

## Auszüge aus den Originalunterlagen

„Fachberater Unternehmensnachfolge (DStV e.V.)“

Bitte beachten Sie: Wir haben uns bemüht, typische und für die Gesamtunterlage repräsentative Auszüge aus den Lehrgangsunterlagen auszuwählen. Sie stellen aber natürlich nur einen verschwindend kleinen Teil der Unterrichtsmaterialien dar und sind nicht fortlaufend.



Fachseminare  
von Fürstenberg

Ein Unternehmen der  
Verlagsgruppe

**ottoschmidt**

---

# Fachberater Unternehmensnachfolge

## UNF 1

Skript „Einführung und Überblick / Das Mandat / Der Nachfolgeprozess / Familienstrategie“

Dr. Christopher Riedel, LL.M.  
Rechtsanwalt, Steuerberater,  
Fachanwalt für Steuerrecht

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung und Überblick .....</b>	<b>1</b>
I. Begriff der Unternehmensnachfolge .....	1
II. Gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Unternehmensnachfolge .....	2
1. Gesamtwirtschaftliche Bedeutung von Familien bzw. ihren Unternehmen .....	2
2. Bedeutung der Unternehmensnachfolge für den (quantitativen) Bestand der Familienunternehmen .....	6
III. Gestaltung der Unternehmensnachfolge als Risiko .....	10
1. Nachfolge als Risiko für den Bestand des Unternehmens .....	10
2. Nachfolge als Risiko für das Familienvermögen.....	11
IV. Nachfolge im Familienunternehmen als Gestaltungsaufgabe.....	11
<b>B. Das Mandat in der Unternehmensnachfolge .....</b>	<b>13</b>
I. Allgemeines.....	13
II. Grenzen der Gestaltungsberatung durch Steuerberater .....	14
III. Der Auftraggeber .....	15
1. Grundsatz: nur ein (einziger) Mandant.....	15
2. Ausnahme vom Ein-Mandanten-Prinzip.....	17
a) Ehegatten.....	17
b) Mehrere Übergeber / mehrere Übernehmer .....	17
c) Mediation / Familienstrategie .....	18
IV. Gegenstand des Auftrages .....	18
V. Interdisziplinäre Zusammenarbeit .....	19
1. Grundlage der Zusammenarbeit: Informationsaustausch .....	19
2. Organisation der Zusammenarbeit .....	20
a) Globaler Auftrag .....	20
b) Spezial-Auftrag .....	21
VI. Vergütungsregelung.....	21
VII. Haftungsrisiken .....	22
1. Beraterpflichten .....	22

<b>3. Die Familienstrategie.....</b>	<b>64</b>
<b>a) Gemeinsame Interessen .....</b>	<b>64</b>
<b>b) Gemeinsame Traditionen.....</b>	<b>65</b>
<b>c) Gemeinsame Werte .....</b>	<b>65</b>
<b>d) Gemeinsame Ziele .....</b>	<b>66</b>
<b>e) Gemeinsames Verständnis über die Rollenverteilung .....</b>	<b>67</b>
<b>f) Institutionen .....</b>	<b>69</b>
<b>4. Checkliste Familienverfassung.....</b>	<b>69</b>

## A. Einführung und Überblick

### I. Begriff der Unternehmensnachfolge

Der Begriff der Unternehmensnachfolge ist in aller Munde. Die damit verbundenen Vorstellungen sind aber nicht immer identisch. Vielfach wird unter Unternehmensnachfolge die Weitergabe des eigenen Unternehmens an die nächste Generation verstanden.<sup>1</sup> Dies stellt jedoch nur eine von vielen denkbaren Varianten dar.

Bei Licht betrachtet, ist bereits der Begriff „Unternehmensnachfolge“ (auch wenn er im Folgenden Verwendung finden soll) irreführend gewählt. Denn im Kern geht es nicht darum, einem bestehenden Unternehmen ein anderes nachfolgen zu lassen – im Gegenteil: das bestehende Unternehmen soll möglichst erhalten werden. Nicht die Zeit des Unternehmens läuft ab, wodurch eine Nachfolge erforderlich wird. Vielmehr ist es der Unternehmer, dessen Tage gezählt sind, und dem daher ein anderer Unternehmer nachfolgen soll, damit dieser den weiteren Fortbestand des Unternehmens sichern kann. Richtiger wäre es vor diesem Hintergrund also, nicht von Unternehmensnachfolge sondern von „Unternehmernachfolge“ zu sprechen. Das mag auf den ersten Blick nach Haarspalterei klingen. Dennoch hilft diese Unterscheidung, den Fokus auf die Gestaltungsaufgabe zu lenken, um die es tatsächlich geht: Nämlich die Überleitung sowohl des Eigentums am Unternehmen als auch der unternehmerischen Verantwortung vom bisherigen Unternehmer auf einen oder mehrere Nachfolger.

Allerdings bedarf auch dieser Definitionsversuch der weiteren Einschränkung. Denn eine Änderung des Unternehmenseigners findet auch im Rahmen ganz gewöhnlicher Unternehmenskauf- bzw. Verkaufstransaktionen statt, ohne dass man deswegen von einer Gestaltung im Rahmen der Unternehmensnachfolge sprechen würde. Ein prägendes Element der Unternehmensnachfolge besteht sicherlich darin, dass der Fortbestand des Unternehmens gesichert werden soll.

Dies bildet dann eine besondere Herausforderung, wenn der Unternehmer als Träger (insbesondere Eigentümer, mitunter aber auch Manager) des Unternehmens nicht unsterblich ist. Dies trifft auf natürliche Personen regelmäßig zu, nicht aber auf Personen- oder gar Kapitalgesellschaften. Vor diesem Hintergrund besteht ein Regelungsbedürfnis im Hinblick auf die Unternehmensnachfolge von vornherein nur bei solchen Unternehmen, die von einer bzw. einer kleinen Gruppe natürlicher Personen – wenigstens mittelbar – beherrscht oder dominiert werden. Denn nur bei solchen Eigentums- bzw. Führungsstrukturen sind überhaupt Unternehmer vorhanden, deren Nachfolge abzusichern ist. Anders stellt sich die Lage bei Publikumsgesellschaften dar, bei denen die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises schwer überschaubar ist und mitunter – jedenfalls aus Sicht des Unternehmens selbst – zufällig erscheint. Hier hat beispielsweise der Tod oder auch der Veräußerungsentschluss eines Streubesitz-Aktionärs keinerlei Auswirkungen auf den Fortbestand des Unternehmens oder die Art und Weise seiner operativen Führung.

Unternehmensnachfolge meint also die Überleitung der Eigentümerstellung (mit oder ohne Managementverantwortung) von einer oder mehreren natürlichen Personen an einen oder mehrere Nachfolger zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens. Es handelt sich um eine Gestaltungsaufgabe, die ausschließlich in Familienunternehmen eine Rolle spielt.

In vielen Fällen stammt der potentielle Nachfolger aus der Familie des aktuellen Eigentümers, der das Unternehmen entweder selbst gegründet oder ebenfalls von seinen Vorfahren übernommen hat. Die Erhaltung des Familienunternehmens für die Familie zählt hierbei oftmals zu den wesentlichen Gestaltungszielen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> So z.B. *Kayser*, in: *Schlecht & Partner/Taylor Wessing, Unternehmensnachfolge*, S. 17.

<sup>2</sup> Vgl. *Spiegelberger, Unternehmensnachfolge*, § 1 Rn 4 unter Hinweis auf eine IfM-Studie aus dem Jahr 2004.

## II. Gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Unternehmensnachfolge

### 1. Gesamtwirtschaftliche Bedeutung von Familien bzw. ihren Unternehmen

Angesichts der teilweise unvorstellbar hohen Börsenkapitalisierungen von Publikumsgesellschaften wird die Bedeutung von Familienunternehmen für die Volkswirtschaft in der Öffentlichkeit mitunter nicht richtig wahrgenommen. Auch der Umstand, dass eine einheitliche Definition des Begriffs nicht vorhanden ist, mag ein Übriges hierzu beitragen.

Ungeachtet der Definitionsunterschiede im Detail kann man aber allgemein wohl davon ausgehen, dass der Begriff des Familienunternehmens deutlich über den des Familienbetriebes hinausgeht. Denn Letzterer meint im allgemeinen Sprachgebrauch in erster Linie Unternehmungen, die ausschließlich einer Familie gehören und in denen vor allem Familienmitglieder, ggf. auch wenige Angestellte, beschäftigt sind. Familienunternehmen im hier verwendeten Sinne können jedoch auch sehr große Unternehmungen sein, wenn sie sich mehrheitlich im Besitz einer Familie befinden. Das trifft beispielsweise auch auf Großunternehmen wie Aldi, Würth, Haniel, Bertelsmann und Bosch zu. Auch Dax-Unternehmen wie Henkel, Metro und Merck gehören nach dieser Definition zur Gruppe der Familienunternehmen.

Als wesentliche Kriterien für die Entscheidung der Frage, ob ein Familienunternehmen vorliegt, können gelten, dass

- eine oder mehrere Familien die Mehrheit der Stimmrechte und/oder des Kapitals besitzen;
- eine oder mehrere Familien maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensführung ausüben;
- im Eigentümerkreis der Wille besteht, das Unternehmen bzw. die Beteiligung an die nächste Generation möglichst innerhalb der Familie weiterzugeben;
- das Unternehmen von bestimmten, von der Eigentümerfamilie vorgegebenen Werten geprägt ist.<sup>3</sup>

Auf dieser Grundlage lassen sich Familienunternehmen in weitere Gruppen unterteilen, z.B. nach dem Grad der Einbindung der Familie in die unternehmerische Tätigkeit. So reicht es beispielsweise für die Einordnung als nominelles Familienunternehmen aus, dass im Unternehmensnamen ein Familienname enthalten ist, wobei dies nicht unbedingt mit einer Kontrolle oder Beherrschung des Unternehmens durch diese Familie verbunden sein muss. Demgegenüber zeichnen sich familienkontrollierte Unternehmen dadurch aus, dass eine überschaubare Anzahl von natürlichen Personen die unternehmerische Kontrolle ausübt, was nicht zwingend mit einer entsprechenden Eigentümerposition einhergehen muss. Die eigentümergeführten Unternehmen schließlich werden von einer überschaubaren Anzahl natürlicher Personen kontrolliert, wobei wenigstens einer der Unternehmenseigentümer auch eine Leitungsfunktion im Unternehmen innehat<sup>4</sup>

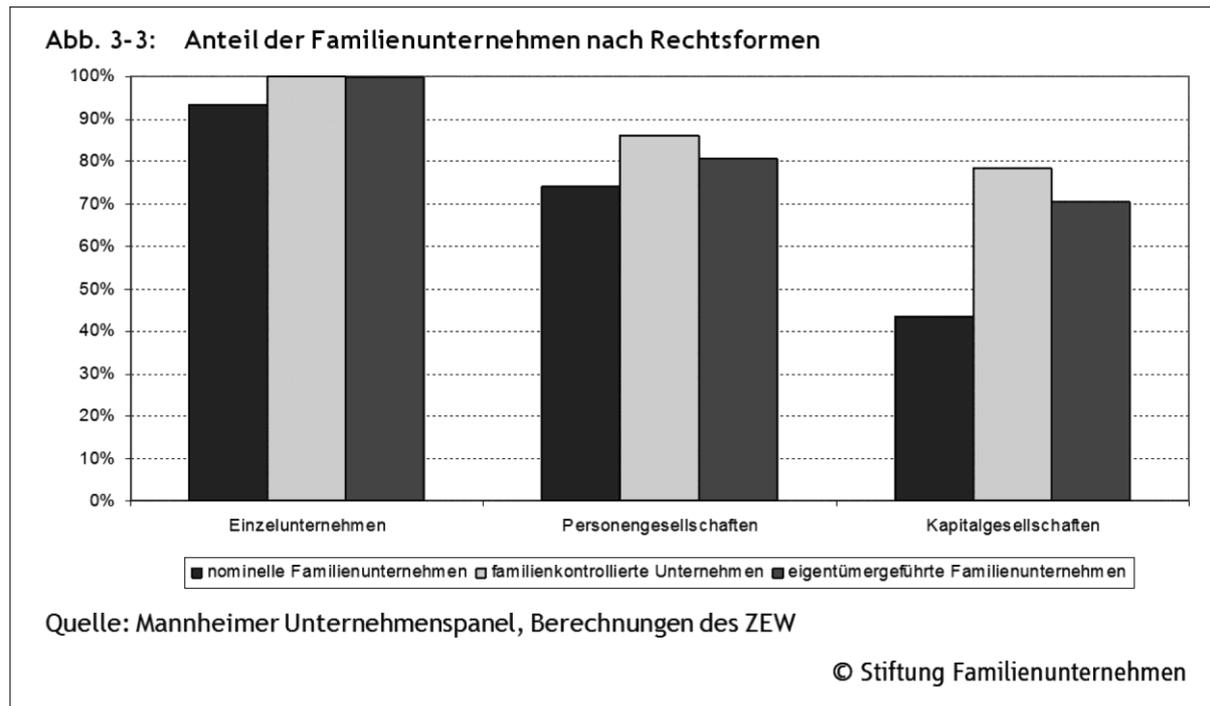
Studien gehen davon aus, dass die familienkontrollierten Unternehmen einen Anteil von 93,2 % an allen in Deutschland betriebenen Unternehmungen ausmachen. Die eigentümergeführten Familienunternehmen repräsentieren immerhin einen Anteil von 90,6 %.<sup>5</sup> Es zeigt sich also, dass Familienunternehmen (in welcher genauen Ausprägung auch immer) die deutsche Unternehmenslandschaft (jedenfalls zahlenmäßig) deutlich beherrschen.

---

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen *Stiftung Familienunternehmen* (Hrsg.), Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen (2009), S. 6 f.

<sup>4</sup> Wegen der Unterscheidung in nominelle, familienorientierte und eigentümergeführte Unternehmen vgl. zum Ganzen *Stiftung Familienunternehmen* (Hrsg.), Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, S. 13 f.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen *Stiftung Familienunternehmen* (Hrsg.), Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, S. 15 unter Hinweis auf: Mannheimer Unternehmenspanel, Berechnungen des ZEW.



Festzuhalten ist überdies, dass Familienunternehmen in beinahe allen Wirtschaftszweigen anzutreffen sind. Selbst im Bereich der Energie- und Wasserversorgung, der den geringsten Anteil an Familienunternehmen aufweist, liegt der Anteil der eigentümergeführten Familienunternehmen bei rd. 56%.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Vgl. *Stiftung Familienunternehmen* (Hrsg.), Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, S. 20.

## **B. Das Mandat in der Unternehmensnachfolge**

### **I. Allgemeines**

Die Planung und Gestaltung der Unternehmensnachfolge bildet eine äußerst vielschichtige Aufgabe, die sich nicht allein auf rechtliche und steuerrechtliche Gesichtspunkte reduzieren lässt. Betriebswirtschaftliche Aspekte sowie die familiäre Situation und das persönliche Verhältnis der Beteiligten sind für das Gelingen der Nachfolge von entscheidender Bedeutung. An einer handwerklich mangelhaften Umsetzung des Unternehmensnachfolgekonzepts kann die Nachfolge zwar scheitern. Juristischer und steuerrechtlicher Scharfsinn allein sind jedoch nicht in der Lage ein wirtschaftlich tragfähiges Konzept und dessen konsequente Umsetzung durch die Beteiligten zu ersetzen.

Vor diesem Hintergrund reicht der zivil- und steuerrechtliche Sachverstand in vielen Fällen nicht aus, die an einer beabsichtigten Unternehmensnachfolge beteiligten Personen sachgerecht und hinlänglich zu unterstützen. Oftmals besteht ein überaus vielfältiger Beratungsbedarf, z.B. hinsichtlich der langfristigen strategischen Ausrichtung des Unternehmens und der Familie, bezüglich Finanzierungsfragen etc.

Gleichgültig, welcher Profession und welchem Berufsstand der zunächst angesprochene Berater angehört, alle möglicherweise relevant werdenden Fragestellungen kann er alleine im Regelfall nicht abdecken. Daher bildet die Unternehmensnachfolge eines der klassischen Beratungsfelder für eine interdisziplinäre Zusammenarbeit. Die Ausgestaltung dieser Zusammenarbeit stellt die Beteiligten, insbesondere die sog. Berufsträger (Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer), die entsprechenden Berufsordnungen und weitergehenden Regularien unterliegen vor besondere Herausforderungen, die möglichst noch vor der Auftragsannahme einer angemessenen Lösung zugeführt werden sollten.

Klärungsbedürftig ist insoweit zunächst, welcher Berater für welchen Mandanten tätig werden soll und welchen Umfang der jeweilige Auftrag und damit auch die jeweilige Verantwortung haben sollen. Eine Zusammenarbeit der unterschiedlichen Berater ist natürlich nur dann sinnvoll möglich, wenn auch gegenseitig Informationen ausgetauscht werden dürfen. Gerade die Berufsträger unterliegen insoweit verschiedenen Restriktionen, so dass diesbezügliche Vereinbarungen mit den Mandanten ggf. auch mit dem übrigen Beratern, zwingend erforderlich sind. Auch die Frage der Haftung, insbesondere einer möglichen Mithaftung für Fehler an-derer Berater, bedarf einer angemessenen Regelung. Und last but not least muss auch über die Vergütung gesprochen werden.

Schließlich stellt sich die Frage, wer in dem „Konzert der Spezialisten“ die Rolle des Dirigenten übernehmen soll, also den Nachfolgeprozess managt.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen dazu dienen, die soeben angesprochenen Gesichtspunkte schlaglichtartig zu beleuchten und einige – gerade für die angesprochenen Berufsträger – wesentliche rechtliche Gesichtspunkte ins Bewusstsein zu rufen. Im Interesse einer Beschränkung des Umfangs dieser Ausführungen wurde ganz bewusst auf den Anspruch der Vollständigkeit verzichtet. Es geht hier ausdrücklich nicht darum, alle in Betracht kommenden Facetten und Details anzusprechen; der Fokus liegt viel mehr darauf, ganz grundsätzlich das Problembewusstsein zu schärfen.

Vorsatz verursachten Schaden nicht im Voraus beschränkt werden kann (§ 276 Abs. 3 BGB), ist eine Haftungsbeschränkung für fahrlässig verursachte Schäden grundsätzlich zulässig. Für Rechtsanwälte ist insoweit § 51a Abs. 1 BRAO zu beachten. Gemäß dessen Nr. 1 kann durch individualvertragliche Vereinbarung die Haftung auch für Fälle der groben Fahrlässigkeit betragsmäßig beschränkt werden.<sup>37</sup> Durch vorformulierte Vertragsbedingungen (AGB) ist hingegen nach § 51a Abs. 1 Nr. 2 BRAO nur eine betragsmäßige Beschränkung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit zulässig.

Für Steuerberater gilt folgendes: Die Haftung kann bei einem fahrlässig verursachten Schaden gemäß § 67a StBerG beschränkt werden durch:

- schriftliche Vereinbarung im Einzelfall bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme (zzt. 250.000,00 €)
- durch vorformulierte Vertragsbedingungen auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme, wenn insoweit Versicherungsschutz besteht (zzt. 1 Mio. €, im Fall der PartGmbH 4 Mio € bzw. bei Beteiligung eines Rechtsanwaltpartners 10 Mio. €).

Bei einer Haftungsbeschränkung durch Allgemeine Auftragsbedingungen sind die §§ 305 ff. BGB zu beachten. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil des Vertrags, wenn der Steuerberater bei Vertragsabschluss ausdrücklich auf sie hinweist und dem Mandanten die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme verschafft und dieser mit ihrer Geltung einverstanden ist (§ 305 Abs. 2 BGB).

Um tatsächlich eine Individualvereinbarung im Sinne von § 51a Abs. 1 Nr. 1 BRAO bzw. § 67a StBerG zu erreichen, ist ein freies („wirkliches“) Aushandeln erforderlich, das jedenfalls eine Verhandlungsbereitschaft beider Parteien voraussetzt und dem Mandanten die reale Möglichkeit bieten muss, auf den Inhalt der Haftungsbeschränkung Einfluss zu nehmen. Eine einseitige Belehrung genügt insoweit nicht.<sup>38</sup> Es kann sich insoweit empfehlen, die konkreten Argumente, die für eine Haftungsbeschränkung auf einen bestimmten Höchstbetrag sprechen, zu dokumentieren und ggf. auch den Verlauf einer mit dem Mandanten geführten diesbezüglichen Diskussion festzuhalten. In diesem Zusammenhang kann auch die Möglichkeit einer etwaigen Höherversicherung und die Frage der hiermit verbundenen Kosten bzw. der Kostentragung eine Rolle spielen.

Im Übrigen sollte der Berater auf jeden Fall im Vorfeld der Auftragsannahme den Umfang seines Versicherungsschutzes klären und sich dabei auch mit der Frage beschäftigen, ob alle von ihm zu erledigenden Leistungen tatsächlich von seiner Vermögensschadenhaftpflichtversicherung umfasst sind. Dieselben Grundsätze gelten entsprechend auch für Haftungsbeschränkungen anderer Berufsträger bzw. Berater.

### VIII. Checkliste: Mandatsvereinbarung

- Auftraggeber
- Gegenstand des Auftrags/Begrenzung des Auftragsumfangs
- Mitwirkungspflichten des Mandanten
  - Zurverfügungstellung von Informationen
  - Beauftragung weiterer Spezialisten
  - Treffen strategischer Entscheidungen etc.

<sup>37</sup> Kleine-Cosack, § 51a BRAO Rn 4.

<sup>38</sup> Vgl. Hamm, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 50 Rn 29.

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 1

**Einführung und Überblick / Das Mandat /  
Der Nachfolgeprozess / Familienstrategie**

Dr. Christopher Riedel, LL.M.  
Rechtsanwalt, Steuerberater,  
Fachanwalt für Steuerrecht  
- Düsseldorf -

## Gliederung

- Einführung und Überblick
  - Begriff der Unternehmensnachfolge
  - Gesamtwirtschaftliche Bedeutung
  - Unternehmensnachfolge als Risiko und Gestaltungsaufgabe
- Das Mandat in der Unternehmensnachfolge
  - Auftraggeber und Inhalt des Auftrags, Zusammenarbeit mit anderen Beratern
  - Vergütung und Haftung
- Der Nachfolgeprozess
  - Von der Auftragserteilung bis zur Umsetzung
- Fremdmanagement im Familienunternehmen
- Die Familienstrategie

## Nachfolge als Risiko für das Familienvermögen

- Unternehmen bildet oft das wesentliche Vermögen
  - Wirtschaftliche Schwierigkeiten schlagen auf die Familie durch
  - Scheitern der Nachfolge = Existenzbedrohung für die Familie
- Bei nicht ausreichendem sonstigem Vermögen
  - Wirtschaftliche Gleichbehandlung der Kinder schwierig
  - Akzeptanz tragfähiger Nachfolgelösungen zum Teil problematisch
  - Schenkungen oft wirtschaftlich nicht verantwortbar
- Ähnliche Schwierigkeiten bei kleinen und auch bei Großunternehmen

## Nachfolge als Risiko für das Familienvermögen (2)

- Zielsetzung:
  - Erhalt des Unternehmens
    - als Familienunternehmen
    - als Wohlstandsgrundlage für die Familie
  - Versorgung mehrerer Generationen aus dem Unternehmen
  - Ggf. auch umfassende Beteiligung der Familie am Eigentum

## Nachfolge als Gestaltungsaufgabe

- Tragfähiges Nachfolgekonzept = Voraussetzung für erfolgreiche Übergabe
  - Konsens aller (auch mittelbar) Beteiligten
    - Partikularinteressen
    - Wirtschaftliches Umfeld
    - Individuelle Vermögenssituation
  - Bereitschaft/Fähigkeit von Übergeber und Übernehmer zur Durchführung
  - Handwerklich (rechtlich/steuerlich) fehlerfreies Konzept

## Nachfolge als Gestaltungsaufgabe (2)

- Handwerklich (rechtlich/steuerlich) fehlerfreies Konzept
  - Recht und Steuern bilden **nicht** den Schlüssel zum Erfolg,
  - Handwerkliche Fehler können aber verheerend wirken
    - Fehlende Wirksamkeit
    - Nichtbeachtung z.B. von Pflichtteilsrisiken, Verfügungsbeschränkungen etc.
    - Ungeplante Steuerbelastungen bei Ertrag- und Schenkungsteuer
- Um alle Facetten abzudecken, ist oft eine enge interdisziplinäre Zusammenarbeit erforderlich/sinnvoll
- Das Große Ganze muss stets im Focus bleiben

# Das Mandat in der Unternehmensnachfolge

## Allgemeines

- Beratungsbedarf
  - nicht nur rechtlich und steuerrechtlich
  - auch darüber hinaus
    - Vermögens- und Finanzplanung
    - Auswahl eines geeigneten Nachfolgers
    - Überleitung der operativen Verantwortung
    - Herstellung von Einigkeit in der Familie
- Klärung, was im konkreten Fall erforderlich ist
- Zusammenstellung des Beratungs-Teams
- „Konzert der Spezialisten“ – wer ist der Dirigent?
- Definition des (eigenen) Auftrags

## Strategische Nachfolgeplanung



## Rechtsberatung durch Steuerberater (4)

- „Mittelbare“ Erbringung von Rechtsdienstleistungen, indem man sich zur Erfüllung seiner Beratungspflichten eines zugelassenen Rechtsanwaltes bedient, ist ebenfalls unzulässig (BGH v. 3.7.2008, DStRE 2009, 387 m.w.N.)
  - Auch in Fällen der beruflichen Zusammenarbeit zwischen Steuerberatern und Rechtsanwälten muss insofern ein eigenständiges (unmittelbares) Mandatsverhältnis (durch den Rechtsanwalt) begründet werden

## Der Auftraggeber

- Grundsatz: nur ein (einziger) Mandant
  - RA/StB hat die Interessen seines Mandanten umfassend zu wahren / zu vertreten
  - „Diener zweier Herren“ zu sein, birgt entsprechende Risiken, die vermieden werden sollten
- Interessenskonflikt bei Tätigkeit für mehrere Mandanten (z.B: Übergeber und Übernehmer)
- 356 StGB (Parteiverrat)
- § 43a Abs.4 BRAO, § 6 BOSTB

## Risiko: Interessenkollision

- Dieselbe Rechtssache liegt vor, wenn derselbe historische Vorgang betroffen ist, was bei der Erstellung von gemeinschaftlichen Testamenten regelmäßig der Fall ist
- Sind die Mandaten hierüber aufgeklärt, dann handelt der Berater nicht pflichtwidrig, es sei denn, er vertritt unterschiedliche rechtliche oder tatsächliche Standpunkte
- Sind die Mandanten nicht aufgeklärt oder nicht einverstanden, so ist der Interessensgegensatz allein anhand objektiver Kriterien zu bemessen
  - Problembereiche: Übergeber – Übernehmer / unterschiedliche Kinder / einseitiges Vermögen

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 1

Skript „Erbrechtliche Grundlagen“

RA Thomas Littig  
Fachanwalt für Erbrecht

# Gliederung

- Übersicht deutsches Erbrecht und Nebengesetze
- Gesetzliche Erbfolge
- Erbengemeinschaft und Erbauseinandersetzung
- Pflichtteilsrecht
- Grundlagen der Testamentsgestaltung

# Grundbegriffe

- Gesamtrechtsnachfolge
  - Übergang des Vermögen als Ganzes
  - keine Einzelübertragung/Einzelerwerb
  - Ausnahme bei PersonenhandelsG
- Erbengemeinschaft/Erbteil
  - Mehrere Erben bilden eine Erbengemeinschaft ( § 2032 Abs.1 BGB)
  - Gesamthandsgemeinschaft keine Miteigentumsanteile
    - Alle Rechte ungeteilt stehen der Erbengemeinschaft zu
    - Miterben haben nur Anteile an dem Nachlass insgesamt

# Grundbegriffe

## – Erbenstellung

- Der/die Erben erwerben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge
- Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge mit dinglicher Wirkung

## – Vermächtnis

- Zuwendung einzelner Gegenstände (§ 1939 BGB)
- nur schuldrechtlicher Anspruch
- schuldrechtlicher Anspruch auf Erfüllung

# Die gesetzliche Erbfolge

- Vorrang der gewillkürten Erbfolge
- Gesetzliche Erbfolge = Regelfall
- Kann neben der gewillkürten Erbfolge eintreten
- regelmäßig das Erbrecht der Miterben
- Stellt sicher, dass jeder einen Erben hat, also es keine Erbfall ohne Erben gibt

## Beispiel: „Der teure Hausrat“

Ehemann E hat einen Nachlass in Höhe von 10 Mio. hinterlassen (entspricht Endvermögen). Die Ehefrau F hat kein Endvermögen (Anfangsvermögen beider Eheleute null). E setzt seine Tochter zur Alleinerbin ein.

Wie hoch ist der Anspruch der enterbten Ehefrau?

**Abwandlung:** Die Ehefrau erhält durch Vermächtnis den gesamten Hausrat mit einem Wert von 2000,- € und nimmt dieses an. Ändert sich hierdurch der Anspruch der Ehefrau der Höhe nach?

## Variante 1:

Die Ehefrau erhält wegen § 1371 Abs. 2 BGB den realen Zugewinn und den kleinen Pflichtteil.

Zugewinn: 10 Mio hieraus  $\frac{1}{2}$  = 5.000.000,-

Pflichtteil:  $\frac{1}{8}$  aus 5.000.000,- = 625.000,-

Insgesamt erhält die Ehefrau somit 5.625.000,-

## Variante 2:

Auf Grund des (noch so kleinen) Vermächtnisses erhält wegen § 1371 Abs. 1 BGB die Ehefrau den großen Pflichtteil, aber keinen Zugewinnausgleich mehr - § 1371 Abs. 2 BGB.

Nachlass 10 Mio hieraus $\frac{1}{4}$	=	2.500.000,-
Abzügl. des Vermächtnisses § 2307	=	2000,-
Ergibt einen (großen PT)	=	<u>2.498.000,-</u>

Die Zuwendung eines Vermächtnisses führt daher zum „großen Pflichtteil“ und zum Ausschluss der güterrechtlichen Lösung (also des Zugewinnausgleichs).

## Übersicht über die Möglichkeiten des Ehepartners

Möglichkeiten des Ehegatten bei gesetzlicher oder testamentarischer Erbfolge						
Ehegatte ist gesetzlicher Erbe		Ehegatte ist gewillkürter Erbe		Ehegatte ist Vermächtnisnehmer		Ehegatte ist enterbt
schlägt nicht aus	schlägt aus	schlägt nicht aus	schlägt aus	schlägt nicht aus	schlägt aus	güterrechtliche Lösung
erbrechtliche Lösung	güterrechtliche Lösung	keine pauschale Erhöhung, da keine gesetzliche Erbfolge	güterrechtliche Lösung	ggfs. Aufstockung auf "großen" Pflichtteil	güterrechtliche Lösung	
pauschale Erhöhung des Erbteils um 1/4	konkreter Zugewinn und "kleiner" Pflichtteil	ggfs. Aufstockung auf "großen" Pflichtteil	konkreter Zugewinn und kleiner Pflichtteil		konkreter Zugewinn und kleiner Pflichtteil	
§§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB	§§ 1931 Abs. 1 und 2, 1371 Abs. 3 BGB	§§ 2305, 2307, §§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB	§§ 1931 Abs. 1 und 2, 1371 Abs. 3 BGB	§§ 2305, 2307, §§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB	§ 1371 Abs. 2 BGB	§ 1371 Abs. 2 BGB

# Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, § 2046

- Berichtigung der Verbindlichkeiten – die drei Grundsätze
  - » Zurückbehaltung streitiger Forderungen § 2046 Abs. 1 Satz 2
  - » Versilberung von Nachlassgegenständen zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, § 2046 Abs. 3 BGB
  - » Unteilbare Gegenstände sind zwingend zu versilbern (RGZ 108, 289, OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 905), sie dürfen keinem Miterben zugewiesen werden
- Versilberung von Nachlassgegenständen, § 2046 Abs.3
  - » Dies erfolgt gem. §§ 2042 Abs.2, 753 BGB – wobei der TV nicht an den Pfandverkauf bzw. die Teilungsversteigerung gebunden ist, er kann auch freihändig veräußern da § 2205 BGB vorgeht
  - » wobei es sich bei der Auswahl, welchen Gegenstand er veräußert, um eine Verwaltungsmaßnahme iSv § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt

# Anfechtung letztwilliger Verfügungen

## – Rechtsfolgen

- Nichtigkeit § 142 BGB
- Keine Vertrauensschaden
- Kassation
- Teilnichtigkeit § 2085 BGB
- Einrede der Anfechtbarkeit § 2083 BGB



Ein Unternehmen der

**ottoschmidt**  
Verlagsgruppe

---

# Fachberater Unternehmensnachfolge

Skript „Unternehmertestament – Erb- und Pflichtteilsverzicht“

(Notar Dr. Malte Ivo)

## Inhalt

<b>A.</b>	<b>Unternehmertestament .....</b>	<b>4</b>
I.	<i>Einleitung</i> .....	4
1.	Das Unternehmertestament als Risikovorsorge .....	4
2.	Gestaltungsziele des Unternehmertestaments .....	4
3.	Allgemeine Gestaltungsempfehlungen.....	5
II.	<i>Die Vererbung eines Einzelunternehmens</i> .....	5
1.	Grundsätze.....	5
2.	Testamentsvollstreckung.....	6
III.	<i>Die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen</i> .....	8
1.	Die Vererblichkeit eines Personengesellschaftsanteils - Gesellschaftsrecht .....	8
2.	Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten .....	13
3.	Einsatz erbrechtlicher Gestaltungsmittel (Vermächtnis und Testamentsvollstreckung) und Gesellschaftsvertrag.....	15
4.	Achtung bei bestehendem Sonderbetriebsvermögen.....	18
IV.	<i>Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen</i> .....	19
1.	Gesellschaftsrecht.....	19
2.	Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten .....	27
V.	<i>Drittbestimmung des Unternehmensnachfolgers</i> .....	30
1.	Grundsätze.....	30
2.	Grenzen der Drittbestimmung.....	30
<b>B.</b>	<b>Erb- und Pflichtteilsverzicht .....</b>	<b>32</b>
I.	<i>Formfragen</i> .....	32
1.	Stellvertretung beim Abschluss eines Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsvertrages? .....	32
2.	Der Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht in der Scheidungsfolgenvereinbarung .....	34
II.	<i>Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten</i> .....	36
1.	Erbverzicht oder Pflichtteilsverzicht? .....	36
2.	Beschränkungen von Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsverträgen .....	37
3.	Pflichtteilsanspruch und Zugewinnausgleich.....	39
III.	<i>Nebenwirkungen und Gestaltungsgrenzen</i> .....	41
1.	Pflichtteilsverzicht und § 1586 b BGB .....	41
2.	Pflichtteilsverzicht und Ausschlagung eines behinderten Sozialleistungsbeziehers .....	43
3.	Erb- und Pflichtteilsverzichte und Insolvenz .....	47
4.	Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen?.....	56

IV.	<i>Zuwendungsverzicht</i> .....	57
<b>C.</b>	<b>Ausgleichung und Anrechnung</b> .....	<b>60</b>
I.	<i>Allgemeines</i> .....	60
II.	<i>Ausgleichung</i> .....	60
1.	Gesetzliche Regelung .....	60
2.	Gestaltungsempfehlungen.....	61
III.	<i>Anrechnung</i> .....	62

## A. Unternehmertestament

### I. Einleitung

#### 1. Das Unternehmertestament als Risikovorsorge

Die Gestaltung der Unternehmensnachfolge ist eine anspruchsvolle Aufgabe für den juristischen Berater. Es gilt, Gesellschafts- und Erbrecht aufeinander abzustimmen und dabei die steuerlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Erschwert wird diese Aufgabe dadurch, dass die Vererbung von Gesellschaftsbeteiligungen ganz unterschiedlichen Regeln folgt, je nachdem, ob es um die Beteiligung an einer Personen- oder an einer Kapitalgesellschaft geht. Besonders augenfällig werden diese Unterschiede bei der GmbH & Co. KG, die von den Beteiligten – wirtschaftlich zutreffend – regelmäßig zwar als „eine Gesellschaft“ angesehen wird, wenn und weil das operative Geschäft allein von der KG betrieben wird, bei der aber juristisch bekanntermaßen strikt zwischen der Komplementär-GmbH einerseits und der KG andererseits differenziert werden muss: Die Beteiligung an der Komplementär-GmbH wird nach den Regeln des GmbHG vererbt, während sich die Vererbung der Kommanditanteile nach dem HGB richtet.

Idealerweise wird die Unternehmensnachfolge bereits **lebzeitig** geregelt. Dies hat gegenüber der Vererbung des Unternehmens bzw. der Gesellschaftsbeteiligung vor allem folgende Vorteile:

- Gestaltung eines gleitenden Unternehmensüberganges auf den oder die vorgesehenen Nachfolger,
- Klärung auftretender Nachfolgeprobleme mit den Nachfolgern persönlich,
- wiederholtes Ausnutzen der schenkungsteuerlichen Freibeträge,
- Realisierung künftiger Wertsteigerungen des Unternehmens bereits bei dem Nachfolger.

Die Planung und Durchführung einer lebzeitigen Unternehmensnachfolge ist in der Praxis allerdings regelmäßig ein langwieriger Prozess. Eine letztwillige Regelung der Unternehmensnachfolge ist daher schon aus Gründen der **Risikovorsorge** gegen unvorhergesehene Schicksalsschläge dringend geboten.

#### 2. Gestaltungsziele des Unternehmertestaments

So vielgestaltig die Lebenssituationen des Unternehmers sind, so vielgestaltig sind auch die entsprechenden Gestaltungsziele. In aller Regel geht es aber zumindest um die Realisierung der folgenden Ziele:

- Erhalt des Unternehmens,
- Absicherung des überlebenden Ehegatten/Lebensgefährten und der Kinder,
- Regelung der Abfindung von Familienangehörigen einschließlich der Pflichtteilsrechte.

### 3. Allgemeine Gestaltungsempfehlungen

Allgemeingültige Gestaltungsempfehlungen gibt es beim Unternehmertestament – wie auch sonst bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen – naturgemäß nicht. Es lassen sich aber doch einige in aller Regel einschlägige Gestaltungsempfehlungen festhalten:

- Die gesetzliche Erbfolge ist in aller Regel ungeeignet bzw. unzureichend, um einen sachgerechten Übergang des Unternehmens auf die nächste Generation zu realisieren.
- Eine Erbengemeinschaft als Unternehmensnachfolger wirft häufig zahlreiche zivil- und steuerrechtliche Probleme auf.
- Der Unternehmer sollte im Regelfall – zumindest hinsichtlich des Unternehmens – keine Beschränkung seiner Testierfreiheit durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag eingehen.
- Der Unternehmer ist stärker als bei reinem Privatvermögen bei unternehmerischen Beteiligungen darauf angewiesen, auf unvorhergesehene Änderungen auch testamentarisch reagieren zu können. Hiermit verträgt sich eine erbrechtliche Bindung regelmäßig nicht.
- Die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge wird im Unternehmensbereich nur selten zu empfehlen sein. Die generell schon nicht unproblematischen Beschränkungen des Vorerben sind im Bereich der Unternehmensnachfolge in aller Regel unerwünscht.

## II. Die Vererbung eines Einzelunternehmens

### 1. Grundsätze

Das einzelkaufmännische Unternehmen hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Es wird daher als Teil des Nachlasses gemäß § 1922 BGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vererbt und damit eigenes Vermögen des Alleinerben oder Bestandteil des Gesamthandsvermögens der Erbengemeinschaft. Es ist, obwohl das HGB für den Betrieb eines Unternehmens durch mehrere Personen die OHG oder die KG vorsieht, anerkannt, dass eine ungeteilte Erbengemeinschaft das geerbte Einzelunternehmen unter der alten Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortführen kann (§ 22 HGB).<sup>1</sup> Empfehlenswert ist eine solche Gestaltung mit Blick auf die Probleme der Rechtsfähigkeit, der Handlungsfähigkeit und auch der Haftung der Miterben nicht.

Die **Firmenfortführung** hat nach § 27 Abs. 1 HGB die **unbeschränkte Haftung** des Fortführenden für die Geschäftsverbindlichkeiten zur Folge. Damit tritt eine erweiterte handelsrechtliche Haftung neben die allgemeine Erbenhaftung. Diese Haftung kann der Erbe nur vermeiden, wenn er die Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts innerhalb von drei Monaten nach Kenntniserlangung vom Anfall der Erbschaft einstellt (§ 27 Abs. 2 HGB).

---

<sup>1</sup> *Baumbach/Hopt*, HGB, § 22 Rn 2 m.w.N.

mens.<sup>14</sup> Damit droht eine unbeschränkte Haftung des verbleibenden Gesellschafters auch dann, wenn dieser (nur) Kommanditist war. Diese Haftung hat der BGH<sup>15</sup> zwar für den Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Komplementärin bei der Zweipersonen-GmbH & Co. KG auf den Wert des übergegangenen Vermögens beschränkt. Gleichwohl empfiehlt es sich (nach wie vor), für diesen Fall gesellschaftsvertraglich vorzubeugen und die **Auflösung** der Gesellschaft verbunden mit einem **Übernahmerecht** des verbleibenden Gesellschafters vorzusehen.<sup>16</sup>

**Formulierungsvorschlag:**

Verbliebe nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters nach den gesetzlichen Vorschriften oder nach den Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages nur noch ein Gesellschafter, wird die Gesellschaft aufgelöst; der verbleibende Gesellschafter hat aber ein Übernahmerecht.

#### ab. Einfache Nachfolgeklausel

Nach der herkömmlichen Terminologie wird zwischen einfachen und qualifizierten Nachfolgeklauseln unterschieden. Bei der **einfachen Nachfolgeklausel** werden alle gesetzlichen oder testamentarisch bestimmten Erben Gesellschafter, mehrere Erben im Wege der **Sondererbfolge** (s. o.).

Diese erbrechtlichen Nachfolgeklauseln sind von einer **rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel** zu unterscheiden. Bei ihr handelt es sich um ein **Rechtsgeschäft unter Lebenden**, nämlich um eine auf den Tod des Gesellschafters befristete Anteilsübertragung. Der Übergang der Gesellschaftsbeteiligung vollzieht sich außerhalb des Nachlasses.<sup>17</sup> Ansprüche aus §§ 2301 Abs. 1, 518 Abs. 1, 812 ff. BGB werden von der h. M. abgelehnt, da es sich um eine vollzogene Schenkung im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB handele.<sup>18</sup> Bei dieser Lösung ist der Gesellschafter allerdings schon zu Lebzeiten gegenüber dem Nachfolger gebunden, weshalb sie sich als Mittel der langfristigen Nachfolgeplanung regelmäßig nicht eignet.

Eine einfache Nachfolgeklausel hat für den **Kommanditisten** nur eine klarstellende Funktion, da für ihn kraft Gesetzes die wie eine einfache Nachfolgeklausel wirkende Vorschrift des § 177 HGB gilt. Für den **Komplementär** wird mit einer einfachen Nachfolgeklausel die Vererblichkeit seiner Beteiligung entgegen § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB vereinbart.

Der **Vorteil** der einfachen Nachfolgeklausel liegt in ihrer Klarheit. Dem Gesellschafter-Erblasser bietet sie außerdem die größtmögliche Gestaltungsfreiheit, indem sie allein ihm die Festlegung der Anzahl und die konkrete Auswahl der Nachfolger überlässt. Dieser Vorteil für den Erblasser kann sich aber für die Mitgesellschafter nachteilig auswirken, die die Gesellschaft ggf. mit (mehreren) unerwünschten oder gar ungeeigneten Nachfolgern fortsetzen müssen. Oft werden daher

<sup>14</sup> St. Rechtsprechung; vgl. nur BGH ZIP 2004, 1047; NJW 2000, 1119; *Baumbach/Hopt*, § 131 Rn. 35, 39.

<sup>15</sup> ZIP 2004, 1047.

<sup>16</sup> *Baumbach/Hopt*, § 131 Rn. 84; *Peters*, RNotZ 2002, 425, 440.

<sup>17</sup> BayObLG FamRZ 2001, 300; *Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, § 20 Rn. 54.

<sup>18</sup> Vgl. *Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, § 20 Rn. 54.

Erblasser-Gesellschafters wertmäßig erhalten, weshalb der Abfindungsanspruch ihm zugewendet und sodann im Zuge des Eintritts mit der Einlagepflicht verrechnet wird.

Sind die **Abfindungsansprüche** der Erben des Erblasser-Gesellschafters gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen, ist an sich – neben der etwaigen Bestimmung des Eintrittsberechtigten – eine (weitere) letztwillige Verfügung entbehrlich. Gleichwohl wird empfohlen, zur Vermeidung etwaiger bereicherungsrechtlicher Risiken, die sich aus einem möglich Streit über ein Formerfordernis (§ 2301 Abs. 1 BGB) ergeben könnten, dem Eintrittsberechtigten vorsorglich den Kapitalanteil des Erblassers bzw. etwaige Abfindungsansprüche letztwillig zuzuwenden.<sup>31</sup>

### 3. Einsatz erbrechtlicher Gestaltungsmittel (Vermächtnis und Testamentsvollstreckung) und Gesellschaftsvertrag

#### Fall:

A ist an einer BGB-Gesellschaft beteiligt. Er möchte seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzen. Der Gesellschaftsanteil soll jedoch auf S, den Sohn des A, übergehen. Der Gesellschaftsvertrag der BGB-Gesellschaft enthält eine einfache Nachfolgeklausel.

**Abwandlung:** Der Gesellschaftsvertrag enthält eine qualifizierte Nachfolgeklausel, wonach nur Mitgesellschafter oder Abkömmlinge von Gesellschaftern nachfolgeberechtigt sind.

#### a) Das Vermächtnis als Gestaltungsmittel der Gesellschafternachfolge - Erbrecht

Das erbrechtliche Gestaltungsmittel liegt in einer solchen Konstellation auf der Hand: die Zuwendung der Gesellschaftsbeteiligung durch **Vermächtnis**. Die besondere Schwierigkeit liegt nun darin, dass das BGB ein dinglich wirkendes Vermächtnis nicht kennt, sondern dem Bedachten lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Beschwerten (i. d. R. gegen den Erben, § 2147 S. 2 BGB) vermittelt (§ 2174 BGB). Der Rechtsübergang vollzieht sich daher in zwei Schritten: Zunächst geht der Vermächtnisgegenstand als Nachlassbestandteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) auf den Erben über, der ihn sodann auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen hat. Diese erbrechtliche Vorgabe kann aber gesellschaftsrechtlich problematisch sein, wobei es entscheidend auf die Art der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel ankommt (s. o.).

#### b) Das Vermächtnis als Gestaltungsmittel der Gesellschafternachfolge -Gesellschaftsrecht

##### aa. Miterbenstellung bei Nachfolgeklausel

Bei einer einfachen oder qualifizierten Nachfolgeklausel muss die Person oder eine der Personen, die nach der Klausel alleine in die Gesellschafterstellung nachfolgen kann, tatsächlich gesetzlicher oder testamentarischer (Mit-)Erbe werden, um „automatisch“ in die Gesellschafterstellung des Erblassers einzurücken. Wird der gesellschaftsvertraglich zugelassene Nachfolger überhaupt nicht (Mit-)Erbe, geht die Nachfolgeregelung (zunächst) ins Leere. Die Anordnung

<sup>31</sup> Klein, § 41 Rn. 82.

Mit dem Tod des Gesellschafters geht also sein Geschäftsanteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) zwingend auf den gesetzlichen oder testamentarischen Erben über.

Die zwingende Vererblichkeit der Beteiligung an der GmbH ist der wesentliche Unterschied zur Rechtslage bei **Personengesellschaften**. Die dortigen gesetzlichen Regelungen für den Tod eines Gesellschafters (§ 727 Abs. 1 BGB, §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 161 Abs. 2, 177 HGB) sind **dispositiv**. Bei Personengesellschaften kann daher der Gesellschaftsvertrag den Rechtsübergang der Beteiligung auf den Erben in weitem Umfang durch Auflösungs-, Fortsetzungs- und (qualifizierte) Nachfolgeklauseln sowie durch Eintrittsklauseln steuern (s. oben). Dies ist bei der GmbH nicht möglich. Allerdings kann die GmbH-Satzung Bestimmungen darüber treffen, was mit dem Geschäftsanteil nach seinem Anfall beim Erben zu geschehen hat, ob der Erbe ihn also endgültig behalten kann. Es kommen als Mittel dafür vor allem das **Einziehungsrecht** der Gesellschaft und die **Abtretungspflicht** der Erben in Betracht.

### Praxishinweis:

*Kein geeignetes Mittel*, der zwingenden Vererblichkeit des GmbH-Geschäftsanteils entgegenzusteuern, ist eine Satzungsbestimmung, durch welche die Gesellschafter verpflichtet werden, über ihren Geschäftsanteil in bestimmter Weise von Todes wegen zu verfügen, ihn etwa nur bestimmten Personen zuzuwenden. Denn gem. **§ 2302 BGB** ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, **nichtig**. Diese Vorschrift dient dem **Schutz der Testierfreiheit**, die auch nicht durch schuldrechtliche Verträge beschränkbar sein soll. Unwirksam ist daher jeder Vertrag, der eine Verpflichtung enthält, in bestimmter Weise zu testieren oder nicht zu testieren, wobei der Inhalt der übernommenen Verpflichtung unerheblich ist.<sup>41</sup> Eine Satzungsklausel, welche die Gesellschafter verpflichtet, über ihren Geschäftsanteil in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen (oder nicht zu verfügen), ist daher wegen Verstoßes gegen § 2302 BGB nichtig!<sup>42</sup>

### b) Gesetzliche Regelung bei mehreren Erben

Steht ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu, so können sie gem. § 18 Abs. 1 GmbHG die Rechte aus demselben nur gemeinschaftlich ausüben. Diese Vorschrift gilt auch für die **Erbengemeinschaft**.<sup>43</sup> Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, fällt der ererbte Geschäftsanteil in das Gesamthandsvermögen der Miterben. Es tritt also – anders als bei Personengesellschaften – **keine Sonderrechtsnachfolge** ein.

Auch für das Rechtsverhältnis zwischen den Erben gilt nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB der Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung. Jeder Miterbe ist allerdings gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 BGB zur Mitwirkung an der **ordnungsgemäßen Verwaltung** des Nachlasses verpflichtet. Innerhalb dieser Grenze können die Miterben mit **Stimmenmehrheit** entscheiden (§§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 S. 1 BGB). Schließlich räumt § 2038 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BGB dem einzelnen Miterben ein **Notverwaltungsrecht** ein.

<sup>41</sup> Staudinger/Kanzleiter, BGB, § 2302 Rn. 4.

<sup>42</sup> Übersehen von Langner/Heydel, GmbHR 2005, 377, 380.

<sup>43</sup> Michalski/Ebbing, § 18 Rn. 24; Scholz/Winter, § 18 Rn. 8.

einfache Insolvenzverfahren mittels der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO die Befreiung von seinen noch ungedeckten Verbindlichkeiten betreiben<sup>115</sup>.

In diesem Zusammenhang wird mitunter die Überlegung angestellt, einen erbrechtlichen Erwerb durch entsprechende „Verzichte“ zu verhindern und damit das Erbe letztlich den Gläubigern zu entziehen.<sup>116</sup> Hierbei sind folgende Fragen zu unterscheiden:

- Ist der Schuldner allein verfügungsbefugt oder bedarf er der Zustimmung des Insolvenzverwalters bzw. des Treuhänders?
- Unterliegt ein solcher „Verzicht“ der Insolvenzanfechtung?
- Verstößt der Schuldner mit einem solchen „Verzicht“ gegen seine Obliegenheit aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

Dies soll exemplarisch an folgenden Konstellationen untersucht werden.

## b) Verzicht auf erbrechtliche Positionen

### aa. Erbschaftsausschlagung

#### Fall

Schuldner S ist (Mit-)Erbe eines werthaltigen Nachlasses geworden. Er möchte die Erbschaft

- a) vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- b) nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- c) während der „Wohlverhaltensperiode“ im Restschuldbefreiungsverfahren

ausschlagen, damit sie seinen Kindern als Ersatzerben zukommt.

#### (1) Verfügungsbefugnis des Schuldners

Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist S ohne Weiteres verfügungsbefugt und kann daher die Erbschaft wirksam ausschlagen (**Fall a**).

Das Insolvenzverfahren erfasst gem. § 35 InsO das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse). Lediglich unpfändbare Gegenstände sind grundsätzlich nicht Teil der Insolvenzmasse (§ 36 InsO). Die Einbeziehung des „Neuerwerbs“ in die Insolvenzmasse ist durch die InsO geschaffen worden. Nach § 1 KO fiel in die Konkursmasse nur das dem Gemeinschuldner zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehörende Vermögen. Die Neuregelung verhin-

<sup>115</sup> MünchKomm-Ott, InsO, § 304 Rn. 42; Döbereiner, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, 1997, S. 89.

<sup>116</sup> Zur Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben s. zusammenfassend J. Mayer, MittBayNot 2011, 445; 2012, 18; Tersteegen, ZErB 2011, 234.

**Beispiel:** Der Erblasser hinterlässt die beiden Kinder S und T und einen Nachlass von 150.000,00 Euro. T hat zu Lebzeiten mit Anrechnungsbestimmungen 50.000,00 Euro erhalten. Der Erblasser hat testamentarisch T von der Erbfolge ausgeschlossen.

Zur Berechnung des Pflichtteils der T ist für sie ein sogenannter Anrechnungspflichtteil zu bilden, in dem die lebzeitige Zuwendung dem Nachlasswert hinzugerechnet wird, woraus sich vorliegend ein Anrechnungsnachlass von 200.000,00 Euro (=150.000,00 Euro + 50.000,00 Euro) ergibt. Der Anrechnungspflichtteil hieraus beträgt 50.000,00 Euro ( $\frac{1}{4}$  von 200.000,00 Euro). Hiervon ist die lebzeitige Zuwendung in Höhe von 50.000,00 Euro abzuziehen, so dass T nichts mehr erhält.

## 2. Gestaltungsempfehlungen

Während die Ausgleichung regelmäßig mit Vorsicht zu genießen ist, empfiehlt es sich im Regelfall, lebzeitige Schenkungen an einen Pflichtteilsberechtigten mit einer Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 BGB zu versehen. Hierdurch wird die Testierfreiheit des Erblassers erweitert und eine Doppelbegünstigung des Bedachten am Vermögen vermieden.

Dabei ist darauf zu achten, dass eine Anrechnungsbestimmung im Sinne des § 2315 Abs. 1 BGB **spätestens bei der Zuwendung** getroffen werden muss. Eine nachträgliche einseitige Anrechnungsbestimmung kennt das Gesetz nicht. Anders lautende Reformüberlegungen sind im Rahmen der letzten Erbrechtsreform im Jahr 2010 nicht Gesetz geworden. Soll nachträglich eine lebzeitige Zuwendung noch mit einer Anrechnungsbestimmung versehen werden, ist hierfür ein beschränkter Pflichtteilsverzicht zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten in notarieller Form erforderlich.

# Fachberater Unternehmensnachfolge/ Unternehmertestament – Erb- und Pflichtteilsverzicht

**(Notar Dr. Malte Ivo)**

## I Allgemeines

### 1. Das Unternehmertestament als Risikovorsorge

Vorteile der bereits zu Lebzeiten geregelten Unternehmensnachfolge

- Gestaltung eines gleitenden Unternehmensüberganges auf den oder die vorgesehenen Nachfolger
- Klärung auftretender Nachfolgeprobleme mit den Nachfolgern persönlich

- Wiederholtes Ausnutzen der schenkungssteuerlichen Freibeträge
  - Realisierung künftiger Wertsteigerungen des Unternehmens bereits bei dem Nachfolger
- **Aber: Letztwillige Regelung der Unternehmensnachfolge wegen unvorhergesehener Schicksalsschläge dringend geboten!**

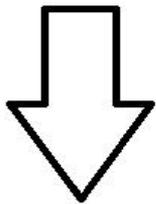
## 2. Gestaltungsziele des Unternehmertestaments

### Überblick der Mindestziele im Regelfall

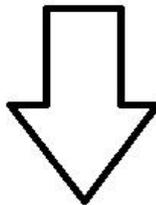
- Erhalt des Unternehmens
- Absicherung des überlebenden Ehegatten/Lebensgefährten und der Kinder
- Regelung der Abfindung von Familienangehörigen einschließlich der Pflichtteilsrechte

# 1. Vererblichkeit eines Personengesellschaftsanteils

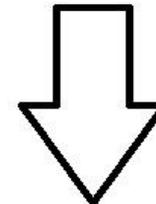
## Vererblichkeit bei einem...



**Kommanditisten**  
**gem. § 177 HGB**  
- Fortsetzung der Gesellschaft mit dessen Erben  
- Kommanditanteil somit kraft Gesetzes vererblich



**Komplementär**  
**gem. §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 1 HGB**  
- Ausscheidung aus Gesellschaft  
- Anteil wächst den verbleibenden Gesellschaftern an und Erbe ist abzufinden



**GBR**  
**gem. § 727 I BGB**  
- Auflösung durch Tod eines der Gesellschafter

a. Vererbung eines Personengesellschaftsanteils

- Vererblicher Anteil vollzieht sich auf erbrechtlicher Grundlage
- Unproblematisch, wenn der Alleinerbe an die Stelle des Gesellschafters tritt
- Erbengemeinschaft: Komplementär- oder Kommanditanteil geht nicht ungeteilt auf Erbengemeinschaft über
- Jeder Miterbe erhält im Wege der Sondererbfolge eine selbstständige Gesellschafterstellung und einen gesonderten Gesellschaftsanteil

# Fachberater Unternehmensnachfolge

## UNF 2

Skript „Unternehmensnachfolge von Todes wegen“

Dr. Christopher Riedel, LL.M.  
Rechtsanwalt, Steuerberater,  
Fachanwalt für Steuerrecht

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung</b> .....	<b>1</b>
I. Unternehmensnachfolge als Gestaltungsaufgabe .....	1
II. Gegenstand der Nachfolge – Das Unternehmen .....	2
<b>B. Vererblichkeit von Einzelunternehmen</b> .....	<b>4</b>
I. Zivilrechtliche Grundlagen .....	4
1. Prinzipielle Vererblichkeit .....	4
2. Besonderheiten bei Erbengemeinschaft.....	5
II. Haftungsfolgen.....	5
1. Grundsätze .....	5
2. Besonderheiten beim Erwerb durch eine Erbengemeinschaft .....	7
<b>C. Vererblichkeit von Anteilen an Personengesellschaftanteilen</b> .....	<b>9</b>
I. Grundsätzliches .....	9
II. Gesetzliche Regelungen .....	9
1. Anteile persönlich haftender Gesellschafter .....	9
a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts .....	9
b) Personenhandelsgesellschaften.....	9
2. Kommanditanteile.....	11
3. Singularsukzession bei Erbenmehrheit .....	11
III. Möglichkeiten gesellschaftsvertraglicher Gestaltungen .....	12
1. Zulässigkeit vom Gesetz abweichender Vereinbarungen .....	12
2. Fortsetzungsklausel, Möglichkeit der Abfindungsbeschränkung.....	12
3. Möglichkeit der Abfindungsbeschränkung.....	13
a) Gesetzliche Ausgangslage .....	13
b) Grundsätzliche Möglichkeit der Abfindungsbeschränkung .....	13
c) Vollständiger Abfindungsausschluss für den Fall des lebzeitigen Ausscheidens .....	15
d) Abfindungsbeschränkungen der Höhe nach.....	15
e) Buchwertklauseln/Stuttgarter Verfahren.....	16

f) Regelungen bezüglich der Fälligkeit und Auszahlungsmodalitäten.....	16
4. Nachfolgeklauseln .....	17
a) Allgemeines.....	17
b) Einfache Nachfolgeklausel .....	17
c) Qaulifizierte Nachfolgeklausel .....	18
5. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln.....	19
6. Eintrittsklauseln .....	20
7. Wahlrecht nach § 139 HGB .....	21
<b>IV. Anteile an Kapitalgesellschaften.....</b>	<b>22</b>
1. Gesetzliche Regelungen: zwingende Vererblichkeit .....	22
2. Vertragliche Gestaltungen .....	23
a) Allgemeines.....	23
b) Regelungen bei der GmbH.....	23
c) Regelungen bei der AG .....	24
<b>D. Auswirkungen von Nachfolgeklauseln auf Pflichtteil und Erbschaftsteuer 25</b>	
I. Fortsetzungsklausel .....	25
1. Pflichtteil.....	25
2. Einkommensteuer.....	27
3. Erbschaftsteuer .....	27
II. Nachfolgeklauseln .....	28
1. Pflichtteil.....	28
2. Einkommensteuer.....	28
3. Erbschaftsteuer .....	30
III. Eintrittsklauseln .....	30
1. Pflichtteil.....	30
2. Einkommensteuer.....	31
3. Erbschaftsteuer .....	31
IV. Zwangseinziehungs- und Abtretungsklauseln .....	32
1. Pflichtteil.....	32
2. Einkommensteuer.....	32

3. Erbschaftsteuer .....	33
<b>E. Ertragsteuerliche Folgen des Erbfalls und der Auseinandersetzung.....</b>	<b>35</b>
I. Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge .....	35
II. Erbfall und Erbaueinandersetzung .....	35
III. Einkünfte des Nachlasses .....	36
1. Einkünfte aus Gegenständen des (steuerlichen) Privatvermögens.....	36
2. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit .....	36
3. Einkünfte aus Gewerbebetrieb .....	36
IV. Ertragsteuerliche Folgen des Erbaueinandersetzung .....	37
1. Grundsätzliches .....	37
2. Realteilung ohne Ausgleichszahlungen.....	38
3. Realteilung mit Spitzenausgleich .....	40
4. Erbaueinandersetzung durch Veräußerung und Teilung des Erlöses.....	42
<b>F. Konzeptionelle Überlegungen für das Unternehmertestament.....</b>	<b>43</b>
I. Grundsätzliches .....	43
II. Steuerrechtliche Vorgaben .....	43
1. Ertragsteuerliche Aspekte .....	43
2. Erbschaftsteuerliche Aspekte .....	44
III. Lösungsansätze.....	45
1. Alleinerben-Modell.....	45
2. Vermächtnis-Modell.....	46
IV. Sondersituation Betriebsaufspaltung.....	47
1. Definition .....	47
2. Rechtsfolgen .....	47
3. Wiesbadener Modell .....	48
4. Schicksal der Betriebsaufspaltung im Erbfall .....	48
5. Vermeidung der Beendigung der Betriebsaufspaltung im Erbfall .....	49
V. Sonderproblem: „Großerwerbe“ ( § 13a Abs. 1 .....	49
<b>G. Weitere ertragsteuerliche Risiken der Unternehmensnachfolge .....</b>	<b>51</b>

Ungeachtet der automatischen Aufspaltung auf mehrere Erben sind diese gegenüber der Gesellschaft in der Regel dazu verpflichtet, ihre Gesellschaftsrechte durch einen gemeinsamen Vertreter auszuüben,<sup>59</sup> soweit nicht der sogenannte Kernbereich der Beteiligung betroffen ist.<sup>60</sup>

Handelt es sich bei dem Nachfolger um einen bereits an der Gesellschaft beteiligten Erben bzw. Miterben, kommt es – jedenfalls im Außenverhältnis – durch den erbrechtlichen Anteilsübergang zu einer Vereinigung der ursprünglich eigenen mit der ererbten Beteiligung.<sup>61</sup> War der Gesellschafter-Erbe der einzige Mitgesellschafter, erlischt die Gesellschaft durch Konfusion; das Unternehmen geht auf den Erben als alleinigen Inhaber über.<sup>62</sup>

### III. Möglichkeiten gesellschaftsvertraglicher Gestaltungen

#### 1. Zulässigkeit vom Gesetz abweichender Vereinbarungen

Wie sich aus den genannten Vorschriften ergibt, haben die Gesellschafter die Möglichkeit, von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Vereinbarungen zu treffen. In der Praxis sind vor allem die nachfolgend genannten Gesellschaftsvertragsklauseln anzutreffen, aus denen sich hinsichtlich möglicher Pflichtteilsbelastungen und Steuerfolgen sehr unterschiedliche und beim Vertragsschluss oftmals vernachlässigte Rechtsfolgen und daraus resultierende Liquiditätsbelastungen ergeben können.

#### 2. Fortsetzungsklausel, Möglichkeit der Abfindungsbeschränkung

Als Fortsetzungsklauseln, denen im Bereich der Personenhandelsgesellschaften vor allem vor Inkrafttreten des HRefG erhebliche praktische Bedeutung zukam und die für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach wie vor wesentliche Gestaltungsinstrumente bilden, werden solche Regelungen bezeichnet, denen zufolge die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters mit den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird.

Der verstorbene Gesellschafter scheidet im Zeitpunkt seines Todes aus der Gesellschaft aus. Damit erlöschen automatisch auch alle ihm bis dato zustehenden gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte.<sup>63</sup> Die gesamthänderische Beteiligung des Verstorbenen wächst den übrigen (Mit-)Gesellschaftern gem. § 105 Abs. 3 HGB, § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB an.<sup>64</sup>

#### **Muster: Fortsetzungsklausel**

Stirbt einer der Gesellschafter, so wird die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Den Erben des verstorbenen Gesellschafters steht entsprechend dem Anteil des Erblassers ein Abfindungsanspruch zu. Die Höhe des Abfindungsanspruchs berechnet sich nach den Buchwerten ohne Berücksichtigung der stillen Reserven und eines eventuell vorhandenen

<sup>59</sup> E/B/J/S/Lorz § 139 Rn. 18.

<sup>60</sup> BGHZ 199, 346, 354f.; Baumbach/Hopt § 166 Rn. 18; E/B/J/S/Lorz § 139 Rn. 18.

<sup>61</sup> BGHZ 24, 106, 108; NGH NJW 1989, 3152, 3155; BayObLG DNotZ 2003, 456; Baumbach/Hopt § 124 Rn. 16; MüKoHGB/K. Schmidt § 105 Rn. 24, 75f.; vgl. im Übrigen oben Rn. ##.

<sup>62</sup> BGH ZEV 2002, 111, 112f.; OLG Schleswig ZEV 2007, 40; MüKoHGB/K. Schmidt § 177 Rn. 15; MHdB GesR I/Klein; Lindemeier § 79 Rn. 35 mwN.

<sup>63</sup> BGH WM 1987 S. 981, 982

<sup>64</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V II d

Firmenwerts (good will). Ebenso unberücksichtigt bleiben bei der Bewertung die noch nicht abgewickelten Geschäfte.

Da die Fortsetzungsklausel prinzipiell auf die Fortsetzung der Gesellschaft über den Tod eines versterbenden Gesellschafters hinaus abzielt, setzt sie grundsätzlich voraus, dass auch nach dem Todesfall noch wenigstens zwei Gesellschafter vorhanden sind, da sonst kein Gesellschaftsverhältnis (jedenfalls als Personengesellschaft) mehr denkbar ist.

Nichtsdestotrotz sollte davon auszugehen sein, dass die Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer ursprünglich aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft beim Tod des vorletzten Gesellschafters zwar nicht die (rechtliche) Auflösung verhindern kann, jedoch dazu führt, dass das Gesellschaftsvermögen (ohne Liquidation) automatisch auf den letzten überlebenden Gesellschafter anwächst, damit dieser das Unternehmen fortführen kann.<sup>65</sup> Ausdrückliche Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind aber auf jeden Fall empfehlenswert, zumal im Einzelfall auch andere Rechtsfolgen im Interesse der Beteiligten liegen können.

### 3. Möglichkeit der Abfindungsbeschränkung

#### a) Gesetzliche Ausgangslage

In den Nachlass des Verstorbenen fällt (bestenfalls) ein Abfindungsanspruch gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB, der sich gegen die Gesellschaft (als solche) richtet. Für die Wertbemessung des Abfindungsanspruchs ist nach der Rechtsprechung des BGH vom Ertragswert des Anteils auszugehen.<sup>66</sup> Da die Fortsetzungsklausel gerade eine Fortführung der Gesellschaft sichern soll, muss es hier auf den Fortführungswert und nicht etwa auf den Liquidationswert ankommen.<sup>67</sup> Maßgeblich ist also der tatsächliche Wert, der entweder (traditionell) nach dem Ertragswertverfahren oder nach der Discounted Cashflow-Method zu ermitteln ist.

Um die sich bei einer Bestimmung des Abfindungsanspruchs nach diesen Kriterien ergebende Liquiditätsbelastung der Gesellschaft, die durchaus existenzbedrohende Ausmaße annehmen kann, sowie langwierige Auseinandersetzungen zwischen der Gesellschaft und den Erben des Verstorbenen zu vermeiden, wird die Fortsetzungsklausel in der Praxis oftmals durch eine Abfindungsklausel flankiert.

#### b) Grundsätzliche Möglichkeit der Abfindungsbeschränkung

Da die gesellschaftsrechtlichen Regelungen weitgehend dispositiv sind und dies nach h.M. insbesondere auch für § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB zutrifft,<sup>68</sup> können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich eigene Regelungen bezüglich der Höhe oder der Fälligkeit beim Ausscheiden von Gesellschaftern entstehender Abfindungsansprüche treffen. In der Praxis sind Abfindungsklauseln in den verschiedensten Erscheinungsformen sehr häufig anzutreffen. Dabei steht zumeist die Absicherung der Gesellschaft gegen unerwartete und mitunter sehr erhebliche Liquiditätsabflüsse im Vordergrund. Denn eine „vollwertige“, sofort fällige Abfindung geht in vielen Fällen über die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens hinaus und kann daher leicht ganz erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten auslösen.

<sup>65</sup> BGH LM Nr. 2 zu § 138 HGB; BGH ZEV 2002, 111; BGH WM 1971, 1338; vgl. auch BGH ZNotP 2008, 452 (für den Fall des Ausscheidens wegen Insolvenz); MHB GesR I/Klein; Lindemeier § 11 Rn. 13.

<sup>66</sup> BGH NJW 1982 S. 2441

<sup>67</sup> BGH NJW 1985 S. 192

<sup>68</sup> BGHZ 22, 186, RGZ S. 145, 289

Weiterhin haben Abfindungsklauseln den Vorteil, dass Unklarheiten oder gar Streitigkeiten über die im Ausscheidensfall anzuwendende Bewertungsmethode und über die Höhe des Abfindungsanspruchs vermieden werden. In diesem Zusammenhang wird auch von einer Rationalisierungs- und Schlichtungsfunktion<sup>69</sup> gesprochen.

Es stellt sich jedoch die Frage, wo die Grenzen der Gestaltungsfreiheit gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln liegen und anhand welcher Kriterien die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit im Einzelfall zu beurteilen ist. Rechtsprechung<sup>70</sup> und Literatur<sup>71</sup> gehen hierbei übereinstimmend davon aus, dass zunächst zwei typische Fallgruppen zu unterscheiden sind, die grundsätzlich anhand verschiedener Kontrollmaßstäbe beurteilt werden.<sup>72</sup>

Einerseits können Abfindungsklauseln bereits im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung eine unangemessene Benachteiligung des Gesellschafters bewirken. In diesem Fall wird als Maßstab für die Kontrolle der Wirksamkeit der Klausel vor allem auf § 138 BGB zurückgegriffen. Als Nichtigkeitsgründe kommen sowohl die Beeinträchtigung eines oder mehrerer Gesellschafter durch eine übermäßige Einschränkung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit (Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes) als auch der Gesichtspunkt der Gläubiger- oder Drittbenachteiligung in Betracht.<sup>73</sup> Rechtsfolge der Nichtigkeit ist, dass die bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses grob unbillig erscheinende Klausel - entgegen der gesetzlichen Vermutung des § 139 BGB aber nicht der gesamte Gesellschaftsvertrag<sup>74</sup> - als sittenwidrig und daher von Anfang an nichtig anzusehen ist.<sup>75</sup> Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht, da ansonsten der Sittenverstoß immer noch einen teilweisen Erfolg zeitigen könnte.<sup>76</sup> Somit kann an die Stelle der weggefallenen Regelung nur die gesetzliche Vorschrift des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB treten,<sup>77</sup> wodurch der Gesellschafter zu einem vollwertigen Abfindungsanspruch gelangt.

Andererseits kann sich aber eine Diskrepanz zwischen Klauselwert und tatsächlichem Wert des Anteils auch erst im Laufe der Zeit ergeben, sodass eine Überprüfung der Klausel in erster Linie ihre Angemessenheit und nicht ihre Wirksamkeit an sich zum Gegenstand hat. Maßstab für die Inhaltskontrolle sind vor allem die Grundsätze von Treu und Glauben, § 242 BGB.<sup>78</sup>

Soweit die Motive, die die Gesellschafter zu einer - mittlerweile - zu beanstandenden Regelung bewogen haben, im Grundsatz anzuerkennen sind und nur bei der konkreten Ausgestaltung und Umsetzung die Grenzen der Zulässigkeit überschritten wurden, tritt lt. BGH an die Stelle der vertraglich vereinbarten eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung<sup>79</sup> zu bestimmende „angemessene“ Abfindung.<sup>80</sup> Bei der Bemessung sind auch die von den Gesellschaftern mit der ursprünglichen Abfindungsregelung verfolgten Zwecke sowie die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen der Verhältnisse zu berücksichtigen.<sup>81</sup> Ziel ist es dabei, dass die aus dem übrigen Vertragsinhalt und den bei Vertragsschluss gegebenen Umständen ableitbaren<sup>82</sup> Grundzüge des Vertrages „zu Ende gedacht werden“.<sup>83</sup> Es ist also der hypothetische Parteiwille zu ermitteln, und zwar

<sup>69</sup> MüKo/Ulmer, § 738 Rdnr. 39, Ulmer, Abfindungsklauseln in Personengesellschafts- und GmbH-Verträgen, S. 477, 478, BGH, DB 1993 S. 1614, 1615, Piltz, BB 1994 S. 1021 ff.

<sup>70</sup> BGHZ 123, 281, 283 ff.

<sup>71</sup> Schulze-Osterloh, Anmerkungen zu BGH JZ 1993 S. 45 ff., Wiedemann, BGH EWIR § 138 BGB 2/92 S. 321, 322, ders., BGH EWIR § 723 BGB 1/94 S. 973, 974, MüKo/Ulmer, § 738 Rdnr. 41 ff.

<sup>72</sup> BGH, WM 1984 S. 30, 32, BGHZ 123, 281, 283 ff., Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rdnr. 58 ff., Koller, in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 131 Rdnr. 17 ff., Ulmer/Schäfer, Die rechtliche Beurteilung vertraglicher Abfindungsbeschränkungen bei nachträglich eintretendem grobem Missverhältnis, ZGR 1995 S. 134, 136 ff., MüKo/Ulmer, § 738 Rdnr. 39 ff.

<sup>73</sup> Ulmer, Abfindungsklauseln in Personengesellschafts- und GmbH-Verträgen S. 477, 486, Schöne, Wirksamkeits- und Angemessenheitskontrolle von Abfindungsklauseln bei Personen(handels)gesellschaften und GmbH S. 123

<sup>74</sup> BGH, WM 1962 S. 462, 464, Sieben/Sanfleber, Betriebswirtschaftliche und rechtliche Aspekte von Abfindungsklauseln, WPg 1989 S. 321, 325, D. Mayer, Neues zur Buchwertklausel in Personengesellschaftsverträgen, DB 1990 S. 1319, 1320, Reimann, Gesellschaftsvertragliche Bewertungsvorschriften in der notariellen Praxis, DNotZ 1992 S. 472, 480

<sup>75</sup> BGH, NJW 1983 S. 2692 ff., MüKo/Mayer-Maly, § 139 Rdnr. 31, MüKo/Ulmer, § 738 Rdnr. 45, Goette, Stand der BGH-Rechtsprechung zu Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, StbJb 1996/97 S. 221, 231

<sup>76</sup> BGH, NJW 1979 S. 104, Ulmer, Wirksamkeitsschranken gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln, NJW 1979 S. 81, 86

<sup>77</sup> BGH, NJW 1979 S. 104

<sup>78</sup> Staudinger/Schmidt, § 242 Rdnr. 413, MüKo/Ulmer, § 738 Rdnr. 53, 55 ff.

<sup>79</sup> BGHZ 123, 281 ff.

<sup>80</sup> BGH, WM 1984 S. 30, 31 ff., BGH, NJW 1985 S. 192, 193, BGHZ 116, 359, 371, BGH, NJW 1993 S. 3193 ff.

<sup>81</sup> BGHZ 116, 359, 371

<sup>82</sup> BGH, DB 1993 S. 1614, 1616 = NJW 1993 S. 2101 ff., BGHZ 123, 281 ff.

<sup>83</sup> BGH, NJW 1993 S. 3193 ff.

unter Einbeziehung einer objektiven Abwägung der wechselseitigen Interessen, soweit diese bereits bei Abfassung der ursprünglichen Abfindungsklausel Bedeutung hatten. Ein Rückgriff auf die dispositive Regelung des § 738 BGB kommt nur als „letzter Notbehelf“ in Betracht.<sup>84</sup>

### c) Vollständiger Abfindungsausschluss für den Fall des lebzeitigen Ausscheidens

Im Regelfall stellen Abfindungsklauseln, die den Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters vollständig ausschließen, eine sittenwidrige Knebelung i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB dar und sind daher unwirksam.<sup>85</sup> Denn bei solchen Vereinbarungen steht das Maß der Abfindungsbeschränkung - wenn nicht besondere Umstände eingreifen - eindeutig außer Verhältnis zu einer im Sinne der Erhaltung und Sicherung des Unternehmens evtl. erforderlichen Beschränkung.<sup>86</sup> Im Hinblick auf die - zwar dispositive - Regelung des § 738 Abs. 1 BGB und das Verbot der entschädigungslosen Privatenteignung sind Abfindungsausschlüsse für den Fall des lebzeitigen Ausscheidens im Zweifel als unwirksam anzusehen.<sup>87</sup> Dies gilt allerdings nicht für den Abfindungsausschluss, der lediglich den Fall des Ausscheidens durch Tod betrifft.<sup>88</sup>

### d) Abfindungsbeschränkungen der Höhe nach

Seit seinem Urteil vom 20.09.1993<sup>89</sup> geht der BGH in seiner Rechtsprechung<sup>90</sup> davon aus, dass eine ursprünglich wirksame Abfindungsklausel dauerhaft wirksam bleibt.<sup>91</sup> Daran soll auch ein im Laufe der Zeit eingetretenes grobes Missverhältnis zwischen dem Klauselwert der Abfindung und dem anteiligen wirklichen Wert des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens nichts ändern. Dies gilt selbst dann, wenn die Abfindungsbeschränkung (nunmehr) dazu geeignet ist, das Kündigungsrecht des Gesellschafters, wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich, zu beeinträchtigen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein und dieselbe Vertragsklausel nicht - je nach Zeitpunkt der Entscheidung - einmal als wirksam, ein anderes Mal aber als unwirksam zu beurteilen sein kann.<sup>92</sup>

Im Rahmen einer Inhaltskontrolle ist aber zu überprüfen, ob die wortgetreue Anwendung der Klausel dem ausscheidenden Gesellschafter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zugemutet werden kann.<sup>93</sup> Im Rahmen dieser inhaltlichen Beurteilung sind sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalls in die Betrachtung einzubeziehen. Neben dem Ausmaß der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert und dem Klauselwert des Anteils sind insbesondere auch der Anlass des Ausscheidens, die Dauer der Mitgliedschaft des Ausscheidenden sowie das Interesse der verbleibenden Gesellschafter an der Erhaltung der Liquidität und am Fortbestand des Unternehmens zu berücksichtigen.<sup>94</sup>

Eine allgemeingültige starre Grenze, z.B. ausgedrückt als Anteil der vereinbarten Abfindung am wirklichen Wert des Anteils, deren Überschreiten zwingend eine Korrektur erforderlich macht, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht ziehen.<sup>95</sup> Im Zweifel widerspräche dies auch dem tatsächlichen/mutmaßlichen Willen der Beteiligten. Denn im Kern geht es hier um die Frage, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen im Zeitpunkt

<sup>84</sup> BGH, DB 1993 S. 1614, 1616 = NJW 1993 S. 2101 ff., BGH, NJW 1993 S. 3193 ff.

<sup>85</sup> BGH, ZIP 1992 S. 237, 240, *Ulmer*, Abfindungsklauseln in Personen- und GmbH-Verträgen S. 477, 486. Eine Anwendung von § 138 Abs. 2 BGB (Wuchertatbestand), insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung der Unerfahrenheit, scheidet hingegen in den meisten Fällen aus, vgl. *MüKo/Ulmer*, § 738 Rdnr. 45

<sup>86</sup> BGH, NJW 1989 S. 2685, 2686, BGH, ZIP 1992 S. 237, 239 ff., *MüKo/Ulmer*, § 738 Rdnr. 45 m.w.N.

<sup>87</sup> BGH, NJW 1989 S. 2685, 2686

<sup>88</sup> BGHZ 50, 316, *Riedel*, Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen im Lichte der neuen Erbschaftsteuer, ZErB 2009 S. 2, 4

<sup>89</sup> BGHZ 123, 281 ff.

<sup>90</sup> BGH, ZIP 1994 S. 1173, *Wiedemann*, BGH EWIR § 723 BGB, 1/94 S. 973, 974

<sup>91</sup> vgl. *Karakaya/Prüßner*, Gesellschaftsvertrag - Grenzen der Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen, MDR 2002 S. 804, 807

<sup>92</sup> So auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2 c cc, *Schmidt*, in: Schlegelberger, HGB, § 138 Rdnr. 63, 70, 78, *Götte*, Stand der BGH-Rechtsprechung zu Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, StbJb 1996/97 S. 221, 235 ff.

<sup>93</sup> BGHZ 123, 281 ff.

<sup>94</sup> BGHZ 123, 281 ff.

<sup>95</sup> BGH, DB 1993 S. 1614, 1616

des ursprünglichen Vertragsschlusses bereits vorhergesehen hätten;<sup>96</sup> an starre Grenzwerte wären sie dabei nicht gebunden gewesen.

So kann die Prüfung durchaus mit dem Ergebnis abschließen, dass den Beteiligten, auch wenn sie die späteren Entwicklungen antizipiert hätten, ein auf den ersten Blick sehr groß erscheinendes Missverhältnis zwischen tatsächlichem Wert und Klauselwert für ihren konkreten Fall angemessen erschienen wäre. Dann ist die geringe Abfindung - trotz allem - als rechtmäßig zu akzeptieren.<sup>97</sup>

Ergibt sich aber, dass redliche Vertragspartner unter Abwägung aller berechtigten Interessen den eingetretenen Veränderungen mit einer anderweitigen vertraglichen Regelung begegnet wären, ist die zu überprüfende Abfindungsklausel unanwendbar.<sup>98</sup> Die hierdurch entstehende Lücke im Gesellschaftsvertrag wird dann im Wege ergänzender Vertragsauslegung, § 157 BGB, geschlossen.

Für den Fall des Ausscheidens durch Tod spielen diese Erwägungen aber – im Hinblick auf die Zulässigkeit eines vollständigen Abfindungsausschlusses – allerdings bislang keine Rolle.

### e) Buchwertklauseln/Stuttgarter Verfahren

Sehr häufig anzutreffen sind die sog. Buchwertklauseln, die aus diesem Grunde ausdrücklich erwähnt werden sollen. Ein Verstoß gegen § 138 BGB liegt hier im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (und damit ein für allemal) regelmäßig nicht vor.<sup>99</sup> Später eintretende Divergenzen zwischen Buchwert und tatsächlichem Wert des Anteils sind aber im Rahmen der Inhaltskontrolle, § 723 Abs. 3 BGB, zu beurteilen,<sup>100</sup> wobei starre Grenzen nicht existieren. Umstritten ist auch, ob unter dem Buchwert liegende Abfindungen zulässig sind. Zum Teil wird insoweit kategorisch von der Sittenwidrigkeit der Klausel ausgegangen. Andere halten Abschlüsse aber - zum Teil nur bei Vorliegen besonderer Gründe, zum Teil generell<sup>101</sup> - für zulässig. Der BGH hat diesbezüglich lediglich entschieden, dass eine Abfindung (für den Fall des lebzeitigen Ausscheidens), die nicht wenigstens 50 % des Buchwerts erreicht, in jedem Fall gegen § 138 BGB verstößt und daher unwirksam ist.<sup>102</sup>

In der Praxis weit verbreitet sind auch Vereinbarungen, die zur Ermittlung der Abfindung ein bestimmtes, zwischen den Gesellschaftern vereinbartes Berechnungsverfahren vorsehen. Insoweit wurde in der Vergangenheit oftmals auf steuerverorientierte Wertermittlungsverfahren, insbesondere auf das Stuttgarter Verfahren nach R 96 ff. ErbStR 2003 verwiesen. Ob und inwieweit derartige Klauseln nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des Erbschaftsteuerrechts weiterhin Anwendung finden bzw. wie sie ab dem 01.01.2009 auszulegen sind, ist im Detail noch nicht geklärt.<sup>103</sup>

### f) Regelungen bezüglich der Fälligkeit und Auszahlungsmodalitäten

Auch Regelungen zu den Auszahlungsmodalitäten, also z.B. betreffend die Fälligkeit, Teil- und Ratenzahlungen sowie die Verzinsung, können - obwohl grundsätzlich zulässig<sup>104</sup> - unangemessene Benachteiligungen des ausscheidenden Gesellschafters beinhalten und daher im Extremfall gem. § 138

<sup>96</sup> BGHZ 123, 281 ff. = NJW 1993 S. 3193 ff.

<sup>97</sup> Riedel, Bewertung, Rdnr. 497

<sup>98</sup> BGH, DB 1993 S. 1614, 1616, BGHZ 123, 281 ff., vgl. auch Schulze-Osterloh, JZ 1993 S. 45, 46

<sup>99</sup> vgl. OLG, NZG 2001 S. 658, BGH, NJW 1993 S. 2101, BGH, NJW 1993 S. 3193 ff., BGH, DB 1994 S. 873, 875, BGH, DB 1989 S. 1399. Eine Ausnahme gilt für den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund, vgl. BGH, NJW 1979 S. 104

<sup>100</sup> OLG Dresden, NZG 2001 S. 658, BGH, NJW 1985 S. 192

<sup>101</sup> MüKo/Ulmer, § 738 Rdnr. 45, 46, allerdings mit der Einschränkung, dass keine anfängliche wirtschaftliche Knebelung vorliegen darf.

<sup>102</sup> NJW 1989 S. 2685 ff.

<sup>103</sup> vgl. insoweit Casper/Altgen, Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln - Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform, DStR 2008 S. 2319 ff.

<sup>104</sup> Erman, Einige Fragen zur gesellschaftsvertraglichen Beschränkung der Abfindung des willentlich aus einer Personengesellschaft ausscheidenden Gesellschafters, in: FS für Westermann, S. 75 ff., K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2 a

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 2

## Unternehmensnachfolge von Todes wegen

Dr. Christopher Riedel, LL.M.  
Rechtsanwalt, Steuerberater,  
Fachanwalt für Steuerrecht  
- Düsseldorf -

## Vererblichkeit von Einzelunternehmen

- Träger eines Einzelunternehmens ist eine natürliche Person
- Deren Vermögen umfasst
  - Aktiva und Passiva
  - unternehmerisches und nicht unternehmerisches Vermögen
  - vererbliche und nicht vererbliche Gegenstände, Rechte etc.
- Soweit das Vermögen vererblich ist, geht es beim Tod auf den/die Erben über
  - das gilt auch für ein etwa vorhandenes Einzelunternehmen

## Vererblichkeit von Einzelunternehmen (2)

- Einzelunternehmen können also ohne Weiteres vererbt werden
  - nicht vererblich ist die Kaufmannseigenschaft
- Ausnahmsweise Unvererblichkeit bei höchst persönlichem Zuschnitt des Unternehmens
  - dann aber Vererbung des Unternehmensvermögens (als Einzelgegenstände)

## Vererblichkeit von Einzelunternehmen (3)

- Einzelunternehmen können auch zeitlich unbegrenzt von einer Erbengemeinschaft fortgeführt werden (BGHZ 92, 259, 262)
  - Erbengemeinschaft wird wie eine Person behandelt
  - Verwaltung durch alle Miterben gemeinsam ( § § 2032ff. BGB)
  - jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen ( § 2042 Abs. 1 BGB)
  - keine automatische Entstehung einer Gesellschaft
  - Rechtsprechung wendet PersG-Recht teilweise entsprechend an

## Haftung bei Unternehmensfortführung

- Grundsätzlich kann der Erbe seine Haftung für Schulden des Erblassers auf den Nachlass begrenzen ( § § 1967 ff., 1975ff. BGB)
- Führt der Erbe (Alleinerbe) das Unternehmen fort, haftet er aber für die im Betrieb (durch den Erblasser) begründeten Verbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt, § § 27 Abs. 1, 25 HGB
- Voraussetzungen der unbeschränkten Haftung
  - Fortführung und
  - Beibehaltung der Firma
- Rechtsfolge: Eine erbrechtliche Haftungsbeschränkung auf das Nachlassvermögen ist im unternehmerischen Bereich nicht möglich

## Abfindungsbeschränkungen

- die Abfindung zum Verkehrswert stellt für die Gesellschaft regelmäßig eine erhebliche Liquiditätsbelastung dar
- die Feststellung des tatsächlichen Werts ist in der Praxis äußerst streitanfällig
- Lösung: Regelung der Abfindung im Gesellschaftsvertrag
  - § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB hat nach überwiegender Ansicht dispositiven Charakter
  - Gesellschaftsvertragliche Regelungen sind möglich zur
    - Definition des Abfindungsguthabens
    - Begrenzung des Abfindungsguthabens
    - Regelung der Fälligkeit (Ratenzahlung, Verzinsung etc.)

## Abfindungsbeschränkungen (2)

- Verbreitete Regelungen zur Abfindungsbeschränkung sind
  - die Buchwertklausel
  - vollständiger Abfindungsausschluss (beschränkt auf den Fall des Ausscheidens durch Tod)
  - Bezugnahme auf steuerrechtliche Wertermittlungsvorschriften (Stuttgarter Verfahren, R 96 ff. ErbStR 2003)
- Buchwertklauseln sind in der Regel gesellschaftsrechtlich zulässig; im Einzelfall ist aber ihre (uneingeschränkte) Wirksamkeit zu prüfen
  - Anfängliche Nichtigkeit
  - Später eintretende Unangemessenheit

## Abfindungsbeschränkungen (3)

- Für den Fall des Ausscheidens durch Tod, kommt (noch) sogar ein vollständiger Abfindungsausschluss in Betracht
- Geringere Eingriffe in die Rechtsposition der Erben sind daher prinzipiell unproblematisch
  - Regelung der Auszahlungsmodalitäten
    - hinausgeschobene Fälligkeit
    - Ratenzahlung
    - allerdings sollten auch diese Regelungen angemessen sein
      - Laufzeit, Verzinsung, Besicherung etc.

## Nachfolgeklauseln

- Nachfolgeklauseln stellen den Gesellschaftsanteil vererblich
  - Einfache Nachfolgeklausel
  - Qualifizierte Nachfolgeklausel
- Erbrechtlicher Anteilserwerb
  - „Vonselbsterwerb“
    - erbrechtliche Legitimation erforderlich
    - Nur bei dinglicher (Mit-)Berechtigung am Nachlass

## Einfache Nachfolgeklausel

- Die einfache Nachfolgeklausel führt dazu, dass
  - sämtliche Erben (bzw. Vermächtnisnehmer) des Verstorbenen automatisch in dessen Gesellschafterstellung nachrücken
  - bei einer Mehrheit von Erben jedem einzelnen die anteiligen (seiner Erbquote entsprechenden) Gesellschaftsrechte des Verstorbenen zuwachsen (Singularsukzession)
  - auf diese Weise niemals eine Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft Gesellschafterin werden kann
- Bei einer Mehrheit von Nachfolgern können diese ihre Gesellschaftsrechte nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben (BGHZ 46, 291)
- Nur die (höchst-) persönlichen Gesellschafterrechte (z.B. Kündigung) können von jedem einzelnen Gesellschafter selbst ausgeübt werden

## Erbfall und Erbauseinandersetzung

- Erbfall und Erbauseinandersetzung sind auch steuerlich zwei getrennte Vorgänge
  - Erbfall: grundsätzlich keine ertragsteuerlichen Konsequenzen
  - Erbauseinandersetzung: ertragsteuerlich relevant

## Sonderproblem: § 50i EStG (6)

- BMF-Schreiben vom 21.12.2015
  - Einschränkung der Auslegung von § 50i Abs. 2 EStG
  - Nur anwendbar auf Übertragungen von
    - Kapitalgesellschaftsanteilen
    - Betriebsvermögen
  - in gewerblich geprägte PersG vor dem 29.06.2013
- Konkret: Anwendung von § 50i EStG sachlich unbillig
  - bei Übertragung nach § 6 Abs. 3 EStG auf natürliche Person, wenn Besteuerungsrecht der BR-Deutschland sichergestellt ist
  - Bei Übertragungen nach § 6 Abs. 5 EStG

## Sonderproblem: Verlustvorträge, § 8c KStG

### Übertragung

- von mehr als 25% (50%)
  - der Anteile am gezeichneten Kapital
  - der Mitgliedschaftsrechte
  - der Beteiligungsrechte
  - der Stimmrechte
- an einer Kapitalgesellschaft
- innerhalb von fünf Jahren an
  - einen Erwerber
  - einander nahestehende Personen

=> anteiliger (vollständiger) Untergang von Verlustvorträgen

## Sonderproblem: Verlustvorträge, § 8c KStG (2)

- BMF-Schreiben vom 4.07.2008
  - § 8c gilt nicht für
    - Erbfälle (entspricht dem Gesetzeswortlaut, weil keine Übertragung)
    - Übertragungen zur Erbauseinandersetzung
    - vorweggenommene Erbfolgen
- FG Münster, Urteil vom 4.11.2015
  - Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig
  - BMF-Schreiben *contra legem* und daher unanwendbar
    - keine Ausnahmen für vorweggenommene Erbfolgen!
    - Ausnahme für Erbauseinandersetzungen fraglich

## Vorwort:

Dieses Skript dient insbesondere in den Teilen A und B der Vorbereitung des mündlichen Vortrags. Es ist nicht dessen Sinn und auch nicht geeignet, in der Veranstaltung parallel gelesen zu werden.

In diesem Skript werden die Grundsätze des Internationalen Privatrechts und das Internationale Erbrecht dargestellt.

Hierbei werden viele Probleme nur entsprechend dem Ergebnis der h.M. gestellt; auf eine Darstellung von Meinungsstreitigkeiten wird hier bewusst verzichtet. Bei der Lösung von Fällen mit Auslandsbezug ist auch das (möglicherweise einschlägige) ausländische Recht im Einzelfall jeweils (noch zusätzlich) zu berücksichtigen und zu prüfen.

Das Internationale Erbrecht legt fest, welche Rechtsordnung in einem konkreten erbrechtlichen Sachverhalt, also einem Erbfall, bei dem eine Auslandsberührung vorliegt, zur Anwendung kommt. Das IPR bestimmt nur die maßgebliche (deutsche oder ggf. ausländische) Rechtsordnung, aber nicht selbst, wer und zu welcher Quote Erbe wird, wer ggf. Pflichtteilsansprüche hat etc.

Das (deutsche) Internationale Erbrecht ist 2015 im Wandel! Es muss daher insbesondere darauf geachtet werden, ob die Ausführungen im Skriptum vor oder ab 17.8.2015 eintretende Erbfälle betreffen.

Manche der im bisherigen Internationalen Erbrecht auftretende Probleme werden durch die EU-ErbVO für Todesfälle ab 17.8.2015 beseitigt werden, dafür werden hierdurch aber auch einige neue hinzukommen. Die Auswirkungen der EU-ErbVO sind bisher aber nur in den Grundzügen erkennbar.

Die abschließende Länderübersicht soll lediglich einen Einblick in die Vielfalt des Internationalen Erbrechts geben, insbesondere auch in die teilweise grundlegend andere Systematik des materiellen Erbrechts der einzelnen Staaten. Die Auswirkungen der EU-ErbVO sind gerade für das Internationale Erbrecht von Österreich, Frankreich und Italien bisher nur in den Grundzügen erkennbar.

Wegen der besonderen Komplexität der betroffenen Rechtsgebiete und dessen dynamische Entwicklung sowie der häufig fehlenden letztinstanzlichen Rechtsprechung kann weder vom Veranstalter noch vom Referenten eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der im Skriptum enthaltenen Ausführungen übernommen werden. Um Verständnis wird gebeten.

# Internationales Privatrecht

## Inhaltsübersicht

### A. Einführung in das (deutsche) Internationales Privatrecht (IPR)

I.	Aufgabe und Quellen des (deutschen) Internationalen Privatrechts ...	2
1.	Aufgabe des Internationalen Privatrechts/Auslandsbezug .....	2
2.	Quellen des Internationalen Privatrechts .....	3
II.	Kollisionsnormen .....	5
1.	Definition der Kollisionsnorm .....	5
2.	Allseitige Kollisionsnormen.....	6
3.	Einseitige Kollisionsnormen .....	6
.		
III.	Anwendungsergebnis der Kollisionsnormen .....	6
IV.	Anknüpfungspunkte .....	7
1.	Staatsangehörigkeit.....	8
2.	Gewöhnlicher Aufenthalt .....	8
3.	Besondere Fallgruppen .....	8
a.	Mehrstaatler mit deutscher Staatsangehörigkeit.....	9
b.	Mehrstaatler ohne deutsche Staatsangehörigkeit.....	9
4.	Rechtswahl .....	9
5.	Interlokales Privatrecht .....	10
a.	Interlokales Privatrecht im autonomen IPR, Art. 4 Abs. 3 EGBGB.....	10
b.	Interlokales Privatrecht nach Art. 36 Abs. 1 EU-ErbVO .....	10
c.	Interlokales Privatrecht nach Art. 22 Rom I-VO, Art. 25 Rom II- VO .....	10
6.	Interpersonales Privatrecht.....	10
V.	Besondere Instrumente des IPR .....	11
1.	Statut .....	11
2.	Vorfragen .....	12
3.	Qualifikation .....	12
4.	Anpassung oder Angleichung .....	13
5.	Gesamt- oder Sachrechtsverweisung.....	14
6.	Annahme, Rück- und Weiterverweisung .....	14
a.	Annahme der Verweisung .....	15
b.	Rückverweisung durch das ausländische IPR .....	16
c.	Teilweise Rückverweisung/Gesamt- Rückverweisung.....	17
d.	Weiterverweisung durch das ausländische IPR .....	18
e.	Qualifikationsverweisung .....	20
f.	Rückverweisung aufgrund funktioneller Nachlasspaltung .....	21

g.	Internationaler Entscheidungsdissens .....	22
7.	Vorrangiges Erbstatut .....	23
8.	Ordre public .....	24
9.	Errichtungsstatut .....	25

## **B. Einführung in das (deutsche) Internationales Privatrecht .....27**

I.	Umfang (Anwendungsbereich) und Ermittlung des Erbstatuts .....	27
1.	Vorrangige völkerrechtliche Vereinbarungen, Art. 3 Nr. 2 EGBGB .....	28
2.	Vorrangige Regelungen der EU und Art. 25 Abs. 2 EGBGB a.F .....	29
3.	Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB a.F .....	30
4.	Nachlassspaltung und ihre Folgen .....	34
II.	Die neue EU-ErbVO .....	38
1.	Einführung und wichtigste Neuerungen .....	38
2.	Anwendungsbereich der EU-ErbVO .....	43
3.	Begriffsbestimmungen .....	45
4.	Zuständigkeit .....	45
5.	Subsidiäre und Notzuständigkeit .....	46
6.	In Drittland belegene Nachlasswerte .....	47
7.	Erklärungen über Annahme und Ausschlagung ... ..	47
8.	Prozessuale Fragen .....	47
9.	Das regelmäßige Erbstatut .....	48
10.	Rechtswahl .....	49
11.	Umfang des Erbstatuts .....	50
12.	Einheit des Erbstatuts, Nachlasseinheit .....	51
13.	Rück- und Weiterverweisung .....	51
14.	Testamentsstatut .....	52
15.	Formstatut .....	54
16.	Nachlassverwalter .....	54
17.	Anpassung .....	54
18.	Kommorienten .....	55
19.	Erbenloser Nachlass .....	55
20.	Gesamtnormverweis .....	55
21.	Öffentliche Ordnung .....	55
22.	Interlokales/Interpersonales Recht .....	55
23.	Anerkennung von Entscheidungen .....	55
24.	Vollstreckung von Entscheidungen .....	56
25.	Annahme und Vollstreckung von öffentlichen Urkunden .....	56
26.	Vollstreckbarkeit gerichtlicher Vergleiche .....	57
27.	Europäisches Nachlasszeugnis .....	57
28.	Allgemeines und Schlussbestimmungen, Art. 74-84 .....	59
III.	Erbstatut und Gesellschaftstatut .....	60

IV.	Erbstatut und Ehegüterstatut .....	62
<b>C.</b>	<b>Vollmachten im internationalen Rechtsverkehr .....</b>	<b>63</b>
I.	Bestimmung des Vollmachtsstatuts .....	63
1.	Staatsverträge .....	63
2.	Unmittelbar anwendbare EU Vorschriften .....	63
3.	EGBGB .....	63
4.	Richter- oder Gewohnheitsrecht .....	63
II.	Anwendungsbereich des Vollmachtsstatuts .....	64
III.	Praktische Hinweise .....	65
<b>D.</b>	<b>Weiterführende Literatur- und Rechtsprechungshinweise ..</b>	<b>66</b>
I.	Hand- und Nachschlagewerke .....	66
II.	Aufsätze zum Internationalen Erbrecht und Rechts- sprechungsübersichten .....	66

## **C. Vollmachten im internationalen Rechtsverkehr**

### **I. Bestimmung des Vollmachtstatuts**

Auch hier gilt zur Bestimmung des Statuts:

- Zunächst ist zu prüfen, ob eine Sonderregelung aufgrund eines vorrangigen Staatsvertrages besteht (1).
- Anschließend ist zu prüfen, ob eine Regelung der unmittelbar anwendbaren EU Vorschriften greift (2), also
  - die Artikel der Rom I-VO für vertragliche Schuldverhältnisse und
  - die Artikel der Rom II-VO für außervertragliche Schuldverhältnisse
  - die Artikel der EU-ErbVO
- Erst, wenn dies verneint werden kann, sind die Vorschriften im Zweiten Kapitel des EGBGB anzuwenden (3).
- Wenn dies auch verneint werden kann, sind richterrechtliche und gewohnheitsrechtliche Rechtsquellen zu prüfen (4).

#### **1. Staatsverträge**

Das Haager Stellvertretungsübereinkommen von 1978 ist von Deutschland nicht ratifiziert worden.

#### **2. Unmittelbar anwendbare EU Vorschriften**

Die einschlägige Kollisionsnorm in Art. 7 des Entwurfs 2005 zur Rom I-VO ist in die endgültige Fassung nicht eingegangen, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom I-VO.

Nach Art. 26 EU-ErbVO gehört zur materiellen Wirksamkeit einer Verfügung von Tods wegen i.S.d. Art. 24 und 25 EU-ErbVO auch die Zulässigkeit der Stellvertretung.

#### **3. EGBGB**

Zur Bestimmung des auf die Vollmacht anwendbaren Rechts (Vollmachtstatut) enthält das EGBGB eine Lücke.

#### **4. Richter- oder Gewohnheitsrecht**

Insoweit gelten also die von der Literatur und Rechtsprechung herausgebildeten Regeln.

Einig ist man sich darüber, dass die Wirksamkeit und Wirkungen einer Vollmacht sich nicht aus dem vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft ergeben, sondern einem gesondert angeknüpften Vollmachtstatut (*BGH NJW 1982, 2733*).

Maßgeblich ist grds. das Recht des Staates, in dem von der Vollmacht tatsächlich Gebrauch gemacht wird (Wirkungslandprinzip, *BGH DNotZ 1994, 485*; *BGH NJW*

2004, 1315). Als Gebrauchsort gilt der Ort, an dem der Vertreter seine Erklärung abgibt, sei es schriftlich oder mündlich.

Rück- und Weiterverweisungen des Rechts des Wirkungslandes werden **nicht** beachtet (Sachnormverweisung, *Bamberger/Roth/Mäsch* Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 108).

Für eine Reihe von Vollmachten wird das Wirkungslandsprinzip modifiziert:

- Für die Grundstücksvollmacht gilt das Recht des Staates, in dem das Grundstück belegen ist.
- Eine internationale Generalvollmacht wird nach wohl überwiegender Ansicht nicht einheitlich angeknüpft, sondern für jedes Rechtsgeschäft nach dem Recht des jeweiligen Verwendungslandes beurteilt (*Bamberger/Roth/Mäsch* Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 108).
- Eine kaufmännische Vollmacht wird nach dem Recht des Staates beurteilt, in dem sich die Niederlassung des Unternehmens befindet, bei der der Vertreter fest angesiedelt ist (BGH NJW 1992, 618).
- Ob auch das Handeln des vollmachtlosen Vertreters dem Vollmachtstatut unterliegt, ist fraglich. Hier gilt wohl das für das Hauptgeschäft maßgebliche Recht (BGH NJW 1992, 618).
- Für die gesetzlichen Vertreter einer Gesellschaft gilt nicht das Vollmachtstatut, sondern das Gesellschaftsstatut.
- Vielfach wird auch die Möglichkeit einer Rechtswahl für die Vollmacht bejaht. Die Rechtswahl muss aber noch vor Abschluss des Vertrages mitgeteilt werden (*Hausmann* in Reithmann/Martiny Rn. 5446).

## II. Anwendungsbereich des Vollmachtstatuts

Das Vollmachtstatut regelt die Erteilung und den Umfang der Vollmacht, wie z.B. die Zulässigkeit eines Selbstkontrahierens bzw. die Möglichkeit einer Ermächtigung dazu.

Das Vollmachtstatut gilt auch für die Beendigung der Vollmacht. Das betrifft z.B. auch die Frage, ob eine Vollmacht mit der Geschäftsunfähigkeit des Prinzipals oder seinem Tod automatisch ihre Wirksamkeit verliert oder nicht (trans- und postmortale Vollmachten – dazu Süß ZEV 2008, 69). In vielen Rechtsordnungen verliert eine Vollmacht mit Verlust der Geschäftsfähigkeit des Prinzipals automatisch ihre Wirksamkeit.

Zunehmend wird daher die Möglichkeit zur Errichtung von speziellen Vorsorgevollmachten geschaffen (*enduring powers of attorney*). Art. 15 I ESÜ unterstellt Bestehen, Umfang, die Änderung und die Beendigung einer von einem Erwachsenen eingeräumten Vertretungsmacht, die ausgeübt werden soll, wenn dieser Erwachsene nicht mehr in der Lage ist, seine Interessen zu schützen, dem Recht des Staates, in dem der Erwachsene im Zeitpunkt der Erteilung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Das trifft auf Vorsorgevollmachten, aber wohl auch für nach deutschem Muster auf den Vorsorgefall erteilte Generalvollmachten zu (*Wedemann* FamRZ 2010, 785). Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht gem.

Art. 15 Abs. 2 lit. a–c ESÜ durch ausdrückliche und schriftliche Anordnung (Rechtswahl) dem Recht eines Staates unterstellen, dem er angehört, in dem er früher einem seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder hinsichtlich des dort belegenen Vermögens dem Recht des Staates, in dem sich sein Vermögen befindet.

### III. Praktische Hinweise

- Bei der Erteilung einer postmortalen Vollmacht ist zu beachten, dass diese in vielen Ländern nicht anerkannt wird (Süß ZEV 2008, 69). Hier sollte man sich vorher informieren, ob und auf welche Weise (ausdrückliche Anordnung, Rechtswahl o.ä.) die postmortale Wirkung im Verwendungsstaat erreicht werden kann (vgl. zu Spanien *Börner* ZEV 2005, 146). Ggf. ist auf die testamentarische Ernennung eines Testamentsvollstreckers auszuweichen. Das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung ist aber in vielen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich als bei uns geregelt und wird teilweise überhaupt nicht anerkannt.
- Bei Vorsorgevollmachten können für den Fall, dass der Vollmachtgeber im Ausland Vermögen hat oder evtl. im Vorsorgefall sogar seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben wird, dem Bevollmächtigten möglicherweise viele praktische Probleme aus dem Weg geräumt werden, indem schon bei Erteilung der Vollmacht die am Verwendungsort bestehenden Formulare und Anforderungen (Form, Registrierung, Inhalt) an die Errichtung eingehalten werden.
- Die zusätzliche Rechtswahl (auch) des Vollmachtstatuts erscheint auf den ersten Blick als ideales Gestaltungsinstrument, eine weltweit einheitliche rechtliche Beurteilung zu gewährleisten. Freilich dürfte eine Vollmacht, die ausdrücklich deutschem Recht unterstellt wird, im Ausland oft auf dieselben oder ähnliche Beschränkungen treffen, denen in Deutschland eine einem ausländischem Recht unterworfenen Vollmacht begegnet. Dies ist zu prüfen und es ist daher zu überlegen, ob die Rechtswahl nicht faktisch die Möglichkeiten des Bevollmächtigten zu sehr einschränkt.
- Aus deutscher Sicht genügt für die Formwirksamkeit der Vollmacht gem. Art. 11 I EGBGB die Einhaltung der Ortsform oder die Einhaltung der vom Vollmachtstatut stipulierten Formerfordernisse. Eine Vollmacht zum Erwerb oder zur Auflassung eines deutschen Grundstücks kann gem. § 167 II BGB auch im Ausland formfrei erklärt werden. Für den Grundbuchvollzug muss die Vollmacht aber öffentlich beglaubigt sein (§ 29 GBO). Das kann auch durch eine ausländische Urkundsperson geschehen. Im Ausland wird häufig für die Vollmacht dieselbe Form wie für das vom Bevollmächtigten abzuschließende Rechtsgeschäft verlangt. Vorsichtshalber wäre daher die für eine Grundstückstransaktion im Ausland bestimmte Vollmacht zu beurkunden oder zumindest notariell zu beglaubigen und mit einer Legalisation bzw. Apostille zu versehen.
- Bei Verwendung im Ausland empfiehlt sich zur Vermeidung von Übersetzungen und den damit verbundenen Unsicherheiten die Verwendung

zweisprachiger Formulare (mit Übersetzung in die Amtssprache des Verwendungsstaates oder zumindest ins Englische).

Bei bestehendem (möglichem) Auslandsbezug bietet sich zudem die Verwendung einer internationalen Nachlassvollmacht in notarieller Form an, etwa nach dem Muster der Kommission für europäische Angelegenheiten (CAE) der internationalen Union des Lateinischen Notariats (ggf. verbunden mit einer Wahl deutschen Rechts). Diese Vollmacht ist in den meisten europäischen Sprachen übersetzt und wird daher regelmäßig auch im Ausland keine Probleme bereiten und kann viele Probleme lösen zumindest entschärfen, etwa bei einer Testamentsvollstreckung im Ausland, (abgedruckt bei Mayer/Bonfeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., nach Rdnr. 1021, S. 562 ff.).

## **D. Weiterführende Literatur- und Rechtsprechungshinweise**

### **I. Hand- und Nachschlagewerke**

- Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht (Textsammlung), 2012
- Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Loseblatt.
- Süß/Haas, Erbrecht in Europa, 3. Auflage, 2015

### **II. Neuere Aufsätze zum Internationalen Erbrecht und Rechtsprechungsübersichten:**

- Dutta, Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen, FamRZ 2015, 32 ff.,
- Dutta, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union, FamRZ 2013, 4 ff.

**Internationales Privatrecht**  
**Internationales Erbrecht**  
**EU-ErbVO**

**Professor Dr. Ulrich Voß**

*Würzburg*

*prof.voss@web.de*

# Rechtswahl

## „Freie“ Rechtswahl

Art. 3 Rom I-VO, Art. 14 Rom II-VO

„Unfreie“ Rechtswahl, z.B. im bisherigen internationalen Erbrecht,

Art. 25 Abs. 2 EGBGB

# Rechtswahl, 25 II EGBGB aF

- Gewählt werden konnte nach 25 II EGBGB aF **nur** deutsches Recht + **nur** Wahl für **unbewegliches** Vermögen (auch Teile)
- Begriff des unbeweglichen Vermögens (Eigentum, Nießbrauch, Grundschuld, Hypothek)
- Kein unbewegliches Vermögen (GbR, Erbengemeinschaft, schuldrechtliche Ansprüche, auch wenn diese auf Übertragung eines Grundstücks gerichtet und dinglich gesichert)

# Rechtswahl III

- Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB aF war direkte Verweisung auf gesamtes deutsches materielles Erbrecht
- Widerruf jederzeit
- Auch weitergehende Rechtswahl nach ausländischem Recht erkannten wir an

# Rechtswahl Beispiel I

## Bsp.:

**Der italienische Staatsangehörige E ist am 21.5.2015 mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorben . Zu seinem Vermögen gehört unbewegliches und bewegliches Vermögen. In seinem Testament wählt E. nach italienischem IPR *umfassend* deutsches Recht.**

**Folgen?**

# Rechtswahl Lösung I

- **Lösung:** Nach Art. 25 II EGBGB a.F. wäre Rechtswahl nur beschränkt zulässig
  - Nach Art. 25 I aF gilt aber italienisches Recht
  - Auch in Italien galt Staatsangehörigkeit
    - ital. Recht nimmt Verweisung an
  - Nach ital. IPR ist weitergehende Rechtswahl zulässig, wenn Noterbrechte unbeeinträchtigt
  - Deutschland erkennt dies an -> Rechtswahl zulässig -> insgesamt deutsches Recht

## Rechtswahl Beispiel II

Der deutsche Staatsangehörige E zieht in die Schweiz. Seinen Wohnsitz in Deutschland gibt er auf. IPR Schweiz knüpft für Erbstatut an letzten „Wohnsitz“ an.

Raten Sie E die Wahl deutschen Rechts?



# Rechtswahl Lösung II

- **Lösung:** Dtsch. und Schweizer IPR führen bisher und teilweise auch weiterhin zur faktischen Nachlasskollision
  - Lösung über Rechtswahl
  - Aus deutscher Sicht bisher überflüssig
  - Nach IPR Schweiz ist Heimatrechtswahl zulässig
  - Rechtswahl kann aber unter bestimmten Voraussetzungen hinfällig werden, etwa wenn zwischenzeitlich Schweizer Bürger geworden
  - Auch künftig Rechtswahl ratsam, da Wohnsitzbegriff nicht identisch mit gewöhnlichem Aufenthalt

# IPR-Grundsätze

## Einzelstatut

Art. 3a Abs. 2 EGBGB

Vorrangiges Einzelstatut bricht bisher  
Gesamtstatut

# Einzelstatut → Nachlassspaltung

- Deutscher Erblasser, Wohnsitz in Deutschland, hinterlässt Ferienwohnung in Frankreich
  - Grundsatz: Art. 25 Abs. 1 EGBGB aF: deutsches Recht maßgeblich
  - Ausnahme: Art. 3 code civil bei Immobiliervermögen ist Recht am Belegenheitsort maßgeblich, also hier französisches Recht
  - Deutschland erkennt Vorrang der Spezialnorm an (Art. 3a EGBGB)
- Vermögensteile werden nach deutschem, andere nach französischem Recht vererbt

## Vorrangiges Einzelstatut, Art. 3a Abs. 2 EGBGB

- Einzelstatut bricht bisher Gesamtstatut, wenn:
  - Vermögen (teilweise) in anderem Staat
  - Dort für diese Gegenstände besondere Vorschriften gelten
  - Insbesondere ausländische Kollisionsnormen, die für Grundstücke *lex rei sitae* bestimmen
  - Nicht, wenn allgemein Wohnsitzstatut oder letztes Domizil gilt

# EU-ErbVO

## Einzelstatut

### Art. 30 EU-ErbVO

Vorrangiges Statut bricht künftig nur noch  
ausnahmsweise Gesamtstatut,

z.B. Sondererbfolge bei Eigentumswohnungen in  
Österreich

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 3

Skript „Testamentsvollstreckung Einführung“

RA Elmar Uricher

<b>I. Gesetzliche Grundlagen</b> .....	<b>5</b>
<b>II. Gründe für die Anordnung der Testamentsvollstreckung</b> .....	<b>5</b>
1. Allgemeine Gründe .....	5
2. Schutz und Erhaltung des Vermögens.....	9
3. Besonderheiten des Handels- und Gesellschaftsrechts.....	10
4. Steuerrechtliche Überlegungen.....	11
<b>III. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers</b> .....	<b>12</b>
1. Amt des Testamentsvollstreckers.....	12
2. Verhältnis Testamentsvollstrecker zu den Erben .....	13
3. Testamentsvollstreckung und Nachlassgericht .....	14
4. Testamentsvollstreckung und familienrechtliche Bezüge .....	15
5. Kontrolle des Testamentsvollstreckers .....	16
6. Spannungsverhältnis Testamentsvollstreckung/Vollmacht.....	16
<b>IV. Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers</b> .....	<b>17</b>
1. Abgrenzung Abwicklungsvollstreckung/Dauervollstreckung.....	17
2. Einschränkungen und Erweiterung der Befugnisse .....	19
3. Rechte und Pflichten des Verwaltungsvollstreckers .....	19
4. Testamentsvollstreckung und Vermögen .....	21
5. Testamentsvollstreckung an ausländischen Vermögen .....	24
6. Steuerrechtliche Aufgaben des Testamentsvollstreckers .....	27
7. Testamentsvollstreckung und Erbauseinandersetzung.....	29
<b>V. Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers</b> .....	<b>39</b>
1. Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung .....	39
2. Anordnungen des Erblassers .....	39
3. Unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers .....	40
4. In-Sich-Geschäfte.....	52
5. Auseinandersetzungsverbote .....	54
<b>VI. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung</b> .....	<b>56</b>
1. Anordnung und Ernennung.....	56
2. Form der Ernennung.....	57
3. Wirksamkeit der Ernennung .....	58
<b>VII. Die Ernennung des Testamentsvollstreckers</b> .....	<b>61</b>
1. Grundsatz .....	61

2. Ernennung durch den Erblasser .....	61
3. Die Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch Dritte .....	62
4. Wer kann Testamentsvollstrecker sein/werden? .....	63
5. Mehrere Testamentsvollstrecker .....	67
<b>VIII. Beginn, Nachweis und Ende des Testamentsvollstreckeramtes .....</b>	<b>68</b>
1. Beginn des Amtes .....	68
2. Der Nachweis des Amtes .....	70
3. Ende der Testamentsvollstreckung .....	70
<b>IX. Die Haftung des Testamentsvollstreckers .....</b>	<b>75</b>
1. Die Haftung nach § 2219 BGB .....	75
2. Die Haftung nach §§ 823 ff. BGB .....	80
3. Haftung nach § 311 Abs. 2 und 3 BGB .....	81
4. Haftung für die Auswahl des Testamentsvollstreckers .....	81
5. Die Haftung nach § 69 AO .....	81
<b>X. Testamentsvollstreckervergütung .....</b>	<b>82</b>
1. Festsetzung durch den Erblasser .....	82
2. Angemessene Vergütung .....	83
3. Vergütungsempfehlungen .....	88

## Literaturverzeichnis:

- Tanck/Uricher, Formularbuch Erbrecht, 2. Auflage Nomos Verlag,
- Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Auflage ESV Verlag, 2014,
- Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Auflage 2013,
- Palandt, BGB Kommentar, 64. Auflage 2015,
- Damrau/Tanck, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Auflage Zerb Verlag, 2015,
- Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Auflage Zerb Verlag, 2014,
- Riedel, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, Zerb Verlag
- Dr. Rainer Lorz, Testamentsvollstreckung im Unternehmensrecht, Diss..
- Schiffer/Rott/Prns, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, ZErV Verlag, 2014
- Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, CH Beck Verlag.

## Aufsätze:

*Mayer*, Einstweilige Anordnung des Nachlassgerichts gegen den Testamentsvollstrecker, ZEV 2013, 470; *Muscheler*, Die Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Vermächtnisnehmer und bei der Auflage, ZEV 2013, 229; *Neuhoff*, Dauer-Testamentsvollstreckung und Stiftung, ZErV 2013, 81; *Ponath/Jestaedt*, Dauer-Testamentsvollstreckung und Stiftung, ZErV 2012, 253; *Reimann*, Angebot und Vollmacht in der erbrechtlichen Gestaltung, ZEV 1996, 420 ff.; *Schewe*, Stiftung und Dauertestamentsvollstreckung, ZEV 2012, 236; *Siebert*, Der Testamentsvollstrecker und das Steuerrecht, ZEV 2010, 123 ff.; *Streck*, Der Steuerberater als Testamentsvollstrecker und Vermögensverwalter, DStR 1991, 592 ff.; *Tiling*, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, ZEV 1998, 331 ff.; *Weidmann*, Vermächtniserfüllung durch Testamentsvollstrecker/steuerrechtliche Haftungsgefahren und Vermeidungsstrategien, ZEV 2014, 404; *Werkmüller*, Der Unternehmensverkauf durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2006, 492 ff.; v. Oertzen transmortale Vollmacht und Testamentsvollstreckung, ZEV 2012, 143; Walloscheck, Die Bedeutung der Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr, ZEV 2011, 167; Diefenbach/Winkel, Abberufung des Testamentsvollstreckers, ZErV, 2014, 297; Freigabe durch Testamentsvollstrecker beim Behindertentestament, ZErV 2013, 205.

### III. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

#### 1. Das Amt des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstrecker ist Träger eines privaten Amtes, das ihm vom Erblasser übertragen ist und das er kraft eigenen Rechtes, also unabhängig vom Willen des Erben, und im eigenen Namen, aber - im Rahmen der letztwilligen Anordnung des Erblassers - doch im Interesse anderer, vor allem der Erben, ausübt (Amtstheorie, h.M. in Rechtsprechung und Literatur; Staudinger/Reimann, BGB, , Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rn. 14 f., m.w.N.; Zimmermann Rn 141 ff.).

Gleichwohl bleibt der Erbe **Eigentümer** der zum Nachlass gehörenden Gegenstände und **Träger** der in den Nachlass fallenden Rechte. Ein abstraktes Handeln „für den Nachlass“ ist nicht möglich.

Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist derjenigen eines gesetzlichen Vertreters angenähert. Er hat sich - wie ein Vertreter - als solcher zu bezeichnen, will er vermeiden, dass er aus den Rechtsgeschäften, die er als Testamentsvollstrecker vornimmt, persönlich haftet.

Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers schließt diejenige des Erben aus (§§ 2205 S 2, 2211 BGB). Die Anordnung der Testamentsvollstreckung enthält also eine Beschränkung der Rechtsstellung des Erben (vgl. §§ 2306, 2338 Abs.1 S. 2, 2376 BGB).

## Übersicht Aufgaben des Testamentsvollstreckers

Abwicklungsvollstreckung	Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses	§§ 2203 ff. BGB
Verwaltungsvollstreckung	Nur Verwaltung i.d.R für längere Dauer	§ 2209 BGB, § 2210 BGB
TV mit beschränkten Aufgaben	Nur bestimmte Aufgaben auszuführen	§ 2208 BGB
Vermächtnisvollstreckung	Verwaltung eines Vermächtnisses	§ 2223 BGB
Nacherben TV	Ausübung der Rechte und Pflichten für den Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalles	§ 2222 BGB
Ersatzvollstreckung	Ersatzanordnung für den Fall, dass der eigentlich benannte TV ausfällt oder das Amt nicht annimmt	§ 2197 Abs. 2, 2203 ff. BGB
Beaufsichtigende TV	TV hat selbst keine Verfügungen des Erblassers auszuführen, er beaufsichtigt nur die Erben	§ 2208 Abs. 2 BGB

(Zimmermann Rn 142)

## 2. Verhältnis Testamentsvollstrecker zum Erben

Zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben besteht ein gesetzliches, **kein vertragliches oder vertragsähnliches** Schuldverhältnis (BGHZ 69, 235; Palandt/Weidlich, BGB, 74. AUFL. 2015, § 2197, Rn. 1).

Aufgrund des gesetzlichen Verpflichtungsverhältnisses zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben ist es diesem möglich, seinen Rechtsanspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung gegen den Testamentsvollstrecker im **Zivilprozess**, also nicht im nachlassgerichtlichen Verfahren, durchzusetzen. Der Erbe kann vom Testamentsvollstrecker jederzeit verlangen, dass dieser seine Befugnisse nicht überschreite (BGHZ 25, 275, 283).

### **3. Verhältnis zum Nachlassgericht**

Der Testamentsvollstrecker leitet seine Rechtsbefugnisse einzig vom Erblasser ab, nicht vom Nachlassgericht; das gilt auch dann, wenn dieses auf Ansuchen des Erblassers gem. § 2200 die Ernennung ausspricht. Der Testamentsvollstrecker unterliegt daher nicht der Aufsicht des Nachlassgerichts (wie etwa der Betreuer der Aufsicht des Betreuungsgerichts), und zwar selbst dann nicht, wenn der Erblasser dies anordnet (BayObLGZ 1953, 357, 361; BayObLGZ 21, 314; KG JR 1951, 732). Der Aufgabenkreis des Nachlassgerichts beruht **auf öffentlichem Recht**. Er kann daher vom Erblasser weder erweitert noch eingengt werden. Insbesondere kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker **nicht** einer weitergehenden Aufsicht des Nachlassgerichts unterwerfen.

Dies bedeutet nicht, dass das Nachlassgericht keinerlei Funktionen bei der Testamentsvollstreckung hätte. Annahme und Ablehnung des Amtes sind dem Nachlassgericht gegenüber zu erklären (§ 2202 BGB). Es stellt auch das **Testamentsvollstreckerzeugnis** aus (§ 2368 BGB), dabei ist zu beachten, dass dieses nicht erforderlich ist, sofern die

letztwillige Verfügung in öffentlich beurkundeter Form erfolgt ist. So kann es den Testamentsvollstrecker ernennen, wenn es vom Erblasser darum ersucht wurde (§ 2200 BGB). Ist die Ernennung einem Dritten überlassen, erfolgt die Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2198 BGB). Es kann auf Antrag eines Beteiligten Anordnungen des Erblassers außer Kraft setzen, wenn ihre Befolgung den Nachlass erheblich gefährden würde (§ 2216 Abs. 2 S. 2 BGB). Es entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten unter mehreren Testamentsvollstreckern (§ 2224 BGB), jedoch nicht durch eine eigenständige Meinung, sondern nur durch das Votum für die eine oder andere Position. Die Kündigung des Amtes durch den Testamentsvollstrecker erfolgt gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2226 BGB). Die wichtigste Funktion des Nachlassgerichtes ist aber das Entlassungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 2227 BGB. Durch dieses Recht hat das Nachlassgericht einen mittelbaren Einfluss auf die Testamentsvollstreckung.

#### **4. Familienrechtliche Beschränkungen**

Auch familienrechtliche Beschränkungen des Erben gelten idR nicht für den Testamentsvollstrecker. § 1365 BGB gilt nicht für den Testamentsvollstrecker, wenn der Erbe im gesetzlichen Güterstand lebt. Einschränkungen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ergeben sich auch nicht aus der Gütergemeinschaft des Erben. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Testamentsvollstrecker sein Recht vom Erblasser, nicht vom Erben ableitet. Beruhen Verfügungen des Testamentsvollstreckers - z.B. bei Auseinandersetzung - nicht nur auf der letztwilligen Anordnung, sondern auch auf besonderen Vereinbarungen mit den Beteiligten, kommen jedoch die familienrechtlichen Beschränkungen zur Geltung. Jedoch hat auch der Testamentsvollstrecker die Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten nach § 1586 b BGB zu erfüllen (Palandt/Brudermüller § 1586 b BGB Rn 1 ff.).

## **5. Gestaltung der Kontrolle des Testamentsvollstreckers**

Will der Erblasser, dass der Testamentsvollstrecker einer Kontrolle unterliegt, muss er diese durch letztwillige Anordnungen selbst einführen, etwa durch die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker, die Beteiligung der Erben an den Entscheidungsprozessen oder durch die Bindung der Testamentsvollstrecker bei bestimmten Entscheidungen an die Mitwirkung Außenstehender, etwa eines Wirtschaftsprüfungsunternehmens (vgl. dazu Reimann, FamRZ 1995, 588). Im Einzelfall ist genau abzuwägen, ob eine solche Abhängigkeit erforderlich erscheint, da es in der Regel Entscheidungsprozesse erschweren kann. Bei größeren Vermögen, unternehmerischen Vermögen oder auch sehr komplexen Vermögensstrukturen kann sich jedoch eine solche Konstellation empfehlen, um zusätzliche Sachkompetenz erlangen zu können.

## **6. Spannungsverhältnis Testamentsvollstreckung und Vollmacht**

Hat der Erblasser eine trans- oder postmortale Vollmacht an einen Dritten erteilt, kann es zu einer unerwünschten Konkurrenz zwischen der Verfügungsmacht des Bevollmächtigten und derjenigen des Testamentsvollstreckers kommen (Zimmermann Rn 11 b ff.).

Es bestehen keine Bedenken dagegen, dass jemand sowohl die Stellung eines Testamentsvollstreckers als auch die eines Bevollmächtigten oder Generalbevollmächtigten auf Grund einer ihm vom Erblasser über dessen Tod hinaus erteilten Vollmacht innehat (BGH DNotZ 1963, 305; vgl. BayObLG-Rp 1995, 59). Er kann als Bevollmächtigter u.U. - wenn die Vollmacht (z.B. Generalvollmacht) dies gestattet - auch unentgeltlich Geschäfte vornehmen oder Rechtsgeschäfte mit sich selbst, wenn er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, was er als Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht kann (§ 2205 BGB).

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 3

Skript „Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich“

RA Elmar Uricher

## Übersicht

### Testamentsvollstreckung im Unternehmen

	<b>Seite</b>
A. Testamentsvollstreckung im Unternehmen	3
I. Allgemein	7
1. Unternehmensformen	7
2. Grundlagen Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich	9
B. Testamentsvollstreckung/Einzelunternehmen	13
1. Allgemein	13
2. Testamentsvollstreckung, Zulässigkeit	14
2.1 Vollmachtlösung	15
2.2 Treuhandlösung	17
2.3 Freigabelösung	17
2.4 Beaufsichtigende Testamentsvollstreckung	24
2.5 Gestaltungsempfehlungen	25
3. Minderjährige Erben	25
C. Testamentsvollstreckung/Gesellschaftsrecht der Personengesellschaft	29
1. Allgemein	29
2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	31
3. Offene Handelsgesellschaft	31
4. Kommanditgesellschaft	33
5. Stille Gesellschaft	34
6. Genossenschaft	35
7. Partnerschaftsgesellschaft	36
8. Unternehmensnachfolge	37
8.1 Gesellschaft bürgerlichen Rechts	37
8.2 Offene Handelsgesellschaft	37
8.3 Kommanditgesellschaft	38
8.4 Stille Gesellschaft	44
8.5 Genossenschaft	45
8.6 Partnerschaftsgesellschaft	45
9. Testamentsvollstreckung bei Personengesellschaften	46
9.1 Allgemein	46
9.2 Ersatzlösungen	47
9.3 Testamentsvollstreckung und Gesellschafterrechte	51
9.4 Verfügungen über den Geschäftsanteil	53

## A. Testamentsvollstreckung im Unternehmen

### 1. Allgemein

#### Grundlagen Unternehmensformen in Deutschland



BGB Gesellschaft (GbR)



Offene Handelsgesellschaft



Kommanditgesellschaft

Gesellschaft mit  
Beschränkter  
Haftung (GmbH)

Aktiengesellschaft  
(AG)

Kommanditgesellschaft  
auf Aktie

Partnerschafts-  
gesellschaft

Europäische  
Wirtschaftliche  
Interessen-  
Vereinigung  
(EWIV)

Reederei  
Versicherungs-  
verein auf  
Gegenseitigkeit

## Übersicht Personengesellschaften

<b>GbR</b>	<b>OHG</b>	<b>KG</b>
§§ 705 ff BGB	§§ 105 ff HGB	§ 160 ff HGB
faktisch oder durch Vertrag	faktisch oder durch Vertrag	faktisch oder durch Vertrag
formlos möglich	formlos möglich	formlos möglich
Kein Kaufmann Nicht zum Handelsregister eintragungsfähig	Kaufmann kraft Rechtsform § 6 HGB	Kaufmann kraft Rechtsform § 6 HGB
Gesamtschuldnerische Haftung	Gesamtschuldnerische Haftung	Komplementär persönliche Haftung Kommanditist Haftung begrenzt auf Einlage
Aktiv- und Passiv	Aktiv- und Passiv	Aktiv- und Passiv
Prozessfähig	Prozessfähig	Prozessfähig
Grundbuchfähig <sup>5</sup>	grundbuchfähig	grundbuchfähig

---

<sup>5</sup> BGH, V ZB 74/08  
136

Der überwiegend dogmatisch geführte Streit hat über die Jahre verschiedene Rechtsmeinungen hervorgebracht, die letztlich für die Beratungspraxis jedoch wenig hilfreich sind.<sup>15</sup>

## 2.1

### Vollmachtslösung

Der Testamentsvollstrecker führt das Handelsgeschäft **im Namen des Erben und mit dessen persönlicher Haftung** (trotz § 2206 BGB)<sup>16</sup>, für die alten Schulden ausschließbar nach §§ 25 II, 27 I). Kaufmann ist in diesem Fall allerdings nur der Erbe selbst. Die Erben haften folglich dann auch für die neu begründeten Verbindlichkeiten im Geschäftsverkehr. Der Erbe wird im Handelsregister eingetragen. Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, dass zusätzlich im Handelsregister ein Testamentsvollstreckervermerk aufzunehmen ist<sup>17</sup>. Ein solcher Testamentsvollstreckervermerk im Handelsregister ist jedoch mit der h.M und Rspr. abzulehnen, denn dies würde zu Unsicherheit im Rechtsverkehr führen, da die Erben nun mal als Nachfolger im Handelsregister eingetragen sind und der Rechtsverkehr darauf vertrauen darf nach § 15 Abs. 2 HGB, dass sämtliche Rechtsgeschäfte für und gegen die Erben abgeschlossen werden. Der Testamentsvollstrecker benötigt für sein Tun eine eigene Vollmacht des Erben. Ein bereits erteiltes Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB ist dafür nicht ausreichend, da es keine durch die Erben selbst erteilte Legitimation darstellt, sondern nur allgemein den Testamentsvollstrecker legitimiert<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> RG 132, 138, BGH 12, 102, 35, 13, NJW 75, 54, Lit: Muscheler 1994, Lorz 1995, Dauner-Lieb 1998, Windel 1998; John BB 80, 757 (Vollrechtstreuhand), Brandner FS Stimpel 85, 991 (gegen echte Testamentvollstreckerlösung), Schiemann FS Medicus 99, 513.

<sup>16</sup> KG JW 37, 2599

<sup>17</sup> Ermann/Schmidt § 2205 Rn 22

<sup>18</sup> Damrau/Uricher, Praxiskommentar Erbrecht § 2368 Rn 1

Die vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäfte begründen Verbindlichkeiten, die keine Nachlassverbindlichkeiten darstellen, sondern neue Geschäftsverbindlichkeiten, für die eine persönliche Haftung der Erben begründet wird. Insofern kann der Testamentsvollstrecker das Geschäft im Namen der Erben nur mit Zustimmung von diesen und Vollmacht fortführen.<sup>19</sup>

Nun würde die Testamentsvollstreckung durch die Zustimmungspflicht und Vollmachterteilung durch die Erben von deren Dispositionswillen abhängen. Um dies zu verhindern wurden Gestaltungen entwickelt, wie der Erblasser die Vollmachtserteilung und Zustimmung zur Führung des Geschäfts im Namen der Erben durch den Testamentsvollstrecker zu ermöglichen, sicherstellen kann.

Der Erblasser kann durch Anordnung die Erben ausdrücklich dazu verpflichten die Zustimmung und Vollmacht zu erteilen, indem er in seiner letztwilligen Verfügung von Todes wegen, diese mit einer Bedingung oder Auflage sicherstellt.<sup>20</sup> Der Testamentsvollstrecker wird dadurch in die Lage versetzt, die Vollmachtserteilung und Zustimmung im Klagewege geltend machen zu können nach § 2208 Abs. 2 BGB.<sup>21</sup> Der Erbe muss bei dieser Lösung die persönliche Haftung als testamentarische Bedingung oder Auflage in Kauf nehmen, sofern er die Erbschaft nicht ausschlägt nach §1944 BGB; oder das Unternehmen auf eine GmbH übertragen wird. In der aktuellen Literatur wird deshalb mehr und mehr die Vollmachtlösung abgelehnt. Denn auch die Problematik, wonach eine durch den Erblasser im Testament selbst erteilte Generalvollmacht für den Testamentsvollstrecker kann nicht unwiderruflich ausgestaltet sein, führt in der Praxis zu Problemen. Die h.M und Rspr. lehnt eine durch den Erblasser umfassend erteilte Generalvollmacht ab, da sie den Erben zu sehr binden würde, zumal er durch die persönliche Haftung nicht nur mit dem Nachlassvermögen selbst sondern eben gerade auch mit seinem eigenen Privatvermögen haftet.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Mayer/Bonfeld/Weidlich/Wälzholz, Testamentsvollstreckung Teil 1, Kap. 19.2, Rn 374

<sup>20</sup> BGHZ 12, 100 ff;

<sup>21</sup> BayObLGZ 69, 138

<sup>22</sup> Mayer/Bonfeld/Weidlich/Wälzholz, Testamentsvollstreckung Teil 1, Kap. 19.2, Rn 374;

Bengel/Reimann/Mayer § 5 Rn 130, Testamentsvollstreckerhandbuch, 5. Auflage CH Beck Verlag

## **Praxishinweis:**

### **Vollmachtausgestaltung:**

- (1) Die Vollmacht wird inhaltlich dergestalt begrenzt, dass der Testamentsvollstrecker keine unentgeltlichen Verfügungen vornehmen kann und Verpflichtungen nur eingehen kann im Rahmen des Nachlassvermögens. Dies birgt jedoch mangels Wirkung im Außenverhältnis für den Erben immer die Gefahr der Überschreitung der Vollmacht durch den Testamentsvollstrecker.
- (2) Der Testamentsvollstrecker selbst muss bei bestimmten erheblichen Rechtsgeschäften die Zustimmung einer dritten Person einholen (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwalt oder dgl.)

## **Beachten:**

- (1) Bei der Vollmachtlösung werden die Erben selbst im Handelsregister eingetragen.
- (2) Die Anordnung der Testamentsvollstreckung für ein zum Nachlass gehörendes, von den Erben fortgeführtes Handelsgeschäft kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> RG, 26.3.1931, RGZ 132, 138

## 2.2

### Treuhandlösung

Der Testamentsvollstrecker führt das Handelsgeschäft **im eigenen Namen** mit seiner **persönlichen Haftung** (für die alten Schulden ausschließbar nach §§ 25 II, 27 I) als Treuhänder des Erben für dessen Rechnung und Risiko.<sup>24</sup> Der Testamentsvollstrecker haftet also wie ein selbständiger Kaufmann im Außenverhältnis mit seinem gesamten Vermögen, also insbesondere auch seinem Privatvermögen. Zwar hat der Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis einen Freistellungsanspruch gegen die Erben für die entstandene Haftung (Deckungsverhältnis), wie aber bei jeder Treuhandkonstellation, hat der Testamentsvollstrecker das Risiko, dass der Freistellungsanspruch vollständig oder teilweise ins Leere geht, dann nämlich, wenn der oder die Erben über nicht ausreichendes Kapital verfügen um ihn freizustellen.

Die Treuhandkonstruktion setzt also notwendig voraus, dass der Erblasser diese so verfügt hat und das Konstrukt mit entsprechenden Auflagen und Bedingungen versehen hat, um die Durchführung der Testamentsvollstreckung zu ermöglichen.

Der Testamentsvollstrecker hat dabei zu beachten, dass ihm nach § 25 Abs. 2 HGB, 27 HGB eine Haftungsbeschränkung für die vom Erblasser begründeten Altverbindlichkeiten möglich ist, sofern er die Haftungsausschlusserklärung vornimmt. Es ist jedoch dabei wiederum zu beachten, dass mit der Überlassung des Handelsgeschäfts durch die Erben für diese eine Geschäftsaufgabe im Sinne von § 27 Abs. 2 HGB anzunehmen ist, mit der Folge, dass bei fristgerechter Vornahme innerhalb der gesetzlichen 3-Monate eine **Haftungsbeschränkung für die Erben** eintritt bezüglich der Altverbindlichkeiten.

Strittig ist, ob auch eine solche Haftungsbeschränkung für den Testamentsvollstrecker erreicht wird, denn die Wirkung des § 27 Abs. 2 HGB kann sich eigentlich nicht auf ihn erstrecken, da er gerade das Handelsgeschäft im eigenen Namen fortführt.

---

<sup>24</sup> RG 132, 142, BGH 12, 102 NJW 75, 54; Mayer/Bonefeld/Weidlich/Wälzholz, Testamentsvollstreckung Teil 1, Kap. 19.2, Rn 379

Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches ist in diesem Fall der Testamentsvollstrecker. Der Testamentsvollstrecker wird mit dem Testamentsvollstreckervermerk zum Handelsregister eingetragen unabhängig von der Ausgestaltung der Treuhand.<sup>25</sup>

Er hat gegen den Erben Anspruch auf Vorschuss und Aufwendungsersatz aus dem Nachlass (§§ 2218, 669, 670 BGB). Der Testamentsvollstrecker kann die Übertragung des zunächst dem Erben zugefallenen Handelsgeschäfts auf sich als Treuhänder vom Erben **fordern und einklagen**<sup>26</sup>.

**In der Praxis sind zwei verschiedene Arten von Treuhandgestaltungen möglich:**

#### **a. Verwaltungstreuhand (= Ermächtigungstreuhand)**

Bei der Verwaltungstreuhand bleiben die **Erben Eigentümer des Betriebsvermögens**, der Testamentsvollstrecker hat daran allerdings die Verfügungsbefugnis. Es liegt also ähnlich wie beim Pachtrecht ein Eigentümer-Besitzerverhältnis vor, es bedarf aber keine eigentumsrechtlichen Vollzugsakte. Der Testamentsvollstrecker schafft aber Rechte und Pflichten für den Nachlass, so dass also auch die Erben Eigentum dazu erwerben, sofern der Testamentsvollstrecker beispielsweise ein Grundstück erwirbt. Dies hängt im Einzelnen von der Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung, die vom Erblasser ausgestaltet werden kann. Für die Erben von größter Bedeutung ist daneben aber auch, dass der Testamentsvollstrecker für die Erben Verbindlichkeiten begründen kann, für die er zwar persönlich haftet aber im Innenverhältnis einen Freistellungsanspruch gegen diese hat.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> , RG 132, 143.

<sup>26</sup> BGHZ 12, 100; 24, 112; Soergel/Damrau § 2205 Rn 23

<sup>27</sup> Mayer/Bonfeld/Weidlich/Wälzholz, Testamentsvollstreckung Teil 1, Kap. 19.2, Rn 382

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 3

Skript „Rechtliche, steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte“

RA Elmar Uricher

## Inhaltsverzeichnis

	<b>Seite</b>
<b>A. Unternehmensnachfolge</b>	3
<b>B. Allgemeines</b>	6
<b>I. Mandat bei der vorweggenommenen Erbfolge</b>	8
1. Beratungsumfang	8
2. Beratungsansatz	9
3. Asset Protection	12
4. Vermögensplanung	18
<b>C. Grundlagen Unternehmensformen</b>	20
<b>I. Einzelunternehmen</b>	23
<b>II. Personengesellschaften</b>	24
<b>III. Kapitalgesellschaften</b>	27
<b>D. Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen</b>	30
<b>I. Familiengesellschaften</b>	30
<b>II. Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen</b>	33
1. GbR	33
2. OHG	34
3. KG	43
4. <b>letztwillige Verfügungen und Nachfolgeregelungen bei OHG/KG</b>	44
5. GmbH	48
6. Nießbrauch am GmbH-Geschäftsanteil	57
7. <b>letztwillige Verfügungen und Nachfolgeregelungen bei GmbH</b>	59
8. Hinauskündigungsklausel	61
9. Erhalt von Familiengesellschaften	64
<b>E. Beteiligung Minderjähriger an Unternehmen</b>	70
I. Minderjährige und Einzelunternehmen	71
II. Minderjährige und Handelsgesellschaften	72
III. Minderjährige und GbR	74
<b>F. Schenkungsverträge in der Familie/Familiengesellschaft</b>	80
<b>I. Familiengesellschaft</b>	82
<b>II. Vermögensübertragung betriebliches Vermögen</b>	83
<b>III. Familienpool</b>	103
<b>IV. Beirat</b>	108
<b>V. Schiedsgerichtsregelungen</b>	115
<b>VI. Güterrecht und Gesellschaftsrecht</b>	127
<b>G. Unternehmensverkauf</b>	128
<b>I. Verkaufs- und Nachfolgearten</b>	132
<b>II. Asset oder Sharedeal</b>	133
<b>I. Strukturierung eines Nachfolgemandates</b>	136
<b>J. Vertragsgestaltungsphase, Gewährleistungsrecht</b>	138

## 2. Was ist der richtige Beratungsansatz?

Eine eindimensionale Beratung nur unter erbrecht- gesellschafts- oder steuerrechtlichen Gesichtspunkten kann nicht zu einer erfolgreichen Unternehmensnachfolgeplanung führen. Nur eine ganzheitliche Analyse sowohl der Unternehmens- wie Privatebene ermöglicht eine Unternehmensnachfolge von dauerhaftem Bestand. Dazu gehört auch sowohl auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene, wie auch bei der Fassung von Schenkungsverträgen, Regelungen aufzunehmen, die zu einer Verpflichtung führen, Eheverträge zu schließen, um nicht kalkulierbare Abflüsse im Scheidungsfall auf der Gesellschafterebene zu vermeiden. Diese Aufgabe umfasst gerade bei internationalen Eheschließungen, umfangreiche Kenntnisse des internationalen Privatrechts und des jeweiligen Landesrechts. Häufig lassen sich diese Gestaltungen jedoch nur unter Einschaltung eines ausländischen Beraters wirklich rechtswirksam gestalten<sup>2</sup>.

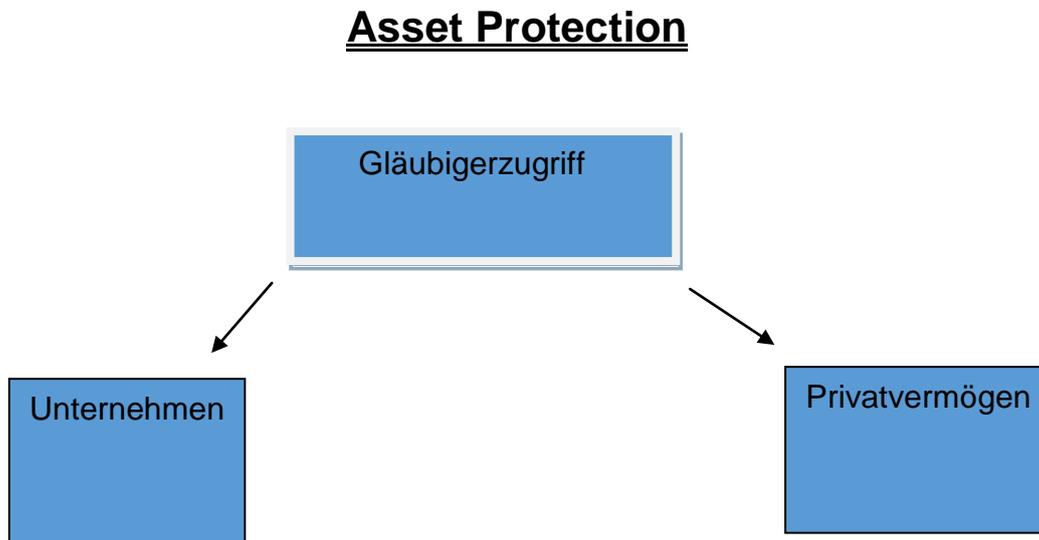
Im Rahmen der sogenannten **Asset Protection**, die dem Schutz des Vermögens dient, sollte auch eine Beratung des Unternehmensnachfolgers dahingehend erfolgen, wie sein Privatvermögen geschützt werden kann. So ist beispielsweise zu empfehlen, dass eine private Immobilie des Unternehmensnachfolgers vor dem Gläubigerzugriff geschützt wird, in dem sie auf die Ehefrau übertragen wird. Dabei ist jedoch die vier Jahres Frist des § 134 InsO, § 4 AnfG zu beachten, wonach die Übertragung mindestens vier Jahre vor der Antragstellung auf Insolvenz erfolgt sein muss. Damit nun der Unternehmensnachfolger für den Fall der Ehescheidung nicht die Immobilie vollständig verliert, ist ein Rücktrittsrecht im Zuwendungsvertrag aufzunehmen für den Scheidungsfall.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Winkler Beurkundungsgesetz Einl. Rn 39 ff.

<sup>3</sup> V. Oertzen; Asset Protection im deutschen Recht, Rn 58 ff., Zerb Verlag

### 3. Asset Protection



**Rechtzeitige Sicherung Ihres Vermögens vor Zugriffen Dritter-  
“Asset Protection“**

- Risikovermeidung und Risikoreduzierung
- Schaffung von pfändungsfreiem Vermögen
- Vermögensübertragung auf Familienangehörige
- selbstgenutztes Wohnhaus
- vorzeitiger Zugewinnausgleich, Güterstandschaudel
- Stiftungslösungen
- Lebensversicherungslösungen
- Vermögen im Ausland

## **Trennung von Privat- und Unternehmensvermögen**

Zunächst sollte im Unternehmen selbst angesetzt werden und eine, die persönliche Haftung begrenzende Rechtsform (GmbH, GmbH & Co. KG) für das Unternehmen geschaffen, sowie weitere Maßnahmen zur Haftungsbegrenzung geprüft werden.

In der Krise einer GmbH drohen weitere Haftungsfallen für den Geschäftsführer sowie die Gesellschafter, so dass auch der Schutz des Privatvermögens zusätzliche, im privaten Bereich ansetzende Maßnahmen erfordert.

## **Übersicht Grundlagen Familien-und Unternehmensverträge**

- Gesellschaftsrecht als Basis: - Nachfolgeregelungen
  - Testament/Erbvertrag
  - Ehevertragspflichten
- Ehe und Familie:
  - Eheverträge
  - Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge

## **Exkurs: Asset Protection durch Lebensversicherungen**

### **Unwiderruflich abgeschlossene Lebensversicherungen**

### **Lebensversicherungen auf verbundene Leben**

# Fachberater

# Unternehmensnachfolge

Einführung/Aktuelle Gestaltungen Stiftungsrecht

**Dozent: Rechtsanwalt Elmar Uricher**

Rechtsanwaltskanzlei Uricher & Coll.

Reichenaustraße 15

D-78467 Konstanz

Telefon: +49-7531-36558-0

Telefax: +49-7531-36558-22

E-Mail: [info@uricher.de](mailto:info@uricher.de)

[www.uricher.de](http://www.uricher.de)

# Themenübersicht

---

- I. Einführung**
- II. Grundlagen des Stiftungsrechts**
- III. Grundlagen des Stiftungsrechts**
- IV. Stiftung und Steuern**
- V. Stiftungsrecht, Erb- und Eherecht**
- VI. Aktuelle Rechtsprechung**

## II. Errichtung einer Stiftung

### 1.5 Die Stiftungsaufsicht

---

## Exkurs: Unselbständige Stiftung und Stiftungsaufsicht

- **Vorsicht** vor Eröffnungsklauseln im Stiftungszweck.

**Beispiel:** Unselbständige Stiftung unter dem Dach einer Bankenstiftung, Bank auch Vorstand, Testamentsvollstrecker.  
Destinatäre klar bestimmt, aber Öffnungsklausel vorhanden, das der Vorstand auch an vergleichbare Destinatäre ausschütten darf.

- Keine Kontrolle vorhanden, warum anders und an wen ausgeschüttet wird.

## II. Errichtung einer Stiftung

### 1.6 Das Stiftungsvermögen

---

- Anspruch gegen den Stifter auf Übertragung des Vermögens (Grundstockvermögen) entsteht mit ihrer Rechtsfähigkeit
- Gegenstände nicht nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu übertragen
- Als Grundstockvermögen kommen Sachen und Rechte aller Art in Betracht, insbesondere:
  - Geld
  - Wertpapiere
  - Grundstücke
  - Anteile an Unternehmen sowie Unternehmen
  - Kunstwerke

## II. Errichtung einer Stiftung

### 1.6 Das Stiftungsvermögen

---

- **Stiftungsvermögen** ist, sofern keine abweichenden Satzungsregelungen Vorhanden sind, zu **erhalten**.
- Die meisten Ländergesetze enthalten dazu konkrete Regelungen, so § 7 StiftG BW § 7 Abs. 1 StiftG BW, schreibt sparsame und wirtschaftliche Verwaltung vor, § 7 Abs. 2 den Erhalt des Vermögens und das Trennen von anderem Vermögen.
- Primärziel der Stiftungsverwaltung muss also die wirtschaftlich vernünftige Vermögensanlage sein. **Mündelsicher** muss die Vermögensanlage gerade **nicht** sein.

## II. Errichtung einer Stiftung

### 1.6 Das Stiftungsvermögen

---

- Es wird eine Anlagenpolitik der ruhigen Hand, das Vermeiden von Spekulation erwartet.
- **Anlagerichtlinien des Stifters** stellen idealerweise den Handlungsleitfaden für den Vorstand dar.
- Bekannte Stiftungsträger, legen sich auch Anlagerichtlinie auf, um für unselbständige Stiftungen Interessant zu werden, weil die sichere Anlagepolitik in Aussicht gestellt wird. Kritisch zu betrachten sind deshalb Bankenstiftungen als Treuhänder oder Stiftungsträger.
- In Familienstiftungen können sich Anlagen- und Beteiligungsausschüsse empfehlen.

## II. Errichtung einer Stiftung

### 1.6 Das Stiftungsvermögen

---

- § 62 AO erlaubt für gemeinnützige Stiftungen eine Rücklagenbildung,
- Grundsätzlich hat für die fortwährende Zweckerfüllung die Mittelausschüttung periodisch zu erfolgen,
- Wird für ein umfangreiches Projekt ein größerer Finanzrahmen benötigt (Errichtung eines neuen Wohnheims für behinderte Jugendliche), dürfen dafür Rückstellungen gebildet werden.
- Rückstellungen sind auch zulässig für drohende Kosten (Prozesse, Haftung, Verluste aus schwebenden Geschäften)
- Aktuell gibt es Empfehlungen der Stiftungsaufsicht nicht Vollausschüttung vorzunehmen, sondern
- Rückstellungen zu bilden für die Folgen von Inflation und mangelnden Zinsen!  
Kuriosum der aktuellen Marktentwicklungen.

## II. Errichtung einer Stiftung

### 1.7 Die Stiftungsorgane

---

#### Vorstand

- § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BGB legt die Bildung des Vorstandes kraft Satzungsregelung fest.
- Die Stiftungsgesetze der Länder enthalten dazu Regelungen über die Überwachung und Abberufung von Organen der Stiftung. § 12 Abs. 1 StiftG BW regelt die Abberufung bei Pflichtverletzungen oder Unfähigkeit zur Führung einer Stiftung.
- Vorstand muss zwingend vorhanden sein gemäß § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BGB.
- Stiftungsrat und Familienversammlung oder ein Beirat sind fakultativ zulässig.
- Vorstandstätigkeit ehrenamtlich oder beruflich möglich.
- Vorstand vertritt die Stiftung nach innen und außen gemäß §§ 86, 26 Abs. 2 BGB.
- In der Praxis empfiehlt sich je nach Komplexität der Stiftung eine Organisationsform, wie bei Unternehmen auch einzuführen.
- Haftungsregime: Haftung analog zu Vorständen von Aktiengesellschaften möglich.  
Absicherung der Tätigkeit durch Vereinbarung einer D&O Versicherung.

## III. Stiftungszweck

### 1.1 Der Stiftungszweck

---

#### - Anerkennung durch das Finanzamt

Die Vermögensübertragung auf eine **mildtätige** Stiftung ist ebenfalls steuerfrei nach § 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG (Daragan/HalaczinskyRiedel/Uricher Praxiskommentar ErbStG § 3 Rn 88).

Jedoch sind die Kriterien, welche von der Finanzverwaltung aufgestellt wurden streng. Es muss bei der durch die Stiftung unterstützte Person im Sinne des Sozialrechts „Bedürftigkeit“ vorliegen. Dabei werden sowohl das Vermögen, wie das Einkommen der „bedürftigen Person“ genau betrachtet. I.d.R wird Bedürftigkeit bejaht, sofern die betroffene Person nicht dauerhaft in der Lage ist, ihren Lebensunterhalt selbst bestreiten zu können (v. Campenhausen/Richter/Hof 3 7 Rn 103 ff.).

## III. Stiftungszweck

### 1.1 Der Stiftungszweck

---

#### **BMF-Schreiben vom 15. September 2014, IV C 4 – S 2223/07/0006: 005**

*Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt für die Anwendung des § 10 b Absatz 1 a EStG ab dem Veranlagungszeitraum 2013 Folgendes:*

#### **1. Spenden in das zu erhaltende Vermögen**

##### **a) Zu erhaltendes Vermögen (Vermögensstock)**

###### **aa) Definition**

Zum zu erhaltenden Vermögen einer Stiftung zählen insbesondere:

- Vermögenswerte, die anlässlich der Errichtung der Stiftung zugewendet werden und die nicht zum Verbrauch bestimmt sind,
- Zuwendungen nach Errichtung der Stiftung mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass die Zuwendung der Vermögensausstattung zugute kommen soll (Zustiftungen). Entscheidend ist die Zweckbestimmung zur dauerhaften Ausstattung bzw. Erhöhung des Stiftungsvermögens.

###### **bb) Verbrauchsstiftung**

Verbrauchsstiftungen verfügen nicht über zu erhaltendes Vermögen i. S.d. § 10 b Absatz 1 a EStG, da das Vermögen der Stiftung zum Verbrauch innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums bestimmt ist.

## III. Stiftungszweck

### 1.1. Der Stiftungszweck

---

Spenden in das Vermögen einer Verbrauchsstiftung sind nach den allgemeinen Grundsätzen des § 10 b Absatz 1 EStG zu behandeln.

#### **cc) Besonderheiten**

Gliedert sich das Vermögen einer Stiftung in einen Teil, der zu erhalten ist und einen Teil, der verbraucht werden kann, dann gilt Folgendes:

Die Spenden in den Teil des Vermögens, der zu erhalten ist und nicht für den Verbrauch bestimmt ist, sind nach § 10 b Absatz 1 a EStG abziehbar. Die Spenden in den Teil des Vermögens, der verbraucht werden kann, sind dagegen nach § 10 b Absatz 1 EStG abziehbar. Der Spender muss daher gegenüber der Stiftung deutlich machen, für welchen Teil des Vermögens seine Zuwendung erfolgt.

Enthält die Satzung der Stiftung eine Klausel, nach der das zu erhaltende Vermögen in Ausnahmefällen vorübergehend zur Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke verwendet werden kann, aber der Betrag dem zu erhaltenden Vermögen unverzüglich wieder zugeführt werden muss, liegt kein verbrauchbares Vermögen vor. Das gilt auch dann, wenn die Stiftungsaufsicht den Verbrauch des Vermögens unter der Bedingung des unverzüglichen Wiederaufholens genehmigt.

# III. Stiftungszweck

## 1.1 Der Stiftungszweck

---

Steuerbegünstigte Zwecke (§ 10 b EStG); Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21. März 2013 (ZStV 2015, 24)

Sind in der Stiftungssatzung Gründe verankert, die eine Auflösung der Stiftung und den anschließenden Verbrauch des Vermögens für die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke der Stiftung bestimmen, so liegt kein verbrauchbares Vermögen vor.

### **b) Zuwendungen von Ehegatten/Lebenspartnern**

Werden Ehegatten/Lebenspartner nach §§ 26, 26 b EStG zusammenveranlagt, gilt für diese ein Höchstbetrag von 2 Mio. Euro. Es muss dabei nicht nachgewiesen werden, dass die Spende von beiden wirtschaftlich getragen wurde. Wird innerhalb des 10 Jahreszeitraums zur Einzelveranlagung gewechselt, dann ist der verbleibende Spendenvortrag aufzuteilen. Maßgeblich ist dabei, wer die Spende wirtschaftlich getragen hat. Die bisher abgezogenen Beträge werden dem Ehegatten/Lebenspartner zugerechnet, der die Spende wirtschaftlich getragen hat. Überstieg die Spende den Höchstbetrag für Einzelveranlagte, ist der davon noch verbleibende Anteil nach § 10 b Absatz 1 EStG abzuziehen.

## III. Stiftungszweck

### 1.1 Der Stiftungszweck

---

#### - **Anerkennung durch das Finanzamt**

Die Vermögensübertragung oder auch die bloße Zuwendung an eine **gemeinnützige Stiftung, die im Ausland** ihren Sitz hat, kann im Einzelfall problematisch sein hinsichtlich der steuerrechtlichen Anerkennung der steuerfreien Zuwendung im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG, wie auch im Sinne der Abzugsfähigkeit nach dem Ertragssteuerrecht.

Der BFH hat die Voraussetzungen präzisiert, unter denen Spenden an eine gemeinnützige Stiftung im EU-/EWR-Ausland steuermindernd abziehbar sind. Dabei hat der BFH u.a. klargestellt, dass es nicht unionsrechtswidrig sei, wenn das Finanzamt – wie im Streitfall – vom Steuerpflichtigen einen Tätigkeits- oder Rechenschaftsbericht der ausländischen Zuwendungsempfängerin anfordert. Aus unionsrechtlichen Gründen könne jedoch nicht verlangt werden, dass der Steuerpflichtige eine dem amtlichen Vordruck gemäß § 50 EStDV entsprechende Zuwendungsbestätigung vorlege (BFH, Urteil v. 21.1.2015 - X R 7/13; veröffentlicht am 6.5.2015).

# III. Stiftungszweck

## 1.2 Stiftungszweckänderung

---

Die Änderung des Stiftungszwecks ist im Stiftungsrecht nicht als Regelfall vorgesehen. Weder im BGB noch in den Landesgesetzen finden sich Regelungen dazu, wie der Stifter selbst den Stiftungszweck ändern kann.

Die Änderungskompetenz obliegt den Stiftungsorganen, die jedoch der Genehmigung der Stiftungsaufsicht bedürfen nach § 87 BGB. Dies ist in den Landesgesetzen entsprechend geregelt. Siehe exemplarisch dazu § 6 Landesstiftungsgesetz Baden Württemberg:

### **Satzungsänderungen**

Satzungsänderungen durch Stiftungsorgane bedürfen der Genehmigung der Stiftungsbehörde. Die Stiftungsbehörde kann die Satzung einschließlich der Bestimmungen über den Zweck der Stiftung ändern, soweit dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse geboten ist und wenn die zur Satzungsänderung befugten Stiftungsorgane die erforderliche Änderung nicht vornehmen oder die Stiftungsorgane nach der Stiftungssatzung zu Satzungsänderungen nicht befugt sind; die Änderung bedarf zu Lebzeiten des Stifters seiner Zustimmung.

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 4

Skript „Unternehmensbewertung“

Prof. Dr. Bernd von Eitzen,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Professur für Betriebswirtschaftslehre,  
insbesondere Wirtschaftsprüfung und Steuerrecht, Mönchengladbach

# **Betriebswirtschaft- und erbschaftsteuerliche Unternehmensbewertung**

**Fachseminare von Fürstenberg**

**Fachberater für Unternehmensnachfolge UNF 4**

**Prof. Dr. Bernd von Eitzen**

**Wirtschaftsprüfer**

**Steuerberater**

- A. Anlässe und Grundsätze der Unternehmensbewertung**
- B. Investitionstheoretische Grundlagen**
- C. Vergangenheitsanalyse und Planungsrechnung**
- D. Cash flow Ermittlung**
- E. Unternehmensbewertungsverfahren**
- F. Besonderheiten von KMU**
- G. Aufbau eines Bewertungsgutachtens**
- H. Literaturhinweise**

## Anlagen:

1. **Due Diligence Checkliste**
2. **Basiszinssatz**
3. **Ergebnisbericht des FAUB**
4. **Multiplikatoren**
5. **Hinweise der BStbK zur Wertermittlung**
6. **AWH Handbuch und Fallbeispiel**
7. **Gleichlautender Ländererlass vom 17.05.2011**
8. **Branchenspezifische Bewertungsmethoden**
9. **IDW Praxishinweise zur Unternehmensbewertung von KMU**
10. **Bewertungsgutachten WaveLight AG**

## **A. Anlässe und Grundsätze der Unternehmensbewertung**

### **1. Anlässe der Unternehmensbewertung**

### **2. Historische Entwicklung**

2.1 Objektive versus subjektive Unternehmensbewertung

2.2 Die funktionsorientierte Unternehmensbewertung

### **3. Grundsätze der Unternehmensbewertung**

3.1 Maßgeblichkeit des Bewertungszwecks

3.2 Wirtschaftliche Unternehmenseinheit

3.3 Stichtagsprinzip

3.4 Bewertung künftiger finanzieller Unterschiede

3.5 Nicht betriebsnotwendiges Vermögen

3.6 Unbeachtlichkeit des Vorsichtsprinzips

3.7 Nachvollziehbarkeit der Bewertungsansätze

### **4. Grundprobleme der modernen Unternehmensbewertung**

## Unternehmensbewertungsanlässe

### Bewertungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften

- angemessener Ausgleich gemäß § 304 AktG
- Abfindungen in Aktien gemäß §§ 305, 320b AktG
- Barabfindung, z.B. gemäß §§ 305, 320b AktG
- Verschmelzungen
- Umwandlung § 22 UmwStG
- § 11 und §§ 199 BewG

### Bewertungen aufgrund privatrechtlicher Vereinbarungen

- Austritt von Gesellschaftern aus einer Personengesellschaft
- Erbauseinandersetzungen, Erbteilungen
- Abfindungsfälle im Familienrecht
- Schiedsverträge, Schiedsgutachten etc.

### Bewertungen aufgrund von sonstigen Anlässen

- Kauf und Verkauf von Unternehmen
- Fusionen, Börsengang
- Zuführung von Eigen- und Fremdkapital
- Management Buy-out
- Management Buy-in
- IFRS- und US-GAAP-Rechnungslegung

**a) objektive Unternehmensbewertung**

- ⇒ Ermittlung eines objektiven **generell gültigen** Unternehmenswert
- ⇒ **substanzwertorientiert**
- ⇒ Wert gleich der Summation von objektiv ermittelbaren Einzelwerten
- ⇒ Attribute: „**gerecht**“, „**fair**“, „**angemessen**“

**b) subjektive Unternehmensbewertung**

- ⇒ Ermittlung eines Entscheidungswertes für **eine Partei** (Beratungsgutachten).
- ⇒ Wert bestimmt sich als Gesamtwert aus dem jeweiligen individuellen Nutzen.
- ⇒ Meßgröße ist der Strom der **zukünftigen Netto-Zuflüsse** an den Investor.

## Ermittlung eines Verkehrswertes

⇒ **Verkehrswert** (auch: Marktpreis, gemeiner Wert)

= Preis, der sich für ein Unternehmen „im gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ bilden würde, d.h.

- ***unabhängig von bestimmten Käufern oder Verkäufern***
- bestehende Kauf- bzw. Verkaufsbereitschaft
- keine außergewöhnlichen Umstände

⇒ ***Zu unterscheiden*** hiervon ist der **Preis, der in Verhandlungen voraussichtlich erzielbar ist**. Dieser wird beeinflusst von den unterschiedlichen Vorstellungen der jeweiligen Verhandlungspartner.

## Kölner Funktionslehre (IDW S 1)

**Neutraler  
Gutachter**

- Objektivierter Wert***
- Typisierter Zukunftserfolgswert
  - Sachverständiger
  - „Frei“ von subjektiven Wertvorstellungen
  - gesetzliche Bewertungen

**Berater**

- *Subjektiver Wert***
- Entscheidungswert beim Käufer: Preisobergrenze, Verkäufer: Preisuntergrenze
  - Argumentationshilfe (Verhandlungsunterstützung)

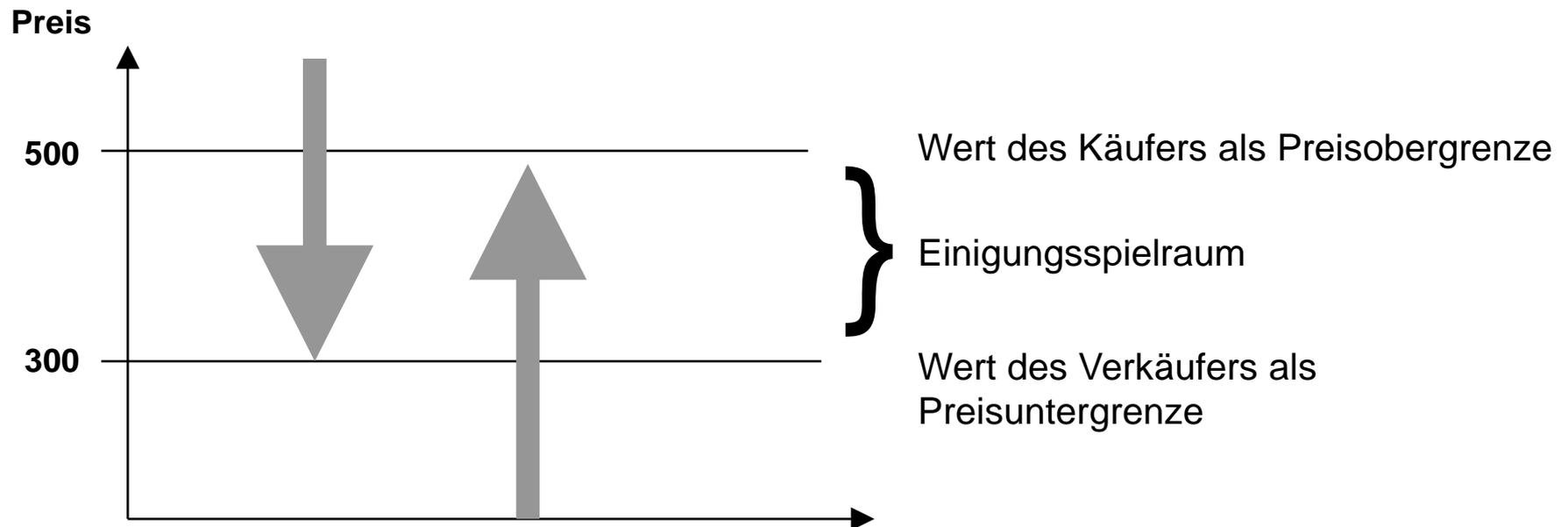
**Schieds-  
gutachter**

- *Schiedswert***
- Konfliktsituation
  - Vorschlag: Einigungswert
  - Berücksichtigung subjektiver Wertvorstellungen der Parteien

## Parteiberater: Subjektbezogene Werte

⇒ es gibt nicht „den“ allgemeingültigen Wert des Unternehmens

⇒ sondern verschiedene Werte für verschiedene Personen (sog. subjektbezogene bzw. subjektive Werte); Wert grundsätzlich ungleich Preis (durch Verhandlung)



## Neutraler Gutachter (objektivierter Wert, Typisierung)

⇒ ***eigentlich: individuelle Verhältnisse, aber:***

- sind unbekannt (anonyme Aktionäre)
- sind verschiedene Investoren (z.B. 3 Gesellschafter)
- ***Lösung: „typisierende“ Annahmen*** (durchschnittliche Verhältnisse)

⇒ ***eigentlich: individuelle Zukunftserwartungen, aber:***

- Streitgefahr
- Beweisprobleme gegenüber Dritten
- ***Lösung: „objektivierende“ Annahmen*** (d.h. von durch Dritte überprüfbaren Fakten ausgehend wie z.B. Empfehlung von Branchenverband, externe Quellen, Vergangenheitsanalysen)

## 1. Grundsatz der Maßgeblichkeit des Bewertungszwecks

⇒ Vor Beginn der Bewertung ist festzulegen, ob der Bewerter als neutraler Gutachter, als Berater für die Ermittlung von Grenzpreisen oder als Schiedsgutachter tätig wird (***Funktion des Bewertenden***).

## 2. Grundsatz der Bewertung der wirtschaftlichen Einheit

⇒ Bewertungsrelevant ist die wirtschaftliche Einheit. Eine Einzelbewertung von Vermögensgegenständen und Schulden ist grundsätzlich nicht sinnvoll (***Abkehr vom Substanzwert***).

## 3. Stichtagsprinzip

⇒ Unternehmenswerte sind ***zeitpunktbezogen*** zu einem bestimmten Stichtag zu ermitteln.

⇒ ***Informationsstand zum Stichtag (objektivierter Wert)***

# Fachberater Unternehmensnachfolge UNF 4

Skript „Übertragung zu Lebzeiten“

Prof. Dr. Bernd von Eitzen,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Professur für Betriebswirtschaftslehre,  
insbesondere Wirtschaftsprüfung und Steuerrecht, Mönchengladbach

# **Ertrag- und schenkungsteuerliche Aspekte der Unternehmensnachfolge**

**Prof. Dr. Bernd von Eitzen**  
**Wirtschaftsprüfer**  
**Steuerberater**

## **Steuerliche Überlegungen bei der Unternehmensnachfolge**

A. Unternehmensnachfolge beim Einzelunternehmen

B. Unternehmensnachfolge beim Einzelunternehmen über PersG

C. Unternehmensnachfolge bei der Familien-GmbH

D. Unternehmensnachfolge beim Einzelunternehmen über GmbH

## **A. Unternehmensnachfolge beim Einzelunternehmen**

1. Zivilrecht und praktische Hinweise
2. Übertragung des gesamten Betriebsvermögens ohne Gegenleistung
3. Zurückbehaltung von Wirtschaftsgütern
4. Vorbehaltsnießbrauch am Betriebsvermögen
5. Unternehmensnießbrauch
6. Ent- oder ungeltliche Übertragung des Betriebs
7. Versorgungsleistungen

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Zwei Formen des Unternehmensnießbrauch:

⇒ Der Nießbrauch am Unternehmen kann entweder dadurch erfolgen,

1. dass dem Nachfolger der Betrieb unentgeltlich übertragen wird und sich der Altunternehmer dabei den Nießbrauch am Unternehmen vorbehält (**Vorbehaltsnießbrauch**), oder
2. dadurch, dass dem vorgesehenen Nachfolger zunächst nur der Nießbrauch am Unternehmen zugewendet wird, wobei der Altunternehmer das Eigentum am Betriebsvermögen behält (**Zuwendungsnießbrauch**).

⇒ **Bestellung des Nießbrauchs** erfolgt **nicht** am Unternehmen **als Gesamtheit**, sondern **an jedem einzelnen Vermögensgegenstand** (Grundstücken Einigung und Eintragung §§ 1032, 929 BGB, bei beweglichen Vermögen § 1032 BGB, an Rechten nach § 1069 BGB) – **somit kein § 13a ErbStG (nicht so bei Übertragung von Anteilen an PersG im Rahmen eines Vorbehaltsnießbrauch, sofern Erwerber Mitunternehmer wird;** siehe BFH, Urteil vom 01.09.2011, II R67/09 und gleichlautende Ländererlasse vom 02.11.2012).

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch:

- ⇒ Grundsätzlich sind sämtliche **Regelungen der Nießbrauchsbestellung** an einem Handelsgeschäft **dispositiv**.
- ⇒ Eigentümer und Nießbraucher sollten deshalb **z.B. folgende Inhalte vertraglich festschreiben** :
1. die Tilgung der betrieblichen Verbindlichkeiten,
  2. die Aufnahme von Betriebskrediten,
  3. die Gewinn- und Verlustverteilung,
  4. Entnahmerechte des Nießbrauchers und ggf. des Nießbrauchsbestellers,
  5. Rückgabe des Umlaufvermögens bzw. Entschädigungszahlungen hierfür,
  6. Beendigung des Nießbrauchs in besonderen Fällen, z. B. Krankheit, Arbeitsunfähigkeit des Nießbrauchers, bei krassen betrieblichen Fehlentscheidungen.
  7. etc.

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Vorbehaltsnießbrauch:

- ⇒ Das Einzelunternehmen wird auf den Nachfolger übertragen, wobei sich der **bisherige Inhaber** das **Nießbrauchrecht vorbehält** und somit weiterhin die Unternehmerstellung inne hat.
- ⇒ **Nießbraucher ist im HR einzutragen** (hier keine Änderung).
- ⇒ Somit erfolgt eine **Herausnahme der Haftungsmasse aus dem Risiko des operativen Geschäfts**.
- ⇒ **Unternehmensübertragung führt nicht zur Betriebsaufgabe** (Nießbrauch keine Gegenleistung bzw. Entnahme).
- ⇒ Folgend Klärung der **Frage der Bilanzierung**, auch wenn Nießbrauch bei einem Einzelunternehmer aufwendiger, da an jedem Wirtschaftsgut der Nießbrauch bestellt werden muss und § 13a, b ErbStG nicht anwendbar ist, da die folgenden **Grundsätze der Bilanzierung ebenso Anwendung finden bei der Übertragung von MU-Anteilen** (siehe Kapitel B.)!

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Vorbehaltsnießbrauch:

- ⇒ **Bilanzierung strittig!**
- ⇒ **Nießbraucher hat ebenso wie der Neueigentümer eine Bilanz zu erstellen** und den Gewinn zu versteuern, da beispielsweise das UV in das Eigentum des Nießbrauchers übergeht und der Nießbraucher gegebenenfalls Neuanschaffung im AV tätigt, die ihm zuzurechnen sind.
- ⇒ **Entstehung von zwei Betrieben** (BFH vom 26.02.1987, BStBl II 1987 S. 772ff.):
  1. ein **ruhender** in der Hand des **neuen Eigentümers** (Junior) und
  2. ein **wirtschaftender** in der Hand des **Nutzungsberechtigten** (Senior)
- ⇒ **Nießbraucher und Eigentümer haben folgende Bilanzierungsgrundsätze zu beachten:**
  1. Nießbraucher darf nur Wirtschaftsgüter bilanzieren, die in seinem Eigentum übergegangen sind (d.h. Umlaufvermögen und Neuanschaffungen des AV, die kein Ersatz für das alte Anlagevermögen darstellen) – siehe BGB § 1045f.

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Vorbehaltsnießbrauch:

2. Das **Nießbrauchrecht** gehört zwar zum notwendigen Betriebsvermögen, ist aber **nicht zu bilanzieren**, weil der Nießbrauch unentgeltlich erworben wurde.
3. **Bildung einer Rückstellung**, da der Nießbraucher eine Verpflichtung zur Substanzerhaltung hat (Beträge des jährlichen Verschleiß, ansonsten Abhängig von getroffenen Vereinbarung hinsichtlich des Substanzerhalts).
4. Der **Nießbraucher hat keine AfA-Befugnis**, denn er trägt dem Werteverzehr an den Nießbrauchobjekten dadurch Rechnung, dass er eine Rückstellung für Ersatzbeschaffung und gegebenenfalls Modernisierung bildet (anders bei Neuerwerb, welches kein Ersatz für das alte AV ist).
5. **Eigentümer hat eine Forderung** für den Substanzerhalt zu berücksichtigen.

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Vorbehaltsnießbrauch:

6. **Der Eigentümer des Unternehmens kann keine AfA** geltend machen, da er die Anschaffungs- oder Herstellungskosten der betrieblichen Wirtschaftsgüter **nicht getragen** hat. Ebenso kann er das Unternehmen während der Zeit des Nießbrauchs nicht zur Einkommenserzielung verwenden.
7. Der **Neueigentümer** kann **solange er keine Betriebsbetriebsaufgabe erklärt** ebenfalls seine auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage beruhenden laufenden **Aufwendungen als Betriebsausgaben abziehen**.
8. Laufende Einkünfte aus der Veräußerung oder Entnahme von **betrieblichem Anlagevermögen** sind dem **Neueigentümer** zuzurechnen und von ihm zu versteuern (gilt auch für Gewinne aus der **Veräußerung oder Aufgabe des BV**).

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Vorbehaltsnießbrauch:

- ⇒ Die **Nießbrauchsbestellung stellt keine Gegenleistung** für die Übertragung des Betriebs **dar**. Dennoch handelt es sich nach Auffassung des **BFH** (BFH, Urteil vom 02.09.1992 - XI R 26/91) **nicht** um eine **unentgeltliche Betriebsübertragung mit Buchwertfortführung**, da hierfür Voraussetzung sei, dass der Übergeber seine bisherige gewerbliche Tätigkeit aufgibt.
- ⇒ Dieser **Auffassung folgt die Finanzverwaltung nicht**, sondern sieht in der Übertragung eines Unternehmens gegen Vorbehaltsnießbrauch **einen Fall des § 6 III EStG**.
- ⇒ Die Finanzverwaltung fordert jedoch zur Sicherstellung der Versteuerung der stillen Reserven eine **gemeinsame Erklärung von Übergeber und Erwerber**, dass sie von einer unentgeltlichen Betriebsübertragung ausgehen und gemäß § 163 S. 2 AO einem **Aufschub der Versteuerung der stillen Reserven bis zur Aufgabe des Betriebs** zustimmen.

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Zuwendungsnießbrauch:

- ⇒ In diesem Fall folgt aus der Nutzungsrechtsbestellung **keine Betriebsaufgabe** (§ 16 III EStG), es sei denn, der Eigentümer würde sie erklären.
- ⇒ Die unentgeltliche Bestellung eines Unternehmensnießbrauches stellt in analoger Anwendung von **§ 6 III EStG** für den BFH **keine Entnahme** dar.
- ⇒ Der **Zuwendungsnutzungsberechtigte** erzielt unter den gleichen Voraussetzungen wie derjenige, der sich das Unternehmensnutzungsrecht vorbehalten hat, **Einkünfte i.S.d. § 2 Abs. 1 EStG** und kann in gleichem Rahmen seine Aufwendungen auf die genutzten Wirtschaftsgüter als Betriebsausgaben absetzen.

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Zuwendungsnießbrauch:

⇒ Auch hierbei entstehen nach der Rechtsprechung des BFH **zwei Betriebe**:

1. **ein ruhender** in der Hand des **Eigentümers** (Senior) und
2. ein **wirtschaftender** in der Hand des **Nutzungsberechtigten** (Junior)

⇒ Für **beide Betriebe** sind **getrennte Bilanzen** zu erstellen. Für die Bilanzierung gilt grundsätzlich folgendes (**strittig**):

1. Während das **Anlagevermögen nebst Inventar** weiterhin in der Bilanz des **Nießbrauchbestellers (Eigentümer)** erscheint, ist das **Vorratsvermögen** in der Handelsbilanz des **Nießbrauchers** auszuweisen.
2. **Forderungen aus Lieferungen und Leistungen werden häufig an den Nießbraucher abgetreten**, der die Einziehung übernimmt.
3. Zwar hat der **Eigentümer keine laufenden Einkünfte**; Gewinne aus der **Veräußerung** oder Entnahme von **Anlagegütern** sind ihm aber als betriebliche Einkünfte zuzurechnen. **Folge**: Er kann Betriebsausgaben geltend machen.

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Zuwendungsnießbrauch:

⇒ Für **beide Betriebe** sind **getrennte Bilanzen** zu erstellen. Für die Bilanzierung gilt grundsätzlich folgendes (**strittig**):

4. Somit kann der Eigentümer solange er die Betriebsaufgabe nicht erklärt **auch die AfA als Betriebsausgabe geltend machen**; auch hat er die Anschaffungs- und Herstellungskosten getragen.

5. **Der Nießbraucher** hat aus dem Ertrag das Unternehmen zu erhalten und für abgenutztes Anlagevermögen **Rückstellungen zu bilden** (Instandhaltungsmaßnahmen).

6. **Eigentümer hat eine Forderung** für den Substanzerhalt zu berücksichtigen.

⇒ Soweit **Eltern Nießbrauchbesteller** sind, muss für den Minderjährigen grundsätzlich ein **Ergänzungspfleger** handeln.

⇒ **Beachte: Nießbrauch begründet keine Teilentgeltlichkeit!**

## 5. Unternehmensnießbrauch

### Ausgangsfall:

Altunternehmer verpachtete sein Gewerbebetrieb vor einigen Jahren im Ganzen. Nun möchte der Steuerpflichtige seinen verpachteten Gewerbebetrieb unter Vorbehalt des Nießbrauchs auf eines seiner Kinder übertragen.

⇒ **Beachte:** FG Münster, Urteil 18.9.14 - 13 K 724/11

- ***Kein Anwendungsfall des § 6 III EStG***, da durch die Trennung von Eigentum und Einkunftsquelle der ursprüngliche Eigentümer den verpachteten Gewerbebetrieb nicht wieder aufnehmen kann.
- ***Kein Anwendungsfall des § 6 III EStG***, da es durch das Nießbrauchsrecht an der ***Aufgabe der bisherigen gewerblichen Tätigkeit*** durch den bisherigen Betriebsinhaber ***fehlt***.
- ***Entscheidung der Revision*** beim BFH Az. XR 59/14 ***bleibt abzuwarten*** (anhängig gemeldet seit 21.05.2015).

## 2. Einlage des Einzelunternehmens in eine bereits bestehende PersG

### 2.2 Steuerliche Behandlung

- ⇒ **Beachte:** Danach führt die ausschließliche Buchung auf dem Kapitalkonto II nicht zu einem entgeltlichen Vorgang und damit nicht zur Gewährung von Gesellschaftsrechten, sondern ist als Einlage zu behandeln. Ebenso führt die teilweise Verbuchung auf dem Kapitalkonto II und einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto nicht zu einer Entgeltlichkeit (**kein Fall des § 24 UmwStG**).
- ⇒ Bei Ansatz von **Buch- oder Zwischenwerten** ist nach § 24 II S. 2 UmwStG erforderlich, dass der **Antrag spätestens bis zur erstmaligen Abgabe der steuerlichen Schlussbilanz** zu stellen ist, in der das übernommene Betriebsvermögen erstmals anzusetzen ist (Rn. 24.03, 20.21 UmwStE 2011).
- ⇒ **Beachte:** **Einige gleichlautende Urteile zur Wahlrechtsausübung betätigen**, dass es einen zweiten Versuch das Wahlrecht zum Ansatz des Buchwertes auszuüben nicht gibt (so Rechtsprechung, insbesondere zu § 20 und somit in Analogie zu § 24 UmwStG) – auch nicht wenn ausversehen die Steuererklärung (mit beigefügter Bilanz) mit gemeinen Wert an die Finanzverwaltung versendet wurde.

## 2. Einlage des Einzelunternehmens in bereits bestehende PersG

### 1. Exkurs: Senior nimmt Junior in *bereits bestehende PersG neu mit auf*

⇒ *auch* § 6 III EStG anwendbar

⇒ **BFH-Urteil** v. 18.09.2013 - X R 42/10: **§ 6 III EStG oder § 24 UmwStG möglich:**  
Der BFH stellte in seiner o.g. Entscheidung klar, dass auf einen Vorgang, bei dem der Steuerpflichtige einen Betrieb in eine Mitunternehmerschaft einbringt **und er zugleich Dritten** (hier seinen Angehörigen) unentgeltlich Mitunternehmeranteile zuwendet, die Vorschriften der § 6 III EStG und § 24 UmwStG nebeneinander anwendbar sind (gegen BMF-Schreiben v. 11.11.2011, BStBl I 2011, 1314, Tz. 01.47, letzter Satz).

⇒ Somit besteht de facto ein Wahlrecht zu Buchwerten, zu Zwischen- oder zu Zeitwerten.

## 2. Einlage des Einzelunternehmens in bereits bestehende PersG

2. **Exkurs:** Einbringung gegen ein Mischentgelt, d.h. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und sonstige Ausgleichsleistungen.

⇒ **BFH v. 18.3.13:** Bei einer Einbringung eines Betriebs gegen ein sog. Mischentgelt - bestehend aus Gesellschaftsrechten und einer Darlehensforderung gegen die Personengesellschaft - wird bei Wahl der Buchwertfortführung jedoch **kein Gewinn realisiert, wenn** die Summe aus dem Nominalbetrag der Gutschrift auf dem Kapitalkonto des Einbringenden bei der Personengesellschaft und dem gemeinen Wert der eingeräumten Darlehensforderung **den steuerlichen Buchwert** des eingebrachten Einzelunternehmens nicht übersteigt

⇒ **Finanzverwaltung vertritt die folgende Auffassung:**

Einbringung (nur) insoweit nach § 24 UmwStG erfolgsneutral möglich, als dem Einbringenden im Gegenzug Gesellschaftsrechte gewährt werden. Der Vorgang sei entsprechend dem Verhältnis der jeweiligen Teilleistungen in einen erfolgsneutral gestaltbaren und einen zwingend erfolgswirksamen Teil aufzuspalten (BMF-Schreiben v. 11.11.2011, UmwSt-Erlass Tz. 24.07).

⇒ **Siehe hierzu:** BFH-Beschluss vom 27.10.2015 - X R 28/12 und BFH vom 19.03.2014 - X R 28/12 (derzeit anhängige Verfahren)

# Fachberater Unternehmensnachfolge

## UNF 4

### Anlagen (optional zum ausdrucken)

- Anlage 1: Due Diligence Checkliste
- Anlage 2a: Basiszinssätze StBV
- Anlage 2b: Basiszinssätze 2016
- Anlage 2c: IDW zum Basiszinssatz
- Anlage 3: Marktrisikoprämie Ergebnisbericht 121 FAUB
- Anlage 4: Multiplikatoren November 2016 (*separat eingestellt*)
- Anlage 5: Hinweise BStBK zur Bewertung von Steuerkanzleien
- Anlage 6a: Handbuch AWH Unternehmensbewertung Version 5.0 Stand 10.05.2014
- Anlage 6b: Fallbeispiel Bewertung Handwerk
- Anlage 7: Ländererlass vom 17.05.2011
- Anlage 8: Branchenspezifische Bewertungsmethoden
- Anlage 9: IDW Praxishinweise KMU
- Anlage 10: WaveLight (*separat eingestellt*)

Prof. Dr. Bernd von Eitzen,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Professur für Betriebswirtschaftslehre,  
insbesondere Wirtschaftsprüfung und Steuerrecht, Mönchengladbach

# Fachberater für Unternehmensnachfolge

## UNF 5 Unternehmenskauf und –verkauf

---

**DR. HENNING JAQUES  
RECHTSANWALT  
HAMBURG  
[WWW.JAQUES-LAW.COM](http://WWW.JAQUES-LAW.COM)**

1. Überblick
  - Anlässe des Unternehmens- und Beteiligungsverkaufs
  - Zielsetzungen von Käufer und Verkäufer
  - Arten und Phasen eines Unternehmensverkaufs
2. Phase 1: Vorbereitung des Verkaufs auf Verkäuferseite
  - Unternehmenskauf und -verkauf als Projekt
3. Phase 2: Kontaktaufnahme mit Kaufinteressenten
  - Vorvertragliche Pflichten des Verkäufers und Haftung
  - Vertraulichkeitsvereinbarung
  - Information-Memorandum und Kurzprofil
  - Letter of Intent, MoU, Term-Sheet
  - Vorvertrag
  - Optionsvereinbarungen
4. Phase 3: Due Diligence
5. Persönliche Haftungsrisiken des Managements und der Berater

## 7. Phase 4: Verhandlung und Abschluss des Kaufvertrages

- Kaufgegenstand beim Asset und beim Share Deal
- Zustimmungserfordernisse, Erlaubnisse, Anzeigen
- Parteien des Kaufvertrages, Vollmachten/Genehmigungen
- Vertragsmechanismen beim gesonderten Closing und bei Bedingungen
- Formfragen beim Unternehmenskauf
- Der Kaufpreis, Kaufpreisbestandteile und Kaufpreis(anpassungs)klauseln
- Vertragliche und gesetzliche Haftung des Käufers
- Die Leistungspflichten des Verkäufers: Lieferung des Unternehmens
- Haftung des Verkäufers für Mängel nach gesetzlicher Gewährleistung und vertragliche Ausgestaltung des Haftungsregimes
- Ablösung Pensionsverpflichtungen
- Ablösung persönlicher Sicherheiten
- Wettbewerbsverbot und Kundenschutz

## 8. Phase 5: Post-Merger-Integrationsphase

- Mittelständisches Pharmaunternehmen in 4. Generation und Produktportfolio, das auf einem Grundwirkstoff aufbaut, Lizenz läuft 2018 aus, kann aber erneuert werden (Risiko)
- 3 Familiengesellschafter jeweils 33,33%, alle 70+
- einer davon alleiniger GF (84 Jahre alt), verh. (Gütertrennung), 2 Söhne, die nicht in die Geschäftsführung nachfolgen können/sollen
- Vermögen ca. Euro 60 Mio., zu ca.  $\frac{1}{4}$  unternehmerische Beteiligung
- Vermögen Ehemann Euro 60 Mio., Ehefrau Null
- Was tun?

## Daher: Problemstellung beim Unternehmenskauf

- Unternehmensverkauf und –kauf ist
  - auf der fachlichen Ebene rechtlich, steuerlich und von der Finanzierung sowie deren Absicherung her äußerst komplex
  - auf der tatsächlichen Ebene (primär) ein Informationsproblem zwischen Käufer und Verkäufer sowie bei Inhaberunternehmen z.T. psychologisch problematisch
  - innerhalb der Verkäuferseite, aber auch der Käuferseite wird das Informationsproblem durch ein Organisations- und Zurechnungsproblem überlagert
  - auf allen Ebenen vor allem auch ein Kommunikationsproblem!
    - Tipp: Die wirklichen Interessen ermitteln, Teambildung und –steuerung sowie Informationsfluss und Informationsdokumentation professionell managen

## Daher: Problemstellung beim Unternehmenskauf

- Im Mittelstand
  - kommt die private Ebene (Vermögen und persönliche Verhältnisse) hinzu, bei der auch psychologische Hemmnisse eine Rolle spielen können
    - Bsp.: Betriebsaufspaltung mit Immobilien oder gewerblichen Schutzrechten, Vater/Sohn-Konflikte
  - Finanzierungsebene des Unternehmens häufig mit privaten Sicherheiten verbunden
    - Beachte: Will Verkäufer Betriebsmittel vor dem Verkauf ausschütten, ist frühzeitige Abstimmung mit den Banken geboten (Rating!).
  - Auf der Bewertungsebene ist die Rolle des Unternehmers und seiner mitarbeitenden Familienangehörigen zu klären.

## Strukturierung und ganzheitliches Konzept

- Agieren statt reagieren!
- Bsp. Verkäufer
  - Finden eines oder mehrerer Käufer
  - Unternehmensbewertung und Grenzpreisermittlung
  - Gewinnanspruch
  - Finanzierung
  - Steuerbelastung
  - Haftung
    - gegenüber dem Käufer
    - der Handelnden
  - Transaktionskosten
- Im Mittelstand
  - Maßnahmen zur Entflechtung
    - Pensionszusagen
    - Gesellschafterdarlehen
    - betrieblich genutztes Privatvermögen
  - gewachsenes Wertesystem und „Kultur“ berücksichtigen
  - Unternehmenssicherung
  - Unabhängigkeit und Verschwiegenheit wahren

# Kaufpreisbemessung und Gesamtpaket

- Ausgangsfrage: Was ist das Gesamtpaket für Käufer und Verkäufer?
  - Kaufpreis
  - Gewinnanspruch
  - Gesellschafterdarlehen und sonst. Finanzierungen
  - Nutzung und Zuweisung von Steuervergünstigungen, z.B. AfA-Volumen
  - Haftung des Verkäufers
    - gegenüber dem Käufer
    - gegenüber Dritten
  - Transaktionskosten
  - Umstrukturierungskosten
  - Integrationskosten
  - Synergien
- Unternehmensbewertung  $\neq$  Kaufpreis, aber Ausgangsbasis



Fachseminare  
von Fürstenberg

Ein Unternehmen der  
Verlagsgruppe

**ottoschmidt**

---

# Fachberater (DStV e. V.) Unternehmensnachfolge für Kurs (Kurseinheit) UNF 5 Skript „Rechtsformwahl“

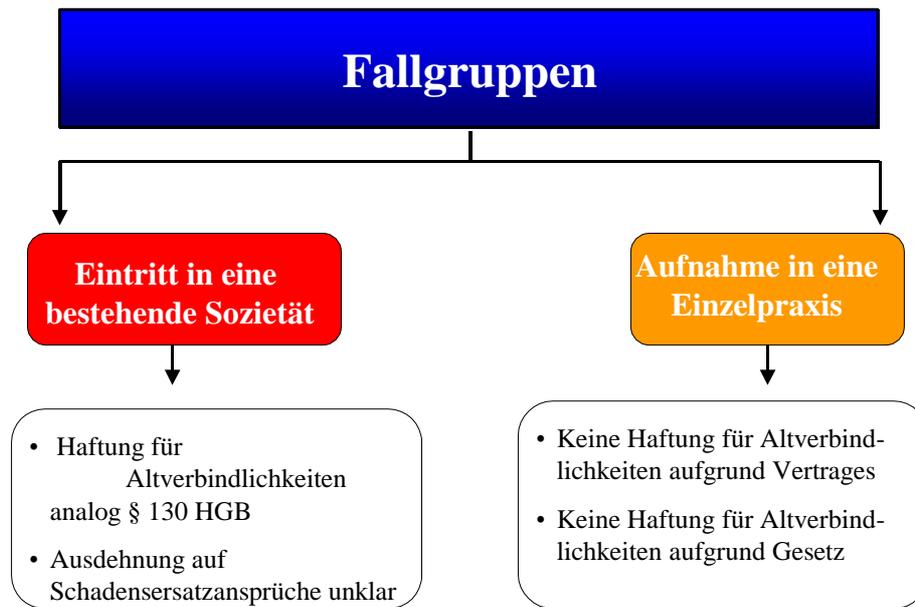
RA, FfSt Dr. Rüdiger Gluth  
RGJ Rund-Gluth-Jarosch & Partner mbB, Düsseldorf  
[www.rgj.de](http://www.rgj.de)

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Aspekte der zivilrechtlichen Rechtsformwahl.....</b>	<b>1</b>
<b>I. Personengesellschaften und Körperschaften .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Personengesellschaften .....</b>	<b>2</b>
<b>1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder offene Handelsgesellschaft.....</b>	<b>2</b>
a) Rechtsfähigkeit, Haftung und gewerbliche Prägung .....	2
b) Handelsregistereintragung, Bilanzierung und Kosten .....	4
<b>2. Kommanditgesellschaft und GmbH &amp; Co KG .....</b>	<b>4</b>
<b>3. GbR, Partnerschaftsgesellschaft oder PartG mbB bei Freiberuflerzusammenschlüssen .....</b>	<b>5</b>
a) Entstehung der Partnerschaft.....	5
b) Form des Partnerschaftsvertrages.....	5
c) Name der Partnerschaft .....	6
d) Rechtsgeschäftliches Handeln der Partnerschaft.....	6
e) Haftung.....	6
f) Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung .....	7
<b>4. „Rangfolge“ der Personenunternehmen .....</b>	<b>13</b>
<b>III. Kapitalgesellschaften - Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft ?.....</b>	<b>14</b>
<b>1. Börsengang.....</b>	<b>15</b>
<b>2. Vergrößerung des Anteilseignerkreises .....</b>	<b>15</b>
<b>3. Familiengesellschaften .....</b>	<b>16</b>
<b>4. Holding- oder Tochtergesellschaften .....</b>	<b>16</b>
<b>5. Prestigegründe .....</b>	<b>16</b>
<b>6. „Rangfolge“ der Kapitalgesellschaften .....</b>	<b>17</b>
<b>IV. Personenunternehmen oder Kapitalgesellschaft.....</b>	<b>17</b>
<b>B. Steuerliche Rechtsformwahlkriterien im Überblick- Zwei Systeme der Unternehmensbesteuerung! .....</b>	<b>18</b>
<b>I. Die laufende Besteuerung - intransparente Kapitalgesellschaft versus transparente Personengesellschaft .....</b>	<b>18</b>
<b>II. Der Unternehmensverkauf.....</b>	<b>19</b>
<b>III. Die Unternehmensnachfolge.....</b>	<b>19</b>
<b>IV. Sonstige Folgen der Systemunterschiede .....</b>	<b>19</b>

<b>C.</b>	<b>Steuerbelastungsvergleiche laufende Besteuerung .....</b>	<b>21</b>
I.	Ertragbesteuerung bei Kapitalgesellschaften .....	21
1.	Besteuerung der Kapitalgesellschaft .....	21
2.	Besteuerung des Gesellschafters der Kapitalgesellschaft .....	23
a)	Dividendenbesteuerung .....	23
b)	Tätigkeitsvergütungen .....	27
II.	Ertragsteuern bei den Personenunternehmen .....	28
1.	Thesaurierungsrücklage“ - § 34 a EStG .....	28
a)	Definition des nicht entnommenen Gewinns .....	31
b)	Die Bestimmung des Begünstigungsbetages (§ 34a Abs. 3 EStG) .....	34
c)	Die Nachversteuerung (§ 34a Abs. 4 EStG) .....	36
d)	Vorzeitige Nachversteuerung (§ 34a Abs. 6 EStG) .....	40
e)	Verhältnis zu § 6 Abs. 3 EStG (§ 34a Abs. 7 EStG) .....	41
2.	Die Belastungswirkungen der Thesaurierungsrücklage .....	42
3.	Bedeutung des Gewerbesteuerhebesatzes seit 2008 .....	44
III.	Belastungswirkung der Gewerbesteuer .....	46
1.	Vorabhinweis zur Verfassungskonformität der Hinzurechnungen und der Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer als BA .....	46
a)	Hinzurechnung .....	46
b)	Betriebsausgabenabzug .....	47
2.	Finanzielle Auswirkungen der Hinzurechnung .....	47
3.	Kapitalgesellschaften .....	47
4.	Personenunternehmen .....	49
IV.	Belastungsvergleich zwischen Kapitalgesellschaft und Personenunternehmen .....	50
V.	Die Betriebsaufspaltung .....	52
VI.	Verluste .....	53
1.	Verluste im Vollhafterunternehmen .....	53
2.	Verluste in der Kapitalgesellschaft .....	53
3.	Verluste in der GmbH & Co KG .....	53
VII.	Ergebnisse .....	54
<b>D.</b>	<b>Grundbesitz und Rechtsform .....</b>	<b>56</b>
I.	Übertragung eines Grundstücks .....	56

<b>II. Gesellschafterwechsel.....</b>	<b>59</b>
1. Wechsel im Personenstand einer Gesamthandsgemeinschaft .....	59
2. Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 1 III GrEStG).....	62
3. Zusammenfassung .....	67
<b>E. Unternehmensnachfolge .....</b>	<b>68</b>
<b>I. Bewertung von Betriebsvermögen .....</b>	<b>68</b>
1. Anwendbarkeit des vereinfachten Ertragswertverfahrens .....	69
2. Die Ermittlung des Betriebsergebnisses im vereinfachten Ertragswertverfahren .....	71
3. Besonderheiten bei Personenunternehmen .....	77
a) Problem angemessener Unternehmerlohn .....	77
b) Aufteilung des Werts des Betriebsvermögens .....	78
c) Besonderheiten bei Kapitalgesellschaften .....	80
4. Zusammenfassendes Ergebnis Bewertung von Betriebsvermögen .....	81
<b>II. Begünstigungen für Betriebsvermögen .....</b>	<b>81</b>
1. Die Vergünstigungen der §§ 13a, 13b ErbStG .....	81
2. Unterschiede bei Einziehungs- und Fortsetzungsklausel .....	84
a) Fortsetzungsklausel bei Personengesellschaften .....	84
b) Einziehungsklauseln bei Kapitalgesellschaften .....	85
3. Die Tarifbegrenzung des § 19a ErbStG .....	91
4. Ertragsteuerliche Aspekte .....	91
a) Personenunternehmen .....	91
b) Anteile an Kapitalgesellschaften .....	95
5. Zusammenfassung .....	96



4

Der BGH hat in der vorzitierten Entscheidung den Rückforderungsanspruch auch gegen den erst später eingetretenen Neugesellschafter C für begründet erachtet. Zur Begründung hat sich der BGH auf eine **analoge Anwendung des § 130 HGB** gestützt.

Der BGH ergänzt hierdurch seine neuere Rechtsprechung, mit der er die Haftungsverfassung der GbR der OHG angeglichen hat. Früher war die Rechtsprechung eher zurückhaltend gegenüber den Stimmen in der Literatur, wonach der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zumindest eine Teilrechtsfähigkeit zuerkannt werden soll<sup>20</sup>. Träger von Rechten und Pflichten der Gesellschaft waren nach Auffassung in der Rechtsprechung die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Die GbR war weder grundbuch-, scheck- noch aktiv oder passiv parteifähig.

Der BGH hat durch Entscheidung vom 29.01.2001<sup>21</sup> jedoch eine Trendwende eingeleitet. Er hat der GbR somit prinzipiell Rechtsfähigkeit attestiert und ihr im Prozeß die aktive und passive Parteifähigkeit zuerkannt.

Der BGH kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Anwendung des § 130 HGB daher folgerichtig sei. Die Sozien einer Freiberufler-GbR haften daher zukünftig grundsätzlich für alle vertraglichen, quasivertraglichen und gesetzlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

#### Beraterhinweis:

- Aus Gründen des Vertrauensschutzes gilt die Haftung für Altverbindlichkeiten mit dem Privatvermögen aber erst für zukünftige Beitrittsfälle, die nach der Veröffentlichung der Entscheidung des BGH erfolgen. Ansonsten ist die Haftung auf die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen beschränkt. Denn nach der früheren Rechtsprechung<sup>22</sup> haftete der neu eintretende Gesellschafter für Altverbindlichkeiten nicht mit seinem Privatvermögen.

<sup>20</sup> vgl. ausführlich z. B. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 203 ff.

<sup>21</sup> DStR 2001, S. 310.

<sup>22</sup> BGH v. 30.4.1979, NJW 1979, 1821.

- Fraglich ist, ob die Haftung für Schadensersatzansprüche auch auf Zeiten ausgedehnt werden kann, die vor dem Eintritt in die Gesellschaft liegen. Zum einen vertraut wohl kein Gläubiger darauf, dass er durch den völlig ungewissen künftigen Eintritt eines Soziums einen weiteren Schuldner gewinnt. Zudem würde eine derartige Ausdehnung auf berufliche Haftungsfälle gegen das Prinzip verstoßen, wonach der Versicherungsschutz nur für während der Laufzeit des Versicherungsvertrages unterlaufene Pflichtverletzung beruht (vgl. zB § 51 BRAO). Eine Ausdehnung der Haftung wäre daher systemwidrig, weil ein neu eintretender Gesellschafter nicht in der Lage wäre, etwaige Risiken über eine Haftpflichtversicherung abzudecken. Es könnte sogar der Fall eintreten, dass der neu eintretende Gesellschafter im Zeitpunkt des schadensauslösenden Ereignisses noch nicht einmal die notwendige Qualifikation als Freiberufler aufwies. Zu beachten ist allerdings, dass die wohl h.M. eine analoge Anwendung von § 8 Abs. 2 PartGG ablehnt<sup>23</sup>.

Die zuvor aufgezeigte Rechtsprechung des BGH zur Haftung eines neu eintretenden Gesellschafters wirft naturgemäß die Frage auf, welche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, um den neu eintretenden Gesellschafter vor der Inanspruchnahme durch Mandanten zu schützen, die Verbindlichkeiten vor seinem Eintritt betreffen.

Einerseits wird ein neu eintretender Gesellschafter in eine bestehende Sozietät sicherlich gut beraten sein, sich neben den Gewinnermittlungen auch den aktuellen Stand der Verbindlichkeiten der GbR zeigen zu lassen. Außerdem ist ihm zu empfehlen, entsprechende Garantien in den Abtretungsvertrag über die Übertragung der Gesellschaftsanteile aufzunehmen. Der Nachteil dieser Maßnahmen ist allerdings offensichtlich: Sie greifen nur im Innenverhältnis. Im Außenverhältnis gegenüber dem potentiellen Gläubiger entfalten sie jedoch keine Wirkungen. Der in Anspruch genommene Neugesellschafter könnte nur etwaige Rückgriffsansprüche gegenüber den Altgesellschaftern geltend machen. Das Risiko, dass die Altgesellschafter nicht über ausreichend liquide Mittel verfügen, trägt aber der Neugesellschafter.

Wer die Haftung auch im Außenverhältnis erst für Verbindlichkeiten, die ab dem Zeitpunkt seines Eintritts in die Sozietät entstanden sind, übernehmen möchte, kann auf folgende **Gestaltungen** zurückgreifen:

- Für etwaige Bankverbindlichkeiten wäre es denkbar, vor dem Eintritt in die Sozietät eine vertragliche Vereinbarung mit dem Kreditinstitut zu treffen, wonach für die Altverbindlichkeiten Darlehensnehmer ausschließlich die Altgesellschafter sind, nicht aber die GbR. In steuerlicher Hinsicht würden diese Verbindlichkeiten damit zu SonderBV der Altgesellschafter.
- Es wird eine neue personenidentische neue Sozietät unter Beteiligung des neuen Soziums gegründet, die anschließend die alte Sozietät käuflich erwirbt. Der neue Sozium haftet damit nicht mehr für die Altverbindlichkeiten der früheren Sozietät. Lediglich die Altgesellschafter haften noch 5 Jahre nach Liquidation der Alt-GbR für deren Verbindlichkeiten (§ 736 BGB iVm § 160 HGB). Der Nachteil dieser Lösung besteht allerdings regelmäßig darin, dass die Altgesellschafter einen Veräußerungsgewinn, der nur bei Erreichen der Altersgrenze zur Inanspruchnahme des § 34 Abs. 3 EStG sowie des Freibetrages des § 16 Abs. 4 EStG berechtigt.
- Der nach mE unkomplizierteste Weg ist der Wechsel der Rechtsform der GbR in eine PartG, der der Neugesellschafter beitrifft. Der Beitritt des Neugesellschafter in die PartG sollte aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung der PartG in das Partnerschaftsregister erfolgen. Denn

<sup>23</sup> vgl. zB Bruns in ZIP 2002, 1602; Lux MDR 2003, 757; Reiff, VersR 2003, 773; vgl. auch Wälzholz DStR 2004, 1708.

andernfalls wird der neu Eintretende doch noch für kurze Zeit Gesellschafter der GbR und haftet damit doch für Altverbindlichkeiten der GbR. Der Formwechsel von der GbR in die PartG ist steuerlich zu Buchwerten möglich.

## Gestaltungen zur Vermeidung der Haftungsproblematik

- Individualvereinbarung
- Verkauf der Alt-GbR an eine neu gegründete GbR
- Formwechsel der GbR in eine PartG, der der Neu-Partner aufschiebend bedingt durch die Eintragung der PartG in das Partnerschaftsregister beitrifft.

Mit der letztgenannten Gestaltungsalternative wird auch zugleich nochmals der Vorteil der PartG gegenüber der GbR deutlich:

Vorteilhaft stellt sich nämlich die Regelung des § 8 Abs. 2 PartGG dar, die eine gesetzliche Haftungsbegrenzung für berufliche Fehler eines Partners vorsieht.

#### 4. „Rangfolge“ der Personenunternehmen

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich eine klare Rangfolge der Personenunternehmen.

Gewerbliches Einzelunternehmen und GbR sollten nur noch dort (bewusst) gewählt werden, wo eindeutig die Verhältnisse des Kleingewerbetreibenden vorliegen. Die „Wahl“ der Rechtsform „eingetragener Kaufmann“ bzw. der OHG wird dadurch ausgeübt, dass rechtzeitig die Entscheidung über die freiwillige Eintragung im Handelsregister herbeigeführt wird.

Die Kommanditgesellschaft ist nur solange eine „echte“ Personengesellschaft, wie eine natürliche Person die Komplementärsfunktion ausübt. Die Prüfung und die Offenlegung von Jahresabschlüssen spielen noch keine Rolle. Die Vorschriften der §§ 264 ff HGB gelten noch nicht. Für den Kommanditisten ist eine Beteiligung an der KG unter haftungsrechtlichen Aspekten noch gut einschätzbar.

Der Wechsel in die GmbH & Co. KG kommt zivilrechtlich bereits in der Entscheidungsweite dem Wechsel in eine GmbH gleich. Ansonsten ist die Entscheidung zwischen GmbH & Co. KG einerseits und der Schritt zur Kapitalgesellschaft in Form der GmbH andererseits zumeist von steuerlichen Rahmenbedingungen abhängig zu machen.

Bei Freiberuflern ist der PartG mbB bzw. der PartG der Vorzug vor der GbR zu geben.

### III. Kapitalgesellschaften - Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft ?

Es wäre bis zum Gesetz<sup>24</sup> über die „Kleine AG“ des Jahres 1994 undenkbar gewesen, die in der Überschrift zu diesem Abschnitt aufgeworfene Frage derart zu stellen. Denn die Unterschiede zwischen beiden Rechtsformen, die bis dahin geschaffen wurden, waren doch zu groß, um diese Frage derart zu erlauben.

Eine besondere Rechtsform „kleine AG“ existiert jedoch nicht. Vielmehr knüpfen einzelne Vorschriften des AktG an bestimmte Kriterien an und bieten damit verbundene Vergünstigungen im Vergleich zur früheren Rechtslage. Andere Vorschriften, die sich insbesondere für die kleine AG anbieten, wurden eingeführt, um die Rechtsform allgemein für den Mittelstand interessant zu machen.

Insbesondere für nicht **börsennotierte AG`s** wurden formelle Erleichterungen geschaffen:

Die Beschlüsse der Hauptversammlung müssen nur notariell beurkundet werden, wenn das Gesetz eine qualifizierte, das heißt eine dreiviertel- oder größere Mehrheit für die Beschlussfassung voraussetzt. Da dies nur für Satzungsänderungen, Umwandlungsbeschlüsse, Beschlüsse über die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern und mithin sogenannte Grundlagenbeschlüsse gefordert wird, bedarf die einfache Beschlussfassung also in der Regel keiner Mitwirkung durch einen Notar. Es reicht eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift aus. In der Satzung kann das Stimmrecht der Aktionäre abweichend von § 134 Abs. 1 Satz 1 AktG, wonach sich das Stimmrecht grundsätzlich nach den Nennbeträgen bzw. bei Stückaktien nach der Anzahl der Aktien richtet, ausgestaltet werden. Die Einführung des sogenannten Höchststimmrechts gem. § 134 Abs. 1 Satz 2 AktG kann das Stimmrecht der einzelnen Aktionäre, unabhängig vom Umfang ihres Aktienbesitzes, soweit einschränken, dass jedem Aktionär nur eine Stimme zusteht. Das Stimmrecht nach Köpfen anstelle des Stimmrechts nach Kapitalanteilen ermöglicht eine Gleichstellung der Machtverhältnisse innerhalb des Aktionärskreises und damit eine personalistische Struktur der Gesellschaft. Weiter kann in der Satzung die Kompetenz des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Rücklagenbildung beschränkt werden (§ 58 Abs. 2 Satz 2 AktG). Durch eine derartige Satzungsgestaltung werden die Aktionäre in die Lage versetzt, selbst darüber zu entscheiden, ob eine möglichst hohe Ausschüttung des Jahresüberschusses oder eine Risikovorsorge durch Thesaurierung vorgenommen werden soll.

Soweit die **Aktionäre namentlich bekannt** sind, was weder begrifflich noch inhaltlich mit der Namensaktie überein stimmt, ist die Einladung und Durchführung der Hauptversammlung erleichtert. Für den Fall, dass die Aktionäre namentlich bekannt sind, kann die Hauptversammlung durch eingeschriebenen Brief einberufen werden. Dies bringt insbesondere den Vorteil, dass die Tagesordnung nicht bekannt gemacht werden muss und die darin enthaltene Information mithin nicht veröffentlicht werden. Sind alle Aktionäre in der Hauptversammlung erschienen oder vertreten (Vollversammlung), kann die Hauptversammlung nach § 121 Abs. 6 AktG Beschlüsse ohne Einhaltung der Bestimmungen der §§ 121 bis 128 AktG (insbesondere Einberufungsfristen und - Formen) fassen, wenn kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht. Diese Erleichterung führt zu einer erheblichen Vereinfachung, insbesondere bei Familiengesellschaften mit kleinem Aktionärsbestand, bei denen die Hauptversammlung hierdurch flexibel gehandhabt werden kann.

An weiteren bedeutsamen Regelungen, die auch der Anpassung der AG an die Bedürfnisse des Mittelstands dienen, sind noch zu nennen:

---

<sup>24</sup> Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 01.08.1994; BGBl I, 1961

- Zulassung der Einpersonengründung
- Ausschluss des Anspruchs der Aktionäre auf Verbriefung der Aktien durch die Satzung
- Gleichstellung der Aktiengesellschaft mit der GmbH hinsichtlich **Prüfungspflicht, Publizität und Arbeitnehmermitbestimmung**

Nachfolgend erfolgt eine Aufzählung der von Mandanten geäußerten Überlegungen für die Rechtsform der AG<sup>25</sup>, ergänzt um einige praktische Überlegungen, in welchen Fällen diese Überlegungen zu unterstützen sind.

## 1. Börsengang

Das Motiv für den Wechsel in die Rechtsform der AG liegt insbesondere im Bereich größerer mittelständischer Unternehmen darin, dass ein mittelfristig beabsichtigter Börsengang vorbereitet wird.

## 2. Vergrößerung des Anteilseignerkreises

Hier wird vielfach das Ziel verfolgt, **Mitarbeiter** als Aktionäre an das Unternehmen zu binden. Insbesondere im Bereich kleiner mittelständischer Unternehmen ist die Bezeichnung dieses Ziels jedoch nur kombiniert mit der Wahl der Rechtsform der AG aus Prestigegründen nachvollziehbar. Denn Mitarbeiterbindung ist auch in anderen Rechtsformen umsetzbar, ohne den mit der Rechtsform der Aktiengesellschaft verbundenen gesteigerten Beratungsbedarf in Kauf zu nehmen. Zuzugeben ist lediglich, dass die Informations- und Auskunftsrechte der minderheitsbeteiligten GmbH-Gesellschafter (§§ 51 a, 51 b GmbHG) erheblich höher sind, als jene der Aktionäre (§ 131 AktG) .

Ferner sind „**Mitarbeiter-Options-Programme**“<sup>26</sup> bei nicht börsennotierten Gesellschaften regelmäßig keine geeignete Möglichkeit, Mitarbeiter zu binden und zu motivieren. Aktienoptionen sind Bezugsrechte auf Aktien, die Organen und Mitarbeitern von Aktiengesellschaften gewährt werden und bei Fälligkeit im Regelfall aus bedingtem Kapital ( §§ 192 ff AktG ) bedient werden. Der Bezugsberechtigte hat die Möglichkeit, innerhalb einer vorgegebenen Ausübungsfrist eine bestimmte Zahl von Aktien zu einem fest vereinbarten Preis zu erwerben. Eine Verpflichtung zur Ausübung des Bezugsrechts besteht nicht. Der Bezugsberechtigte kann sein Bezugsrecht ohne weitere Konsequenzen verfallen lassen.

Nach Auffassung des BFH und der Finanzverwaltung sollen Aktienoptionen beim Arbeitnehmer erst mit Ausübung der Option und nicht bereits bei Einräumung der Option durch den Arbeitgeber zu Arbeitslohn führen<sup>27</sup>. Dies bedeutet aber auch, dass der Arbeitnehmer, der von seinem Bezugsrecht

<sup>25</sup> Nach Seibert, in: Seibert/Kiem (Hrsg.), Die kleine AG, 4. Auflage, Rz. 28 ff.

<sup>26</sup> Statt vieler sei hier auf Harrer (Hrsg.), Mitarbeiterbeteiligung und Stock-Option-Pläne, verwiesen, der sich diesem Thema sehr ausführlich und anschaulich annimmt.

<sup>27</sup> BFH VI R 105/99, BStBl. 2001 II 689; I R 100/98, BStBl. 2001 II 509; I R 119/98, BStBl. 2001 II 512; VI R 25/05, BStBl. 2009 II 382; Harrer, a.a.O. unter Verweis auf BFH v. 23.07.1999, - VI B 116/99, BStBl II 1999, 684 und weiteren Nachweisen.

Gebrauch macht, weil der Wert der Aktie über dem Bezugspreis liegt, den Wert als Sachbezug der Lohnsteuer und der Sozialversicherung zu unterwerfen hat. Hieraus folgt für ihn, da er die Aktien nicht an einem Markt in Liquidität umwandeln kann, ein Barlohnverzicht. Übernimmt der Arbeitgeber die Lohnnebenkosten auf diesen Sachbezug hingegen vollständig, unterliegt auch diese Leistung als Lohn der Besteuerung. Dies wiederum führt in eine (unsinnige) Besteuerungskette<sup>28</sup>.

### 3. Familiengesellschaften

Die Rechtsform der AG kann auch für Familiengesellschaften eine geeignete Rechtsform bieten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die strikte Trennung zwischen Management und Gesellschafterversammlung, insbesondere auch unter Berücksichtigung von familiären Nachfolgeregelungen, die auf ein Fremdmanagement der Gesellschaft keinen Einfluss haben und damit den Fortbestand des Unternehmens über die Existenz des Unternehmensgründers hinaus sichern soll.

### 4. Holding- oder Tochtergesellschaften

In Betracht kommt die Rechtsform der AG auch in "kleinen Konzernen" als Holding - oder Tochtergesellschaft. Der Einsatz als Holdinggesellschaft wird vielfach kombiniert sein mit den vorstehend zur Familiengesellschaft genannten Argumenten. Tochtergesellschaften erhalten häufig das Rechtskleid der AG, um eine operative Gesellschaft unter Ausnutzung der Reputation dieser Rechtsform und der vorhandenen Organstruktur einzusetzen.

### 5. Prestige Gründe

Selbst kleine Unternehmen verlangen nach der Rechtsform der AG und verfolgen hiermit das Ziel, das Prestige Ihres Unternehmens zu erhöhen. Und tatsächlich ist dies – zumindest bisher und aufgrund der Tatsache, dass diese Rechtsform noch nicht aufgrund einer Vielzahl von Insolvenzen kleiner und schlecht geführter AG's Schaden genommen hat - regelmäßig nicht von der Hand zu weisen. Nicht nur, dass der AG in weiten Kreisen ein – nicht sachlich begründetes - positives Renommee anhaftet; Unternehmen, die den Schritt in die AG unternommen haben, berichten auch, dass ihnen dieses neue Rechtskleid im Umgang mit Banken und Behörden, Beratern und Lieferanten ein besseres „Standing“ verschafft hat.

Hier stellt sich für den Berater regelmäßig die Frage, wann er diesem Drängen der Mandantschaft nach der kleinen AG nachgeben darf. Diese Frage kann unter Berücksichtigung nachfolgender Aspekte beantwortet werden:

Die Rechtsform der Kapitalgesellschaft selbst muss unter zivilrechtlichen und insbesondere steuerrechtlichen Aspekten indiziert sein.

<sup>28</sup> vgl. so schon Abschnitt 122 LStR 2001

Dies bedeutet auch, dass das Unternehmen auf Wachstum ausgerichtet sein sollte.

Der Unternehmer muss die persönliche Fähigkeit zur Führung einer Kapitalgesellschaft mitbringen.

Der Unternehmer muss insbesondere erkennen, dass er mit der Wahl der AG als Rechtsform für sein Unternehmen deren Organverfassung zu akzeptieren hat, da diese nicht zur Disposition steht. So sollte er den Aufsichtsrat nicht als lästiges und auszuhöhlendes Übel empfinden, sondern ihn als sinnvolles Instrument der Unternehmensführung und des Know-how Transfers in das Unternehmen erkennen.

Letzteres macht es auch erforderlich, das Umfeld des Unternehmers auf seine Eignung zu prüfen. Insbesondere darf die personelle Besetzung des Aufsichtsrates nicht unterschätzt werden.

## 6. „Rangfolge“ der Kapitalgesellschaften

Den ersten Rang nimmt für den Mittelständler nach wie vor die GmbH als personalistisch orientierte Kapitalgesellschaft ein. Erst wenn es tatsächlich zu einer Beteiligung Dritter kommt oder kommen soll, ist ein über das „Prestigeargument“ hinausgehender Aspekt zugunsten der AG gegeben. Die Rechtsform dient dann jedoch nicht nur dem Mehrheitsaktionär, sondern auch dem Minderheitsaktionär. So kennt die Vorschrift des § 62 AktG keine Subsidiärhaftung der Aktionäre für verbotene Zahlungen an Mitaktionäre, so wie es im § 31 Abs. 3 GmbHG für die GmbH-Gesellschafter bestimmt ist.

## IV. Personenunternehmen oder Kapitalgesellschaft

Für die meisten mittelständischen gewerblichen Unternehmen wird die Frage nach der Rechtsform „Personenunternehmen“ oder „Kapitalgesellschaft“ eine Frage nach der Haftungsbeschränkung sein. Solange eine Haftungsbeschränkung nicht erforderlich ist oder nicht gewünscht wird, kommen daher die Personenunternehmen in Betracht. Doch lässt sich die Haftung durch die GmbH & Co. KG ebenso beschränken ( oder nicht beschränken), wie durch die GmbH.

Die Entscheidung für und wider die GmbH & Co. KG bzw. die Kapitalgesellschaft wird daher vielfach aufgrund steuerlicher Abwägung zu treffen sein.

## B. Steuerliche Rechtsformwahlkriterien im Überblick- Zwei Systeme der Unternehmensbesteuerung!

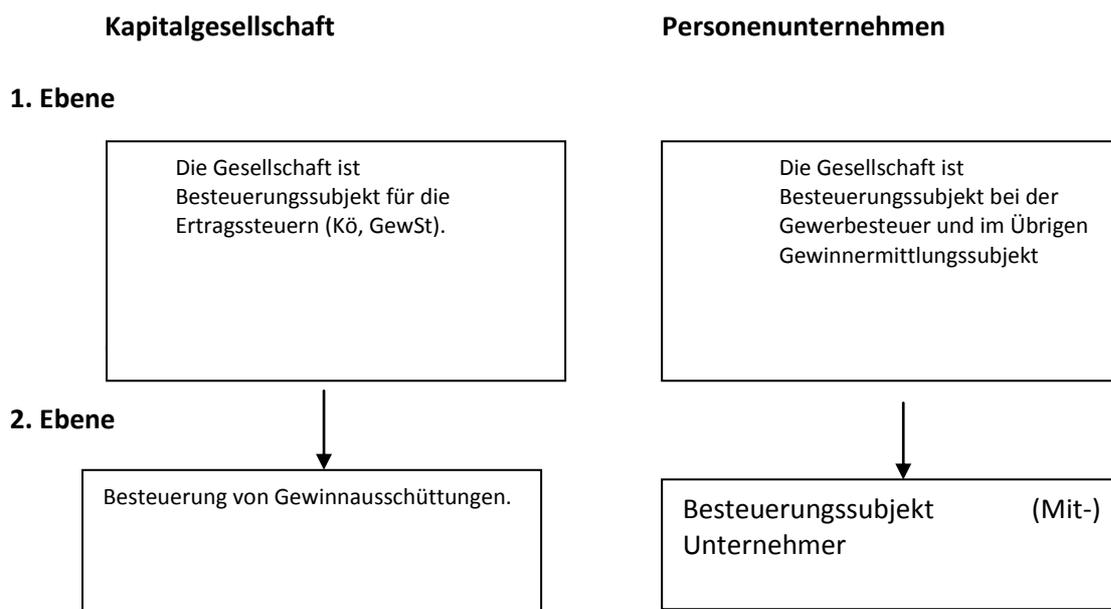
Das deutsche Steuerrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es keine echte „Unternehmenssteuer“ gibt. Denn eine solche setzte – ohne dass hier auf „technische“ Einzelheiten der Umsetzung eingegangen werden kann<sup>29</sup> - voraus, dass

- das Unternehmen auf der Grundlage einer einheitlichen Gewinn- und Einkommensermittlung als Steuerrechtssubjekt erfasst wird und
- Transferleistungen von dem im vorgenannten Sinne steuerpflichtigen Unternehmen zu den natürlichen Personen gleichmäßig besteuert werden.

Eine solchermaßen verstandenes Unternehmenssteuerrecht besteht jedoch bis heute nicht. Demensprechend wird mit der Entscheidung für die Personengesellschaft oder die Kapitalgesellschaft als Unternehmensrechtsträger zugleich eine wesentliche Entscheidung über Besteuerungsfolgen getroffen. Eine Gleichbehandlung unternehmerischer Ergebnisse in Deutschland in Unabhängigkeit von der Rechtsform dürfte zwar häufig vom Gesetzgeber gewollt sein, wird in Praxis hingegen regelmäßig eher die (zufällige) Ausnahme bleiben.

### I. Die laufende Besteuerung - intransparente Kapitalgesellschaft versus transparente Personengesellschaft

#### Übersicht



<sup>29</sup> vgl. Sie hierzu Montag, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 16 Rz.57 m.w.N.

Letzlich stehen sich hier die steuerlich intransparente Kapitalgesellschaft und die transparente Personengesellschaft gegenüber.

## **II. Der Unternehmensverkauf**

Die unterschiedlichen Besteuerungssysteme im Bereich der Unternehmensbesteuerung wirken auch in den Fällen des Unternehmensverkaufes. Dies gilt nicht nur für den Vergleich der Besteuerungsfolgen beim Asset-Deal. Denn dort wird schlicht das oben unter I. dargestellte System durchgeführt. Auch beim Share-Deal (Verkauf der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft; Verkauf des Mitunternehmeranteils) gelten verschiedene Regeln ( § 17 EStG einerseits, § 16 EStG andererseits) und die Gewinne werden in verschiedenen Besteuerungssystemen versteuert (Teileinkünfteverfahren einerseits, Leistungsfähigkeit und ggfs. Progressionserleichterungen andererseits). Bedeutsam sind beim Share-Deal darüber hinaus die unterschiedlichen Besteuerungsfolgen für den Erwerber. Während beim Erwerb eines Mitunternehmeranteils die Anschaffungskosten auf die erworbenen Wirtschaftsgüter (in steuerlichen Ergänzungsbilanzen) verteilt werden, erwirbt die Käufer eines Unternehmens in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft steuerlich nicht laufend amortisierbare Beteiligungsrechte.

## **III. Die Unternehmensnachfolge**

Im Bereich der Unternehmensnachfolge sind sowohl der erbschaft- bzw. schenkungsteuerlichen Aspekte als auch die ertragsteuerlichen Rechtsfolgen zu betrachten.

Die Bewertung bei Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften, die Grundlage für die ErbSt. ist, stellt seit dem 1.1.2009 rechtsformneutral dar.

Demgegenüber zeigen sich Unterschiede bei der steuerlichen Begünstigung von Betriebsvermögen §§ 13a, 13b und 19a ErbStG, bei denen nur bei Personenunternehmen die Beteiligungshöhe unerheblich ist (vgl. § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG).

Unter ertragsteuerlichen Gesichtspunkten bestehen sowohl bei einer Übertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge als auch bei einem Erwerb von Todes wegen dem Grunde nach keine Rechtsformunterschiede zwischen Personenunternehmen und Kapitalgesellschaft. In beiden Fällen ist es möglich, eine Aufdeckung von stillen Reserven zu vermeiden. Allerdings sind Anteile an Kapitalgesellschaften bei Übertragungen gegen Versorgungsleistungen nur eingeschränkt möglich, da sie nur bei einer Übertragung von mindestens 50 vH und der zeitgleichen Niederlegung des Geschäftsführeramts begünstigt sind.

## **IV. Sonstige Folgen der Systemunterschiede**

Die steuerliche Intransparenz der KapGes und die Transparenz der PersGes zeitigen auch in zahlreichen weiteren Bereichen völlig abweichende Besteuerungsfolgen. Zu nennen sind die Übertragung von Wirtschaftsgütern, die Behandlung von Grundbesitz und auch die Behandlung von

steuerlichen Verlusten. In den genannten Bereichen wird das Besteuerungsergebnis ganz maßgeblich dadurch bestimmt, in welcher Rechtsform ein Unternehmen betrieben wird.

## C. Steuerbelastungsvergleiche laufende Besteuerung

### I. Ertragbesteuerung bei Kapitalgesellschaften

#### 1. Besteuerung der Kapitalgesellschaft

Der Körperschaftsteuersatz gem. § 23 Abs. 1 KStG wurde ab Veranlagungszeitraum 2008 von 25 % auf 15 % gesenkt. Die nachfolgende Übersicht<sup>30</sup> zeigt, dass die Gesamtsteuerbelastung der Kapitalgesellschaft unter Berücksichtigung eines Hebesatzes von 400 % von 38,65 % auf 29,83 % sinkt.

#### Steuerbelastung der Kapitalgesellschaft bei Vollthesaurierung

Unternehmenssteuersatz KapG	Rechtslage bis 2007	Rechtslage ab 2008
1. Gewinn	100,00	100,00
2. Bemessungsgrundlage Gewerbesteuer	83,33	100,00
3. Gewerbesteuer 2. x Messzahl x 400 %	16,67	14,00
4. Bemessungsgrundlage Körperschaftsteuer	83,33	100,00
5. Körperschaftsteuer	20,83	15,00
6. Solidaritätszuschlag 5. x 5,5 %	1,15	0,83
<b>7. Gesamtbelastung 3. + 5. + 6.</b>	<b>38,65</b>	<b>29,83</b>

Die Entlastung um 8,82 % ist in der deutlichen Senkung der Körperschaftsteuer begründet.

#### **Praxishinweis:**

Festzustellen ist, dass rund die  **Hälfte der Steuerbelastung der Kapitalgesellschaft** im heutigen Recht aus  **Gewerbesteuer** besteht, die im Gegensatz zu Personenunternehmen über § 35 EStG keine Anrechnungsmöglichkeiten hat. Die Bedeutung der Gewerbesteuer für die Gesamtsteuerbelastung der Kapitalgesellschaft ist daher groß.

Je nach Höhe des Gewerbesteuer-Hebesatzes ergeben sich unterschiedliche Gesamtsteuerbelastungen.

<sup>30</sup> Tabellen und Berechnungen hier insgesamt nach Neubert und Plenk, in SteuerStud 2008, 37 ff (38).

**Einfluss der Hebesätze bei Kapitalgesellschaften und  
Vollthesaurierung**

Hebesätze bei KapG	Hebesatz						
	330 %	380 %	400 %	470 %	490 %	429 %	452 %
1. Gewinn	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
2. Gewerbesteuer	11,55	13,30	14,00	16,45	17,15	15,02	15,82
3. Körperschaftsteuer	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00
4. Solidaritätszuschlag	0,83	0,83	0,83	0,83	0,83	0,83	0,83
<b>5 Steuerbelastung ab 2008</b>	<b>27,83</b>	<b>29,13</b>	<b>29,83</b>	<b>32,28</b>	<b>32,98</b>	<b>30,84</b>	<b>31,65</b>
6. Steuerbelastung in 2007	36,80	38,13	38,65	40,38	40,86	39,38	39,95
<b>7. Entlastung</b>	<b>- 9,42</b>	<b>- 9,00</b>	<b>- 8,82</b>	<b>- 8,11</b>	<b>- 7,89</b>	<b>- 8,54</b>	<b>- 8,30</b>

Aus der vorstehenden Tabelle folgt:

- Erst bei Hebesätzen unter 420 % wird das vom Gesetzgeber ausgegebene Ziel, die Steuerbelastung für Kapitalgesellschaften unter 30 % zu senken, erreicht.
- Bei einem Hebesatz von 429 % sind Gewerbesteuer- und Körperschaftsteuerbelastung gleich hoch.
- Wird der Solidaritätszuschlag in die Betrachtung mit einbezogen, ergibt sich ein Hebesatz von 452 %, bei dem Gewerbesteuer und Körperschaftsteuer der Höhe nach übereinstimmen.
- Für Hebesätze höher 452 % ist die Gewerbesteuer die dominierende Steuer in der Kapitalgesellschaft.

Angesichts dieser Wirkung darf die Bedeutung der Hinzurechnungsvorschriften in der Gewerbesteuer im Gesamtbelastungsvergleich heutiges/früheres Recht nicht unterschätzt werden. Denn während die oben stehende Tabelle von einer gleich bleibenden Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer ausgeht, dürfte dies nur im Einzelfall praktisch gegeben sein.

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>Kapitel 1</b>	<b>Vorbemerkung und ertragssteuerliche Beurteilung von Umwandlungen - Grundlagenüberlegungen.....</b>	<b>1</b>
1. Teil	Verwendung der Arbeitsunterlage.....	1
2. Teil	Grundlagenüberlegungen.....	1
<b>Kapitel 2</b>	<b>Anwendungsbereich des Umwandlungssteuer-gesetzes .....</b>	<b>3</b>
1. Teil	Vorüberlegungen .....	3
A.	Übersicht Anwendungsbereich.....	3
B.	Instrumente zur Durchführung von Rechtsformänderungen im Tauschwege .....	4
2. Teil	Sachlicher Anwendungsbereich.....	6
A.	Umwandlungen im engeren Sinne von Körperschaften.....	6
I.	Verschmelzung.....	6
II.	Formwechsel .....	7
III.	Spaltungen .....	7
1.	Aufspaltung.....	7
2.	Abspaltung.....	8
3.	Ausgliederung.....	9
B.	Einbringungen .....	10
I.	Umwandlungen im engeren Sinne .....	11
II.	Einzelrechtsnachfolgemaßnahmen .....	11
1.	Eigentum und wirtschaftliches Eigentum .....	11
2.	Vertrags- und Schuldübernahme, Schuldbeitritt und Erfüllungsübernahme	12
3.	Die Anwachsung.....	13
C.	Sonderfall „Anteilstausch“ .....	13
D.	Sonderfall "identitätswahrender" Rechtsformwechsel.....	14
3. Teil	Persönlicher Anwendungsbereich.....	14
<b>Kapitel 3</b>	<b>Vorüberlegungen zur Rückwirkung und Rückwirkung bei §§ 2 und 9 UmwStG</b>	<b>15</b>
1. Teil	Allgemeines.....	15
2. Teil	Betroffene Steuerarten und System des UmwStG.....	17
3. Teil	Die Rückwirkung des § 2 UmwStG .....	18
A.	Wann muss der übernehmende Rechträger bestehen? .....	18
B.	Bestimmung des Rückwirkungszeitraumes .....	19
I.	Verschmelzungen und Spaltungen .....	19
II.	Formwechsel .....	20
C.	Rechtsfolgen der Rückwirkung bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften	20
I.	Bilanzierung bei Rechtsformänderungen und Folgen der Rückwirkung.....	20
1.	Übertragende Umwandlungen .....	22
a)	Umwandlung durch Neugründung.....	22
b)	Umwandlung durch Aufnahme .....	23

c)	Ende der handelsrechtlichen Bilanzierungspflichten.....	24
2.	Formwechsel .....	24
II.	„Technische“ Auswirkungen im Bereich des Einkommens .....	24
III.	Einzelfragen.....	26
1.	Vergütungen an Gesellschafter .....	26
2.	Verluste im Rückwirkungszeitraum und § 2 Abs. 4 UmwStG .....	27
a)	Übergang von Verlusten.....	27
b)	Übergang von Gewinnen.....	28
3.	Weitere Einzelfragen .....	29
<b>Kapitel 4</b>	<b>Umwandlung und Grunderwerbsteuer .....</b>	<b>30</b>
A.	Der Formwechsel und die Regeln der §§ 5,6 GrEStG .....	30
B.	Konzernrecht - § 6 a GrEStG .....	31
C.	Bemessung der Grunderwerbsteuer in Umwandlungsfällen.....	32
<b>Kapitel 5</b>	<b>Die Umwandlungen von Körperschaften §§ 3 bis 19 UmwStG.....</b>	<b>34</b>
1. Teil	Abgrenzung .....	34
A.	Grundfälle .....	34
B.	Grundstruktur dieser Umwandlung.....	34
2. Teil	Die übertragende Körperschaft .....	37
A.	Die Tatbestandsmerkmale des § 3 UmwStG .....	37
I.	Pflicht zur Abgabe einer steuerlichen Schlussbilanz und Antrag.....	37
II.	Ansatz und Bewertung der übergehenden Wirtschaftsgüter .....	38
1.	Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter dem Grunde nach.....	38
2.	Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter der Höhe nach .....	39
a)	Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert bzw. dem Teilwert nach § 6a EStG .....	39
b)	Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert und Einschränkungen.....	40
c)	Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter mit einem Zwischenwert.....	41
3. Teil	Übernehmende Personengesellschaft bzw. das übernehmende Einzelunternehmen .....	42
A.	Die Verbindung der Bilanzen.....	42
I.	Wertverknüpfung .....	42
II.	Erweiterte Wertaufholung – Beteiligungskorrekturgewinn .....	45
III.	Rechtsnachfolge i. S. d. § 4 Absatz 2 UmwStG .....	45
1.	Abschreibung.....	45
2.	Sonstige Folgen der Rechtsnachfolge .....	45
B.	Das System der §§ 7, 4 Abs. 4 und 5 sowie 5 UmwStG.....	45
C.	Die Besteuerung offener Rücklagen - § 7 UmwStG.....	46
D.	Die Einlagefiktion (§ 5 UmwStG).....	49
E.	Übernahmeergebnis i.S.d. § 4 Abs. 4 und 5 UmwStG.....	50

I.	Zuordnung der Anteile zum Betriebsvermögen des übernehmenden Rechtsträgers .....	50
II.	Personenbezogene Ermittlung .....	50
III.	Anteile, die nicht dem Betriebsvermögen des übernehmenden Rechtsträgers zuzurechnen sind .....	50
IV.	Entstehungszeitpunkt .....	51
V.	Ermittlung des Übernahmeergebnisses .....	51
VI.	Kosten des Vermögensübergangs .....	51
VII.	Finanzierungsverbindlichkeiten .....	51
VIII.	Ermittlung des Übernahmeergebnisses bei negativem Buchwert des Vermögens der übertragenden Körperschaft (überschuldete Gesellschaft) .....	51
F.	Die Besteuerung des Übernahmeergebnisses .....	51
I.	Berücksichtigung eines Übernahmeverlustes (§ 4 Absatz 6 UmwStG) .....	51
II.	Besteuerung eines Übernahmegewinns (§ 4 Absatz 7 UmwStG) .....	54
G.	Gewerbsteuer .....	54
I.	Geltung der §§ 3 bis 9 und 16 UmwStG für die Ermittlung des Gewerbeertrags (§ 18 Absatz 1 UmwStG) .....	54
II.	Übernahmegewinn, Übernahmeverlust sowie Bezüge i. S. d. § 7 UmwStG (§ 18 Absatz 2 UmwStG) .....	55
III.	Missbrauchstatbestand des § 18 Absatz 3 UmwStG .....	57
4. Teil	Vermögensübergang auf einen Rechtsträger ohne Betriebsvermögen .....	57
<b>Kapitel 6</b>	<b>Der Übernahmefolgegewinn i.S.d. § 6 UmwStG .....</b>	<b>58</b>
<b>Kapitel 7</b>	<b>Die Verschmelzung von Körperschaften .....</b>	<b>62</b>
1. Teil	Abgrenzung und Grundfälle .....	62
2. Teil	Grundstruktur dieser Umwandlung .....	64
3. Teil	Die Regelungen im Einzelnen .....	66
A.	Die übertragende Körperschaft - Wertansätze in der Schlussbilanz .....	66
I.	Allgemeines .....	66
II.	Abwärtsverschmelzung .....	66
B.	Auswirkungen auf den Gewinn der übernehmenden Gesellschaft .....	67
I.	Zur Buchwertverknüpfung .....	67
II.	Die Umwandlungskosten der Übernehmerin .....	69
C.	Organschaft .....	70
I.	§ 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 .....	70
II.	Organschaft und Umwandlung .....	70
D.	Besteuerung der Anteilseigner - § 13 UmwStG .....	71
E.	§§ 27-29 KStG .....	71
F.	§ 19 – Gewerbesteuer .....	72
<b>Kapitel 8</b>	<b>Spaltung von Körperschaften .....</b>	<b>74</b>
1. Teil	Einleitung .....	74
2. Teil	Teilbetriebsbegriff .....	75

<b>Kapitel 9 Einbringung von Unternehmensteilen in Kapitalgesellschaften und Anteilstausch .....</b>	<b>79</b>
<b>1. Teil</b> Abgrenzung und Grundfälle .....	79
<b>A.</b> "Technikwechsel" .....	79
<b>B.</b> Einbringung von Unternehmensteilen .....	80
<b>C.</b> Anteilstausch .....	83
<b>D.</b> Konkurrenz .....	84
<b>E.</b> Besteuerung des Anteilseigners.....	84
<b>2. Teil</b> Einbringung von Unternehmensteilen in eine Kapitalgesellschaft .....	85
<b>A.</b> Vorbemerkung.....	85
<b>B.</b> Die Tatbestände des § 20 UmwStG.....	85
<b>I.</b> Anwendungsbereich.....	85
<b>1.</b> Beteiligte der Einbringung .....	85
<b>2.</b> Gegenstand der Einbringung .....	85
<b>3.</b> Zeitpunkt der Einbringung .....	85
<b>II.</b> Bewertung des übernommenen Vermögens.....	85
<b>1.</b> Inhalt und Einschränkungen.....	85
<b>2.</b> Verhältnis zum Handelsrecht .....	89
<b>3.</b> Ausübung des Wahrechtes, Bindung, Bilanzberichtigung .....	89
<b>a)</b> Antrag im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 3 und § 24 Abs. 2 S. 3 UmwStG .....	89
<b>b)</b> Fristbeendende Schlussbilanz für Bewertungswahlrecht beim qualifizierten Anteilstausch i.S.d. § 21 und Antrag .....	90
<b>c)</b> Der Antrag bei Einbringungen im Sinne des § 20 Abs. 1 .....	96
<b>III.</b> Besteuerung des Einbringungsgewinn, Anschaffungskostenbestimmung	101
<b>1.</b> Besteuerung des Einbringungsgewinns .....	101
<b>2.</b> Anschaffungskosten .....	102
<b>C.</b> Auswirkungen bei der übernehmenden Gesellschaft.....	104
<b>I.</b> Allgemeines.....	104
<b>II.</b> Buch- oder Zwischenwertansatz .....	104
<b>III.</b> Besonderheiten beim Zwischenwertansatz.....	104
<b>IV.</b> Ansatz des gemeinen Wertes .....	105
<b>3. Teil</b> Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften .....	105
<b>A.</b> Allgemeines.....	105
<b>B.</b> Persönlicher Anwendungsbereich.....	105
<b>I.</b> Einbringender .....	105
<b>II.</b> Übernehmende Gesellschaft.....	105
<b>III.</b> Erworbene Anteile .....	105
<b>C.</b> Bewertung der eingebrachten Anteile .....	105
<b>I.</b> Ansatz des gemeine Wertes .....	105
<b>II.</b> Bewertungswahlrecht .....	105
<b>1.</b> Begriff des qualifizierten Anteilstausches.....	105

2.	Einschränkung des Bewertungswahlrechtes .....	106
3.	Verhältnis zum Handelsrecht .....	106
4.	Ausübung des Wahlrechtes, Bindung, Bilanzberichtigung .....	106
D.	Ermittlung des Veräußerungspreises und der Anschaffungskosten .....	106
E.	Besteuerung des Einbringungsgewinns .....	106
F.	Keine Rückwirkung beim echten Anteilstausch .....	106
<b>4. Teil</b>	<b>Besteuerung der Anteilseigner .....</b>	<b>107</b>
A.	Allgemeines .....	107
B.	Einbringungsgewinn I und nachträgliche Aufstockung.....	109
I.	Sacheinlage - § 22 Abs. 1 .....	109
II.	Aufstockung bei Sacheinlage ohne miteingebrachte Anteile .....	109
III.	Entrichtung der Steuer .....	109
C.	Einbringungsgewinn II und nachträgliche Aufstockung .....	109
I.	Sacheinlage - § 22 Abs. 2 Alt. 2 und Alt. 1 .....	109
II.	Aufstockung.....	109
III.	Entrichtung der Steuer .....	109
D.	Ähnliche Ereignisse i.S.d. § 20 Abs. 1 S. 1 UmwStG - § 22 Abs. 1 S. 6 i.V.m. Absatz 2 Satz 6 .....	110
<b>Kapitel 10</b>	<b>Die Einbringung von Unternehmensteilen in Personengesellschaften..</b>	<b>112</b>
<b>1. Teil</b>	<b>Allgemeines und Abgrenzung .....</b>	<b>112</b>
<b>2. Teil</b>	<b>Einbringungstatbestand.....</b>	<b>112</b>
A.	Grundtatbestand und Anwendung der Regeln zu § 20 .....	112
B.	Die Anwendungsfälle des § 24 Abs. 1 und Abgrenzung.....	113
I.	Umwandlungsfälle im engeren Sinne.....	113
II.	"Einbringungen" .....	114
III.	Anwachsung .....	114
IV.	Erweiterungs- und Kapitalerhöhungsfälle .....	115
V.	Einlage von Privatvermögen .....	116
VI.	Unentgeltliche Übertragungen.....	116
VII.	Realteilungen.....	116
VIII.	Ausscheiden gegen Sachwertabfindung.....	117
IX.	Rückwirkung .....	118
<b>3. Teil</b>	<b>Die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen .....</b>	<b>119</b>
A.	Gegenleistung .....	119
I.	Allgemeines .....	119
II.	Einbringung mit Zuzahlung zu Buchwerten.....	119
III.	Einbringung mit Zuzahlung zu gemeinen Werten .....	120
B.	Bilanzierung.....	120
I.	Ergänzungsbilanzen.....	120
II.	§ 4 Abs. 3 - EStG - Rechnung.....	123
<b>4. Teil</b>	<b>Besteuerung des Einbringenden .....</b>	<b>125</b>

5. Teil	Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 24 Abs. 5 UmwStG .....	125
<b>Kapitel 11</b>	<b>Anwendungsbeispiele .....</b>	<b>128</b>
1. Teil	Die Betriebsaufspaltung in der Unternehmensnachfolge.....	128
2. Teil	Die GmbH & Co KG mit Sonderbetriebsvermögen .....	128
3. Teil	Das gewerbliche Einzelunternehmen/die Praxis des Freiberuflers.....	133

## 2. Teil      Betroffene Steuerarten und System des UmwStG

Von der Rückwirkungsfiktion sind nur die Ertragsteuern (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Gewerbeertragsteuer) erfasst, nicht jedoch die Verkehrssteuern und insbesondere nicht die Umsatzsteuer.

### 12. Beispiel

*Die A GmbH wird mit Eintragung am 10.09.01 mit Wirkung zum 31.12.00 auf die B-GmbH verschmolzen. Das Einkommen des Jahres 01 ist bereits so zu ermitteln, als ob die Gesellschaften in diesem Jahr bereits fusioniert gewesen wären. Die A - GmbH muss jedoch noch für den September 01 eine Umsatzsteuervoranmeldung abgeben und für 01 noch eine Jahreserklärung. Dies wird, weil die Gesellschaft mit Eintragung der Verschmelzung erloschen ist, deren Rechtsnachfolgerin, die B GmbH für sie machen.*

Ferner gibt es mehrere Rückwirkungsvorschriften:

- § 2 für die §§ 3 bis 19 mit Sonderregelungen in § 9.
- §§ 20 Abs. 5 und 6 (§25), die in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge auch bei § 24 gelten (§ 24 Abs. 4 HS 2).

Hieraus folgt auch, dass die Rückwirkungsregeln bei den entsprechenden Regelungen des UmwStG nachfolgend dargestellt werden müssen.

### 3. Teil Die Rückwirkung des § 2 UmwStG

#### A. Wann muss der übernehmende Rechtsträger bestehen?

Randnr. 02.11

Gedankliche Schwierigkeiten macht immer wieder auch die Frage, ob in den Fällen der Umwandlung durch Aufnahme der aufnehmende Rechtsträger zum Zeitpunkt der handels- und steuerlichen Rückwirkung bereits bestanden haben muss.

#### 13. Beispiel

*Der Anton ist Inhaber der A GmbH. Er will diese unter handelsbilanzieller „Hebung“ der vorhandenen stillen Reserven in eine GmbH & Co. KG umwandeln. Vor diesem Hintergrund gründet er am 15.04.2009 (Eintragung im Handelsregister) die A GmbH & Co. KG. Im Anschluss beschließt er die Verschmelzung der A GmbH unter Berücksichtigung einer steuerlichen Schlussbilanz zum 31.12.2008 und eines handelsrechtlichen Rückwirkungsstichtages zum 01.01.2009 auf diese GmbH & Co. KG. Nach der Anmeldung der Verschmelzung wird diese noch im Juli 2009 im Handelsregister der aufnehmenden GmbH & Co. KG eingetragen.*

Die steuerliche Rückwirkungsfiktion des § 2 setzt ebenso wie die handelsrechtliche Rückknüpfung nicht voraus, dass auch die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen am steuerlichen Übertragungsstichtag vorliegen. Die in diesem Beispiel geschilderte rückwirkende Verschmelzung durch Aufnahme ist auch dann möglich, wenn die aufnehmende Gesellschaft am steuerlichen Übertragungsstichtag zivilrechtlich noch nicht bestanden hat.

## B. Bestimmung des Rückwirkungszeitraumes

Randnr. 02.01. - 02.06

### I. Verschmelzungen und Spaltungen

In den Fällen des § 2 Abs. 1 ergibt sich der Rückwirkungszeitraum nicht aus dem Umwandlungssteuergesetz selbst. Vielmehr folgt dieser aus einer Zusammenschau aus den Regelungen des § 17 Abs. 2 UmwG und des § 2 Abs. 1 und Abs. 2. In den Verschmelzungs- und Spaltungsvereinbarungen ist der Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an die Rechtshandlungen des übertragenden Rechtsträgers für den übernehmenden erfolgen (zum Beispiel § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG). Dieser Zeitpunkt kann jedoch nicht vollständig frei bestimmt werden. Da der Anmeldung der Umwandlung eine Schlussbilanz beizufügen ist, die nicht älter als acht Monate sein darf (§ 17 Abs. 2 S. 4 UmwG), darf zwischen dem Tag der Anmeldung der Umwandlung zum Handelsregister und dem Schlussbilanzstichtag des übertragenden Rechtsträgers ein Maximalzeitraum von acht Monaten liegen.

#### 14. Beispiel

*Die A GmbH soll auf die B GmbH verschmolzen werden. Die A GmbH erstellt ihre Schlussbilanz auf den 31.12.2008.*

*Allein unter Praktikabilitätserwägungen werden die Parteien hier den 01.01.2009 als handelsrechtlichen Rückwirkungsstichtag im Rahmen der Umsetzung dieser Maßnahme im Verlaufe des Jahres 2009 bestimmen. Denn das Ergebnis der A GmbH bis zum 31.12.2008 wird noch in diesem Jahresabschluss (Schlussbilanz) erfasst. Erst mit der neuen Rechnungsperiode erfolgt die Zurechnung zu dem Gewinn der übernehmenden B GmbH. Wird die Umwandlung in dieser Form durchgeführt, muss sie gemäß § 17 Abs. 2 S. 4 unter Beifügung der Schlussbilanz spätestens bis zum 31.08.2009 beim Handelsregister angemeldet sein.*

Es ist umstritten, ob für die Einreichung der Bilanz durch das Registergericht eine Nachfrist gesetzt werden kann. Mit der zutreffenden herrschenden Meinung, die für die Beratungspraxis dringend berücksichtigt werden sollte, ist dies jedoch abzulehnen<sup>2</sup>. Denn im Zweifel erfolgt sonst die Ablehnung der Eintragung. Dann schließt sich entweder ein langer Rechtsstreit mit dem Registergericht an, in dessen Verlauf mangels Eintragung die Umwandlung unvollendet bleibt (§ 20 UmwG) und an dessen Ende ggfs. die rechtskräftige Ablehnung steht. Oder die Kosten und Mühen müssen sofort auf einen neuen Stichtag wiederholt werden.

<sup>2</sup> vgl. LG Frankfurt a. M., GmbHR 1998, 379; OLG Köln, GmbHR 1998, 1085.

Hervorzuheben ist überdies, dass der handelsrechtliche Rückwirkungsstichtag nicht mit dem steuerlichen Rückwirkungsstichtag i. S. d. § 2 Abs. 1 übereinstimmt. Der handelsrechtliche Rückwirkungsstichtag ist der Tag, der auf den Tag der Schlussbilanzierung folgt. Der handelsrechtliche Rückwirkungsstichtag ist regelmäßig der Beginn des folgenden Tages.

## II. Formwechsel

**Randnr. 09.01.-09.02**

**Randnr. 25.01**

Nur in jenen Fällen, in denen das Umwandlungsgesetz eine Rückwirkung nicht benötigt, nämlich in den Fällen des Formwechsels, sind selbstständige steuerrechtliche Vorschriften zu beachten. Für den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ordnet § 9 an, dass als „Übertragungsstichtag“ der Tag gilt, auf den die steuerlichen Schlussbilanzen aufgestellt werden (§ 9 S. 3).

## C. Rechtsfolgen der Rückwirkung bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften

### I. Bilanzierung bei Rechtsformänderungen und Folgen der Rückwirkung

In diesem Zusammenhang ist zwischen übertragenden Umwandlungen (Verschmelzungen und Spaltungen) in Fällen der Rechtsformänderung **durch Aufnahme** und in Fällen der Rechtsformänderung durch **Neugründung** zu differenzieren. Unterschieden werden muss dann wiederum zwischen **handelsrechtlichen** und **steuerlichen** Bilanzierungspflichten. Eine eigene Rolle hat hier wegen des fehlenden Vermögensübertragungstatbestandes dann erneut die Umwandlung durch Formwechsel.

## Übersichten

**Bilanzen in Abhängigkeit vom Instrument „Gründung“ oder Kapitalerhöhung**Gründung:

Es sind Schlussbilanzen für die ÜT und Eröffnungsbilanzen für die ÜN auf denselben Stichtag zu machen!

Beachte:

Hierher gehört steuerlich auch der Formwechsel!

Kapitalerhöhung (Aufnahme):

Der ÜT macht eine Schlussbilanz. Der ÜN schafft an! Der erste Pflichtabschluss ist der Abschluss zum Stichtag nach der Erfüllung (Übereignung). Bilanzen des ÜN auf den Schlussbilanzstichtag sind technische „Übernahmebilanzen“

7

**Zusammenhang zwischen Steuer- und Handelsbilanzen bei Umwandlungen**

- Es gibt grundsätzlich keine Maßgeblichkeitsregeln !

8

## Zusammenhang zwischen Steuer- und Handelsbilanzen

### Steuerrecht

ÜT: §§ 3 und 11 = WR

ÜN: §§ 4 und 12 =  
Bindung an ÜT

### Handelsrecht

ÜT: § 17 Abs. 2  
UmwG= Buchwert

ÜN: § 24 UmwG  
= WR

Sonderfall: Formwechsel

9

## 1. Übertragende Umwandlungen

### a) Umwandlung durch Neugründung

In den Fällen der Verschmelzung durch Neugründung fallen der handelsrechtliche Schlussbilanzstichtag, der steuerliche Schlussbilanzstichtag sowie die handels- und steuerrechtliche Eröffnungsbilanzierung. regelmäßig zusammen.

#### 15. Beispiel

*Die A GmbH und die B KG beschließen eine Verschmelzung durch Neugründung zur A&B AG. Die A GmbH erstellt ihre handelsrechtliche und steuerliche Schlussbilanz auf den 31.12.2008. Als handelsrechtlicher Rückwirkungsstichtag ist der 01.01.2009 vereinbart. Auf diesen erstellt die A&B AG ihre Eröffnungsbilanzen.*

Zu Fragen der Bilanzierungsabgrenzung wegen der Rückwirkung – In welchen Bilanzen sind die Vermögensgegenstände zu erfassen? – kommt es bei diesen Vorgängen regelmäßig nicht. Denn die Bilanzierungspflicht des neu gegründeten Unternehmens entsteht erst nach Eintritt der Wirksamkeit der Umwandlung.

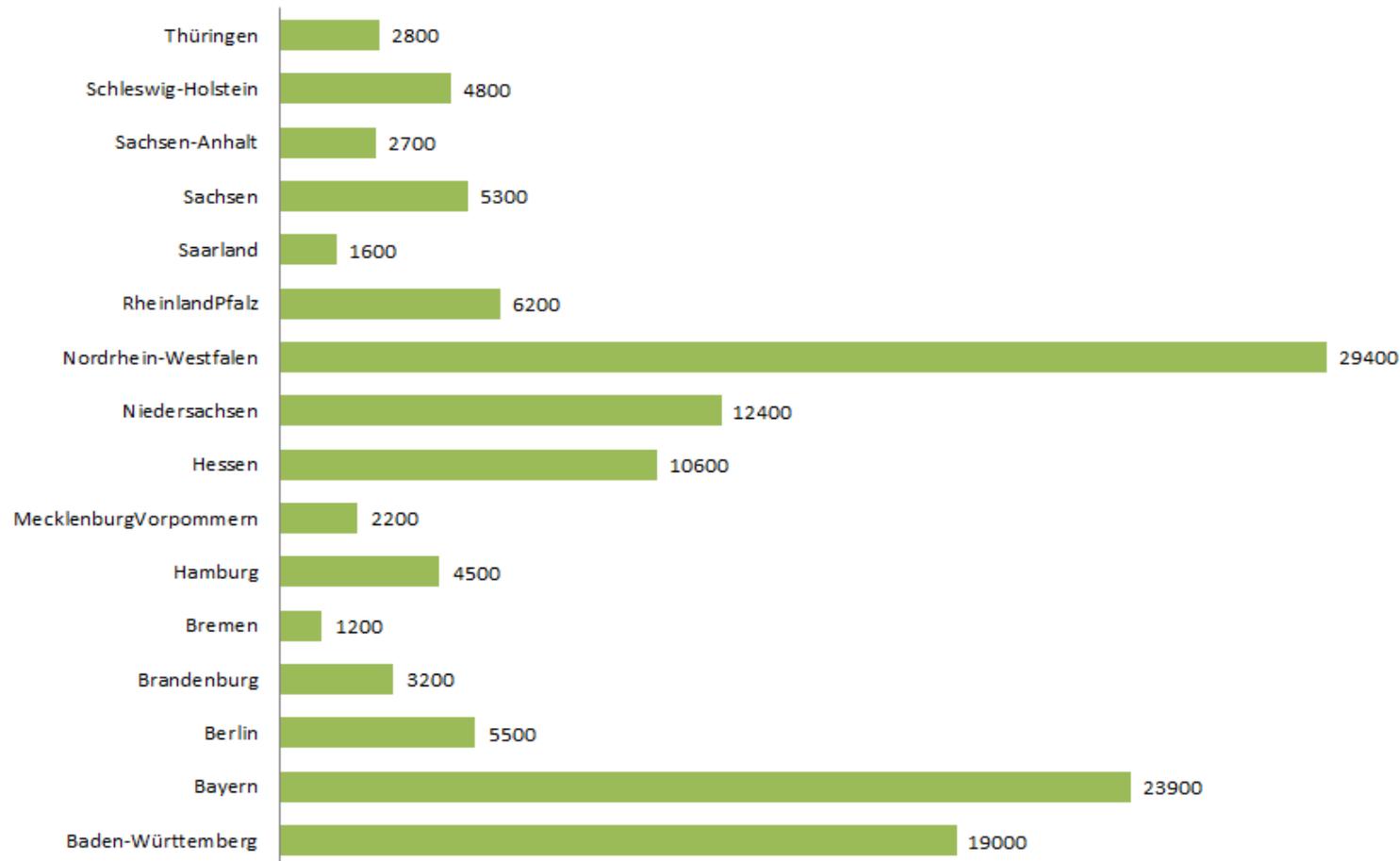
# Unternehmensnachfolge -Altersversorgung-

Christoph Gehling  
Leiter Consulting Key Account bAV

Funk Vorsorgeberatung GmbH  
Funk Pensionsmanagement GmbH  
München

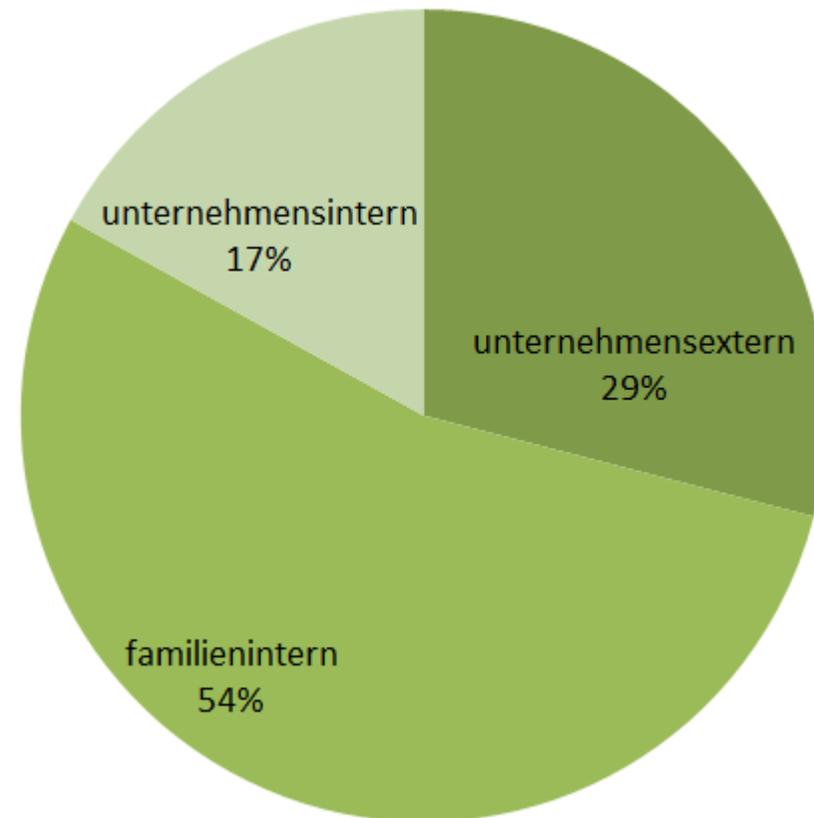
80 % der Geschäftsführer haben  
eine bAV (Kienbaum  
"Geschäftsführer Vergütung")

## Übergabe anstehende Unternehmen

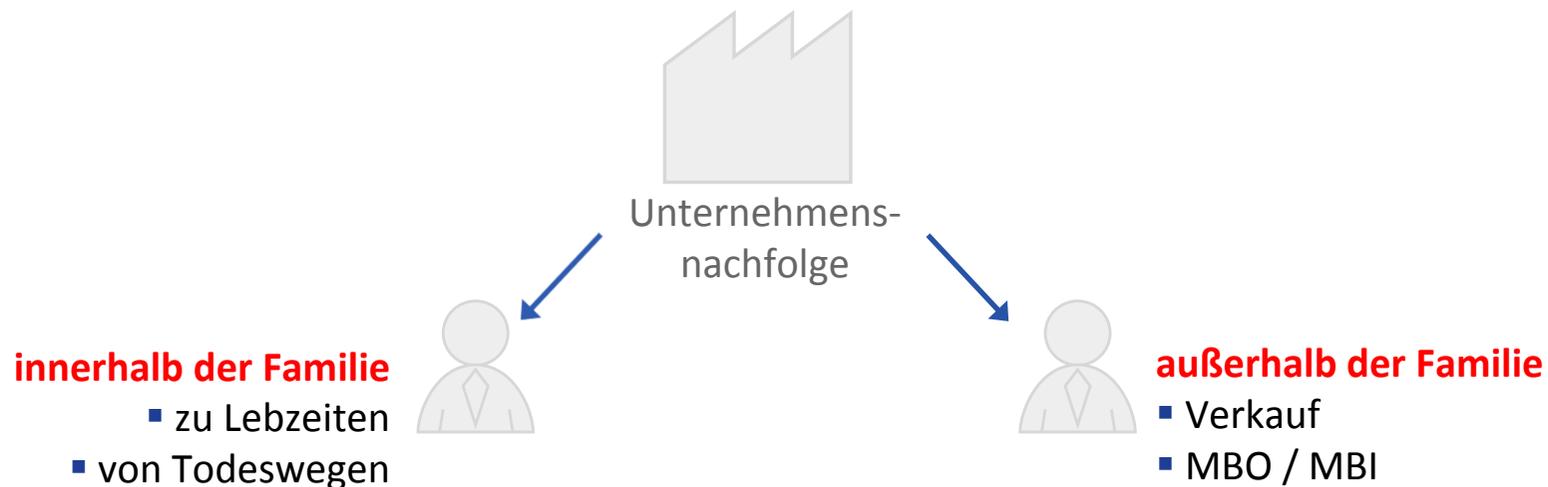


## Gewählte Nachfolgelösung

- 135.000 Unternehmen stehen zur Übergabe bereit



## Zielkonflikte bei Unternehmensnachfolge



### Ziele des Übergebers

- Hoher Kaufpreis (Herzblutrendite)
- **Sicherstellung der Altersvorsorge**
- Konfliktvermeidung
- Sicherung des Einflusses im Unternehmen

### Ziele des Nachfolgers

- Niedriger Kaufpreis
- Wirtschaftliche Gegenleistung
- Entscheidungsfreiheit

## Agenda

Grundlagen der betrieblichen Altersversorgung

Der Status des Gesellschafter-Geschäftsführers

Steuerliche Prüfungsebene

Bilanzierung von Pensionszusagen

Bewertung der wirtschaftlichen Verpflichtung

Finanzierung von Pensionszusagen - die Lebensversicherung im Focus

Anpassung von Pensionszusagen

## Agenda

Auslagerung von Pensionszusagen

Contractual Trust Agreements (CTA)

Die Rentner GmbH

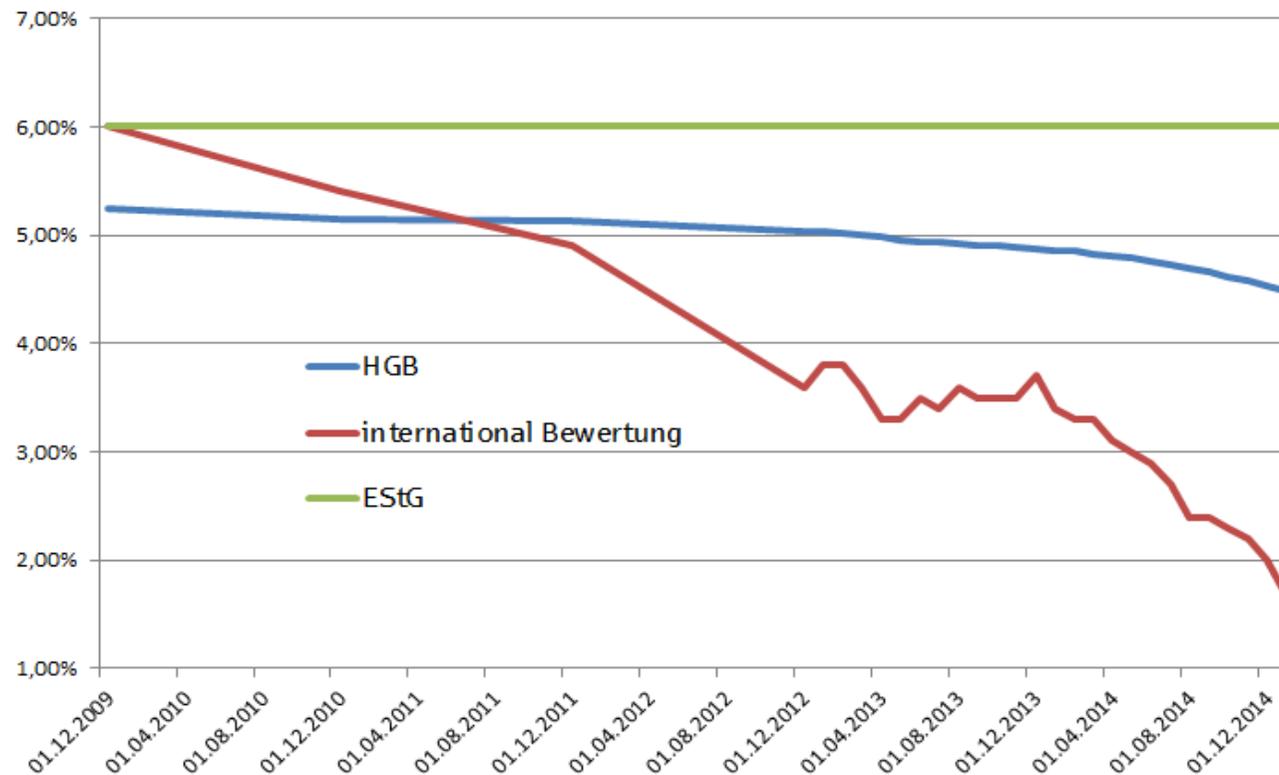
Liquidationsdirektversicherung

Erbschaftsteuerliche Behandlung von Pensionszusagen

Geschäftsführung nach Erreichen des vertraglichen Pensionsalters

Betriebsrentenstärkungsgesetz

## Bilanzierung von Pensionszusagen



## Teilwertverfahren

Die Rückstellung in der Steuerbilanz erfolgt im sogenannten Teilwertverfahren (§ 6a Abs. 3 EStG). Das Teilwertverfahren entspricht einem gleichmäßigen Sparvorgang mit einem Rechnungszins 6 % von Zusagebeginn bis zum Renteneintrittsalter mit dem Sparziel des Rentenbarwerts der Verpflichtung.

Mit der Änderung des R 6a Abs. 8 EStR wurde das Mindestrentenalter für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer angehoben (ab Jahrgang '62: 67).

Nach § 6a Abs. 4 EStG darf eine Pensionsrückstellung in einem Wirtschaftsjahr höchstens um den Differenzbetrag des Teilwerts des vorhergegangenen Wirtschaftsjahres erhöht werden. Unterlassene Zuführungen dürfen nicht nachgeholt werden (Nachholverbot).

## Teilwertverfahren

1. Ermittlung des Barwerts der Rente bezogen auf den Eintritt des Versorgungsfalls
2. Abzinsung des ermittelten Barwerts der Rente auf den jeweiligen Bilanzstichtag
3. Abzinsung des Barwerts der Rente auf den Zeitpunkt des Eintritts in den Betrieb
4. Umrechnung in gleiche Jahresbeträge (Annuität)
5. Ermittlung des Barwerts der vom Bilanzstichtag bis zum Versorgungsfall anfallenden gleichen Jahresbeträge
6. Ermittlung des Bilanzansatzes (Teilwert): Kürzung des ermittelten Barwerts der Rente auf den jeweiligen Bilanzstichtag um den Barwert der bis zum Versorgungsfall anfallenden gleichen Jahresbeträge

## Teilwertverfahren

Teilwertverfahren = Anwartschaftsdeckungsverfahren

- steuerrechtliche Vorschriften kodifiziert in § 6a EStG:
  - Kalkulationszinsfuß 6%
  - keine Gehaltstrends (nur die Veränderungen einrechenbar, die bereits eingetreten sind)
- Verteilung des Versorgungsaufwandes gleichmäßig = annuitätisch über die Dienstzeit (mit Hilfe von „anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik“)
- Teilwert = Differenz des Barwertes der zukünftigen Pensionsleistungen und des Barwertes der noch ausstehenden gleichbleibenden Jahresbeträge

## B. Finanzierung

Dipl-Kfm. Fabian Tim Durst, LL.M.

### **B. Finanzierung**

#### **I. Unternehmensnachfolge, Finanzierungsmodelle**

- I.1. Abgrenzung Unternehmenstransaktionen
- I.2. Übergabe innerhalb der Familie
- I.3. Verkauf an das eigene Management (MBO)
- I.4. Nachfolgeregelung durch betriebsfremden Dritten
- I.5. Nachfolgeregelungen mit Finanzinvestoren

#### **II. Beratung des abgebenden Unternehmers**

- II.1. Herausforderungen in der Beratung
- II.2. Ablauf eines Verkaufsprozesses

#### **III. Finanzierungshilfen des abgebenden Unternehmers für den Erwerber**

- III.1. Verkäuferdarlehen (Seller's Note)
- III.2. Earn-Out Regelung
- III.3. Mieten und Pachten



### **B. Finanzierung**

#### **IV. Eigenfinanzierung versus Fremdfinanzierung**

- IV.1. Übersicht Finanzierungsmodelle
- IV.2. Erfolgsfaktoren bei der Akquisitionsfinanzierung
- IV.3. Bridge Financing
- IV.4. Formen der Endfinanzierung
- IV.5. Rating
- IV.6. Refinanzierung aus Sachanlagevermögen

#### **V. Hybride Finanzierungsformen**

- V.1. Hybride Finanzierungsformen in Deutschland
- V.2. Grundstrukturen von Mezzanine-Kapital
- V.3. Beurteilung im internen Rating der Kreditinstitute

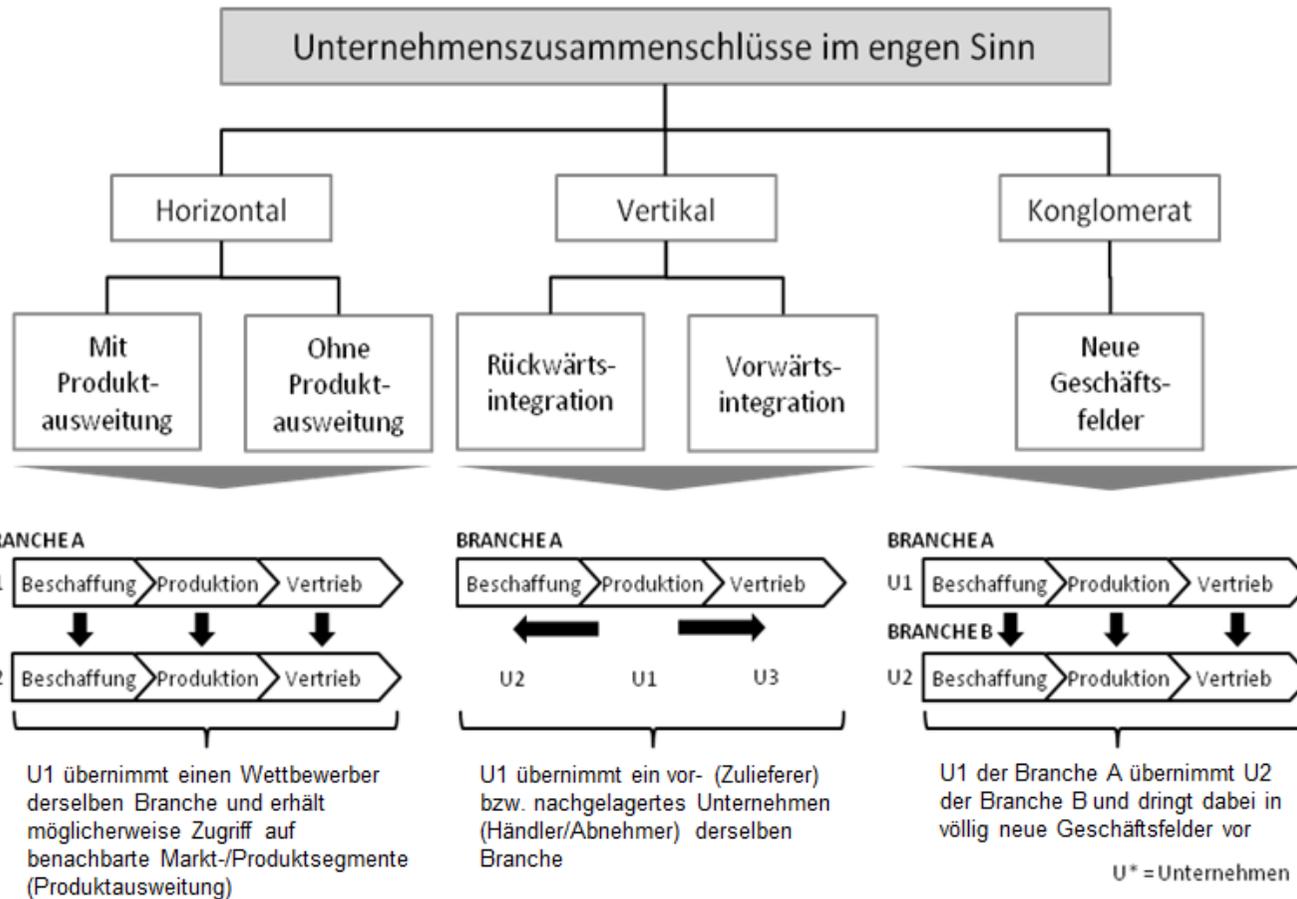
#### **VI. Öffentliche Finanzierungshilfen**

- VI.1. KFW-Programme für Nachfolgeregelungen
- VI.2. Mittelständische Beteiligungsgesellschaften

# I. Unternehmensnachfolge, Finanzierungsmodelle

# I.1. Abgrenzung Unternehmenstransaktionen

## Mögliche strategische Konzepte - Käufersicht



### **III. Finanzierungshilfen des abgebenden Unternehmers für den Erwerber**

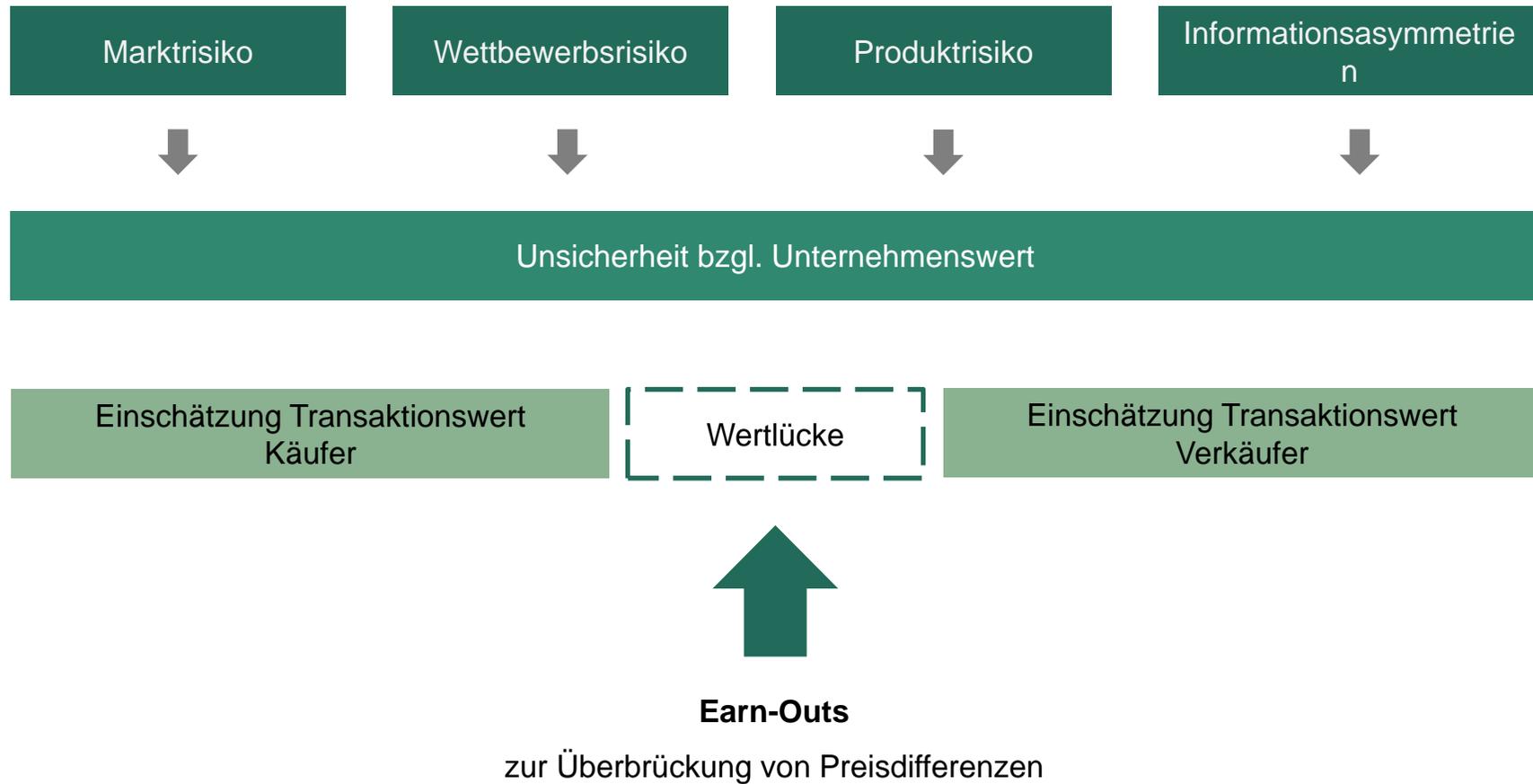
## III.1. Verkäuferdarlehen (Seller's Note)

### Finanzierungsbaustein und vertrauensbildende Maßnahme

- Stundung des Kaufpreises durch den Unternehmensverkäufer, in dem dieser dem Erwerber ein Darlehen über einen Teil des Verkaufspreises gewährt
- Dieses Modell bietet sich insbesondere dann an, wenn der Verkäufer noch für einige Zeit in dem Unternehmen mitverantwortlich verbleibt
- Der Verkäufer haftet als Gläubiger nicht im Insolvenzfall, aber er kann ggf. durch einen Rangrücktritt gegenüber anderen Gläubigern benachteiligt sein
- Das Verkäuferdarlehen ist kein bilanzielles Eigenkapital, wird im Ratingprozess aber regelmäßig als wirtschaftliches Eigenkapital behandelt
- Die Laufzeit beträgt bis zu 10 Jahren (3 - 5 Jahre üblich) bei einer fest laufenden Verzinsung i.H.v. 7 – 10% p.a.; die Verzinsung kann auch erfolgsabhängig strukturiert werden (Besserungsschein; Earn-Out)
- Nachteile für den Verkäufer:
  - Er verliert den Vorteil des Barverkaufs (d.h. die Vermeidung von Zahlungsrisiken) und
  - die nachrangigen Forderungen tragen weiterhin unternehmerisches Risiko

## III.2. Earn-Out Regelung

### Einigung trotz Uneinigkeit



## III.2. Earn-Out Regelung

### Erfolgsabhängige Kaufpreiszahlung



Basiszahlung

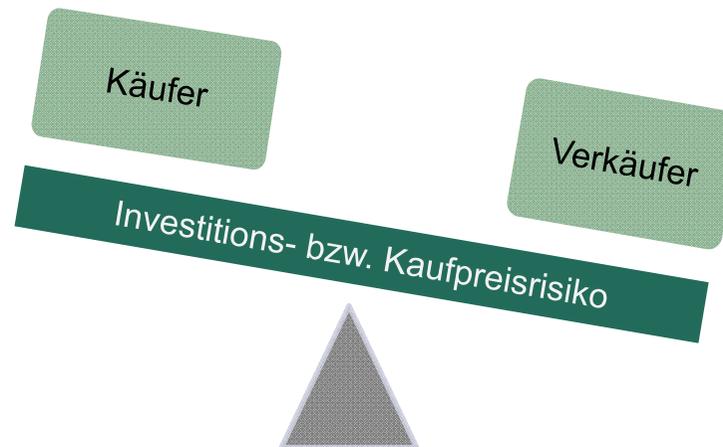
t = 0 Transaktionsabschluss

Zusatzzahlung

t = + 2 bis 5 Jahre

Die nachgelagerte Zahlung muss verdient werden („Earn-Out“), wobei zugrundeliegende Erfolgsgrößen i.d.R. Finanzkennzahlen wie Umsatz, EBIT(DA) oder Cash Flow-Größen sind

### Risikoumverteilung



- Earn-Out-Klauseln ermöglichen eine Risikoumverteilung:
  - Anders als im gesetzlichen Regelfall partizipierter der Alteigentümer weiterhin an der Entwicklung des Unternehmens
  - Besonders interessant, wenn der Alteigentümer weiterhin als Geschäftsführer agiert und / oder Nutzung von Know-How und Wissenstransfer ausschlaggebend für den künftigen Unternehmenserfolg sind
- Gleichzeitig finanzielle Entlastung für Verkäufer zum Transaktionszeitpunkt

### Vorteile und Begriffsabgrenzung

- Gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen stellen die Betriebsimmobilie bzw. einzelne Maschinen oder Fertigungsanlagen einen sehr hohen, anteiligen Sachwert da
- Der Verkäufer kann diese Vermögensgegenstände vor dem Verkauf der Gesellschaft aus dem Unternehmen separieren oder der Käufer erwirbt diese nicht mit (Asset Deal)
- Im Falle von Maschinen oder Fertigungsanlagen bietet sich ein Mietkaufvertrag an, da eine Drittverwertung nach einer längeren Nutzung für den Verkäufer unattraktiv ist
- Werden Betriebsimmobilien im Rahmen von Nachfolgesituationen aus dem Betriebsvermögen herausgelöst und an den Nachfolger als Finanzierungsbaustein vermietet, sind Mietdauern von 5 - 10 Jahren üblich.  
Oft werden die Mietverträge noch mit Kaufoptionen oder Vorkaufsrechten ausgestattet
- Anders als beim Mietvertrag kann der Pachtvertrag als gegenseitiger Vertrag nicht nur über Sachen, sondern zusätzlich auch über Rechte geschlossen werden. Im Pachtvertrag kann als Gegenleistung nicht nur (wie im Mietvertrag) ein fester monatlicher Betrag vereinbart werden, sondern auch Zahlungen in Abhängigkeit vom Umsatz oder Ertrag (oft in Gastronomie oder Landwirtschaft)
- Pacht von kompletten Unternehmen, wird als Unternehmenspacht bezeichnet

## **IV. Eigenfinanzierung versus Fremdfinanzierung**

### Finanzierung als kritischer Erfolgsfaktor im Akquisitionsprozess

- Relativ selten sind Unternehmen in der Lage, einen Unternehmenskauf aus den selbst verfügbaren Mitteln finanzieren zu können. Der Strukturierung einer Finanzierung kommt somit eine hohe Bedeutung zu. Sie ist oftmals entscheidend für den Gesamterfolg einer Akquisition
- Wichtiger Baustein im Wettbewerb mit anderen Interessenten
- Möglicher Dealbreaker
- Verknüpfung mit Kaufpreis
- Einflussgröße beim CFROI (Cash Flow Return on Investment)
- Die Verknüpfung der Finanzierung mit dem Kaufpreis zeigt sich insbesondere bei dem Bewertungsverfahren nach DCF (Discounted Cash Flow)
  - Der künftige Cash Flow wird unter Abzinsung des WACC (Weighted Average Cost of Capital) bewertet:

$$WACC = \left[ \frac{EK}{(EK + FK)} \times r_{EK} \right] + \left[ \frac{FK}{(EK + FK)} \times r_{FK} \times (1 - tax\ rate) \right]$$



Ein Unternehmen der  
Verlagsgruppe

**ottoschmidt**

---

# Fachberater für Unternehmensnachfolge

Skript „Familienunternehmen“

Dr. Frank Halter

## **Bemerkung:**

Nachstehend finden Sie einzelne Texte, die ausschliesslich zu Schulungszwecken verwendet werden dürfen im Rahmen des obigen Programms. Die Texte stammen aus verschiedenen Publikationen und dürfen nur für Eigenbedarf und im Rahmen der obigen Veranstaltung genutzt werden. Die Quellenangaben dürfen selbstverständlich weiter empfohlen werden.

Industrie gegründet. Mittlerweile sieht er seine Zukunft ausserhalb des elterlichen Unternehmens aber immer noch als Unternehmer. Das war allerdings nicht immer so: Vor drei Jahren hatte Dominik den Einstieg im elterlichen Unternehmen versucht. Damals ging es um die Einführung einer Standardsoftware für Produktionsplanung, Finanzen und Personal. Bei diesem Projekt waren sich Dominik und sein Vater aber in die Haare geraten, was dazu führte, dass Dominik das Unternehmen nach 11 Monaten frustriert und im Streit mit seinem Vater wieder verliess. Dominik meint über diese Erfahrung:

*„Es tat damals weh und manchmal tut es dies auch heute noch. Wenn Dir Dein eigener Vater das Vertrauen und die Unterstützung entzieht, dann kommst Du nicht weit. So war das bei mir, ich hatte keine Chance, die hohen Erwartungen meines Vaters zu erfüllen. Mittlerweile habe ich das akzeptiert und gehe meinen eigenen Weg. Aber wenn ich sehe, wie sehr er sich einen Einstieg von Marc wünscht, dann kommen in mir die Emotionen hoch. Es gibt da schon ein paar Themen, die nicht gut gelaufen sind, und mein Vater weiss das. Mir müssen das irgendwie bereinigen, diese Vorkommnisse hängen einfach über dem ganzen Nachfolgethema, obwohl niemand gerne darüber spricht.“*

Petra (28) hat keine eigenen unternehmerischen Pläne. Nach Ihrem Studium arbeitete Sie eine Zeit lang als Apothekerin im Pharmahandel, möchte sich jedoch im Sportmanagement beruflich etablieren. Für sie ist diese Sache mit dem Unternehmen relativ einfach:

*„Ich bin doch froh, wenn das einer meiner Brüder macht. Ich sehe mich nicht in dieser Verantwortung und möchte auch nicht so angebunden sein. Ich habe doch gesehen, wie mein Vater unter Druck stand. Das ist nichts für mich, auch wenn die Firma erfolgreich zu sein scheint.“*

### **Erste Gedanken zur Nachfolge**

Schon im Alter von 50 Jahren hatte sich Peter Bernet erste konkretere Gedanken zu einer Nachfolge gemacht, aber heute mit 58 Jahren ist das Thema auf seiner Prioritätenliste weit nach oben gerutscht. Wenn man mit ihm über eine Unternehmensübergabe spricht, so hat er doch einige erstaunlich präzise Vorstellungen:

*„Wichtig ist mir, dass das Unternehmen weiterbesteht, wenn möglich als unabhängiges Unternehmen. Dazu gehört auch, dass es zu keinem Arbeitsplatzabbau kommt. Unsere Mitarbeiter waren und sind entscheidend für den Erfolg des Unternehmens. Es ist schon so, ich suche jemanden, dem ich dieses Unternehmen anvertrauen kann. Er oder natürlich auch sie muss zum Unternehmen aber auch zu mir passen.“*

Es ist nicht so, dass Peter Bernet den Bettel einfach hinwerfen möchte. Er ist jedoch müde, die Verantwortung für die operative Führung des Unternehmens zu tragen. Kundenkontakte, internationale Expansion, Produktionsplanung, Mitarbeiterführung und vieles mehr nagen zunehmend an seiner Freude bei der Arbeit. Er sehnt sich auch nach mehr Zeit für sich neben der Arbeit.

Ihm schwebt vor, die Leitung des Unternehmens in ca. 2 bis 3 Jahren abzugeben und danach auch seine Aktien zu übertragen. Wie und wann genau die Übergabe vor sich gehen soll, darüber hat Peter Bernet nur vage Vorstellungen. Dabei wäre es für ihn durchaus vorstellbar, noch eine Zeit lang im Unternehmen in der Entwicklung mitzuarbeiten, und auch noch gewisse Kunden zu betreuen. Er sieht sich während einer Frist von vielleicht fünf Jahren noch als Teilzeitmitarbeiter. Auch im Verwaltungsrat des Unternehmens sieht er sich in der Zukunft, dort durchaus noch etwas länger, falls es sein müsste. Obwohl Peter Bernet in diesen Fragen relativ offen ist, bringt er im kleinen Kreis zum Ausdruck, dass er auch nach der Übergabe mit dem Unternehmen in der einen oder anderen Form verbunden bleiben will. Die operative Gesamtverantwortung für das Unternehmen möchte er aber definitiv bald abgeben.

Natürlich denkt er beim Thema Nachfolge immer auch an seine Kinder und fragt sich, ob diese an einer Übernahme Interesse haben. Er weiss, dass Marc sich einen Einstieg grundsätzlich vorstellen kann.

Auf die direkt gestellte Frage, ob er sich einen Einstieg vorstellen könnte, meinte Marc vor einigen Monaten:

*„Grundsätzlich schon. Ich sehe das bis zu einem gewissen Grad als Verpflichtung, etwas Erfolgreiches weiterzuführen. Ehrlicherweise bin ich jetzt nicht so wahnsinnig von Kunststoff und Spritzguss begeistert. Aber das kann sich auch noch entwickeln. Was natürlich schon in meine Überlegungen reinspielt ist, dass dies finanziell wohl eine attraktive Sache wäre. Also grundsätzlich kann ich mir das schon vorstellen. Sicher brauche ich das richtige Team um mich herum.“*

Für Marc drängen sich verschiedene Fragen auf, insbesondere wann er denn einsteigen sollte, in welcher Funktion, ob er die Unterstützung der Mitarbeiter hätte, wann er CEO würde, und auch ob er der Herausforderung wirklich gewachsen wäre. Eine Kompetenzabgrenzung insbesondere zu seinem Vater in einer Übergabephase ist ihm wichtig. Zudem kommt für ihn eine Zusammenarbeit mit seinen Geschwistern nicht in Frage. Marc sucht eine möglichst grosse Handlungsfreiheit und möchte um jeden Preis vermeiden, mit seinen Geschwistern über Kreuz zu geraten.

Auch stellt sich für ihn natürlich die Frage der Übernahme der Aktien. Wann und natürlich auch zu welchem Preis könnte er hier auch Eigentümer werden? Für Marc steht klar das Ziel im Vordergrund, möglichst bald selber Unternehmer zu werden. Dieses Ziel könnte er aber durchaus auch ausserhalb des elterlichen Unternehmens verfolgen.

### **Weitere Nachfolgeoptionen ausserhalb der Familie**

Peter Bernet möchte weitere Nachfolgeoptionen neben einer familieninternen Übergabe a priori nicht ausschliessen. Er weiss, seine Geschäftsleitung ist heiss auf weitere Erfolge. Die drei Geschäftsleitungsmitglieder haben Peter Bernet auch schon angefragt, wie er sich seine Nachfolgeregelung vorstelle. Dabei haben sich die drei, angeführt vom Produktionsleiter, folgendermassen geäussert:

*„Peter, Du musst wissen, dass wir drei uns einen Einstieg als Eigentümer durchaus vorstellen könnten. Ein Management Buy Out hätte einige Vorteile für Dich und das Unternehmen. Für Mitarbeiter und Kunden würde dies eine hohe Kontinuität bedeuten, auch wäre die Unabhängigkeit des Unternehmens gesichert. Das war Dir doch immer wichtig.“*

Nur bei der Frage, ob die Mitarbeiter auch das nötige Geld hätten, das mittelständische Unternehmen zu kaufen, hat Peter seine Zweifel.

Schliesslich gibt es aber noch eine weitere Alternative: Den Verkauf an einen Investor respektive an ein anderes Unternehmen. Tatsächlich meldete sich vor drei Jahren ein anderes Unternehmen, genauer gesagt ein Konkurrent der Bernet AG, und äusserte den Wunsch, das Unternehmen zu kaufen. Das Ansinnen des möglichen Käufers war so konkret, dass dieser nach einem Blick in die Bücher einen auf den ersten Blick attraktiven Preis nannte, 30 Mio CHF für 100% der Aktien der Bernet AG. Peter war damals etwas überrumpelt gewesen, hatte er sich doch noch zu wenig mit dem Thema der Übergabe auseinandergesetzt. Er hatte damals das Angebot ausgeschlagen. Ob er den Faden nochmals aufnehmen sollte?

### **Zur finanziellen Lage des Unternehmens**

Die Bernet AG erarbeitete in den letzten vier Jahren im Durchschnitt einen Umsatz von 42 Mio CHF. Der EBIT erreichte in der gleichen Zeitperiode durchschnittlich 5.8 Mio CHF, der Gewinn nach Steuern betrug rund 3.8 Mio CHF. Das Unternehmen arbeitet mit seinen rund 100 Mitarbeitenden also sehr profitabel. Peter Bernet ist zurecht stolz auf diese Leistung, angesichts der Konkurrenz aus aller Welt.

Das Unternehmen ist belastet mit rund 3.4 Mio an Betriebskrediten von Banken, welche auf verschiedene Investitionen in den Maschinenpark zurückgehen. Das Unternehmen weist in seiner Bilanz rund 3.6 Mio CHF Cash aus, wobei nur rund 2 Mio für das Unternehmen gebraucht werden. Zudem stehen in der Bilanz der Bernet AG Liegenschaften im Wert von rund 2.8 Mio Fr, die für das Unternehmen genutzt werden.

Genauere Angaben zur finanziellen Lage des Unternehmens finden sich im Anhang.

### **Immobilien & more**

Peter Bernet hatte schon vor 10 Jahren auf Anraten seines Wirtschaftsprüfers einen wesentlichen Teil seiner Liegenschaften in seine Bernet Immo AG ausgegliedert. In dieser Gesellschaft hat Peter Bernet alle Liegenschaften bis auf das Gebäude, welches in den Büchern der Bernet AG erscheint, eingebracht. Die beiden Unternehmen, die Bernet AG und die Bernet Immo AG verfügen über getrennte Buchhaltungen, auch wenn Peter Bernet bei beiden Unternehmen 100% der Aktien hält. Die Immobilien der Bernet AG haben einen kürzlich geschätzten Marktwert von rund 8 Mio, wobei diese mit Hypotheken im Umfang von 2 Mio belastet sind.



Ein Unternehmen der  
Verlagsgruppe

**ottoschmidt**

---

# Fachberater für Unternehmensnachfolge

Handout „Familienunternehmen“

Dr. Frank Halter



München, den 11. März 2017

## Begrüßung

### Programmpunkte und Arbeitsweise

#### Themen

##### Denkmodelle rund um die Unternehmensnachfolge und Familienunternehmen

- Begriffsklärung KMU, Mittelstand, Familienunternehmen
- Nachfolge als Markt verstehen
- Das Konzept «Familienunternehmen» verstehen
- Unternehmer werden (optionaler Exkurs)
- Arbeitshilfen (Zusatzmaterial)

##### Das St.Galler Nachfolge-Modell

- Denken und Handeln in Nachfolge-Szenarien (Prozessperspektive)
- Teil 1: Themenrad
- Teil 2: Sechs Gestaltungsdimensionen

##### Fallstudie

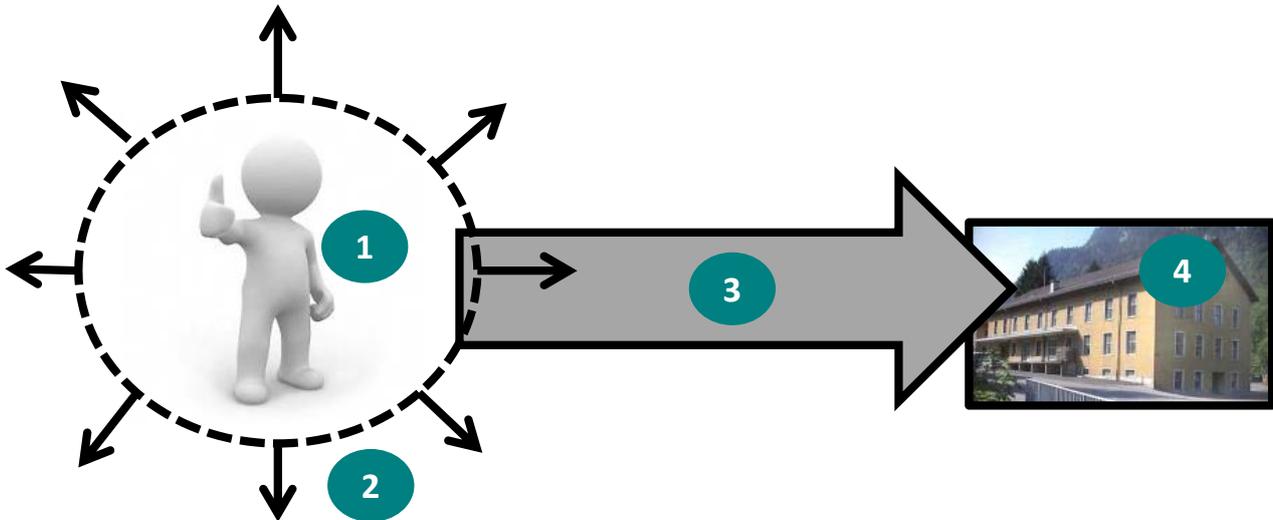
- Anwendung und Reflexion der bisherigen Konzepte
- Einführung in Beratungs-Tool

##### Die Beratung im Nachfolgeprozess

- Bedürfnisse und Bereitschaft vom Klienten
- Beratungs-Ansätze
- Beratungs-Architektur
- Abschlussreflexion

## Arbeitsweise

- Input und Dialog miteinander kombinieren
- Allseitige Vertraulichkeit
- Konzeptionelles mit Beispielen verbinden (Kompetenzansatz)
- Systemisch-Konstruktivistisches Grundverständnis
- (Selbst)Reflexion und Transferorientierung



Push-Faktoren	Pull-Faktoren
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Erwartungsdruck der Mitarbeiter</li> <li>• Erwartungen von Zulieferern, wichtigen Kunden, Banken etc.</li> <li>• Unternehmenskrisen wegen Fehlern, Irrtümer und Versäumnissen</li> <li>• Wettbewerbsdruck, schwierigeres Unternehmensumfeld, Internationalisierung</li> <li>• Rascher Wandel der Märkte, Produkte und Organisationsformen</li> <li>• Austausch mit Unternehmerkollegen über deren Erfahrungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zunehmendes professionelles und strategisches Denken</li> <li>• Einsicht in die Gestaltungsnotwendigkeit</li> <li>• Nachfolge ist kein Tabuthema mehr</li> <li>• Familieninterne Nachfolger sind motiviert und interessieren sich frühzeitig</li> <li>• Starke Beschäftigung der Medien mit dem Thema, bessere Aufklärung, öffentliche Diskussion, Seminarbesuche</li> <li>• Zunehmende Aktienkultur und gesellschaftliche Akzeptanz des Unternehmensverkaufs, zunehmender Einfluss von Beteiligungsgesellschaften</li> </ul>

(Lang-von Wins 2004, S. 183)

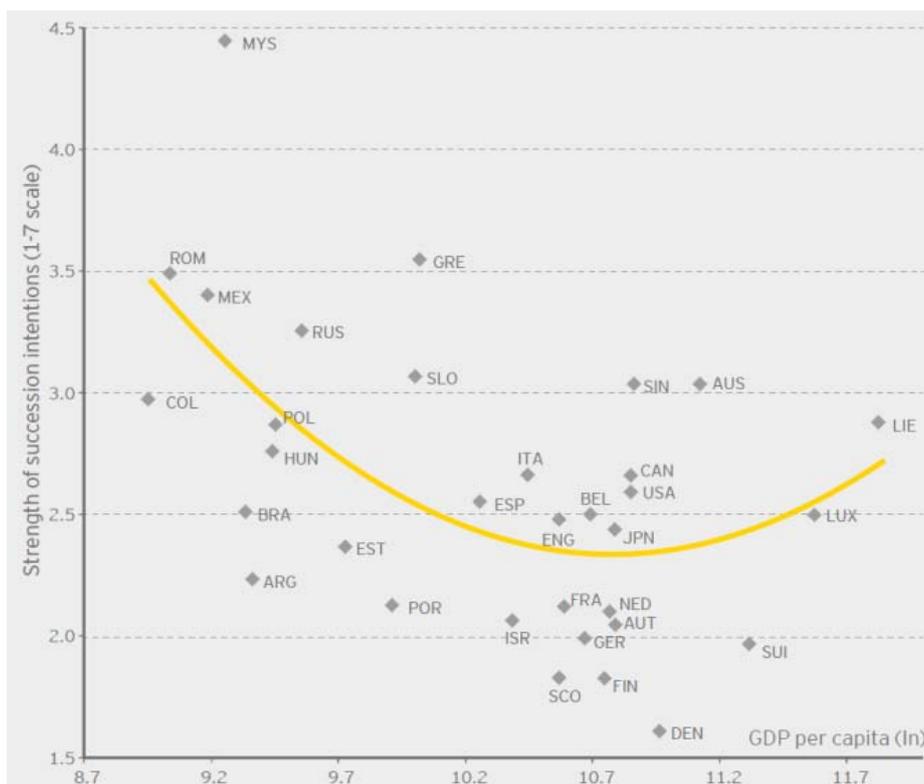
Der Nachfolger, die Nachfolgerin	Der abtretende Unternehmer
<ul style="list-style-type: none"> <li>denkt und handelt eher zukunftsorientiert</li> <li>ist voller Tatendrang</li> <li>ist altersmässig näher am Lehrling (dem zukünftigen Mitarbeiter)</li> <li>hat wenig Erfahrung - was eine Fehlerquelle sein kann</li> <li>muss seinen persönlichen Stil zuerst noch finden</li> <li>muss Verantwortung übernehmen</li> <li>ist in der Familie als Kind der abtretenden Unternehmensgeneration aufgewachsen und von ihr geprägt worden, hat allenfalls auch unter den grossen Erwartungen gelitten</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>denkt und handelt eher vergangenheitsorientiert</li> <li>ist durch das Alter müde geworden</li> <li>ist altersmässig weit entfernt vom Lehrling</li> <li>hat viel Erfahrung - die auch hinderlich sein kann</li> <li>will sein Lebenswerk erhalten oder gar sich ein Denkmal setzen</li> <li>muss Verantwortung loslassen</li> <li>hat den Nachfolger oder die Nachfolgerin als Vater oder Mutter gross gezogen (wobei aktive Unternehmer in der Erziehung vielfach nicht die Hauptrolle spielen) und als Vorbild geprägt</li> </ul>

(Boom, 3/01)

© Fachseminare von Fürstenberg GmbH & Co. KG

Seite 39

Unternehmensnachfolge Dr. Frank Halter

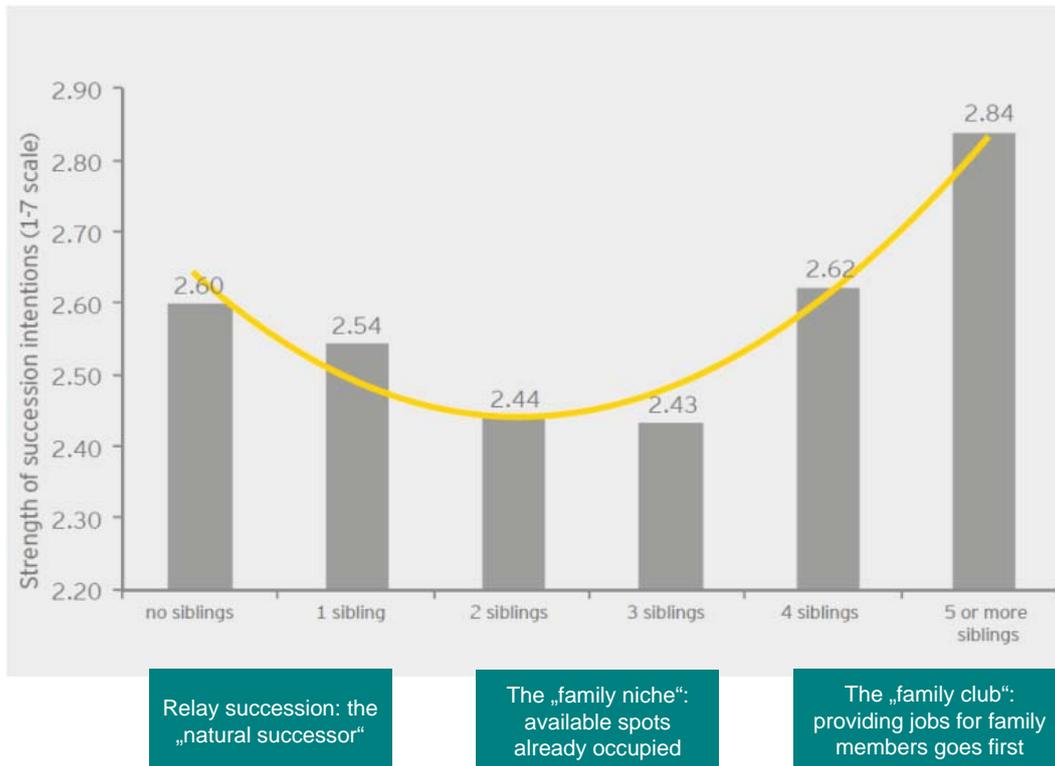


- Necessity succession* in poorer countries: no other job opportunities available
- Lower succession in medium-rich countries: developed job markets with attractive alternatives
- Opportunity succession* in rich countries: non-financial goals become more important

© Fachseminare von Fürstenberg GmbH & Co. KG

Seite 40

Unternehmensnachfolge Dr. Frank Halter



- Nachfolger in «guten» vs. «schlechten» Unternehmen
  - Nachfolger in **erfolgreichen** Unternehmen...
    - Höhere Wichtigkeit von familienbezogenen Aspekten wie Familientradition, etwas für Generationen aufbauen, einem Rollenmodell folgen
    - Höhere Wichtigkeit von innovativ sein, ein Produkt entwickeln, eigener Chef sein, und Flexibilität im Privatleben
    - Höheres unternehmerisches Selbstvertrauen
  - Nachfolger in **schlecht laufenden** Unternehmen...
    - Kein Unterschied bzgl. Motiven über Herausforderung und Ausnutzung von Chancen / eigenen Traum verwirklichen
    - Kein Unterschied bzgl. der Wichtigkeit von finanziellen Motiven

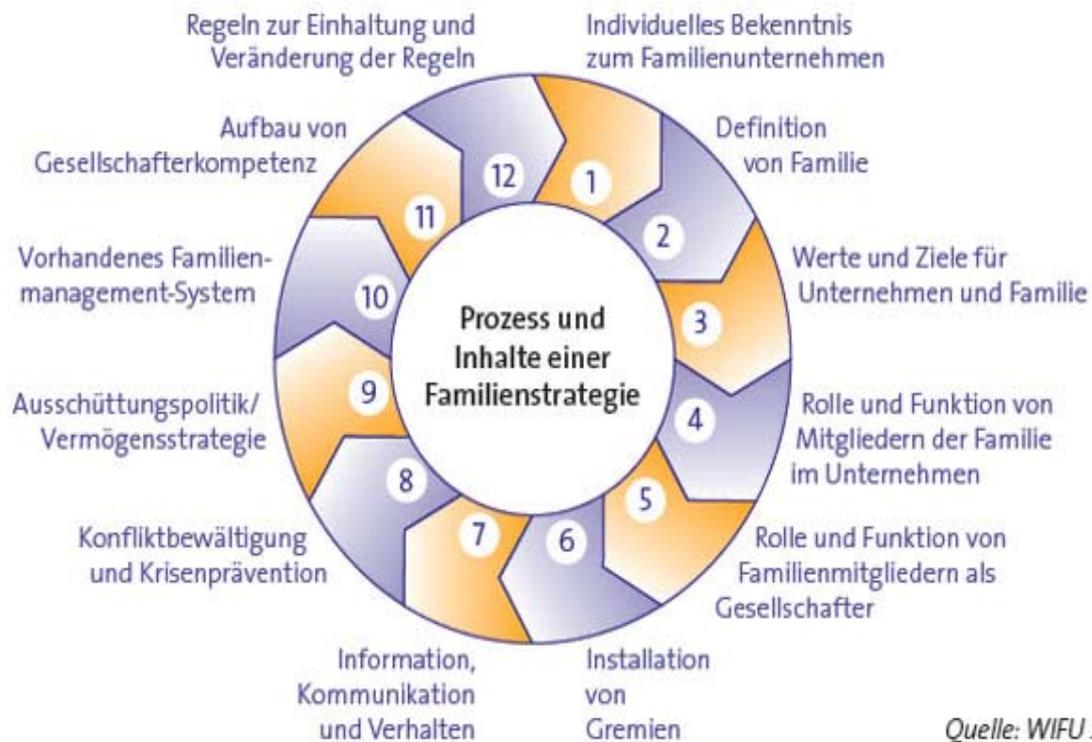
- Kein Hinweis auf adverse Selektion
- Gute Performance scheint keine Nachfolger mit hauptsächlich finanziellen Motiven anzulocken.
- Gute Performance lockt selbstbewusste Unternehmer an; schlechte Performance scheint unternehmerische Studierende eher zu vertreiben.



# Arbeitshilfen



## Arbeitshilfe Entwicklungsprozess



Quelle: WIFU 2012

Fachberatungsansatz entscheidungs- und resultatorientiert	Coachingansatz lösungs- und prozessorientiert
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Wirtschaftsprüfung</li> <li>– Treuhänderschaft</li> <li>– Rechtsberatung (Rechtsanwalt)</li> <li>– Steuerberatung</li> <li>– Notarielle Beratung</li> <li>– Finanzierungsberatung</li> <li>– Finanz- und Vermögensberatung</li> <li>– Vorsorgeberatung</li> <li>– Gutachten (z. B. Recht oder Finanzen)</li> <li>– Organisations- und Managementberatung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Projektmanagement</li> <li>– Coaching</li> <li>– Mentoring</li> <li>– Moderation</li> <li>– Mediation</li> <li>– Familienberatung und -therapie</li> <li>– Training und Supervision</li> </ul>

(Halter, Schröder 2010, S. 152)

© Fachseminare von Fürstenberg GmbH & Co. KG

Seite 99

Unternehmensnachfolge Dr. Frank Halter

Der Expertenberater	Der Prozessberater
definiert die Aufgaben im Auftrag des Kunden selbst.	hilft dem Kunden, die Aufgaben zu erkennen und zu definieren.
sammelt von sich aus die relevanten Daten, Ideen, Stellungnahmen und Meinungen.	verbessert die Fähigkeiten zur Problemlösung beim Auftraggeber und seinen Mitarbeitern.
präsentiert und interpretiert die Ergebnisse seiner Untersuchungen selbst.	entwickelt die Fähigkeiten seines Klienten, Ergebnisse zu präsentieren und zu interpretieren.
entwickelt Lösungen stellvertretend für den Kunden.	unterstützt den Kunden bei der Entwicklung von Lösungen.
macht spezifische, kausale Vorschläge.	befähigt den Kunden, vernetzte und systemische Lösungen zu finden.
greift nicht in den Lernprozess der Auftraggeber-Organisation ein.	lehrt den Kunden, seine Handlungen auf Dazugelertes zu gründen.
verhält sich objektiv-distanziert und ist rein sachlich orientiert.	ist persönlich engagiert und am Fortgang des Prozesses interessiert.
interessiert sich hauptsächlich für die eigenständige Lösung begrenzter Probleme.	interessiert sich für die Menschen und ihre Fähigkeit, Probleme selbst zu erkennen und zu lösen.
sorgt nicht für eine Motivation des Kunden, die Veränderungsprozesse selbstständig weiterzuführen.	sorgt dafür, dass Prozesse weiterlaufen, nachdem er sich zurückgezogen hat.
macht sich unentbehrlich.	macht sich entbehrlich.

(Qualen 2006, S. 246ff.)

© Fachseminare von Fürstenberg GmbH & Co. KG

Seite 100

Unternehmensnachfolge Dr. Frank Halter