

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 143

**Formfreie Schenkung
der Gesellschafterstellung in einer
stillen Gesellschaft und einer
Unterbeteiligung**

Von

Tilman Coenen



Duncker & Humblot · Berlin

TILMAN COENEN

**Formfreie Schenkung der Gesellschafterstellung in einer
stillen Gesellschaft und einer Unterbeteiligung**

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Heinrich Dörner Dr. Dirk Ehlers Dr. Ursula Nelles

Band 143

Formfreie Schenkung der Gesellschafterstellung in einer stillen Gesellschaft und einer Unterbeteiligung

Von

Tilman Coenen



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.**


Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

D 6

**Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany**

**ISSN 0935-5383
ISBN 3-428-10941-4**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706** 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 2001/2002 als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Helmut Kollhoser, der die Arbeit durch die Anregung des Themas und zahlreiche weiterführende Anmerkungen maßgeblich gefördert hat. Ferner bot er mir die Möglichkeit, an verschiedenen juristischen Projekten mitwirken zu dürfen. Die gemeinsamen Gespräche waren für mich fachlich und persönlich stets sehr beeindruckend und lehrreich.

Herzlich danken möchte ich ebenfalls Herrn Professor Dr. Ingo Saenger, nicht nur für die überaus zügige Anfertigung des Zweitgutachtens, sondern insbesondere auch für die Möglichkeit, während meiner Promotion an seinem Lehrstuhl tätig sein zu können. Das gute Arbeitsklima an diesem Lehrstuhl trug maßgeblich zur Fertigstellung dieser Arbeit bei. Vielen Dank dafür auch an meine Freunde und Kollegen an diesem Lehrstuhl. Mein Dank gilt ferner Frau Professorin Dr. Ursula Nelles sowie den Herren Professoren Dres. Heinrich Dörner und Dirk Ehlers, die meine Arbeit in die von ihnen herausgegebene Fakultätsschriftenreihe „Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft“ aufgenommen haben. Dem Freundeskreis Rechtswissenschaft e. V. an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster danke ich für die Gewährung eines sehr großzügigen Druckkostenzuschusses.

Ganz besonders herzlich möchte ich meinen Eltern danken, die mir durch ihre in jeder Hinsicht großzügige Unterstützung mein Studium und die Anfertigung dieser Arbeit überhaupt erst ermöglicht haben. Ihnen möchte ich die vorliegende Arbeit widmen.

Rechtsprechung und Literatur sind bis Anfang 2002 berücksichtigt. Das zum 01. 01. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist ebenfalls berücksichtigt, wobei die alten Normen zum besseren Verständnis jeweils noch in Klammern genannt sind.

Münster, im April 2002

Tilman Coenen

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	13
§ 2 Problemstellung/ Gang der Untersuchung	17
§ 3 Meinungsstand	21
A. Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur bis zum ersten Urteil des Bundesgerichtshofs	21
B. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs	22
I. Die Entscheidung vom 24. 09. 1952	22
II. Die Entscheidung vom 29. 10. 1952	23
C. Weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	26
I. Nachfolgende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs	26
II. Instanzgerichtliche Rechtsprechung	27
III. Finanzgerichtliche Rechtsprechung	28
IV. Stellungnahmen in der Literatur	29
§ 4 Problemanalyse und eigene Problemlösung	37
A. Formlose Schenkung der Gesellschafterstellung in einer stillen Gesellschaft	37
I. Anwendbarkeit des Schenkungsrechts	37
1. Konkurrenzverhältnis zwischen Schenkungs- und Gesellschaftsrecht	38
a) Vorrang des Schenkungsrechts	39
b) Vorrang des Gesellschaftsrechts	41
aa) Gesellschaftsvertrag als causa	41
bb) Novation	42
cc) Sachgesetzlichkeiten	45

c) Lösung des Konkurrenzverhältnisses im Sinne einer Trennung von Schenkungs- und Gesellschaftsverhältnis	47
2. Zwischenergebnis	48
II. Formbedürftigkeit gemäß § 518 Abs. 1 S. 1 BGB	48
1. Festlegung des Schenkungsgegenstandes	49
2. Die Einräumung einer stillen Beteiligung als Schenkungsvollzug oder als Handschenkung	52
a) Tatbestandliche Voraussetzungen einer Schenkung im Fall der unent- geltlichen Einräumung einer stillen Beteiligung	52
aa) Zuwendung	52
(1) Kapitalanteil als selbständig übertragbares subjektives Recht	53
(a) Die Lösung Eckelts	54
(b) Kritik	54
(2) Stoffgleichheit zwischen Bereicherung und Entreicherung	56
(a) Wortlaut	57
(b) Systematik	57
(c) Genetik	57
(d) Teleologie	58
(3) Vermögensverfügung als Voraussetzung einer Schenkung	59
(a) Wortlaut	59
(b) Systematik	60
(c) Genetik	61
(d) Teleologie	61
bb) Unentgeltlichkeit	63
(1) Grundsätzliche Möglichkeit des unentgeltlichen Erwerbs der stillen Gesellschafterstellung	63
(a) Die Ansicht Elke Herrmanns	63
(b) Kritik	64
(2) Entgeltlichkeit wegen übernommener Pflichten	66
cc) Einigung über die Unentgeltlichkeit	66
dd) Kein Ausschluß gemäß § 517 BGB	67
b) Schenkungsvollzug durch Abschluß des stillen Gesellschaftsvertrages	67
3. Zusammenfassung	68

Inhaltsverzeichnis	9
III. Formbedürftigkeit analog § 518 Abs. 1 S. 2 BGB	69
1. Analogiefähigkeit des § 518 Abs. 1 S. 2 BGB	69
a) Regelungslücke	70
b) Normzweck	73
c) Vergleichbare Fallkonstellationen	75
2. Analoge Anwendung des § 518 Abs. 1 S. 2 auf den Fall der schenkweisen Aufnahme eines stillen Gesellschafters	77
a) Analogiebedürfnis für den Fall der unentgeltlichen Aufnahme eines stillen Gesellschafters	78
aa) Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	80
(1) Die stille Beteiligung – Bloßes Forderungs- oder echtes Mitgliedschaftsrecht?	80
(a) Historische Auffassungen zur Rechtsnatur der stillen Gesellschaft	80
(b) Heutige Einordnung der stillen Gesellschaft in Rechtsprechung und Literatur im Rahmen auslegungsbedürftiger Normen des allgemeinen Zivilrechts	82
(aa) § 107 BGB	82
(bb) § 1822 Nr. 3 BGB	85
(cc) § 708 BGB	87
(dd) § 25 VglO a.F.	89
(ee) § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG a.F.	91
(ff) § 310 Abs. 4 S. 1 BGB (= § 23 AGBG a.F.)	93
(gg) Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft	97
(hh) Mehrgliedrige stille Gesellschaft	101
(ii) Abgrenzung stille Gesellschaft – partiarisches Darlehen	103
(jj) Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse ...	105
(c) Fehlende „sachenrechtliche Verdinglichung“	107
(d) Trennung zwischen Einlage- und Gesellschaftsverhältnis?	110
(aa) Die Ansicht Karsten Schmidts	110
(bb) Kritik	111

(e) Auslegung der §§ 230 ff. HGB im Hinblick auf die gesetzgeberische Ausgestaltung der stillen Gesellschaft	112
(aa) Wortlaut	113
(bb) Systematik	113
(cc) Genetik	114
(dd) Teleologie	116
α) Rechtsbeziehungen innerhalb einer bestehenden stillen Gesellschaft	117
αα) Leistungspflichten	117
ββ) Treuepflicht	120
(α) Allgemeine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	120
(β) Treuepflicht in der stillen Gesellschaft	121
γγ) Informations- und Kontrollrecht	125
δδ) Verfügung über Gesellschafterrechte in der stillen Gesellschaft	128
(α) Übertragbarkeit der einzelnen Gesellschafterrechte und des Gesellschaftsanteils als solchem	128
(β) Nießbrauch, Verpfändung	131
εε) Zusammenfassung	132
β) Rechtliche Qualifizierung der stillen Gesellschaft bei ihrer Beendigung	133
αα) Auflösung der stillen Gesellschaft	133
ββ) Insolvenz des Geschäftsinhabers	136
(α) § 236 HGB	137
(β) § 136 InsO	143
(f) Spezialgesetzliche Bestimmungen zur stillen Gesellschaft	145
(aa) § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 KWG	145
(bb) § 54a Abs. 2 Nr. 5a VAG	145
(cc) § 1a Abs. 2 UBGG	145
(dd) § 29 SpkG NW	146
(ee) § 95 Abs. 1 Nr. 4 lit. a) GVG	146
(g) Steuerrechtliche Behandlung der stillen Gesellschaft	147
(h) Bilanzrechtliche Behandlung der stillen Gesellschaft	149
(2) Ergebnis der gesellschaftsrechtlichen Betrachtung	150

Inhaltsverzeichnis	11
bb) Schenkungsrechtliche Betrachtung	152
(1) Schutzbedürftigkeit des Schenkers	153
(a) Ausgangslage bei der Schenkung einer stillen Beteiligung	153
(b) Vergleich zur Schutzbedürftigkeit des Schenkers bei der schenkweisen Einräumung einer Außengesellschafterstel- lung	154
(c) Schutzbedürftigkeit im Hinblick auf den Schenkungsge- genstand	156
(2) Abgrenzungsschwierigkeiten	157
(3) Ergebnis der schenkungsrechtlichen Betrachtung	157
cc) Prozessuale Betrachtung	158
b) Zwischenergebnis	160
B. Formlose Schenkung der Gesellschafterstellung in einer Unterbeteiligungsgesellschaft	161
I. Rechtsnatur der Unterbeteiligung	163
II. Schenkungsrechtliche Betrachtung	170
C. Ergebnis	176
§ 5 Ausblick auf die weitere Entwicklung (insbesondere in der Rechtsprechung) ..	177
§ 6 Ergebnis der eigenen Problemlösung	182
A. Zusammenfassende Bewertung der einzelnen Argumente des Meinungsstreits ..	182
I. Argumente pro Formnichtigkeit	182
II. Argumentation für eine Differenzierung zwischen typischer und atypischer Innengesellschaft	187
III. Argumente contra Formnichtigkeit	188
B. Endergebnis	193
Literaturverzeichnis	196
Sachwortregister	210

§ 1 Einleitung

In Familienunternehmen steht jeder Inhaber irgendwann vor der Frage, wie er in unternehmerischer und wirtschaftlicher Hinsicht seine Nachfolge regelt.

Hinsichtlich der Unternehmensführung ist ein reibungsloser Übergang im Sinne einer Kontinuität des Unternehmens vor allem dann gewährleistet, wenn dieser Schritt langfristig geplant und die Nachfolger nach und nach in das Unternehmen eingeführt werden. Vielfach wollen Unternehmer ihre Firma durch ihre eigenen Kinder fortgeführt wissen. Dies kann im Fall einer Familiengesellschaft mit mehreren Inhabern zu Schwierigkeiten (und möglicherweise auch Konflikten) hinsichtlich der Auswahl des bzw. der geeigneten Nachfolger führen, zumal wenn die Kinder noch jung (vielleicht sogar noch minderjährig) sind, so daß noch nicht eingeschätzt werden kann, ob sie zum Unternehmen passen und die erforderliche Qualifikation mitbringen. Der Erfolg des Generationswechsels in der Unternehmensführung hängt maßgeblich davon ab, ob es gelingt, die Nachfolger frühzeitig in das Unternehmen zu integrieren und ihre Führungsqualitäten zu testen, ohne ihnen bereits die Leitungsmacht in die Hände zu legen. Es sollte immer die Option offengehalten werden, diesen Schritt mit möglichst wenig Aufsehen wieder rückgängig machen zu können, wenn sich herausstellt, daß der ausgewählte Nachfolger nicht die erforderliche Eignung mitbringt.

Neben dieser Entscheidung über seine unternehmerische Nachfolge ist einem Unternehmensinhaber regelmäßig daran gelegen, auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine optimale Nachfolgeregelung zu treffen. Dabei spielen nicht zuletzt steuerliche Erwägungen eine Rolle (gerade im Hinblick auf eine vorweggenommene Erbfolge). Jedoch möchten Unternehmensinhaber regelmäßig auch eine Gefährdung der Existenz des von ihnen (mit) aufgebauten Unternehmens für den Fall vermeiden, daß ihren Kindern als potentiellen Nachfolgern nicht an der Weiterführung des Unternehmens, sondern nur an dessen wirtschaftlichem Wert gelegen ist. Gerade wenn eine Familiengesellschaft von mehreren Inhabern geführt wird, spielt diese Erwägung eine große Rolle, da die Gefahr einer Zersplitterung des Unternehmens in diesen Fällen bedingt durch eine entsprechend höhere Zahl potentieller Nachfolger besonders groß ist.

Für jeden Unternehmer gilt es somit, rechtliche Gestaltungen zu finden, nach denen eine wirtschaftliche Beteiligung der von ihm ausgewählten Nachfolger (regelmäßig sind dies die eigenen Kinder) am Erfolg des Unternehmens in steuerlich sinnvoller Weise möglichst effektiv mit der Option einer sukzessiven Unternehmensnachfolge durch diese verbunden wird. Für diese Ausgangslage bieten insbe-

sondere die Rechtsformen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung in verschiedener Hinsicht attraktive Varianten.¹

Eine stille Gesellschaft liegt vor, wenn jemand mit einer Vermögenseinlage an einem Handelsgewerbe beteiligt ist, ohne daß ein Gesellschaftsvermögen gebildet wird, § 230 Abs. 1 HGB. Dieses Rechtsverhältnis bietet den Vorteil, daß sich im Verhältnis der Firma zu Dritten nichts ändert, da die stille Gesellschaft eine reine Innengesellschaft ist.² Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters muß daher auch in keiner Weise publik gemacht werden.³ Insbesondere trifft den stillen Gesellschafter im Außenverhältnis keine Haftung für Verbindlichkeiten des Unternehmens.⁴ In Form einer Unterbeteiligung, die ebenfalls eine reine Innengesellschaft begründet, wird das gleiche Ziel erreicht, wenn die Beteiligung nicht an einem Unternehmen selbst, sondern an einem Gesellschaftsanteil (z. B. an einer KG oder GmbH) eingeräumt wird.⁵

Beide Beteiligungsformen sind in Deutschland weit verbreitet.⁶ Ihre Beliebtheit wächst mit der zunehmenden Komplexität des Wirtschaftslebens, die flexiblere Gestaltungsformen erfordert.⁷ Die heutige Bedeutung dieser beiden Beteiligungsmöglichkeiten beruht daher auch wesentlich auf der besonderen rechtlichen Ausgestaltung der durch sie begründeten Rechtsverhältnisse, die zwischen partiarischem Darlehen und Handelsgesellschaft einzuordnen sind.⁸ Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung ermöglichen es, die Vorteile der gesellschaftsrechtlichen Strukturen bei einer Beteiligung zu nutzen, ohne sämtliche damit sonst verbundene Nachteile (insbesondere Publizität und Außenhaftung) in Kauf nehmen zu müssen.⁹ Die Vertragsfreiheit gewährt zur möglichen Gestaltung des Innenverhältnisses dieser beiden Beteiligungsformen eine große Bandbreite. Deshalb können durch sie die Vorstellungen der Beteiligten umfassender umgesetzt werden als bei

¹ Zu den Vorteilen einer Beteiligung von Kindern als stille Gesellschafter vgl. auch *Hübner-Weingarten*, ZEV 1999, 81 ff.; zur stillen Gesellschaft als Gestaltungsinstrument: *Natschke*, StB 1998, 181 ff.; zu der Frage, welche Beteiligungsform im Einzelfall günstiger ist, vgl. *Felix*, DStZ 1988, 73 ff.

² *Schlegelberger-K. Schmidt*, HGB, § 335 (§ 230 n.F.) Rn. 7.

³ *Blaurock*, Handbuch der stillen Gesellschaft, § 4 II 2, S. 59, Rn. 164.

⁴ Etwas anderes gilt selbstverständlich, wenn der Stille mit einem Gläubiger individualvertraglich eine solche Haftung übernommen hat (etwa durch eine Bürgschaft), vgl. *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 230 Rn. 19.

⁵ *Erman-H.P. Westermann*, BGB, Vor § 705 Rn. 35 f.; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 230 Rn. 4.

⁶ Über die exakte Zahl der tatsächlich existierenden stillen Gesellschaften und Unterbeteiligungen können keine näheren Angaben gemacht werden, da für diese Gesellschaftsformen keine Register bestehen. Zudem liegt es schon in der Natur der „stillen“ Gesellschaften, daß die Gesellschafter im Außenverhältnis gerade keine Publizität wünschen.

⁷ Vgl. *Hense*, Die stille Gesellschaft im handelsrechtlichen Jahresabschluß (Diss. Münster 1990), S. 2.

⁸ Vgl. *Weigl*, DStR 1999, 1568 ff.

⁹ Vgl. auch *Staub-Zutt*, HGB, § 230 Rn. 1.

einer „unmittelbaren“ Beteiligung als Außengesellschafter.¹⁰ Denn dort gilt in weiten Bereichen zwingendes Recht, das den Gestaltungsspielraum einengt. Dagegen beinhalten die §§ 230–236 HGB, in denen die stille Gesellschaft geregelt ist, weitestgehend dispositives Recht.¹¹ So kann je nachdem, wieviel Einfluß der Unternehmer einem Angehörigen bereits einräumen will, eine diesen Umständen angepaßte Beteiligung gewährt werden, ohne daß der potentielle Nachfolger bereits im Außenverhältnis in Erscheinung treten oder haften muß.¹² Andererseits ist es auch möglich, die stille Beteiligung oder Unterbeteiligung ohne große Aufmerksamkeit wieder rückgängig zu machen, wenn der zunächst ausgewählte Nachfolger sich als ungeeignet für die Fortführung des Unternehmens erweist¹³, bzw. es bei einer stillen Beteiligung zu belassen, um lediglich die steuerlichen Vorteile einer solchen Beteiligung auszunutzen. Denn die Einräumung einer stillen Beteiligung bzw. Unterbeteiligung an die eigenen Kinder kann auch in steuerlicher Hinsicht sinnvoll sein.¹⁴ Durch Ausnutzung der Progressionswirkungen des Steuerrechts kann die Verteilung des Unternehmensgewinns auf mehrere Personen einen erheblichen Steuervorteil bewirken.¹⁵ Schließlich kann unter Ausnutzung des Freibetrages gemäß § 16 ErbStG ein Teil des Vermögens der Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge schenkungsteuerfrei auf das Kind übergehen.¹⁶ Dabei vollzieht sich der auf die Beteiligung des Kindes entfallende Wertzuwachs des Unternehmens unmittelbar bei dem Kind und unterliegt daher später nicht der Erbschaftsteuer.¹⁷

Insgesamt erscheinen eine stille Beteiligung oder eine Unterbeteiligung als mit einer günstigen steuerlichen Gestaltung verbundene, sinnvolle Zwischenstufen einer sukzessiven Unternehmensnachfolge auf dem Weg zu einer vollständigen (Außen-)Beteiligung bzw. Übernahme des Geschäfts durch den oder die potentiellen Nachfolger.

Eine stille Beteiligung der eigenen Kinder bzw. die Einräumung einer Unterbeteiligung am eigenen Gesellschaftsanteil im Fall einer Gesellschaft¹⁸ wird aus den

¹⁰ Weigl, DStR 1999, 1568.

¹¹ Zwingend sind nur die §§ 233 Abs. 3, 236 und (in Teilen) 234, vgl. *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 230 Rn. 6. Für die Unterbeteiligung existieren keine speziellen gesetzlichen Regelungen, ihre rechtliche Behandlung richtet sich aber weitgehend nach dem Recht der stillen Gesellschaft, vgl. ausführlich hierzu S. 163 ff.

¹² Vgl. ausführlich zu den Vorteilen einer Beteiligung von Kindern als stille Gesellschafter auch *Hübner-Weingarten*, ZEV 1999, 81 ff.

¹³ *Natschke*, StB 1998, 181 (182), nennt diesen Vorgang treffend den „stillen Abgang“.

¹⁴ *Brönner*, Die Besteuerung der Gesellschaften, III/3; *Seer*, DStR 1988, 600.

¹⁵ Vgl. *Natschke*, StB 1998, 181 (182).

¹⁶ Durch das Jahressteuergesetz 1997 ist zudem eine deutliche Anhebung der Steuerfreibeträge vorgenommen worden, wodurch Vermögensverlagerungen zwischen Angehörigen in größerem Umfang steuerfrei ermöglicht wurden, vgl. *Weigl*, DStR 1999, 1568 (1573 f.); *Natschke*, StB 1998, 181 (182).

¹⁷ *Weigl*, DStR 1999, 1568 (1573).