *Hübner*, ErbStB 2004, 387.
- ◆ Betreuerbestellung

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

27

Aufgabe der Bedingungstheorie

BGH v. 24.01.2012, II ZR 109/11, BeckRS 2012, 04370

- ◆ Wenn ein Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird, wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam.
- ◆ Die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, haften dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig, wenn sie nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

28

Gesellschafterhaftung für Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Mitgesellschafters

BGH v. 24.01.2012, II ZR 109/11, BeckRS 2012, 04370;
BGH v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, DStR 2016, 1558.

- Persönliche Haftung der Gesellschafter erst dann, wenn die Fortführung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen ist
- Bei Vorliegen der Voraussetzungen, haften die Gesellschafter auch dann, wenn die Einziehung nicht gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters, sondern mit seiner Zustimmung erfolgt ist.

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

29

Gesellschafterausschluss nur bei möglicher Abfindung unter Beachtung des Kapitalerhaltungsgebots

BGH, Urt. v. 05.04.2011, II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104

- Der Beschluss über die Einziehung des Geschäftsanteils ist gemäß §§ 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, wenn bei der Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann
- Ist der Gesellschafterbeschluss über die Ausschließung eines Gesellschafters mit der Einziehung seines Geschäftsanteils verbunden, ist bei Nichtigkeit der Einziehung wegen Verstoßes gegen § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG auch die Ausschließung nichtig
- Dem steht nicht entgegen, dass die Ausschließung nicht notwendig durch eine Einziehung des Geschäftsanteils vollzogen werden muss, sondern dass dafür auch eine Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Mitgesellschafter oder einen Dritten in Betracht kommt
- Dies gilt auch dann, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, dass die Ausschließung mit Zugang des Ausschließungsbeschlusses wirksam werden soll

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

30

Konvergenzgebot Rechtsfolgen eines Verstoßes

- Einziehungsbeschluss ist nicht nichtig -> BGH v. 02.12.2014 – II ZR 322/13, DStR 2015, 1194
- Gegenteiliges ergibt sich nach Auffassung des BGH weder aus:
 - Wortlaut d. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG -> keine Aussage dazu, wie sich das Konvergenzverbot auf die eigenständig geregelte Einziehung auswirke
 - Gesetzesbegründung -> auch aus ihr ergebe sich nicht, welche Auswirkungen das Konvergenzverbot auf die Einziehung habe
 - Interessen der Gläubiger -> Höhe der Stammkapitalziffer bleibe von der Einziehung unberührt; Transparenz der Beteiligungsverhältnisse sei durch Gesellschafterliste sichergestellt.

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

31

Abfindungsklauseln

- Abfindung in Höhe des Verkehrswertes sofort fällig, wenn Satzung keine anderweitigen Abfindungsregelungen enthält
- für Unternehmensbewertung gelten Richtlinien der Unternehmensbewertung, insbesondere die des Hauptfachausschusses (HFA) der Wirtschaftsprüfer
- nachträgliche Einführung von Abfindungsklauseln **nur** mit Zustimmung **jedes einzelnen** Gesellschafters!

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

32

Abfindungsklauseln

- Buchwertklauseln für Ausscheiden/Einziehung aus wichtigem Grund, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder Einzelzwangsvollstreckung
 - bei Ausschluss aus wichtigem Grund kann Buchwertklausel unzumutbar sein, wenn dadurch erhebliche Abweichung vom Verkehrswert
- „Stuttgarter“-Verfahren ist untauglich!
- Völliger Ausschluss der Abfindung nur ausnahmsweise nicht sittenwidrig (z. B. bei Geschäftsführerbeteiligungsmodellen)
- der Verbleib etwaiger Körperschaftsteuerguthaben, die Auszahlungsfrist sowie, ob für etwa ausstehende Beträge Sicherheitsleistung zu erbringen ist, sollten geregelt werden
- Auszahlungsfristen von > 10 Jahren sind unzulässig

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

33

Abfindung unter Verkehrswert

- Für Abfindungsbeschränkungen unter Verkehrswert (Nennwert, Buchwert, Stuttgarter Verfahren) besteht wirtschaftliches Interesse der Gesellschafter / Gesellschaft (Schonung der Liquidität)
- Aber: Abfindungsbeschränkung kann im Einzelfall wegen Sittenwidrigkeit (grobes Missverhältnis zwischen vertraglichen Abfindungsanspruch und Verkehrswert) unzulässig sein
- BGH v. 27.09.2011, II ZR 279/09, ZIP 2011, 2357
 - ⇒ Auffangregelungen, die eine Berechnungsmöglichkeit für alle Fälle bieten soll, in denen sich eine vertragliche Abfindung im Einzelfall als unzulässig erweist, sind zulässig

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

34

Auslegung von Abfindungsklauseln für ausscheidende Gesellschafter

BGH v. 27.09.2011, II ZR 279/09, ZIP 2011, 2357

- ◆ Wenn der nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestimmende **Abfindungsbetrag** und der wirkliche **Wert des Geschäftsanteils** nicht von Anfang an, sondern erst **infolge der Geschäftsentwicklung** der Gesellschaft **auseinander fallen** und der Abfindungsbetrag daher unangemessen gering wird, kann die Abfindungsregelung im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** an die neuen Verhältnisse angepasst werden
- ◆ Wenn die Abfindung bereits bei Errichtung der Satzung oder im Zeitpunkt ihrer Neufassung sittenwidrig niedrig ist → Satzungsbestimmung entsprechend § 241 Nr. 4 AktG oder nach § 138 BGB nichtig; Abfindung zu Verkehrswert

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

35

Vollständiger Ausschluss der Abfindung im Gesellschaftsvertrag sittenwidrig

BGH v. 29.04.2014 – II ZR 216/13, BeckRS 2014, 13220

- ◆ Bestimmung in GmbH-Satzung, nach der im Fall einer (groben) Verletzung der Interessen der Gesellschaft oder der Pflichten des Gesellschafters keine Abfindung zu leisten ist, ist sittenwidrig und nicht grundsätzlich als Vertragsstrafe zulässig.

Ausnahme (z.B.):

- ◆ Abfindungsklauseln auf Todesfall
- ◆ Wurde Abfindung für die Einziehung im Todesfall komplett ausgeschlossen, handelt es sich um unentgeltliche Zuwendung an die begünstigten Mitgesellschafter.

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

36

Schenkung an die GmbH bei Ausscheiden aus einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum Nennwert (sog. Managermodell)?

BFH v. 04.03.2015 – II R 51/13, NZG 2015, 764

Die Kl. ist eine Wirtschaftsprüfungs-GmbH. Die Gesellschafter hatten einen Poolvertrag abgeschlossen, in dem u.a. vereinbart wurde, dass die Gesellschafter ab einer bestimmten Altersgrenze ihren jeweiligen Anteil zum nominellen Wert an einen Treuhänder verkaufen. Dieser hält den Anteil nach außen im eigenen Namen, im Innenverhältnis aber für die verbleibenden Gesellschafter. Der Treuhänder bekommt von den Gesellschaftern den Kaufpreis zur Verfügung gestellt. Der Gesellschafter X übertrug seinen Anteil von 50.000 € für 50.000 € auf den Treuhänder. Das FA ging von der Schenkungssteuerpflicht dieser Übertragung nach § 7 VII 1 ErbStG auf der Ebene der Kläger aus, und setzte gegen diese Schenkungsteuer fest. Das FG Düsseldorf gab der Klage statt, da der Tatbestand des § 7 VII 1 ErbStG nicht verwirklicht sei, und hob den Steuerbescheid auf.

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

37

BFH v. 04.03.2015 – II R 51/13, NZG 2015, 764 Entscheidung:

Leitsatz:

Vereinbaren die Gesellschafter einer GmbH, dass sie beim Erreichen einer bestimmten Altersgrenze ihren Geschäftsanteil zum Nominalwert an einen Treuhänder verkaufen, der den Geschäftsanteil nach außen im eigenen Namen, im Innenverhältnis aber für die verbleibenden Gesellschafter erwirbt und hält und von diesen Gesellschaftern auch den Kaufpreis zur Verfügung gestellt bekommt, so ist jedenfalls nicht die GmbH Erwerblerin iSd § 20 I 1 iVm § 7 VII 1 ErbStG.

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

38

Anteilsvereinigung bei Erwerb eines eigenen Anteils durch eine GmbH

BFH v. 20.01.2015 – II R 8/13, NZG 2015, 526

- ◆ Der einzige verbleibende Gesellschafter einer grundbesitzenden GmbH verwirklicht Tatbestand der Anteilsvereinigung i. S. d. 1 III Nr. 1 GrEStG auch dann, wenn nicht er selbst, sondern die GmbH den Geschäftsanteil des anderen Gesellschafters kauft
- ◆ KV ist auch in diesem Fall darauf gerichtet, dass verbleibende Gesellschafter eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück erwirbt

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

(Übertragung unter Lebenden)

1. Gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen

Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsregelungen

Störfallvorsorge

39

BFH v. 20.01.2015 – II R 8/13, NZG 2015, 526

- ◆ Zivilrechtlich kann GmbH eigene Anteile halten, § 33 II GmbHG, ist aber begrifflich keine von ihr selbst verschiedene Person
- ◆ Gesellschafter, der mindestens 95 % der nicht von der Kapitalgesellschaft selbst gehaltenen Anteile an dieser hält, beherrscht Vermögen der Gesellschaft in gleicher Weise, wie wenn der Gesellschaft selbst keine Anteile zustünden
 - BFHE 243, 393 = BStBl. II 2014, 326 = DStR 2014, 265 Rn. 19 mwN.

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

- Erbrecht:
 - mittelbarer Eingriff in das Pflichtteilsrecht durch lebzeitige Schenkungen des Erblassers (Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB)
 - (P) zwischen Ehegatten: Abgrenzung ehebedingte Zuwendung und Schenkung

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Pflichtteilklauseln

- Bedeutung: Schutz des überlebenden Ehegatten vor Pflichtteilsansprüchen
- mittels Pflichtteilsstrafklausel, häufig i. Z. mit sog. „Berliner Testament“
 - Sanktionierung der den Pflichtteil fordernden Kinder
 - Enterbung der Kinder im Nacherbfall, wenn im Vorerbfall Pflichtteil gefordert wird
- immer nur zweitbeste Lösung
 - besser Pflichtteilsverzichtsverträge
 - Abänderungsbefugnis durch Überlebenden

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

3. Pflichtteilsrecht

Fallbeispiel:

A und B (beide in etwa gleich alt) leben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. A hat 2 Kinder aus einer geschiedenen Ehe. A möchte einen Teil seines Vermögens in eine BGB-Gesellschaft einbringen, die er mit B gründet. Im Gesellschaftsvertrag soll vereinbart werden, dass beim Tode eines Gesellschafters der andere das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss von Abfindungsansprüchen der Erben übernehmen kann. B ist noch verheiratet und erbvertraglich in der Weise gebunden, dass ihr Ehemann als Alleinerbe eingesetzt ist.

42

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Pflichtteilsrecht

- ◆ Pflichtteilsreduzierung: Vermeidung von Schenkungen bei Zuwendung von Gesellschaftsbeteiligungen
 - **BGH:** selbst dann keine Schenkung, wenn aufgenommener Gesellschafter keine Einlage in das Gesellschaftsvermögen erbringt
 - **BGH:** keine Schenkung für überlebenden Gesellschafter, wenn verstorbener Gesellschafter ohne Abfindung ausscheidet

43

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Pflichtteilsrecht

- ◆ Gründung der BGB-Gesellschaft
 - (P) kann sich als ergänzungspflichtige Schenkung erweisen
- ◆ Abfindungsausschluss
 - für den Fall des Ausscheidens durch Tod eines Gesellschafters zulässig
 - **BGH:**
 - jedenfalls dann kein Pflichtteilergänzungsanspruch, wenn Abfindungsbeschränkung für alle Gesellschafter gilt
 - unsichere Rechtslage, da einzelfallabhängig

44

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Pflichtteilsrecht

- ◆ Bruchteilsgemeinschaft

(P) Entgeltlichkeit wechselseitiger Zuwendung auf den Todesfall

 - (+), wenn sich zwei Leistungspflichten derart bedingen, dass die des Erstverstorbenen auf dessen Ableben hin zu erfüllen ist
 - Nichtigkeit einer Verpflichtung unter Lebenden auf den Todesfall bzgl. des gesamten künftigen Vermögens gem. § 311 b Abs. 2 BGB
- ◆ Pflichtteilsverzicht/Zuwendungsverzicht

45

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung BGH v. 23.05.2012 – IV ZR 250/11, ZEV 2012,478

- Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB setzt nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigung sowohl im Zeitpunkt des Erbfalls als auch zur Zeit der Schenkung bestanden hat
- Aufgabe wohl nicht nur zugunsten von Abkömmlingen, sondern auch zugunsten anderer Pflichtteilsberechtigter (Ehegatten)
- Der BGH begründet die Entscheidung wie folgt:
 - keine Stütze der Theorie im Wortlaut des § 2325 Abs. 1 BGB
 - entgegenstehender Zweck des Pflichtteilergänzungsanspruchs
 - entgegenstehende Entstehungsgeschichte des § 2325 BGB.

46

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung BGH v. 23.05.2012 – IV ZR 250/11, ZEV 2012,478

- Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG für pflichtteilsberechtigzte Kinder, die zum Zeitpunkt der Schenkung noch nicht gelebt haben.
- Es kommt nun allein darauf an, dass die Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes bestand
- Ob Schenkungen vor oder nach Entstehen der Pflichtteils-berechtigung getätigt wurden, ist irrelevant.

47

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung

BGH v. 23.05.2012 – IV ZR 250/11, ZEV 2012,478

- Konsequenz bei Wiederverheiratung (Patchwork-Familien)
 - Zum Schutz der Kinder vorbeugende Maßnahme treffen
 - Pflichtteilsverzicht der zweiten Ehefrau bzw. beschränkter Pflichtteilsverzicht auf Berücksichtigung von Schenkungen vor der Ehe

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB

BGH v. 29.06.2016 – IV ZR 474/15, ZEV 2016,445

- Abstellen auf Eintritt des Leistungserfolges
- Leistung liegt erst dann vor wenn:
 - Erblasser seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt
 - und darauf verzichtet, den geschenkten Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen
- ❖ Keine Leistung, wenn der Erblasser den „Genuss“ des geschenkten Gegenstand nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts

OLG Hamm, Ur. v. 08.11.2016 – 10 U 36/15, ZEV 2017, 163

Entscheidung:

- Erb- und Pflichtteilsverzicht ist ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft
- Erbverzicht und das diesem zugrunde liegende Rechtsgeschäft (hier: Abfindungsvereinbarung) sind grundsätzlich selbstständige Rechtsgeschäfte
- Liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB vor, bewirkt die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes auch die Unwirksamkeit des Erbverzichtes

50

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts

OLG Hamm, Ur. v. 8.11.2016 – 10 U 36/15, ZEV 2017, 163

Entscheidung:

- Erhebliches Ungleichgewicht der zum Erbverzicht führenden vertraglichen Vereinbarungen kann die Sittenwidrigkeit begründe
- Ungleichgewicht liegt vor, wenn Erbverzicht unbedingt erklärt wird, die Abfindungsvereinbarung jedoch unter Bedingungen steht

51

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Vorsicht bei erbrechtlichen Gestaltungen wegen der EuErbVO

- ◆ Entscheidend ist der gewöhnliche Aufenthalt.
- ◆ Viele Länder kennen keinen Pflichtteilsverzicht!
- ◆ Rechtswahl!

52

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

◆ Regelungen betreffend Erbengemeinschaft

- Erbengemeinschaft:
 - § 2042 BGB: jeder Erbe kann fristlos Auseinandersetzung verlangen
 - Einstimmigkeitsprinzip nicht unbedingt handlungsfördernd
- Bedrohung des Unternehmens durch
 - Pflichtteilsansprüche
 - hohe Besteuerung

53

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

◆ Regelungen betreffend Erbengemeinschaft

- (P) Erben können nur gemeinschaftlich Gesellschafterrechte ausüben (§ 18 Abs. 1 GmbHG)
- Konfliktvermeidung:
 - durch Bestellung eines gemeinsamen Bevollmächtigten
 - Ruhen der Mitwirkungsrechte bis Bestellung des Bevollmächtigten

54

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Erbengemeinschaft

- Grundsätzlich: im Erbfall nur gemeinschaftliche Ausübung der Gesellschafterrechte durch Erben
 - ⇒ Regelung zur **Vertretung durch gemeinsamen Bevollmächtigten** und Ruhen der Mitwirkungsrechte bis zur Bestimmung des Bevollmächtigten
- Statuarische Abtretungsbeschränkungen gem. § 15 Abs. 5 GmbHG gelten nicht für Anteil des Erben am Nachlass → freie Verfügungsmöglichkeit

55

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Anordnung Testamentsvollstreckung

- Effektives Instrument zur Sicherung des Erblasserwillens
- Weitreichende Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Nachlass auch über den Tod hinaus
- Formale Anforderungen:
 - Anordnung nur in letztwilliger Verfügung, § 2197 BGB
 - Anordnung kann sich auch aus Auslegung Testament ergeben → Erblasserwille entscheidend
 - Überlebender Ehegatte unbeschränkt Verwaltungs- und Veräußerungsrecht
 - Vollmacht zur Verteilung des Nachlasses nach billigen Ermessen
 - Pr. Unwirksamkeit der Anordnung in einseitigem Testament bei bestehenden wirksamen gemeinschaftlichen Testament

56

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Ernennung des Testamentsvollstreckers

- Unterscheidung zwischen Anordnung Testamentsvollstreckung und Benennung des Amtsinhabers
- Amtsinhaber = natürliche oder juristische Person
 - Keine Beschränkung auf bestimmten Personenkreis, da TV keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten (BGH, NJW 2005, 968)
- Fehlt Benennung TV im Testament → Benennung erfolgt durch Nachlassgericht

57

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Ernennung des Testamentsvollstreckers

- Erblasser kann einen oder mehrere TV ernennen, § § 2197 Abs. 1, 2224 BGB
- Auswahl TV durch Dritte zulässig, § 2198 BGB
- Bestimmung erfolgt durch unwiderrufliche Erklärung gegenüber Nachlassgericht, § 2198 BGB
- Ernennung unter aufschiebender oder auflösender Bedingung oder auf Zeit möglich



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Testamentsvollstreckung in der Unternehmensnachfolge

- Fremdverwaltung einzelkaufmännischer Unternehmen
 - Bei Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens reicht die bloße Anordnung der Testamentsvollstreckung wegen der unterschiedlichen Haftungssysteme nicht aus
 - Der TV könnte nur den Nachlass verpflichten und hierüber verfügen, während das einzelkaufmännische Unternehmen gerade die persönliche Haftung des Unternehmers ausdrücklich vorsieht.

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Testamentsvollstreckung in der Unternehmensnachfolge

Ersatzkonstruktionen zur Lösung:

➤ Treuhandlösung

- Verwaltungs- und Ermächtigungstreuhand: **Erben bleiben Inhaber** des Geschäftsvermögens; **TV ist berechtigt** über die seiner Verwaltung unterliegenden Geschäftsgegenstände **zu verfügen**; **Haftung des TV** für die neubegründeten Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt mit seinem Privatvermögen
- Vollrechtstreuhand: **TV wird Eigentümer** des Geschäftsvermögens; **Zugriffsmöglichkeit seiner Eigengläubiger** auf Geschäftsvermögen; Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage der Erben (§ 771 ZPO)

60

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Testamentsvollstreckung in der Unternehmensnachfolge

Ersatzkonstruktionen zur Lösung:

➤ Dauertestamentsvollstreckung an vollhaftenden Beteiligungen

- Dauertestamentsvollstreckung an einem Gesellschafteranteil einer Personengesellschaft (OHG, GbR) nicht zulässig
- Rückgriff auf Treuhand-, oder Vollmachtlösung (dann muss im Gesellschaftsvertrag die Zulassung oder Zustimmung nach Eintritt des Erbfalls vorliegen)

61

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

BGH, Urt. v. 13.05.2014 – II ZR 250/12, NZG 2014, 945 Gesellschaftsbefugnisse bei Anordnung unbeschränkter Testamentsvollstreckung

Die Ausübung der Gesellschafterbefugnisse einschließlich des Stimmrechts und der gerichtlichen Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen obliegt bei Anordnung der unbeschränkten Testamentsvollstreckung hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker (§ § 2211, 2212 BGB).



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

II. Vorsorgevollmacht und Testament

2. Erbrechtliche Vorkehrungen

Testamentsvollstreckung

Beschwerdeberechtigung des Vermächtnisnehmers gegen die Ablehnung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers

BGH, Urt. v. 24.03.2013 – IV ZB 42/12, ZEV 2013, 440

Der Vermächtnisnehmer ist gegen die Ablehnung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht gem. § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt, wenn es zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers zählt, dieses Vermächtnis zu erfüllen.

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

1. Wahl des Güterstandes

Wahl des Güterstandes

- Zugewinnngemeinschaft § 1363
- Wahl – Zugewinnngemeinschaft § 1519 BGB
- Gütergemeinschaft § 1415 BGB
- Gütertrennung § 1414 BGB

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

1. Wahl des Güterstandes

Wahl des Güterstandes

Vom Güterstand unberührt bleiben:

- der Verpflichtung zum ehelichen Unterhalt, sowohl die Verpflichtung zum Eheunterhalt als auch des naheheliche Unterhalt.
- der gesetzlichen Eigentumsvermutung zugunsten der Gläubiger eines Ehegatten
- dem Recht eines Ehegatten Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs auch mit verpflichtender Wirkung für den anderen Ehegatten abzuschließen.



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

1. Wahl des Güterstandes

Motivation zur Abweichung vom gesetzlichen Güterstand

- Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB
- In Geld zu leistende Zugewinnausgleichsanspruch kann Liquidität eines Unternehmens gefährden
- Streitpotenzial bei Wertermittlung des Unternehmens oder Beteiligung für Zugewinnausgleich
- Höhere gesetzliche Erbquote des Ehepartners
- mögl, Dritter in den Ausgleichsanspruch die Zwangsvollstreckung zu betreiben

66

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

1. Wahl des Güterstandes

Modifizierte Zugewinn- gemeinschaft

Modifizierte Zugewinnsgemeinschaft

- Ausschluss des Zugewinns unter Lebenden
- Herausnahme von Unternehmensvermögen
- betragsmäßige Begrenzung des Zugewinns
- Wertzuwachs bei ererbtem, geschenktem Vermögen bleibt unberücksichtigt
- beachte: § 1414 S. 2 BGB, d.h. kein Ausschluss der Zugewinnsgemeinschaft als solche

67

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

1. Wahl des Güterstandes

Modifizierte Zugewinn-
gemeinschaft

Folgende Modifizierungen des Zugewinnausgleichs bieten sich an:

- ◆ Ausschluss des Zugewinnausgleichs unter Lebenden. Das Gestaltungsmodell der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft beinhaltet, dass der Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung vertraglich ausgeschlossen wird, während bei der Beendigung der Ehe durch Tod der Zugewinnausgleich erhalten bleibt.
- ◆ Herausnahme von Unternehmensvermögen aus dem Zugewinnausgleich/ Beschränkung des Zugewinns auf Privatvermögen.
- ◆ Zugewinn wird betragsmäßig begrenzt.

68

15.11.2017

I. Grundsätzliche Vorkehrungen

3. Der richtige Güterstand

a) Wahl des Güterstandes

Modifizierte Zugewinn-
gemeinschaft

Folgende Modifizierungen des Zugewinnausgleichs bieten sich an:

- ◆ um Streitfragen bei der Bewertung des Unternehmens oder Unternehmensanteilen zu vermeiden, können im Vorfeld Bewertungsvereinbarungen getroffen werden. So kann beispielsweise auf die tatsächliche Ermittlung des Verkehrswertes verzichtet und stattdessen auf den gesellschaftsvertraglichen Abfindungswert abgestellt werden.
- ◆ Wertzuwachs bei ererbtem, geschenktem Vermögen bleibt unberücksichtigt.
- ◆ Um die Liquidität des Unternehmens nicht durch den Ausgleichsanspruch zu gefährden, können auch Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen getroffen werden.

69

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

1. Wahl des Güterstandes

Die Güterstandsschaukel im Familien-, Erb-, Insolvenz- und Steuerrecht

- ◆ Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn keine Modifizierung durch Ehevertrag (§ 1363 I BGB)
 - Ausgleichsanspruch bei Scheidung o. Tod bzgl. des in Ehe erzielten Zugewinns (§ 1363 II BGB)
- ◆ ErbSt-Last bei ungleichmäßig verteiltem Vermögen höher
 - Verringerung durch Vermögensverschiebung
 - (P) Schenkungssteuer bei Zuwendungen zwischen Ehegatten
- ◆ BFH hat „Güterstandsschaukel“ als zulässig anerkannt (BFH v. 12.07.2005 – II R 29/02, NJW 2005, 3663)
- ◆ Teilweise kritische Betrachtung und Einstufung als grenzwertiger Umgehungsgestaltung

70

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Konstruktion der Güterstandsschaukel

- ◆ = doppelter Güterstandswechsel
- ◆ **1. Schritt – „Hinschaukeln“:**
Wechsel aus Zugewinnngemeinschaft in Gütertrennung durch Ehevertrag (§ 1408 I BGB)
 - Damit Beendigung der Zugewinnngemeinschaft
→ Entstehen Zugewinnausgleichsanspruch (§ § 1372, 1378 III 1 BGB)
 - Keine Schenkungssteuer mangels Erwerb gem. § § 5 II, 3, 7 ErbStG
- ◆ **2. Schritt – „Herschaukeln“:**
Rückkehr in Güterstand der Zugewinnngemeinschaft
 - Regelung über Rückkehr im gleichen Ehevertrag mgl.
 - Grund: Mglk. eines erneuten schenkungssteuerfreien Ausgleichs in Zukunft

71

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft

- ◆ Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft auf Zeitpunkt der Eheschließung zulässig
- ◆ Auch hier Befreiung der Zugewinnausgleichsforderung von Steuerpflicht, wenn mit Vereinbarungen nur güterrechtliche Wirkungen herbeigeführt werden
- ◆ **Schädlich:** Gestaltungen, welche Rahmen des zivilrechtlichen Güterrechts übersteigen
 - Z.B. Beginn der Zugewinnngemeinschaft wird vor Zeitpunkt der Eheschließung gelegt
- ◆ Argumentationsgrundlage FG Düsseldorf: § 1408 I
 - Grenze: überhöhte Ausgleichsforderung

72

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Sog. „fliegender Zugewinnausgleich“

- ◆ Abzugrenzen von Güterstandsschaukel
- ◆ Hier wird Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zwar nicht beendet, die Ehegatten aber so gestellt als ob
 - Ausgleichsforderung beruht nicht auf rechtlicher Verpflichtung (gesetzl. Pflicht erst mit Beendigung)
 - Unentgeltlicher Vorgang
 - Zahlung = steuerbare, freigiebige Zuwendung nach § 7 I Nr. 1 ErbStG
 - Hier keine Anwendung des § 5 II ErbStG
 - Ggf. anfechtbar gem. § 133 II und § 134 InsO
 - ErbSt entsteht erst mit Erfüllung der Forderung, da Vereinbarung eines Anspruch led. „Option“

73

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

74

15.11.2017

Beispielfall

- ◆ M und F vereinbaren im Ehevertrag, dass die Unternehmensbeteiligung des M aus dem Zugewinn als sog. „ausgleichsfreies Vermögen“ herausgenommen wird.
- ◆ Dafür bekommt die F einen Ausgleich in Form einer monatlichen Geldabfindung.
- ◆ Diese Abfindung ist eine Schenkung und damit steuerbar.
- ◆ Die F verzichtet nämlich nur auf eine Erwerbschance, die nicht in Geld bewertet werden kann.
- ◆ M ist bewusst, dass er mangels Beendigung des Güterstandes nicht zu der Zahlung verpflichtet ist.

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

75

15.11.2017

Familienrecht

- ◆ Keine Schenkung gem. §§ 2325, 2329 BGB, wenn Neuordnung des Güterstandes nur ehelich bedingt
- ◆ Ehegüterrechtliche Änderungsbefugnis resultiert aus Eheschließungsfreiheit
- ◆ Ggf. Missbrauch, wenn Gestaltungsfreiheit nach einheitlichem Plan ausgenutzt wird
- ◆ Gestaltungsbefugnis mit überhöhter Ausgleichsforderung überspannt
 - Berechnung nach gesetzlichem Modell **zwingend**
 - Sonst ist Mehrbetrag steuerpflichtige Schenkung
 - Ist Ausgleichsforderung niedriger – ggf. teilweiser Verzicht des Ausgleichsberechtigten auf Anspruch
→ Schenkung an Ausgleichsverpflichteten
- ◆ **Ausgleichsanspruch ist Geldanspruch**

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Erbrecht

- ◆ Güterstandswechsel sollte auf nicht-pflichtteilsrechtlichen Absichten beruhen (z.B. Überwindung von Spannungen zwischen Ehegatten)
- ◆ Bei Verfolgung ehefremder Zwecke nach einheitlichem Plan – Schenkung i.S.d. § 2325 BGB
 - Z.B. Benachteiligung Pflichtteilsberechtigter
- ◆ BGH: Güterstandsschaukel nicht zwangsläufig pflichtteilsfest und unterliegt ggf. Missbrauchskontrolle
 - Jedenfalls nicht bei Verfolgung ehefremder Zwecke

76

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Insolvenzrecht

- ◆ Vermögensübertragungen i.R.e. Güterstandsschaukel sind nicht völlig sicher vor Anfechtung durch Insolvenzverwalter oder Gläubiger
- ◆ Nötiger Beweggrund: Benachteiligungsvorsatz
 - Muss nicht der Hauptgrund sein
 - Billigendes in Kauf nehmen ausreichend
- ◆ Anfechtbarkeit nach § 133 II InsO oder Schenkungsanfechtung nach § 134 InsO
- ◆ Güterstandsschaukel sollte gewählt werden, wenn keine Gläubigerforderungen gegen Schuldner des Zugewinnausgleichsanspruchs bestehen
 - Dann ist Güterstandsschaukel insolvenzfest
 - Anfechtung in diesem Fall nicht möglich

77

15.11.2017 ◆ BGH v. 01.07.2010 – IX ZR 58/09, FamRZ 2010, 1548

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Steuerrecht

- ◆ I.R.e. Güterstandsschaukel geleisteter und nach gesetzlichem Modell berechneter Zugewinnausgleich schenkungssteuerfrei gem. § 5 II ErbStG
- ◆ Soll Forderung nicht mit Fälligkeit getilgt werden, sollte verzinsliche Stundung vereinbart werden
 - **Grund:** zinslose Stundung kann schenkungs- oder einkommensteuerliche Folgen haben
- ◆ bei Modell i.d.R. kein Rechtsmissbrauch i.S.v. § 42 AO
- ◆ Regelungen zum Zugewinnausgleich im Ehevertrag werden Vermögensbereichen der Ehepartner zugeordnet
 - Ausgleich somit einkommensteuerlich nicht relevant
- ◆ Anspruch auf Zugewinnausgleich grds. Geldanspruch
 - Begleichung an Erfüllung statt (Sachwerte) möglich (allerdings ggf. mit ertragsteuerlichen Folgen)

78

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Vermeidung von Veräußerungsgeschäften

- ◆ Vorherige Schenkung mit Anrechnung, § § 1380, 1374 Abs. 2 BGB
- ◆ Ehevertrag, der Barausgleichsanspruch abbedingt
- ◆ Darlehensmodell

79

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Beispielsfall

- ◆ A hat 20 Mio. € und ein Mehrfamilienhaus, das einen Verkehrswert von ca. 5 Mio. € hat und vor einem Jahr von ihm erworben worden ist.
- ◆ B verfügt über kein nennenswertes Vermögen.
- ◆ A will eine Güterstandsschaukel durchführen.

80

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Denkbare Lösung:

- ◆ Beteiligung kann an B nicht im Rahmen des Zugewinnausgleichs übertragen werden (wäre Veräußerungsvorgang!).
- ◆ **Lösung:**
 - A schenkt seiner Ehefrau B zu einem früheren Zeitpunkt (vor Durchführung der Güterstandsschaukel) eine Beteiligung im Wert von 12,5 Mio. €.
 - ausdrückliche Anordnung, dass Schenkung bei Beendigung des Güterstands der Zugewinngemeinschaft angerechnet wird
 - Anrechnung wird nicht als Veräußerungsvorgang gewertet (str.)
- ◆ Nach dem Güterstandswechsel sollte mindestens ein Jahr, besser sogar etwas länger gewartet werden, bis man wieder in den eigentlich gewollten Güterstand zurückkehrt.

81

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Güterstandsschaukel in Gesellschaftsverträgen

- Ehe oder das Scheitern der Ehe sollen sich nicht neg. auf die Gesellschaft auswirken
- Absichern der Gesellschaft durch Güterstandsklauseln im Rahmen der Satzungsautonomie
- Gesellschafter sollen verpflichtet werden ehevertragliche und insbesondere güterrechtliche Regelungen zu treffen
 - abgestufter Sanktionskatalog um Handlungsdruck auf Gesellschafter auszuüben

82

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

III. Der richtige Güterstand

2. Der lebzeitige Güterstandswechsel

Güterstandsschaukel in Gesellschaftsverträgen

Schwächen von Güterstandsklauseln

- ◆ Güterstandsklauseln verlangen nur einmaligen Nachweis darüber, dass Gesellschafter entsprechende ehevertragliche Regelung getroffen hat → Risiko der nachträglichen Änderung oder Aufhebung bestehender Vereinbarungen
- ◆ Vorsicht bei pauschaler Verpflichtung, dass ehevertragliche Vereinbarung auch den Ausschluss des § 1375 BGB vorsehen muss → Gefahr des zu starken Eingriffs in Dispositionsfreiheit des Gesellschafters
- ◆ Achtung bei Ehen mit Auslandsbezug → Anwendung ausländ. Güterrechts kann Einhaltung der Güterstandsklausel faktisch unmöglich machen
- ◆ Einziehung als Sanktionsmittel kann wegen Abfindungsanspruch gleiche Gefahren mit sich bringen wie Zugewinnausgleichsanspruch

83

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

84

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

Problem

- ◆ Grds. keine Beteiligung insolventer Gesellschaften an Umwandlungsmaßnahmen (mit Insolvenzeröffnung Auflösung der Gesellschaft)
 - gem. § 3 Abs. 3 UmwG sind auch aufgelöste Rechtsträger als übertragende Rechtsträger verschmelzungsfähig, sofern Fortsetzung beschlossen werden kann
 - Fortsetzungsbeschluss grds. erst nach Einstellung des Insolvenzverfahrens mgl.
- ◆ Aber: Organisation und verpflichtende Vorbereitung von Umwandlungsmaßnahmen im **Insolvenzplanverfahren**
 - durch Verzahnung umwandlungsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Beschlussfassungen

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

85

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

1. (insolvenzrechtlich geprägter) Schritt

- ◆ Aufstellung des **Insolvenzplans** unter der Bedingung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung des nicht- insolventen Rechtsträgers zum Entwurf des Verschmelzungs-/ Spaltungsvertrags (§ 249 InsO)
- ◆ Inhalt des Insolvenzplans:
 - Fortsetzungsbeschluss
 - Zustimmungsbeschluss zur Umwandlungsmaßnahme auf Seiten des insolventen Rechtsträgers (§ § 217 S. 2, 225a Abs. 3, 254a Abs. 2 InsO)
- ◆ **Abstimmung** der Gläubiger, Anteilshaber und Schuldner über den Insolvenzplan, § § 222, 243ff. InsO

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

2. (umwandlungsrechtlich geprägter) Schritt

- ◆ **Zustimmungsbeschluss** der Anteilsinhaber des nicht-insolventen Rechtsträgers zum Entwurf des Verschmelzungs-/ Spaltungsvertrags (aufschiebend bedingt auf die Bestätigung des Insolvenzplans)

86

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

3. (insolvenzrechtlich geprägter) Schritt

- ◆ **Bestätigung des Insolvenzplans** und Aufhebung des Insolvenzverfahrens
 - nunmehr Umwandlungsfähigkeit des insolventen Rechtsträgers
 - kein erneuter Zustimmungsbeschluss der Anteilseigner des insolventen Rechtsträgers erforderlich, da Teil des Plans

87

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

4. (umwandlungsrechtlich geprägter) Schritt

- ◆ **Abschluss** des notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrags durch die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften
 - Abschluss und notarielle Beurkundung des Verschmelzungsvertrags trotz Insolvenzplanverfahren erforderlich!

88

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

- Insoweit keine Substitution des organisationsrechtlich geprägten Verschmelzungsvertrags zw. dem insolventen Rechtsträger und einem Dritten durch Insolvenzplan
- Dritter ist nicht förmlich Beteiligter des Insolvenzplanverfahrens → für diesen sind allein Vorschriften des UmwG maßgeblich
- a.A. scheinbar *Madaus*, ZIP 2012, 2133, 2138; nach *Kahlert/Gerhke*, DStR 2013, 975, 979 nur noch Annahme des Vertrags des nicht plangebundenen Dritten erforderlich (aber: nicht praktikabel!)

89

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

keine
Verschmelzung
auf insolventen
Rechtsträger

90

Verschmelzung unter Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

OLG Brandenburg v. 27.01.2015 – 7 W 118/ 14, ZIP 2015, 929

- ◆ § 3 Abs. 3 UmwG aufgelöste Rechtsträger nur als übertragender Rechtsträger
 - ◆ Keine erweiternde Auslegung auf übernehmende aufgelöste Rechtsträger
 - für analoge Anwendung fehlt planwidrigen Regelungslücke
 - Keine Regelungslücke durch Einführung ESUG
 - ◆ Kritisch: *Wachter*; NZG 2015, 858
 - § 2 Nr. 1 UmwG Verschmelzung auf bestehende Rechtsträger
 - Aufgelöster aber noch nicht beendeter Rechtsträger = bestehender Rechtsträger
 - § 3 Abs. 3 UmwG steht dem nicht entgegen -> erweitert den Kreis verschmelzungsfähiger Rechtsträger für übertragende Rechtsträger auf aufgelöste Rechtsträger
- 15.11.2017 ➢ Kein Widerspruch zur Europäische Verschmelzungsrichtlinie

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

strafrechtliche
Aspekte

91

Problem

Krise / Sanierung ↔ Strafrecht

Beiseiteschaffen - § 283 StGB

- Gefährdung oder Erschwerung des Gläubigerzugriffs
 - kann ggf. schon in dem Erfordernis des Umschreibens des Titels liegen
 - ggf. auch, wenn für die Verschmelzung keine ausreichende Gegenleistung für das Haftungsvermögen gewährt wird

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

strafrechtliche
Aspekte

Fallbeispiele:

1. Der sich in einer wirtschaftlichen Krise befindende A ist Alleingesellschafter einer GmbH. Aus steuerlichen Gründen soll die GmbH in eine Einzelfirma umgewandelt werden.
2. Die überschuldete A-GmbH soll auf die ebenfalls insolvenzreife B-GmbH verschmolzen werden.

92

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

strafrechtliche
Aspekte

Problem

Krise / Sanierung \leftrightarrow Strafrecht

Gefahr der Strafbarkeit aufgrund Insolvenzverschleppung
– § 15a Abs. 4 und 5 InsO, § 84 GmbHG

- in der Krise besteht Antragspflicht
- spätestens nach drei Wochen
- **Problem:**
Dauer der Umstrukturierungsmaßnahme

93

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

Das Risiko der Differenzhaftung

Problem:

Unterbilanz- und Differenzhaftung der Gesellschafter bei Verschmelzung überschuldeter Rechtsträger?

Ausgangsfall:

Die X-AG wird im Wege der Verschmelzung zur Aufnahme auf die Y-AG verschmolzen. Im Rahmen dieser Verschmelzung wird das Grundkapital der Y-AG um 476.800 Inhaberstückaktien im anteiligen Wert von je ein Euro erhöht. Die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister wird vorgenommen. Später stellt sich heraus, dass die X-AG wertlos war. Der spätere Insolvenzverwalter der Y-AG will die damaligen Aktionäre der X-AG wegen Ansprüchen aus einer Unterbilanzhaftung in Anspruch nehmen.

OLG München, Urt. v. 27.10.2005, 23 U 2826/05, NZG 2006, 73; bestätigt durch BGH, Urt. v. 12.3.2007, II ZR 302/05, DB 2007, 1241.

15.11.2017

94

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

Das Risiko der Differenzhaftung

OLG München/BGH



keine Differenzhaftung der früheren Gesellschafter

Gründe:

- ◆ nach § 69 Abs. 1 S. 1 UmwG sind die §§ 188 Abs. 2 S. 1, 36a Abs. 2 S. 3 AktG nicht anwendbar
- ◆ keine analoge Anwendung der §§ 56 Abs. 2, 9 Abs. 1 GmbHG
 - Aktionäre übernehmen bei Verschmelzung keine Einlageverpflichtung
 - Mehrheitsbeschluss kann Einlageverpflichtung nicht ersetzen
 - Begründung persönl. Zahlungspflichten zu Lasten der Aktionäre ist dem AktG fremd

15.11.2017

95

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

Keine Haftung bei
Ausscheiden vor
Umwandlung

96

Formwechsel in eine GbR, § 235 UmwG

BGH, Urt. v. 18.10.2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14

Sachverhalt:

- A-GmbH schuldete Kl. Mietrückstände
- Bekl. (B-GmbH und A.H.) Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile A-GmbH
- Beschluss Formwechsel M-GbR
- Bekl. Veräußerung Geschäftsanteile A-GmbH an 2 britische Limited
- RG Eintragung Formwechsel in HR der A-GmbH unter Nennung Gter
- Notar Einreichung neue Gterliste (Gter: Limited)
- HR Eintragungsberichtigung erst knapp 2 Jahre später durch Rötung der Eintragung der Gesellschafter
- Kl. zunächst Geltendmachung Mietrückstände ggü. M-GbR und Bekl.
- Nach Hinweis Gericht auf eingereichte Gterliste:
→ Kl. nur noch gegen Bekl. vor und hilfsweise Freistellung von den Kosten des Rechtsstreits

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

Keine Haftung bei
Ausscheiden vor
Umwandlung

97

Formwechsel in eine GbR, § 235 UmwG

BGH, Urt. v. 18.10.2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14

Entscheidung:

- § 235 Abs. 1 UmwG: GbR selbst (Zielrechtsträger) abweichend von § 198 Abs. 1 UmwG nicht in das HR einzutragen
- Erst recht: Gter der GbR nicht einzutragen
- *Keine analoge Anwendung von § 47 Abs. 2 GBO*
- Gl. können Einsicht in letzte Gterliste des Ausgangsrechtsträgers nehmen
- Haftung nach § 15 Abs. 2 HGB
 - Eintragungspflichtige Tatsache (-)
 - Eintragungsfähige Tatsache genügt nicht

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

1. Fehler aus haftungs- und insolvenzrechtlicher Sicht

Keine Haftung bei
Ausscheiden vor
Umwandlung

Formwechsel in eine GbR, § 235 UmwG BGH, Urt. v. 18.10.2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14

Entscheidung:

- *Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze* bleiben unberührt: „*Wer unrichtig als Gesellschafter einer durch Umwandlung entstandenen GbR im Handelsregister eingetragen ist, kann nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen für die Kosten eines Rechtsstreits haften, den ein Gläubiger der Ausgangs-GmbH im Vertrauen auf seine Haftung als Gesellschafter gegen ihn führt*“ (2. Leitsatz des Senats).



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

2. Fallen im Verschmelzungs- vertrag

Beurkundungspflicht

- not. Form für Verschmelzungsvertrag erforderlich, § 6 UmwG
- Formzwang gilt nicht für den Entwurf des Verschmelzungsvertrages
- Beurkundungspflichtig ist der gesamte Vertrag einschließlich Nebenabreden → Änderungen bedürfen erneut not. Form, unabhängig davon ob Anteilseigner der Verschmelzung schon zugestimmt haben oder nicht

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Auslandsbeurkundung

Auslandsbeurkundung

- Motivation Kostenersparnis
- Keine gesetzliche Regelung
- Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen umstritten
- Gegen die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung spricht:
 - Materielle Richtigkeitsgewähr spricht dafür, dass grds. Beurkundungen im Ausland der Beurkundung vor dem deutschen Notar nicht gleichwertig sind
 - Materielle Richtigkeitsgewähr steht nicht zur Disposition der Parteien
 - Nur deutscher Notar kann den Mitteilungspflichten nach § 54 EStDV genügen
- BGH v. 17.12.2013 – II ZB 6 /13, NZG 2014, 219
 - Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist.

100

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Auslandsbeurkundung

Auslandsbeurkundung

- **AG Charlottenburg v. 22.01.2016 – 99 AR 9466/15, GWR 2016, 96**
 - Keine Gleichwertigkeit einer GmbH-Gründung durch einen Berner Notar → Eintragung ins HR (-)
 - Schweizer Ortsform nicht ausreichend um die Form des § 2 I 1 GmbHG zu wahren
 - Gleichwertigkeit nur gegeben wenn:
 - ausländisches Verfahrensrecht den tragenden Grundsätze des dt. Beurkundungsrechts entsprechen
 - ausländische Urkundsperson eine Funktion ausübt, die nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben der eines deutschen Notars entspricht

101

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Vinkulierte Forderungen und Geschäftsanteile

OLG Hamm, Urt. vom 16.04.2014 – 8 U 82/13, RNotZ 2014, 504.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Gesellschafterstellung der Klägerin. Die klagende Gesellschaft hatte im Wege der Abspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs.2 Nr. 1UmwG) von dem übertragenden Rechtsträger Geschäftsanteile an der Beklagten, einer GmbH, erworben. Die Satzung der beklagten GmbH enthielt die Vinkulierung der Geschäftsanteile – also das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter bei der Geschäftsanteilsübertragung. Da der Mehrheitsgesellschafter der Beklagten an der Abspaltung nicht beteiligt war und deshalb der Übertragung des Geschäftsanteils auf die Klägerin nicht zugestimmt hatte, vertrat die Beklagte die Meinung, dass aufgrund der Vinkulierung der Geschäftsanteil nicht auf die Klägerin übergegangen war.

102

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Vinkulierte Forderungen und Geschäftsanteile

OLG Hamm, Urt. v. 16.04.2014 – 8 U 82/13, RNotZ 2014, 504

Entscheidung:

- Gegenstand der Gesamtrechtsnachfolge:
das Vermögen (im Fall der Abspaltung: Teilvermögen) als solches
- Vinkulierung:
Übertragungshindernis bezogen auf den einzelnen Gesellschaftsanteil (Ebene der Einzelrechtsübertragung)
→ Gilt nicht im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge
- Dies gilt nicht nur für die Umwandlung unter Auflösung des übertragenden Rechtsträgers (Verschmelzung, Aufspaltung), sondern auch für eine solche, bei der der übertragende Rechtsträger fortbesteht (Abspaltung, Ausgliederung)
→ Übertragbarkeit vinkulierter Geschäftsanteile ohne Zustimmung der Gesellschafter bzw. übrigen Gesellschafter

103

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

2. Fallen im Verschmelzungs- vertrag

Vinkulierte
Forderungen und
Geschäftsanteile

Forderungsübergang trotz Abtretungsverbot BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 298/14, ZIP 2016, 2015

Sachverhalt:

- D.GmbH und Besteller Vereinbarung Werkvertrag
- Mit rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot
- D.GmbH Verschmelzung auf R.GmbH
- R.GmbH verlangt Werklohnzahlung
- Besteller: kein Übergang Anspruch wegen Abtretungsverbot nicht auf R.GmbH
- **Problem: Wirkung von Abtretungsverboten auf die totale Universalsukzession gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG**
 - § 399 Alt. 2 BGB (-), weil keine Abtretung (allg. A.).
 - Aber: § 412 BGB anwendbar (P1: Anwendbar auf Universalsukzession; P2: „kraft Gesetzes“)?

104

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

2. Fallen im Verschmelzungs- vertrag

Vinkulierte
Forderungen und
Geschäftsanteile

Forderungsübergang trotz Abtretungsverbot BGH v. 22.09.2016 - VII ZR 298/14, ZIP 2016, 2015

Entscheidung:

- Keine Wirkung von rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten in Umwandlungsfällen
 - § 399 Alt. 2 BGB setzt rechtsgeschäftlichen Einzelakt voraus
 - Gesamtrechtsnachfolge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unmittelbar kraft gesetzlicher Anordnung
 - Aufhebung von § 132 UmwG mit Wirkung zum 25.04.2007. Beschränkungen betreffend Einzelrechtsnachfolge gelten im Umwandlungsrecht nicht

**Übertragbarkeit der Entscheidung auf die partielle
Universalsukzession (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG): (+)**

105

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Vinkulierte Forderungen und Geschäftsanteile

Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

a) Ersatz für wirkungslose Vinkulierungsklauseln

- Gestaltungspraxis: Reaktion mit Einziehungs-, Ausschluss- oder Auflösungsklauseln

b) Ersatz für wirkungslose Abtretungsverbote

- Gestaltungspraxis: Reaktion mit Kündigungsklauseln für den Fall, dass sich eine Umwandlung auf den geschlossenen Vertrag auswirkt

c) Formulierungsbeispiele

- Siehe Tagungsband

106

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Mischung von Umwandlungsarten

Problembereich: Mischung von Umwandlungsarten

Beispiel:

Von der A-GmbH (Gesellschafter sind A und B) soll ein Teilbetrieb auf die B-GmbH abgespalten werden. Die B-GmbH steht im alleinigen Anteilsbesitz des B. A soll anstelle von Anteilen an der B-GmbH 1 Mio. € erhalten.

Lösung:

Unzulässig:

- § 1 Abs. 2 UmwG: numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten ⇒ Analogieverbot
- Kompensationsleistungen für Verzicht auf Anteilsgewähr dürfen nicht von Gesellschaft gewährt werden
⇒ §§ 54 Abs. 4, 68 Abs. 3 UmwG bare Zuzahlungen nur 10 %
- Compensation durch Gesellschafter zulässig

107

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Gewährung von Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungspflicht

Ausgangslage

- § 2 UmwG: „gegen Gewährung von Anteilen“
- § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG:
„gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften“
- § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG:
Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger →
Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers

108

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Gewährung von Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungspflicht

Ausnahmen

- Verbot der Mehrfachbeteiligung
 - Nur Erhöhung der Pflichteinlage
 - Oder Erhöhung der Privatkonten ausreichend?
- Verschmelzung GmbH & Co. KG auf KG
 - Verzicht nach § § 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG?
 - Frage:
§ § 54, 68 UmwG auch auf Personengesellschaften anwendbar?
 - Erst-Recht-Schluss
(a. A. *Hegemann*, GmbHR 2009, 702)

109

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Gewährung von Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungspflicht

Ausnahmen

- Verschmelzung GmbH & Co. KG auf GmbH
 - Verzicht nach §§ 54 u. 68 UmwG
- Vor der gesetzlichen Klarstellung
 - Keine Anteilsgewährung, da GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt war.
- Verschmelzung GmbH auf PersG
 - Nach h.M. Hinzutritt eines persönlich haftenden Gesellschafters im Zuge der Verschmelzung möglich.

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Gewährung von Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungspflicht



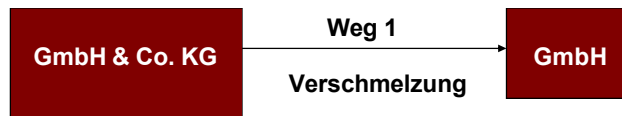
A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Gewährung von Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungspflicht

Verschmelzungsmodelle und alternative Wege der Umstrukturierung bei Personengesellschaften



- G muss ein Anteil gewährt werden
- GmbH darf kein Anteil gewährt werden
- Buchwertfortführung und Rückwirkung unproblematisch

112

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmensbestand

2. Fallen im Verschmelzungsvertrag

Gewährung von Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungspflicht

Kapitalerhöhungsverbote/-gebote

Fallbeispiel:

Unternehmer U findet keinen Nachfolger für die Y-GmbH und entschließt sich zum Verkauf. Käufer gründet X-GmbH, mit einem Eigenkapital von 25.000,- € gegründet und erwirbt im Anschluss sämtliche Anteile an der Y-GmbH für ca. 12 Mio. €. Der Anteilskauf wird zu fast 100 % fremdfinanziert. Einige Zeit später soll die X-GmbH auf die Y-GmbH verschmolzen werden (leveraged buy out).

113

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

2. Fallen im Verschmelzungs- vertrag

Gewährung von
Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungs-
pflicht

Möglicher Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften

- ◆ Unproblematisch, wenn „negatives Vermögen“ der übertragenden Muttergesellschaft das freie Eigenkapital der übernehmenden Tochtergesellschaft nicht übersteigt
- ◆ Problematisch, wenn durch Übergang von „negativem Vermögen“ bei Tochtergesellschaft Unterbilanz oder Überschuldung eintritt
- ◆ Verbotene Einlagenrückgewähr i.S.d. § 30 Abs. 1, 31 GmbHG?
 - ⇒ h.M.: (+), wirtschaftliche Betrachtungsweise

114

15.11.2017

A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

2. Fallen im Verschmelzungs- vertrag

Gewährung von
Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungs-
pflicht

Maßnahmen zur Vermeidung von Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften bei GmbH

- Bilanzielle Maßnahmen (Herabsetzung Stammkapital, Aufdeckung stiller Reserven)
- Zahlungen der Anteilseigner der Muttergesellschaft an Tochtergesellschaft
- Verzicht auf Gesellschafterdarlehen
- Barzahlung in Rücklagen der Muttergesellschaft

115

15.11.2017



A. Grundsätzliche Vorkehrungen

IV. „Aufräumen“ im Unternehmens- bestand

2. Fallen im Verschmelzungs- vertrag

Gewährung von
Mitgliedschaften/
Anteilsgewährungs-
pflicht

Maßnahmen zur Vermeidung von Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften bei GmbH

- Bilanzielle Maßnahmen (Herabsetzung Stammkapital, Aufdeckung stiller Reserven)
- Zahlungen der Anteilseigner der Muttergesellschaft an Tochtergesellschaft
- Verzicht auf Gesellschafterdarlehen
- Barzahlung in Rücklagen der Muttergesellschaft



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Fallbeispiel – Ausgliederung vom Einzelkaufmann

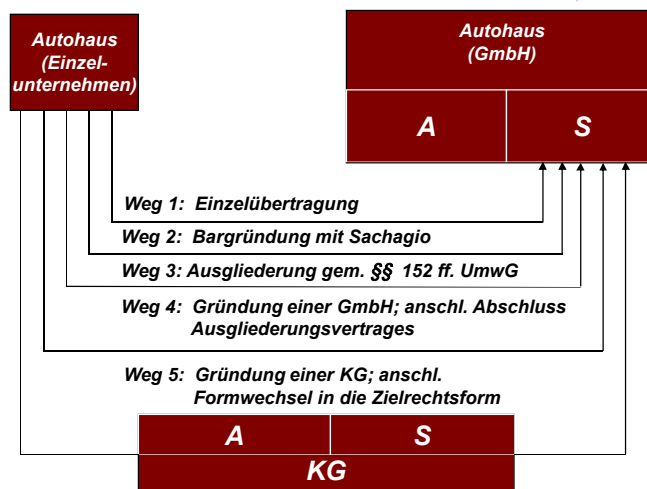
A ist Inhaber eines Autohauses, das über 7 verschiedene Betriebsstätten verfügt und 150 Arbeitnehmer beschäftigt. Bisher wird das Unternehmen als Einzelunternehmen geführt. A bittet darum, ihm Wege aus dem Einzelunternehmen in eine Rechtsform aufzuzeigen, die Haftungsbeschränkungen ebenso möglich macht wie eine Integration seines Sohnes in das Unternehmen. Darüber hinaus soll es möglich sein, das Unternehmen auch unabhängig von seiner Person und der Person seines Sohnes führen zu können. Letztendlich überlegt er, verschiedene hochqualifizierte Mitarbeiter am Unternehmen zu beteiligen. Er weist darauf hin, dass sich verschiedene Grundstücke, auf denen Autohäuser stehen, im Eigentum des Unternehmers befinden und langfristige Wartungs- und Serviceverträge u.a. mit dem ADAC bestehen.

118

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.



119

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Probleme und Alternativen

- Steuerliche Probleme wenn eine Buchwertfortführung geplant ist und keine Kapitalerhöhung vorgenommen wird
- Möglicherweise verschleierte Sachgründung
 - ➔ gravierende Folgen
- Auflistung sämtlicher Aktiva und Passiva
 - ➔ e.A. Bezugnahme auf Bilanz ausreichend
- Bei Mitübertragung eines Grundstücks → Beurkundungspflicht für den ganzen Einbringungsvertrag § 311b BGB

120

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Probleme und Alternativen

- Voraussetzungen des Spaltungsverfahrens sind einzuhalten
- Kennzeichnung des zu übertragenden Vermögens
 - ➔ wie bei der Einzelrechtsnachfolge
- Gesamtschuldnerische Nachhaftung
- Keine Möglichkeit zur Ausgliederung auf eine neu zu gründende Personengesellschaft
 - ➔ müsste vor der Ausgliederung gegründet werden
- Zustimmungsbeschluss bei der GmbH notwendig
- Sicherung der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge kann wichtig sein!
- Grunderwerbsteuer!

121

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Ausgangsfall

- ◆ Kleine **Barkapitalerhöhung** (1000 €) kombiniert mit **Sachagio** von hohem Wert
 - Hier **GmbH-Geschäftsanteile**
 - Häufig **Einzelunternehmen**
- ◆ **Zielrichtung:**
 - Steuerliche Buchwertfortführung
 - Vermeidung der Nachhaftung nach § § 152, 133 UmwG
 - Keine Sacheinlage in UG (haftungsbeschränkt)
 - Kein Wertnachweis an Handelsregister

122

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Ausgangslage

- ◆ **BFH** (v. 07.04.2010 – I R 55/09, NZG 2011, 118) erkennt bei Sachagio **Buchwertfortführung** an
 - UmwStErläss: § 20 UmwStG (+)
 - Wohl auch § 21 UmwStG (+) → Geschäftsanteile
- ◆ **Offene Fragen**
 - Werthaltigkeitskontrolle durch Handelsregister
 - Verstoß gegen Kapitalaufbringung (Vorbelastungshaftung; verdeckte Sacheinlage; Einlagenrückgewähr Abs. 5; Differenzhaftung)

123

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Verdeckte Sacheinlage § 19 Abs. 4 GmbHG

- ◆ Sachagio ohne Gegenleistung
 - **Negativer Wert** zehrt Bareinlage auf ?
 - GmbH-GA Einzelunternehmen
 - **Übernahme von Verbindlichkeiten** des Inferenten
 - Erwerb mit **Tilgung von Drittverbindlichkeiten** des Inferenten statt Kaufpreiszahlung
 - Erwerb gegen **Übernahme von Verbindlichkeiten**
 - **Sachagio** gegen Übernahme von Verbindlichkeiten
 - Greift auch bei **positivem Wert** des Sacheinlagegegenstandes
 - Zwar **Wertanrechnung** (§ 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG)
 - Aber **strafbewehrt** falsche Versicherung bleibt

124

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Hin- und Herzahlen § 19 Abs. 5 GmbHG

- ◆ **Einlagenrückgewähr** durch Übernahme von Verbindlichkeiten
 - Bareinlage fließt an Inferent absprachegemäß zurück
 - Darlehensgewährung oder **sonstiger Rechtsgrund**
 - Tilgung oder Übernahme von Drittverbindlichkeiten des Inferenten grds. (+)
 - Aber **Vorrang der verdeckten Sacheinlage**
- ◆ **Einlagenrückgewähr** durch **Auflösung der Kapitalrücklage**
 - Sachagiogegenstand zurückgewähren unverdächtig
 - „Umwandlung“ in **bare Rückzahlung** durch Vorabausschüttung bedenklich

125

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Unterbilanzhaftung

- ◆ Sachagio mit **positivem Wert** unverdächtig
- ◆ Sachagio mit **negativem Wert** wirkt wie **Verlustgeschäft** der Vor-GmbH
- ◆ Nur relevant bei **Gründung**
 - Unterbilanzhaftung bei der Gründung nicht auf Höhe der Bareinlage beschränkt
- ◆ Vgl. **OLG Karlsruhe**:
 - Vorbelastungshaftung geprüft aber wegen positivem Wert verworfen
 - Fall des verdeckten Agios ohne Gegenleistung
 - vSE mE vorschnell abgelehnt w/ unentgeltlich

126

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Versicherung des GF

- ◆ Bei verdeckter Sacheinlage und Einlagenrückgewähr **strafbewehrt falsch**
- ◆ Angaben zur etwaigen **Vorbelastung** erforderlich
 - Bei negativem Sachagiowert mE Versicherung falsch
 - Auch bei positivem Wert Angaben über **wertgleiche Deckung** erforderlich
 - Nur bei **Gründung** relevant

127

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Sachagio zur Bargründung

Registerprüfung und Wertnachweis

- ◆ Bei Verdacht auf vSE oder Hin- und Herzahlen
- ◆ Bei **gemischter Sacheinlage**
 - Agio gegen Vergütung (+)
 - Bei Einstellen in die **Kapitalrücklage**
 - **Irreführung des Verkehrs** über Dotierung der Kapitalrücklage (Habersack/Veil)
 - (Wicke) immer Prüfung, da **Ausschüttung** möglich
- ◆ BarKE mit **Sachagio**
 - ME Prüfungsrecht wie bei **gemischter Sacheinlage**
 - **Zusätzlich** bei Gefahr eines **negativen Wertes**
 - Unterbilanzhaftung (Gründung)
 - Differenzhaftung (Kapitalerhöhung)

128

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Fallbeispiel – Aufteilung in Teilbetriebe

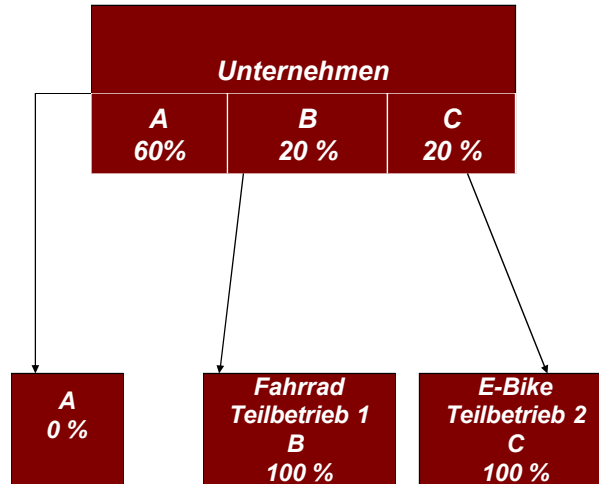
A betreibt im Rahmen einer GmbH ein Unternehmen, das im Bereich der Fahrradproduktion sowie der Produktion von E-Bikes tätig ist. Er selbst will sich altersbedingt aus dem Geschäft zurückziehen. Seine beiden Söhne, die beide im Unternehmen tätig sind, möchte er im Wege der vorweggenommenen Erbfolge am Unternehmen beteiligen. Die Söhne B und C sind mit jeweils 20 % beteiligt, der Vater A mit 60 %. A befürchtet allerdings, dass eine gemeinsame Unternehmensführung der beiden sehr dynamischen und gut ausgebildeten Söhne B und C nicht funktioniert. Er fragt, auf welche Weise er das Unternehmen in Teilbetriebe zerlegen und sodann den einen Teilbetrieb auf einen Sohn und den anderen Teilbetrieb auf den anderen Sohn übertragen kann.

129

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.



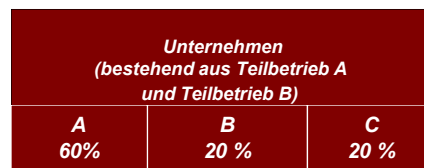
130

15.11.2017

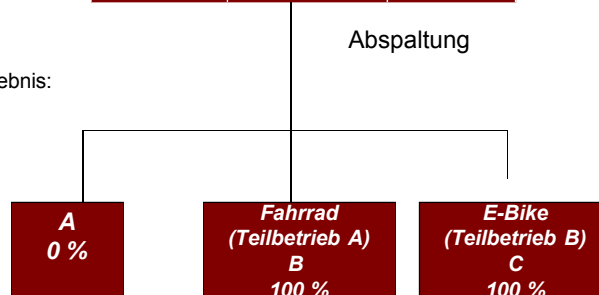
B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Ausgangslage:



Ergebnis:



131

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Eintragung eines Einzelkaufmanns (als Vorstufe zur Ausgliederung)

Sachverhalt:

- ◆ ein als Einzelunternehmen betriebener Pflegedienst (Pflege und Betreuung, insbesondere im Bereich der außerklinischen Intensivpflege und Heimbeatmung) mit 78 Mitarbeitern, einem Jahresumsatz von ca. 240.000 Euro und einem Wirkungskreis in 37 Gemeinden sollte als e.K. eingetragen werden
- ◆ nach Ansicht des RG kommt eine Eintragung als e.K. nicht in Betracht, da es sich um eine freiberufliche Tätigkeit handele

132

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Eintragung eines Einzelkaufmanns (als Vorstufe zur Ausgliederung)

Lösung:

- ◆ auch eine **freiberufliche Tätigkeit, kann in so einer Art und Weise ausgeübt** werden, **dass** nach außen ein **gewerbliches Unternehmen** unter Zurücktreten der geistigen, kreativen oder wissenschaftlichen Betätigung vorliegt,
- ◆ ob noch eine freiberufliche oder eher gewerbliche Tätigkeit vorliegt, darüber entscheidet nach Maßgabe des BGH die **Verkehrsanschauung** entsprechend dem Gesamtbild der Tätigkeit (BGH NJW 11, 3037); der betriebliche, organisatorische und wirtschaftliche Aufbau bzw. die Ausgestaltung der Tätigkeit ist maßgeblich (BGHZ 33, 321, 336)
- ◆ wesentlich ist, ob die geistige, kreative und wissenschaftliche Leistung oder die technische kaufmännische Gestaltung des Betriebs im Vordergrund stehen;

133

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

I. Der Weg aus dem e.K.

Eintragung eines Einzelkaufmanns (als Vorstufe zur Ausgliederung)

Lösung:

- ◆ Indizien für Gewerblichkeit:
 - marktnahes und wettbewerbsorientiertes Verhalten ist für freie Berufe untypisch (vgl. OLG Bamberg 2003, 356, 357);
 - Beschäftigung eines ganzen Stabs von Mitarbeitern: wenn die höchstpersönliche Leistungserbringung – als ein wesentliches Merkmal der Freiberuflichkeit – zurücktritt
 - größerer Betrieb, Zusammenschluss und gemeinschaftlicher Tätigkeit mit Nichtfreiberuflern
- ◆ hier im Ergebnis Eintragung als e.K. aufgrund der Größe des Betriebes, Anzahl der Mitarbeiter und Einsatzgebiet und marktorientiertem Auftritt

134

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

II. Sonderproblem Immobilien

- ◆ Vergessene Grundstücke

BGH v. 25.01.2008 - V ZR 79/07, NZG 2008, 436

- ◆ Grundstücke müssen nach § 28 GBO bezeichnet werden
- ◆ Andernfalls gehen sie nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über
- ◆ Keine Auslegung zulässig, da dies Rechtssicherheit führt
- ◆ § 28 GBO besitzt damit materiell-rechtliche Bedeutung
- ◆ Eigentumsübergang findet damit außerhalb des GB statt

OLG Schleswig v. 26.08.2009 - 2 W 241/08, DNotZ 2010, 66

- ◆ Verwendung von All-Klauseln zulässig

135

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

II. Sonderproblem Immobilien

Teilflächen

Problem:

- ◆ unvermessene Teilfläche kann nicht nach § 28 GBO bezeichnet werden
- ◆ Eigentumswechsel an Teilfläche kann nicht erfolgen bevor Grundstück im Rechtssinne gebildet

BGH v. 25.1.2008 - V ZR 79/07, NZG 2008, 436

- ◆ An die Bezeichnung von Teilflächen sind keine geringeren Anforderungen zu stellen.
- ◆ § 28 GBO darf aber nicht überspannt werden.
- ◆ Bezeichnung muss auf andere Weise erfolgen: Beifügung eines Lageplans
- ◆ korrekte Bezeichnung muss später nachgeholt werden, erst dann erfolgt Rechtsübergang.

136

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

II. Sonderproblem Immobilien

Teilflächen

KG v. 01.08.2014 - 1 W 213/14, ZIP 2014, 1732

- ◆ Vor grundbuchmäßiger Teilung besteht nur Anwartschaftsrecht
- ◆ Erstarkt zum Vollrecht, wenn Teilung durch Vollzug im Grundbuch rechtlich existent ist
- ◆ ABER kein Rechtsübergang, wenn im Spaltungsvertrag die hinreichende Bezeichnung schlicht vergessen wurde oder sonst unzureichend ist
 - In diesem Fall besteht keine Heilungsmöglichkeit
 - Andernfalls würde dies eine Nachholung materiell-rechtlicher Voraussetzungen im Grundbuchberichtigungsverfahren darstellen
 - Mangels Rechtsübergang ist eine Grundbuchunrichtigkeit aber zu keinem Zeitpunkt entstanden

137

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

II. Sonderproblem Immobilien

Rechte an Grundstücken

OLG Schleswig v. 26.08.2009 - 2 W 241/08, DNotZ 2010, 66

- ◆ § 28 GBO gilt auch für die Bezeichnung von Dienstbarkeiten

KG v. 01.08.2014 - 1 W 213/14, ZIP 2014, 1732

- ◆ Bezeichnung von Rechten an Grundstücken nicht unmöglich
- ◆ keine allgemeine Erkenntnis dahin, dass Unternehmen grundsätzlich über eine solche Anzahl an Dienstbarkeiten oder allgemein Rechten an Grundstücken verfügten, dass in einem Spaltungsfall die genaue Bezeichnung der Rechte nach § 28 GBO praktisch undurchführbar wäre

138

15.11.2017

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

OLG München v. 10.07.2013, 31 Wx 131/13, GmbHR 2013, 874

Sachverhalt:

Von der A-GmbH & Co KG sollte ein Teil des Vermögens im Wege der Abspaltung durch Aufnahme auf eine bestehende Z.-GmbH & Co. KG übertragen werden. Laut Spaltungsvertrag sollten der Komplementärin der übertragenden Gesellschaft, die nicht an der aufnehmenden Gesellschaft beteiligt war, keine Anteile gewährt werden. Das Registergericht lehnte die Eintragung ab, weil es in dieser Gestaltung einen Widerspruch zu § 126 Abs. 1 Nr. 2 UmwG sah.

139

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

OLG München v. 10.07.2013, 31 Wx 131/13, GmbHR 2013, 874

Entscheidung:

- ◆ aus § 126 Abs. 1 Nr. 10 UmwG ergibt sich die Zulässigkeit der sog. nichtverhältnismäßigen Spaltung
- ◆ Die nach § 128 UmwG zulässige „nichtverhältnismäßige Spaltung“ beinhaltet auch die „Spaltung zu Null“, bei der einzelne Gesellschafter überhaupt keine Anteile erhalten
- ◆ Schutz der Anteilshaber ausreichend, da Verzicht auf Anteilsgewährung nur einstimmig möglich und dies der notariellen Beurkundung bedarf
- ◆ Praxis: Urteil schafft Rechtssicherheit und ermöglicht flexible Aufteilung der Anteile

140

15.11.2017



B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

OLG München, Beschl. v. 15.11.2011 – 31 Wx 482/11, NZG 2012, 229

Sachverhalt:

Die Firma eines e.K. soll auf Grund Ausgliederungsvertrag auf eine GmbH durch Aufnahme ausgegliedert werden. Der zur Durchführung der Ausgliederung auszugebende Geschäftsanteil soll durch Kapitalerhöhung geschaffen werden. Im Ausgliederungsvertrag heißt es darüber hinaus, dass soweit der Wert des übertragenen Vermögens den Nennbetrag des Geschäftsanteils übersteigt, wird dieser Betrag der Gesellschaft als Darlehen zur Verfügung gestellt.

141

15.11.2017



**B. Der Weg in die
richtige
Unternehmens-
form**

IV. Spaltung zu Null

**OLG München, Beschl. v. 15.11.2011 – 31 Wx 482/11,
NZG 2012, 229**

Entscheidung:

Bei der Ausgliederung kann der übertragende Rechtsträger der aufnehmenden Gesellschaft insoweit ein Darlehen zur Verfügung stellen, als der Wert des übertragenen Vermögens den Nennbetrag der im Gegenzug erhaltenen Geschäftsanteile übersteigt.



**Wechsel der GmbH in die GmbH & Co. KG
und umgekehrt**

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

6. Wechsel GmbH in GmbH & Co. KG und umgekehrt

Formwechsel

- ◆ grundsätzlich gleichbleibende quotale Beteiligung
- ◆ Identität der Anteilseigner
 - § 202 UmwG
 - Pendant zur Anteilsgewährungspflicht
- ◆ § 197 UmwG Anwendung der Gründungsvorschriften

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

6. Wechsel GmbH in GmbH & Co. KG und umgekehrt

- ◆ Formwechsel GmbH & Co. KG in GmbH bzw. umgekehrt
 - Hinzu- bzw. Austritt des persönlich haftenden Gesellschafters gewünscht
 - früher grundsätzlich sog. Treuhandmodelle
- ◆ BGH Entscheidung v. 09.05.2005
 - Hinzutritt eines Gesellschafters im Zuge des Formwechsels zulässig

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

6. Wechsel GmbH in GmbH & Co. KG und umgekehrt

◆ Offene Fragen

- Entscheidung übertragbar auf andere Gesellschaftsformen?
- Welche Mehrheit ist erforderlich?
- Gilt für Hinzu- wie Austritt?

◆ Folgerungen

- Austritt ebenfalls zulässig
- Gilt dies auch für andere Umwandlungsvorgänge?

B. Der Weg in die richtige Unternehmensform

IV. Spaltung zu Null

6. Wechsel GmbH in GmbH & Co. KG und umgekehrt

Probleme

- ◆ Gründungsvorschriften des Zielrechtsträgers sind zu beachten
 - Bei der GmbH sind daher die Sachgründungsvorschriften zu beachten
- ◆ Gründungskosten sind in der Satzung zu benennen
- ◆ Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG muss abgegeben werden

Ausscheiden des Komplementärs im Zuge des Formwechsels GmbH & Co. KG ➔ GmbH möglich?

- Der BGH bejaht die Möglichkeit des Eintritts im umgekehrten Fall

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Gesellschafterdarlehen / Gesellschaftersicherheiten im Unternehmenskauf und drohende InsO

ausführlich *Heckschen/Kreußlein*, RNotZ 2016, 351

- ◆ P.: Nachrangigkeit sämtlicher Gesellschafterdarlehen sowie für Gesellschaftsdarlehen gewährte Sicherheiten der Gesellschafter in der Insolvenz
- ◆ Anfechtbarkeit aller Darlehensrückzahlungen an den Gesellschafter, die im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgten, § 135 I InsO
- ◆ Relevant für Unternehmensveräußerungen im Wege des Share Deals
- ◆ IdR will Veräußerer sein gesamtes Engagement im Unternehmen beenden
- ◆ auch Erwerber hat Interesse, frei über Finanzierungsstruktur der neu erworbenen Gesellschaft zu entscheiden

148

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Behandlung eines kapitaleretzenden Darlehens in der Insolvenz

BGH v. 21.02.2013, IX ZR 32/12, DStR 2013, 925

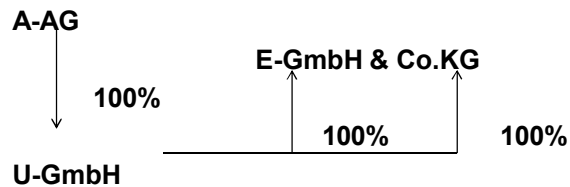
Die Beklagte ist über eine von ihr als Alleingesellschafterin kontrollierte Tochtergesellschaft mittelbar auch Alleingesellschafterin der späteren Insolvenzschuldnerin. Knapp elf Monate vor Insolvenzantragstellung gewährte sie der späteren Insolvenzschuldnerin ein Darlehen über 500.000 €. Etwa sechs Monate vor Antragstellung verkaufte die Beklagte die Darlehensforderung unter gleichzeitiger Abtretung und unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung zu einem Kaufpreis von 375.000 € an einen Dritten. Die Insolvenzschuldnerin bezahlte vier Monate vor Antragstellung den fälligen Darlehensbetrag einschließlich Zinsen an den Dritten als Zessionar. Der Insolvenzverwalter fordert mit seiner auf § 135 I 2 InsO gestützten Klage Rückzahlung des Darlehensbetrages ausschließlich von der Beklagten.

149

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

BGH v. 21.02.2013, IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582



1. Kredit der A-AG an die E-GmbH & Co.KG
2. Verkauf und Abtretung des Kredites an eine karibische Ltd.
3. Rückzahlung des Kredites durch E-GmbH & Co.KG an die Ltd.
4. Insolvenz der E-GmbH & Co.KG

150

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

BGH v. 21.02.2013, IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582

Entscheidung:

- Bei Abtretung eines Gesellschafterdarlehens unterliegt neben dem Zessionar auch der **Gesellschafter selbst der Anfechtung**
 - im Rahmen von § 135 I Nr. 2 InsO werden auch alle **Umgehungstatbestände erfasst**
 - wirtschaftlichen Betrachtungsweise
- Das Gesellschafterdarlehen verliert seinen Nachrang nicht durch Abtretung an einen Dritten (§ 404 BGB) – erst nach 1-Jahres-Frist (§ 135 I Nr. 2 InsO)
- Bezüglich der Reichweite des § 135 I Nr. 2 InsO im Verhältnis zu Dritten kann auf die bis zum MoMiG entwickelte Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht zurückgegriffen werden
- Auch nach dem MoMiG gilt die Legitimationsgrundlage hinsichtlich der Anfechtbarkeit – die **Finanzierungsfolgenverantwortung** – weiter

151

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Anfechtungsrisiko für Unternehmensverkäufer bei Veräußerung von Gesellschafterdarlehen?

- Ist die Entscheidung BGH v. 21.02.2013, IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582, mit der Folge der Haftungserstreckung aus Insolvenzanfechtung auf den Zedenten, **auch im Falle des Unternehmensverkaufs unter zeitgleichem Verkauf des Gesellschafterdarlehen** anwendbar?
 - Der Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung greift gerade nicht, da Käufer komplett in die Pflichtenstellung des Verkäufers einrückt
 - Auch kein Unterlaufen der Finanzierungsfolgenverantwortung durch Auseinanderfallen der Gesellschafter- und Darlehensgläubigerrolle
- Jedoch Rechtsunsicherheit in der Praxis des Unternehmenskaufs bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage

152

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Gestaltungsempfehlungen bezüglich des Gesellschafterdarlehens beim Unternehmenskauf

ausführlich *Heckschen/Kreußlein*, RNotZ 2016, 351

- **Abtretungslösung** modifiziert mit 1jähriger Rückzahlungs-sperre und Freistellungshaftung des Käufers und Besicherung dieser durch Bürgschaft oder Patronatserklärung bzw. Einzahlung des Haftungsbetrages auf Treuhandkonto
- **Verpfändung des Darlehensrückzahlungsanspruchs** mit Übertragung des Darlehensrückzahlungsanspruch aber zugleich auflösend befristeter Verpfändung

153

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

➤ Einbringungslösung - Auflösung des Gesellschafterdarlehens - Debt-to-Equity-Swap

- Vor Unternehmensverkauf Einlage der Darlehensrückzahlungsforderung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft im Wege der Forderungsabtretung an die Gesellschaft

→ Eigenkapitalerhöhung, entsprechend höherer Kaufpreis beim Unternehmensverkauf

Problematisch:

- ◆ Mehr-Personen-Gesellschaften
- ◆ Wertgeminderte Darlehensforderung

154

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Gestaltungsempfehlungen bezüglich des Gesellschafterdarlehens beim Unternehmenskauf

➤ Treuhandlösung

- mit Abtretung vereinbaren, dass Neugesellschafter sich das Darlehen zurückbezahlen lässt,
- Valuta wird auf ein Treuhand- oder Notaranderkonto zur Einzahlung angewiesen
- Käufer erlangt erst nach Ablauf der Jahresfrist unmittelbaren Zugriff auf das mit dem Gesellschafterdarlehen verbundene Vermögen

= sicherste und zugleich bequemste Lösung

155

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

➤ Fremdtilgungsmodell

- Käufer tilgt Darlehen gegenüber dem Verkäufer gem. § 267 BGB
- erfüllt in diesem Sinne gem. § 362 BGB den Darlehensrückzahlungsanspruch
- Im Gegenzug erhält Käufer einen Anspruch gegen Gesellschaft

➤ Vermeidung der Gläubigerbenachteiligung

- Neugesellschafter legt in Höhe des Darlehensrückzahlungsanspruches Barmittel in freie Kapitalrücklage der Gesellschaft ein, zweckgebunden und nur zur Rückzahlung des Darlehensrückzahlungsanspruches
- ist zwar Rückzahlung an Altgesellschafter, aber
 - keine Gläubigerbenachteiligung = keine Anfechtung

156

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Fallbeispiel 1

A ist Alleingesellschafter einer GmbH und hat seiner Gesellschaft im Juli 2000 ein Darlehen gewährt. Nun will er das sehr gesunde Unternehmen an B verkaufen. Kurz vor dem Verkauf an B im Januar 2002 wird das Darlehen durch die Gesellschaft getilgt. B zahlt an den A den Kaufpreis. Jedoch wirtschaftet B in der Folge schlecht und stellt 10 Monate nach dem Unternehmenskauf Insolvenzantrag. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlangt nun der Insolvenzverwalter von A die Rückgewähr des getilgten Darlehens.

157

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Lösung

- Anfechtbarkeit der Darlehensrückzahlung, die innerhalb eines Jahres nach Insolvenzantrag geleistet wurden
- Rückgewährpflicht gem. § § 135 Abs.1, 143 InsO
- Haftung des A unabhängig von Unternehmensfortführung des B

158

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Fallbeispiel

A überträgt das Unternehmen an B im Januar 2002, lässt das Gesellschafterdarlehen jedoch stehen.

- a) Im Oktober 2002 wird über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet. A begehrt von der Gesellschaft Rückzahlung des Darlehens.
- b) Das Insolvenzverfahren wird erst im Februar 2003 eröffnet.

159

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Lösung

- Auch der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters ist im Insolvenzverfahren als nachrangig zu behandeln, sofern er im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag ausgeschieden ist
(BGH, Ur. v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, NZG 2012, 194)

160

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Fallbeispiel

A überträgt sowohl das Unternehmen als auch die Darlehensforderung an B. Noch innerhalb der Jahresfrist wird das Darlehen von der Gesellschaft getilgt.

Lösung

- Keine Haftungsgefahr für Altgesellschafter

Problemlose Alternative bei Unternehmensübertragung /-verkauf und Darlehensrückzahlung:

- Auszahlung des Darlehens durch Gesellschaft und Verstreichenlassens der Jahresfrist bevor Anteil übertragen wird

161

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Fallbeispiel

A ist Alleingesellschafter einer GmbH. Die C-Bank hat der GmbH ein Darlehen gewährt, welches durch Sicherungseigentum am Fuhrpark der Gesellschaft gesichert ist. Darüber hinaus hat der A zur weiteren Sicherung des Darlehens Grundschulden an seinen eigenen Grundstücken bestellt. A verkauft im Januar 2002 das Unternehmen an B. Ein halbes Jahr später wird über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Wessen Sicherheit haftet primär für der Gesellschafterdarlehen der Bank.

162

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Lösung

- **Wahlrecht** des Drittgläubigers bei Doppelbesicherung durch Gesellschafter und Gesellschaft
 - Aber: **primäre Haftung** des Gesellschafters!
→ bei Verwertung der Gesellschaftssicherheit – Erstattungspflicht des Gesellschafters analog § 143 Abs. 3 S. 1 InsO
(BGH v. 01.12.2011 – IX ZR 11/11, ZIP 2012, 2417)
 - Vorrangige Verwertung der Gesellschaftersicherheit auch bei **Verzicht** des Gläubigers auf die Gesellschaftersicherheit
→ Zahlung des Gesellschafters an Insolvenzmasse gem. §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO
(OLG Stuttgart v. 14.03.2012 – 14 U 28/11, ZIP 2012, 834)
- ⇒ m.E. auch bei nachrangiger Haftung der Gesellschaftersicherheit

163

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Ausschüttung von Gewinnvorträgen

Fallbeispiel 21:

U möchte sein Unternehmen übertragen. Die GmbH hat ein Eigenkapital von 3 Mio. €. Schwiegersohn S soll das Unternehmen zu einem Vorzugspreis erhalten; die in der Vergangenheit thesaurierten Gewinne schüttet U vorab aus. Die Liquidität verschafft sich die GmbH durch einen Barkredit.

Sechs Monate später geht die Ehe zwischen S und der Tochter T in die „Brüche“ und es herrscht „Krieg“ in der Familie. S geht auf U zu und behauptet, die Familienkrise habe ihm so zugesetzt, dass er sich zu wenig um das Unternehmen gekümmert habe. Es drohe Insolvenz. U solle helfen, wenn er dies nicht mache, müsse er damit rechnen, dass der Insolvenzverwalter die ausgeschütteten Gewinne anfechte und von U selber Zahlung verlange. Besteht dieses Risiko?

164

15.11.2017

C. Das Gesellschafter- darlehen des Übergebers

Ausschüttung von Gewinnvorträgen

**OLG Koblenz v. 15.10.2013 - 3 U 635/13, NZG 2014, 998
(Revision eingelegt, Az. BGH: IX ZR 252/13, aber verworfen)**

- *Durch die Ausschüttung von Gewinnvorträgen durch einen Alleingesellschafter-Geschäftsführer wird eine Forderung aus einer Rechtshandlung zurückgewährt, die einem Gesellschafterdarlehen entspricht. Sie ist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.*
- **Einschränkend LG Hamburg, Urteil v. 18.06.2015 – 301 O 1/15, (siehe nächste Folie)**
 - Hier ging es jedoch nicht um einen Alleingesellschafter, auf welchen sich die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung des OLG Koblenz bezieht!

165

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

Fallbeispiel 22:

Unternehmer U will sein Unternehmen auf seine beiden Töchter übergeben. Das „Unternehmen“ besteht aus einer deutschen GmbH sowie einer 2013 in England gegründeten Ltd. Angesichts des Brexit will U diese rasch nach Deutschland „holen“. Welche Wege stehen ihm offen?

166

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.06.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014,128

Leitsatz des Gerichts:

Die grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland unter damit einhergehendem Formwechsel in eine entsprechende Gesellschaft deutschen Rechts ist statthaft und ist in das Handelsregister eintragungsfähig

167

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.06.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014,128

- ◆ Als wohl erstes deutsches Gericht erkannte das OLG die grenzüberschreitende Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine inländische als rechtliche zulässig an.
- ◆ Es ließ die Eintragung nicht daran scheitern, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Antragsstellung beim deutschen Register bereits im Register des Gründungsstaates gelöscht war – fehlende Kontinuität des Rechtsträgers - .
- ◆ Es verzichtete auf die vom EuGH in Sachen „Vale“ geforderten tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmestaat.

168

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

Anwendbares Recht

KG v. 21.03.2016 – 22 W 64/15, NZG 2016, 834

Sachverhalt:

Eine nach französischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft (SARL) wollte ihren Geschäftssitz von Paris nach Berlin verlegen.

Entscheidung:

- ◆ Grenzüberschreitender Formwechsel richtet sich nach deutschen Vorschriften über den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH.
- ◆ Regelungen über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel einer Europäischen Gesellschaft finden keine Anwendung.
- ◆ Absage an „Checkliste“ des AG Charlottenburg

169

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

OLG Frankfurt a.M. v. 03.01.2017 – 20 W 88/15, ZIP 2017, 611

Sachverhalt:

- ◆ GmbH (im dts. HR eingetragen) Anmeldung
Satzungssitzverlegung nach Italien, neue ital. Adresse,
Beschluss ital. Rechtsform „S.r.l.“
- ◆ HR Zurückweisung Anmeldung, formwahrende Sitzverlegung
- ◆ Eintragung ins ital. HR
- ◆ Einreichung Gründungs- und Eintragungsunterlagen dts. HR
- ◆ Zurückweisung keine Anmeldung unter formwechselnden
Vorschriften (§ § 190 ff. UmwG)

170

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

OLG Frankfurt a.M. v. 03.01.2017 – 20 W 88/15, ZIP 2017, 611

Entscheidung:

- ◆ Grds: Formwahrende Sitzverlegung einer deutschen GmbH in einen
EU-Staat nach h.M. unzulässig und führt zur Auflösung
- ◆ ABER: Besteht deutliche Absicht eines Rechtsformwechsels in eine
Rechtsform des Zuzugsstaates, muss keine explizite Sitzverlegung
eingereicht werden
- ◆ Möglich ist auch eine Sitzverlegung samt Formwechsel durch Wahl
einer Rechtsform des Zuzugsstaates durch europarechts-konforme
Auslegung der § § 1 I Nr. 4, 191 II UmwG
- ◆ Entspr. Anwendung § 101 I Nr. 1 und 3, II, III UmwG
- ◆ Nichtanwendung dieser Vorschriften hätte Ungleichbehandlung von
deutschen und ausländischen Handelsregistern zur Folge
- ◆ Nicht vereinbar mit Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV

171

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

OLG Düsseldorf v. 19.07.2017 – I-3 Wx 171/16, DStR 2017, 2345; Leitsätze:

2. Die Anmeldung der Umwandlung einer nach niederländischem Recht gegründeten im niederländischen Handelsregister der Kammer für Handelssachen (Kamer van Koophandel) eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (B.V.) im Wege eines grenzüberschreitenden Formwechsels in eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Verlegung ihres Satzungs- und Verwaltungssitzes sowie der Änderung der Firmierung darf das Registergericht nicht mit der Begründung zurückweisen, es fehle hierfür an einer Regelung durch den nationalen Gesetzgeber.



D. Kurzer Blick über die Grenze

OLG Düsseldorf v. 19.07.2017 – I-3 Wx 171/16, DStR 2017, 2345; Leitsätze:

3. In Ansehung der „Vale-Entscheidung“ des EuGH vom 12. Juli 2012 (C-378/10, NZG 2012, 871) sind Art. 49 und 54 AEUV dahin zu verstehen, dass einer dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats unterliegenden Gesellschaft der Formwechsel in eine GmbH nach deutschem Recht nicht verwehrt werden kann, wenn ein solcher Formwechsel für Gesellschaften nach deutschem Recht möglich ist. Soweit der Gesetzgeber nicht entsprechend tätig wird, haben die Gerichte die nationalen Vorschriften unter Beachtung dieser Pflicht aus den Art. 49 und 54 AEUV anzuwenden und hat das Registergericht – wie hier noch nicht geschehen - das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen nach europarechtskonform auszulegendem deutschem Recht zu prüfen.



D. Kurzer Blick über die Grenze

Vorlageverfahren aus Polen, EuGH, Gerichtsmittelung v. 13.06.2016 – C-106/16, BeckEuRS 2016, 476206

Sachverhalt:

- ◆ Poln. GmbH Beschluss Verlegung Sitz nach Luxemburg
- ◆ Ort der tatsächlichen Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit?
- ◆ Poln. HR Eröffnung Liquidationsverfahren, Best. Liquidator
- ◆ In Lux. Beschluss grenzüberschreitende Sitzverlegung mit Änderung in die lux. GmbH, Namensänderung und Neufassung des Gesellschaftsvertrages
- ◆ Eintragung S.à.r.l. in lux. HR
- ◆ Poln. RG Verweigerung Löschung (Fehlen nach polnischem Recht erforderlichen Nachweise über die Auflösung und Liquidation)
- ◆ GmbH → Verlegung Gesellschaftssitz, Fortbestehen der Gesellschaft in Lux. → Beendigung Liquidationsverfahren
- ◆ Oberste Gerichtshof Polens Vorlage EuGH gem. Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung

174

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

Schlussantrag der Generalanwältin v. 04.05.2017 – EuGH C-106/16, BeckRS 2017, 108853

- ◆ Unter die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 und Art. 54 AEUV fällt ein Vorgang, sofern eine tatsächliche Ansiedlung dieser Gesellschaft im anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit besteht oder beabsichtigt wird
- ◆ Nationaler Rechtsvorschriften beschränken die Niederlassungsfreiheit, wenn die Löschung der Gesellschaft im HR des Herkunftsmitgliedstaats deren vorherige Auflösung nach Durchführung der Liquidation voraussetzt
- ◆ Generelle Pflicht zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens stellt kein verhältnismäßiges Mittel dar, um die Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer zu schützen

175

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

EuGH, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, ZIP 2017, 2145

◆ **Überraschend:** EuGH folgte hinsichtlich der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit einer Gesellschaft im Zielstaat nicht dem Antrag der Generalanwältin (im Übrigen schon) und der h.M. in der Literatur und legte die Art. 49 und 54 AEUV weit aus:

1. *Die Art. 49 und 54 AEUV sind dahin auszulegen, dass die Niederlassungsfreiheit für die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat gilt, durch die diese unter Einhaltung der dort geltenden Bestimmungen ohne Verlegung ihres tatsächlichen Sitzes in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden soll.*

176

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

EuGH, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, ZIP 2017, 2145

2. *Die Art. 49 und 54 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat, durch die sie unter Einhaltung der dort geltenden Bestimmungen in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden soll, von der Auflösung der ersten Gesellschaft abhängig macht.*

- ◆ klargestellt: MGStaaten obliegt, Verlegung Verwaltungssitzes ohne gleichz. Verlegung des Sitzungssitzes zu untersagen
- ◆ Außerdem Verlegung Sitzungssitz immer auch Wahl Rechtsform Zielstaat, denn Sitzverlegung unter Beibehaltung im Ausgangsstaat begr. Rechtsform immernoch unzulässig

177

15.11.2017

D. Kurzer Blick über die Grenze

Folgen des „Brexit“ für britische Ltd

Folgen des „Brexit“ für Ltd mit Verwaltungssitz in Deutschland
ausführlich *Seeger, DStR 2016, 1817; Heckschen, NotBZ 2017, 401*

◆ Folgen der Anwendung der Sitztheorie

- Trabrennbahn-Urteil des BGH → Fortgeltung der Sitztheorie für Gesellschaften aus Drittstaaten
- ◆ Art. 50 III EUV = eindeutigen
- ◆ Brit. Gesellschaften können sich nicht mehr auf Niederlassungsfreiheit berufen = Sitztheorie wird Anwendung finden
- ◆ dh. Deutsches Recht findet Anwendung auf britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland
 - Wird wie Personengesellschaft behandelt
 - P.: nur ein Gter. → e.K. mit allen rechtl. Folgen
 - Vermutlich stillen Reserven im Vermögen der Gesellschaft und in den Anteilen aufgedeckt und besteuert werden sowie offene Rücklagen als ausgeschüttet gelten

178

15.11.2017

D. Kurzer Blick über die Grenze

Folgen des „Brexit“ für britische Ltd

Kein Bestandsschutz für bereits existierende Ltds. aus Rechtsstaatsprinzip

◆ Pro Bestandsschutz **Bode/Bron, GmbHR 2016, R129**

- Grundprinzipien, dass die Wirksamkeit von einmal getätigten Dispositionen und Rechtshandlungen nicht durch eine Änderung der Rechtslage wieder entzogen werden darf
- ◆ Contra Bestandsschutz **Seeger**
 - Grunds. Vorrang des Unionsrechts vor nationalen Recht
 - Bürger müssen mit Änderung der deutschen Rechtsvorschriften rechnen
 - Bestandsschutz lässt sich aus Rechtsstaatsprinzip des GG nicht begründen, da beim Brexit voraussichtlich keine deutschen Rechtsvorschriften geändert werden
 - Brexit langen zeitlichen Vorlauf, indem auf Folgen reagiert werden kann

179

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

Folgen des „Brexit für britische Ltd

Kein Bestandsschutz aus Gesellschaftsrecht

- ◆ Kein Bestandsschutz aufgrund der Eintragung im HR
- ◆ Keine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband
- ◆ Keine Heilung

Kein Gebot Bestandsschutz gesetzlich einzuführen

180

15.11.2017



D. Kurzer Blick über die Grenze

Folgen des „Brexit für britische Ltd

Gestaltungsmöglichkeiten

◆ Asset Deal

- Übertragung sämtliche Vermögensgegenstände und Rechtsverhältnisse auf deutsche Kapitalgesellschaft
- P.: ggf. Aufdeckung stiller Reserven
- P.: Vertragsübernahme
- P.: Liquidation der Ltd. in GB

◆ Grenzüberschreitender Formwechsel

- bis zum Brexit wegen Niederlassungsfreiheit grenzüberschreitender Formwechsel in deutsche Kapitalgesellschaftsform möglich
- „Hereinformwechsel“ vor Brexit grundsätzlich steuerneutral
- P.: kein Formwechsel in UG (haftungsbeschränkt)

◆ Grenzüberschreitende Verschmelzung

- Auch auf UG (haftungsbeschränkt) möglich, sofern durch Verschmelzung Mindeststammkapital erreicht

181

15.11.2017

**Rückfragen
gerne an ...**



Notar

**Prof. Dr. Heribert Heckschen
Hohe Straße 12
01069 Dresden**

Tel.: 0351 47 30 50

Fax: 0351 47 30 510

Mail:

info@heckschen-vandeloo.de

Web:

www.heckschen-vandeloo.de