

VORWEGGENOMMENE ERBFOLGE

## Nachfolgegestaltung unter Einsatz von Vermögensverwaltungsgesellschaften

von RA und Notar Dr. Ansgar Beckervordersandfort, LL.M., EMBA, FA ErbR und RA Andreas Sielker, Münster

| Durch den geschickten Einsatz von Vermögensverwaltungsgesellschaften kann die Vermögensnachfolge optimal gesteuert werden. Nachfolgende Generationen können auf diese Weise als Gesellschafter an dem Vermögen der Familie beteiligt werden, wobei die Stimmrechte sowie die Gewinnbezugsrechte zunächst noch überproportional bei den „Senioren“ verbleiben. Diese Gestaltung bietet sich bereits bei mittleren Vermögen an. Bei komplexen Immobilien- und Gesellschaftsbeteiligungen wird der Berater den Einsatz von Familienvermögensverwaltungsgesellschaften zwingend in Betracht ziehen müssen, um eine Zersplitterung des Vermögens zu vermeiden. |

### 1. Musterfall

Die Eheleute M und F haben zwei Kinder T und S, die verheiratet sind und jeweils zwei Kinder haben. M und F sind zu je ½ Miteigentümer von zwei vermieteten Mehrfamilienhäusern mit einem Verkehrswert von jeweils 1,5 Mio. EUR sowie eines selbst bewohnten Einfamilienhauses im Wert von 500.000 EUR. Zudem verfügen Sie über ein Aktiendepot mit einem Kurswert von zurzeit 250.000 EUR. Die Mehrfamilienhäuser erbringen jährliche Mieteinnahmen von jeweils 80.000 EUR.

M und F sind beide 70 Jahre alt und im Ruhestand. M war Zahnarzt und erhält eine Rente vom Versorgungswerk i.H. von 3.500 EUR monatlich. F war Lehrerin und erhält eine Pension von 3.000 EUR. Für jedes Enkelkind zahlen M und F monatlich einen Betrag von 500 EUR in einen Aktienfonds ein. Die beiden Kinder werden immer mal wieder bei Sonderanschaffungen (z.B. Waschmaschine, Fernseher, Urlaube) finanziell unterstützt. Ansonsten haben weder die Kinder noch Enkelkinder bisher finanzielle Zuwendungen erhalten.

### 2. Gestaltungsziel und Gestaltungsempfehlung

Das Vermögen soll steueroptimiert auf die Kinder und Enkelkinder übertragen werden, wobei M und F die größtmögliche Flexibilität behalten wollen. Insbesondere wollen sie sich im Alter nicht finanziell einschränken müssen.

#### 2.1 Einbringung von Immobilie und Depot in eine Gesellschaft

Es bietet sich die Einbringung der beiden Mehrfamilienhäuser und des Wertpapierdepots in eine sogenannte Familienvermögensverwaltungsgesellschaft an, an der zunächst die Eheleute M und F sowie deren Kinder S und T in Höhe der noch nicht ausgenutzten Schenkungsteuerfreibeträge beteiligt werden. Bereits in der Einbringungsurkunde sollte dann unbedingt ein Rücktrittsrecht für M und F als Einbringende enthalten sein, da dies die effektivste Störfallvorsorge ist.

Eltern, zwei Kinder,  
vier Enkel

Vermögen:  
Eigenheim,  
zwei Mietobjekte,  
Aktiendepot

Familienvermögens-  
verwaltungsgesell-  
schaft, Einbringungs-  
urkunde mit  
Rücktrittsrecht

## MUSTERFORMULIERUNG / Gewinnverteilungs- und Entnahmeklausel

**Gesellschafterversammlung**

[...]

Solange M und/oder F Gesellschafter sind, sind Beschlüsse stets nur mit Zustimmung von mindestens einem von diesen wirksam. M und F verfügen unabhängig von der Höhe des jeweiligen Festkapitalanteils jeweils über mindestens 37,5 % der Stimmen. Nach dem Tode von M oder F verfügt der Überlebende von beiden über mindestens 75 % der Stimmen.

[...]

**4. Lösung**

Durch die Einbringung der vermieteten Immobilien und des Wertpapierdepots in die Familienvermögensverwaltungsgesellschaft durch die Eheleute M und F und die Beteiligung der Kinder und Enkelkinder können die Freibeträge voll ausgenutzt werden, ohne jedoch das Familienvermögen zu „zersplittern“.

M und F erhalten weiterhin den gewünschten bzw. benötigten Teil der Erträge. Über die Entnahmeregelung ist sichergestellt, dass ausreichend hohe Mindestentnahmen auch dann möglich sind, wenn die Gesellschaft z.B. durch Investitionen oder Reparaturen keinen Gewinn macht.

Durch die Regelungen in dem Gesellschaftsvertrag können M und F die Geschicke der Gesellschaft frei bestimmen. Dies gilt auch dann, wenn sie zukünftig noch geringer an der Substanz beteiligt sein sollten, da erneut zur Ausnutzung der Schenkungsteuerfreibeträge Anteile auf die Kinder und Enkelkinder übertragen wurden.

Die selbst bewohnte Immobilie sowie noch vorhandene Fest- und Tagesgeldkonten behalten M und F aus emotionalen Gründen bewusst in ihrem eigenen Bestand.

Testamentarisch können M und F sich jetzt wechselseitig zu Erben einsetzen, ohne dadurch erbschaftsteuerliche Probleme auszulösen. Der Erstversterbende kann nämlich seine Gesellschaftsanteile an der Familienvermögensverwaltungsgesellschaft vermächtnisweise den Kindern und Enkelkindern zuwenden und aufgrund der Regelungen in dem Gesellschaftsvertrag weiter die Geschicke der Gesellschaft frei bestimmen und in unverminderter Höhe Erträge aus der Gesellschaft erhalten.

**WEITERFÜHRENDER HINWEIS**

- Beckervordersandfort, Nachfolgegestaltung mithilfe des Gesellschaftsrechts, ErbBstg 11, 227 ff.

**Familienvermögen bleibt als Ganzes erhalten**

**Eheleute können die Geschicke der Gesellschaft immer noch frei bestimmen**

**Gesellschaftsanteile Kindern und Enkeln als Vermächtnis zuwenden**



**ARCHIV**  
Ausgabe 9 | 2011  
Seite 227-234

## MUSTERFORMULIERUNG / Rücktrittsrecht

- (1) Der Einbringende behält sich für den Fall, dass
- a) der Vermögensverfall eines Gesellschafters eingetreten ist, insbesondere wenn der Gesellschaftsanteil oder Ansprüche aus dem Gesellschaftsanteil gepfändet, die eidesstattliche Versicherung abgegeben oder ein Insolvenzantrag gestellt wird,
  - b) ein Gesellschafter nicht innerhalb von sechs Monaten nach Aufforderung durch einen der Komplementäre mit seinem Ehegatten eine Regelung trifft, wonach der Gesellschaftsanteil bzw. die Wertsteigerungen des Gesellschaftsanteils bei der Berechnung eines Zugewinn- oder Pflichtteilsanspruchs nicht berücksichtigt werden,
  - c) in einen Gesellschaftsanteil oder wegen dieses Gesellschaftsanteils ein Zugewinnausgleichs- oder Pflichtteilsanspruch oder ein Anspruch auf Auseinandersetzung des Güterstands einer Gütergemeinschaft geltend gemacht wird,
  - d) ein Gesellschafter zu Lebzeiten des Einbringenden ohne dessen Zustimmung ganz oder teilweise seinen Gesellschaftsanteil veräußert oder belastet, gleichgültig ob im Wege eines Rechtsgeschäfts oder im Wege der Zwangsversteigerung,
  - e) ein Gesellschafter versterben sollte, ohne dass ausschließlich Abkömmlinge der Gründungsgesellschafter aufgrund Erbfolge oder Vermächtnis den Gesellschaftsanteil erwerben,
  - f) ein Gesellschafter die Gesellschaft zu Lebzeiten der Gründungsgesellschafter kündigt,
  - g) ein Gesellschafter seinen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag trotz vorheriger Abmahnung nicht hinreichend nachkommt; als solches gilt auch die Behinderung der Verwaltung oder die Gefährdung der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens,
  - h) ein Gesellschafter sich grob undankbar verhält; als solches gilt auch die nachhaltige Störung des Familienfriedens,

das Recht vor, durch schriftliche Erklärung gegenüber der Gesellschaft die Rückübertragung des Einbringungsgegenstandes zu verlangen. Das Rückübertragungsverlangen muss spätestens sechs Monate nach Kenntnis von dem Rückübertragungsgrund geltend gemacht werden. Die Rückübertragung hat grundsätzlich unentgeltlich, jedoch auf Kosten des Rückerwerbers zu erfolgen. Am Einbringungsgegenstand bestellte Belastungen sind in dinglicher und, soweit die hierdurch abgesicherten Verbindlichkeiten von der Gesellschaft im Zuge der Grundstückseinbringung übernommen oder später zur Finanzierung werterhöhender Verwendungen hierauf eingegangen wurden, in persönlicher Hinsicht von dem Rückerwerber zu übernehmen; entsprechendes gilt für derartige nicht durch Grundschulden abgesicherte Verbindlichkeiten. Eine Erstattung von Tilgungsleistungen oder Investitionen durch den Rückerwerber erfolgt nicht.

- (2) Statt der Rückübertragung kann der Einbringende die Übertragung des Einbringungsgegenstandes auf eine neu zu gründende Gesellschaft verlangen, die aus sämtlichen Gesellschaftern im Zeitpunkt der Rückübertragung mit Ausnahme des Gesellschafters, in dessen Person der Rückforderungsgrund eingetreten ist, besteht. Für die neu zu gründende Gesellschaft gelten die Regelungen der heute gegründeten Kommanditgesellschaft entsprechend.
- (3) Die Ansprüche aus dieser Vereinbarung sind – soweit sie nicht bereits zu Lebzeiten des Anspruchsberechtigten in der vereinbarten Form geltend gemacht worden sind oder in diesem Vertrag ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist – nicht vererblich und nicht übertragbar.
- (4) Nach dem Tod von M soll dessen Rücktrittsrecht F zustehen. M tritt daher das Rücktrittsrecht der dies hiermit annehmenden F für den Fall seines Vorversterbens ab. Die Rücktrittsfolgen gelten dann sinngemäß für F.
- (5) Nach dem Tod von F soll deren Rücktrittsrecht M zustehen. F tritt daher das Rücktrittsrecht dem dies hiermit annehmenden M für den Fall Ihres Vorversterbens ab. Die Rücktrittsfolgen gelten dann sinngemäß für M.
- (6) Zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs auf Rückübertragung des in die Gesellschaft eingebrachten Grundbesitzes bewilligen und beantragen die Erschienenen die Eintragung einer Vormerkung für beide Einbringenden als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB an dem vorbezeichneten Grundbesitz. Der Einbringende bevoll-

mächtigt über seinen Tod hinaus jeden Gesellschafter und dessen Gesamtrechtsnachfolger unwiderruflich unter der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die Löschung dieser Vormerkung unter Vorlage einer Sterbeurkunde nach dem Ableben von M und F zu bewilligen.

- (7) Die Gesellschaft behält sich das mehrmals auszuübende Recht vor, im Rang vor der vorbestellten Vormerkung Grundpfandrechte bis zum Gesamthauptsachebetrag in Höhe von # EUR nebst Zinsen bis zu 20 Prozent ab dem Tage der Eintragungsbewilligung des Grundpfandrechts und einer einmaligen Nebenleistung bis zu 10 Prozent zu bestellen. Sie bewilligt und alle Erschienenen beantragen die Eintragung dieses Rangvorbehalts bei der Vormerkung im Grundbuch.

## 2.2 Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf Enkelkinder

Die Enkelkinder sollten erst in einem zweiten Schritt an der Gesellschaft beteiligt werden, indem M und F in Höhe der Schenkungsteuerfreibeträge Gesellschaftsanteile an die Enkelkinder übertragen. Die direkte Beteiligung der Enkelkinder bereits bei der Gründung der Gesellschaft bietet sich nicht an, da dann für jedes Enkelkind ein separater Ergänzungspfleger bestellt werden muss, denn bei Gesellschaftsgründung können theoretisch widerstreitende Interessen zwischen den Enkelkindern untereinander bestehen. Bei einer späteren Beteiligung der Enkelkinder durch Abtretung von Gesellschaftsanteilen von M und F kann ein Ergänzungspfleger nach h.M. alle Enkelkinder vertreten. Zudem kann auch durch eine entsprechende Ausgestaltung von Rücktrittsrechten in den Abtretungsverträgen eine zielgenaue „Störfallvorsorge“ im Verhältnis zu den jeweiligen Enkelkindern erreicht werden. Ohne ein Rücktrittsrecht in dem Übertragungsvertrag könnte insbesondere nicht verhindert werden, dass minderjährige Kommanditisten mit Erreichen der Volljährigkeit über die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gem. § 1629a Abs. 4 BGB Vermögenswerte „ungeschützt“ erhalten. Die Rücktrittsrechte können dann jeweils aufschiebend bedingt durch den Tod der Senioren an die jeweiligen Eltern der Enkelkinder abgetreten werden. Sinnvoll ist meist auch ein Rücktrittsrecht für den Fall, dass die Enkelkinder die Gesellschaft vor Erreichen des 30. Lebensjahres kündigen.

Bei späterer  
Beteiligung – nur ein  
Ergänzungspfleger  
für alle Enkel

### MUSTERFORMULIERUNG / Rücktrittsrecht in der Abtretungsurkunde

#### Widerrufs- und Rückforderungsrecht

(1) Der Übergeber behält sich für den Fall, dass

- a) der Vermögensverfall des Übernehmers eingetreten ist, insbesondere wenn der Gesellschaftsanteil oder Ansprüche aus dem Gesellschaftsanteil gepfändet, die eidesstattliche Versicherung abgegeben oder ein Insolvenzantrag gestellt wird,
- b) der Übernehmer nicht innerhalb von sechs Monaten nach Aufforderung durch einen der Komplementäre mit seinem Ehegatten eine Regelung trifft, wonach der Gesellschaftsanteil bzw. die Wertsteigerungen des Gesellschaftsanteils bei der Berechnung eines Zugewinn- oder Pflichtteilsanspruchs nicht berücksichtigt werden,
- c) in den übertragenen Gesellschaftsanteil oder wegen dieses Gesellschaftsanteils ein Zugewinnausgleichs- oder Pflichtteilsanspruch oder ein Anspruch auf Auseinandersetzung des Güterstandes einer Gütergemeinschaft geltend gemacht wird,
- d) der Übernehmer zu Lebzeiten des Übergebers ohne dessen Zustimmung oder nach dem Versterben der Übergeber ohne Zustimmung des mit dem Übergeber verwandten Elternteils vor Vollendung des 30. Lebensjahres ganz oder teilweise seinen Gesellschaftsanteil veräußert oder belastet, gleichgültig ob im Wege eines Rechtsgeschäfts oder im Wege der Zwangsversteigerung,

- e) der Übernehmer versterben sollte, ohne dass ausschließlich Abkömmlinge der Gründungsgesellschafter aufgrund Erbfolge oder Vermächtnis den Gesellschaftsanteil erwerben,
- f) der Übernehmer die Gesellschaft zu Lebzeiten des Übergebers ohne dessen Zustimmung oder nach dem Versterben der Übergeber ohne Zustimmung des mit dem Übergeber verwandten Elternteils vor Vollendung des 30. Lebensjahres kündigt,
- g) der Übernehmer seinen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag trotz vorheriger Abmahnung nicht hinreichend nachkommt; als solches gilt auch die Behinderung der Verwaltung oder die Gefährdung der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens,
- h) der Übernehmer sich grob undankbar verhält; als solches gilt auch die nachhaltige Störung des Familienfriedens,

das Recht vor, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Übernehmer die Rückübertragung des Gesellschaftsanteils zu verlangen. Das Rückübertragungsverlangen muss spätestens sechs Monate nach Kenntnis von dem Rückübertragungsgrund geltend gemacht werden.

- (2) Die Rückübertragung des Gesellschaftsanteils hat mit allen dazugehörigen anteiligen Nebenrechten, insbesondere mit den bei der Gesellschaft geführten anteiligen Kapitalkonten zu erfolgen. Die Gesellschafterforderungen bzw. Verbindlichkeiten sind vorher mit der Gesellschaft abzurechnen. Die Rückübertragung erfolgt unentgeltlich, jedoch gegen Erstattung der von dem Übernehmer auf seinen Gesellschaftsanteil zusätzlich geleisteten Einlagen, soweit diese nicht aus den Erträgen der Gesellschaft stammen.
- (3) Übergeber und Übernehmer sind sich bereits heute aufschiebend bedingt auf den wirksamen Widerruf der Übertragung über die Rückübertragung des übertragenen Gesellschaftsanteils auf den Übergeber einig.
- (4) Die Ansprüche aus dieser Vereinbarung sind – soweit sie nicht bereits zu Lebzeiten des Anspruchsberechtigten in der vereinbarten Form geltend gemacht worden sind – nicht vererblich und nicht übertragbar.
- (5) Nach dem Tod von M soll dessen Rücktrittsrecht F zustehen. M tritt daher das Rücktrittsrecht der dies hiermit annehmenden F für den Fall seines Vorversterbens ab. Die Rücktrittsfolgen gelten dann sinngemäß für F.
- (6) Nach dem Tod von F soll deren Rücktrittsrecht M zustehen. F tritt daher das Rücktrittsrecht dem dies hiermit annehmenden M für den Fall Ihres Vorversterbens ab. Die Rücktrittsfolgen gelten dann sinngemäß für M.
- (7) Nach dem Tod beider Übergeber steht deren Rücktrittsrecht dem mit dem Übergeber verwandten Elternteil des Übernehmers zu. Der Übergeber tritt daher das Rücktrittsrecht dem dies hiermit annehmenden mit ihm verwandten Elternteil des Übernehmers für den Fall seines Vorversterbens ab. Die Rücktrittsfolgen gelten dann sinngemäß.

### 3. Regelungen in dem Gesellschaftsvertrag

Familienvermögensverwaltungsgesellschaften sind meist als Kommanditgesellschaft ausgestaltet, wobei die Eltern Komplementäre und die Kinder und Enkelkinder Kommanditisten werden.

#### 3.1 Laufzeitregelungen

Bei Familienvermögensverwaltungsgesellschaften wurde bisher immer ein Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für die Zeit von bis zu 30 Jahren für zulässig gehalten (BGH 19.1.67, II ZR 27/65, MDR 67, 384). Inzwischen wird teilweise ein Zeitraum von 30 Jahren für zu lang angesehen (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 132 Rn. 13). Auch der BGH hielt jüngst eine feste Laufzeit von 30 Jahren bei einer Anwaltssozietät für unwirksam, da die vertragliche Bindung der Gesellschafter von so langer Dauer sei,

**Kündigungs-  
ausschluss von  
bis zu 30 Jahren?**

dass bei Vertragsschluss die Entwicklungen und damit die Auswirkungen auf die Gesellschafter unüberschaubar seien. Ausschlaggebend für die Entscheidungen war aber wohl die mögliche Gefährdung der Berufsfreiheit des Kündigenden (BGH 18.9.06, II ZR 137/04, NJW 07, 295). Dies wäre bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften aber gerade nicht der Fall. Laut BGH lässt sich die Frage, wo die zeitliche Grenze zulässiger Zeitbestimmungen liegt, auch nicht abstrakt, sondern nur unter Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmen. Hierbei seien auf der einen Seite die schutzwürdigen Interessen der Gesellschafter an einer absehbaren, einseitigen Lösungsmöglichkeit, auf der anderen Seite aber auch die Struktur der Gesellschaft, die Art und das Ausmaß der für die Beteiligten aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden Pflichten sowie das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Interesse an einem möglichst langfristigen Bestand der Gesellschaft in den Blick zu nehmen. Danach müsste bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften nach wie vor eine Laufzeit von 30 Jahren zulässig sein, wenn keine Wettbewerbsverbote für die Gesellschafter in die Gesellschaftsverträge aufgenommen werden.

Zudem sollte überlegt werden, ob nicht nach dem Tode der Eltern eine ordentliche Kündigung bewusst zugelassen wird, um ausstiegswillige Familienmitglieder nicht gegen deren Willen an die Gesellschaft zu „fesseln“. Das Risiko eines übermäßigen Liquiditätsabflusses kann durch geeignete Regelungen zur Abfindung minimiert werden. Zudem kann z.B. in den Übertragungsverträgen ein Rückforderungsrecht für den Fall der Gesellschaftskündigung vor Erreichen eines bestimmten Alters vorgesehen werden.

Laufzeit von  
30 Jahren bei  
reinen Vermögens-  
verwaltungsgesell-  
schaften zulässig

Ausstiegsklausel,  
geeignete  
Abfindungsregeln

#### MUSTERFORMULIERUNG / Laufzeitregelung – Beginn und Ende der Gesellschaft, Kündigung

- (1) Die Laufzeit der Gesellschaft ist mindestens bis zum Tode von M und F.
- (2) Danach kann die Gesellschaft nur jeweils zum Ende des übernächsten Geschäftsjahres mit einer Frist von dreißig Monaten gekündigt werden. Die Kündigung ist schriftlich gegenüber sämtlichen anderen Gesellschaftern zu erklären.
- (3) Jedem Gesellschafter bleibt das Recht vorbehalten, die Gesellschaft aus wichtigem Grund jeweils zum Ende des Geschäftsjahres zu kündigen. Auch diese Kündigung ist schriftlich gegenüber sämtlichen anderen Gesellschaftern zu erklären. Die Auflösungsklage gemäß § 133 HGB wird abbedungen.
- (4) Kündigt ein Kommanditist oder einer von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern, scheiden sie mit Ablauf der Kündigungsfrist aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird dann mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Diese erwerben den Anteil des Ausscheidenden im Verhältnis ihrer Festkapitalanteile.
- (5) Kündigt der einzige persönlich haftende Gesellschafter, so scheidet er ebenfalls mit Ablauf der Kündigungsfrist aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird dann mit den übrigen Gesellschaftern unter Ausscheiden des kündigenden Gesellschaftern als OHG fortgeführt, wenn die übrigen Gesellschafter nicht mit einer Mehrheit von 75 Prozent ihrer Stimmen einen neuen persönlich haftenden Gesellschafter wählen oder die Auflösung der Gesellschaft beschließen.
- (6) Besteht die Gesellschaft im Zeitpunkt der Kündigung eines Gesellschaftern nur aus zwei Gesellschaftern, ist der andere Gesellschafter berechtigt alle Aktiva und Passiva zu übernehmen.

### 3.2 Abfindungsregelungen

Ein ausscheidender Gesellschafter hat grundsätzlich einen Anspruch auf Abfindung zum vollen Wert seiner Beteiligung. Die Abfindung ausscheidender Gesellschafter kann aber im Gesellschaftsvertrag betragsmäßig reduziert oder über einen längeren Zeitraum gestreckt werden. Im Erbfall kann die Abfindung sogar in bestimmten Fällen ganz ausgeschlossen werden.

#### 3.2.1 Abfindungshöhe

Der BGH hält eine Abfindungsregelung gemäß § 138 Abs. 1 BGB für nichtig, wenn eine vertraglich vereinbarte Abfindung in einem groben Missverhältnis zu der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils steht (BGH 16.12.91, II ZR 58/91, MDR 92, 355). Ein grobes Missverhältnis liegt vor, wenn die gesetzlich vorgesehene Abfindung nach dem Verkehrswert vollkommen unangemessen verkürzt wird. Schematische prozentuale Grenzen für das Vorliegen eines groben Missverhältnisses gibt es nicht, da stets eine Einzelfallabwägung zwischen den Vermögensinteressen des betroffenen ausscheidenden Gesellschafters und dem Bestandsinteresse der Gesellschaft sowie der verbleibenden Gesellschafter vorzunehmen ist. Eine Abfindung i.H. von 75 Prozent des Verkehrswertes wird allgemein für wirksam erachtet.

#### 3.2.2 Regelung der Auszahlungsmodalitäten

Der Gesellschaftsvertrag kann auch hinsichtlich der Auszahlungsmodalitäten Regelungen treffen. Üblich ist insoweit eine zeitliche Streckung, etwa Auszahlung in mehreren gleichen Jahres- oder Halbjahresraten bei marktüblicher Verzinsung. Jedoch darf auch diesbezüglich nicht grob unbillig von der gesetzlichen Regelung des § 271 BGB abgewichen und ein übermäßig langer Auszahlungszeitraum bestimmt werden. Ein Auszahlungszeitraum von bis zu fünf Jahren ist in der Regel nicht zu beanstanden. Bei einer sonst gesellschaftlerfreundlichen Abfindungsklausel kann unter Umständen auch ein längerer Zeitraum noch angemessen sein.

#### 3.2.3 Abfindungsausschluss bei Tod eines Gesellschafters

Es wird von der Rechtsprechung und Literatur nach wie vor zugelassen, dass die Abfindung für Erben, die nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags nicht nachfolgeberechtigt sind, völlig ausgeschlossen wird (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 131 Rn. 62; BGH 22.11.56, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186).

#### 3.2.4 Rechtsfolge unwirksamer Abfindungsklauseln

Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Abfindungsklausel ist danach zu differenzieren, ob von Anfang an ein Missverhältnis zwischen der vertraglich vorgesehenen Abfindungshöhe und der Abfindung nach dem vollen Wert des Geschäftsanteils bestand oder ob sich das Missverhältnis erst nachträglich entwickelt hat. Ist die Abfindungsklausel bereits bei Gründung der Gesellschaft grob unbillig, führt dies zur Nichtigkeit. An die Stelle der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Abfindung tritt dann die gesetzliche Abfindung, also die Abfindung zum vollen Verkehrswert des Geschäftsanteils.

Kommt es nachträglich zu einem erheblichen Missverhältnis zwischen der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Abfindung und der Abfindung nach dem Verkehrswert, ist die gesellschaftsvertragliche Klausel nicht nichtig.

Bei grobem  
Missverhältnis ist  
Abfindungsregelung  
nichtig

Auszahlung in  
mehreren gleichen  
(Halb-)Jahresraten  
bei marktüblicher  
Verzinsung

Abfindung zum  
vollen Verkehrswert,  
wenn Abfindungs-  
regelung nichtig ist

Vielmehr ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung des Gesellschaftsvertrags, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen zu bestimmen, wie hoch die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters ist. Dabei ist auch die aktuelle Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft von Bedeutung.

#### MUSTERFORMULIERUNG / Abfindungsklausel

- (1) Der ausscheidende Gesellschafter erhält einen Abfindungsanspruch nach den folgenden Bestimmungen, soweit der Abfindungsanspruch nicht vertraglich ausgeschlossen ist.
- (2) Zur Ermittlung der Höhe des Abfindungsanspruchs ist zunächst bezogen auf den Ausscheidensstichtag eine Übersicht über die beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die Forderungen und die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit Angabe der Verkehrswerte aufzustellen. Grundlage ist dabei jeweils eine äußerst vorsichtige und zurückhaltende Bewertung. Die angesetzten Verkehrswerte müssen auch nachhaltig über einen Zeitraum von mindestens 5 Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit am Markt erzielbar sein. Am Gewinn und Verlust der zum Ausscheidensstichtag schwebenden Geschäfte nimmt der ausscheidende Gesellschafter nicht teil. Der Abfindungsanspruch des Gesellschafters entspricht dann seinem Anteil am Festkapital der Gesellschaft.
- (3) Scheidet ein Gesellschafter wegen der in § # genannten Gründe (Insolvenz, Verstoß gegen Pflichten aus Gesellschaftsvertrag, usw.) aus, ist auf den nach Absatz 2 errechneten Abfindungsanspruch ein Abschlag von 25 Prozent vorzunehmen.
- (4) Der ausscheidende und die verbleibenden Gesellschafter sollen die Vermögensübersicht grundsätzlich gemeinsam aufstellen. Dazu macht jede Seite einen Vorschlag zu den unter Berücksichtigung der Grundsätze in Absatz 2 anzusetzenden Werten. Soweit keine Einigung erzielt wird, werden die Werte jeweils durch von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennende Sachverständige für alle Beteiligten verbindlich festgestellt (§ 317 BGB). Die jeweiligen Sachverständigen sollen auch nach billigem Ermessen über die Tragung der Kosten entscheiden, wobei zu berücksichtigen ist, wie weit die jeweiligen Wertvorstellungen der Beteiligten von dem verbindlich festgestellten Wert abweichen.
- (5) Der Abfindungsanspruch kann in 5 gleichen Jahresraten gezahlt werden. Die erste Rate ist sechs Monate nach dem Ausscheidensstichtag zur Zahlung fällig. Ab diesem Zeitpunkt ist das Abfindungsguthaben mit jährlich 2 Prozent über dem jeweils am Beginn des betreffenden Kalenderjahres geltenden Basiszinssatz gemäß § 247 BGB zu verzinsen. Die Zinsen sind jeweils mit den Jahresraten zu entrichten. Eine Sicherheitsleistung kann nicht gefordert werden. Die Gesellschaft ist zur vorzeitigen Auszahlung des Abfindungsguthabens berechtigt.
- (6) Der Anspruch auf Abfindung richtet sich nur gegen die Gesellschaft. Eine über das Gesellschaftsvermögen hinausgehende persönliche Haftung der übrigen Gesellschafter ist ausgeschlossen.
- (7) Das Darlehenskonto des ausscheidenden Gesellschafters wird bei der Berechnung der Abfindung nicht berücksichtigt. Ein Guthaben auf dem Darlehenskonto ist dem ausscheidenden Gesellschafter unverzüglich nach seinem Ausscheiden auszuzahlen; einen Schuldsaldo hat der ausscheidende Gesellschafter unverzüglich auszugleichen.
- (8) Der ausscheidende Gesellschafter kann die Freistellung von Gesellschaftsverbindlichkeiten verlangen. Hat er dingliche oder persönliche Sicherheiten zugunsten eines Gesellschaftsgläubigers bestellt, so kann er auch diesbezüglich Freistellung verlangen.
- (9) Sind die vorgesehenen Abfindungsregelungen von Anfang an unwirksam oder wurden die Abfindungsregelungen erst nachträglich unwirksam, ist dem ausscheidenden Gesellschafter die nach Gesetz und Rechtsprechung niedrigste noch zulässige Abfindung zu gewähren.

### 3.3 Disquotale Gewinnbezugs- und Stimmrechte

Grundsätzlich ist es zulässig, das Gewinnbezugs- und das Stimmrecht disquotale auszugestalten, also abweichend von der Beteiligung am Gesamtkapital der Gesellschaft (Mutter, Der reziproke Familienpool, ZEV 07, 512; Schulz/Brunner/Werz, Die disproportionale Gewinn- und Stimmrechtsverteilung – ein Instrument für die Nachfolgeplanung, Spezial zu BB 05, Heft 32).

#### 3.3.1 Gewinnbezugsrecht

In Literatur und Rechtsprechung besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Regelung zur Gewinnverteilung im Gesellschaftsvertrag von den gesetzlichen Vorgaben und damit auch vom Verhältnis der Kapitalanteile abweichen kann. Für die KG regelt § 168 Abs. 2 HBG dies ausdrücklich. Kritisch sind nur extrem disquotale ausgestaltete Gewinnverteilungsschlüssel (z.B. Gewinnanteil 5 Prozent bei einem Kapitalanteil von 95 Prozent).

Die Finanzverwaltung erkennt disquotale Gewinnbezugsrechte einkommensteuerrechtlich an, wenn für eine vom gesetzlichen Verteilungsschlüssel abweichende Gewinnverteilung besondere Leistungen eines Gesellschafters ursächlich sind. Schenkungsteuerlich behandelt die Finanzverwaltung die disquotalen Gewinnverteilungsschlüssel wie eine Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt. Zudem kann in dem Gesellschaftsvertrag eine die Gründungsgesellschafter begünstigende Entnahmeregulierung enthalten sein.

Abweichung von  
gesetzlichen  
Vorgaben zulässig

## MUSTERFORMULIERUNG / Gewinnverteilungs- und Entnahmeklausel

### Gewinn- und Verlustverteilung

(1) Abweichend von der Beteiligung der Gesellschafter am Festkapital nehmen diese am Gewinn und Verlust in folgendem Anteilsverhältnis teil:

- a) der Gesellschafter M zu 35 Prozent;
- b) die Gesellschafterin F zu 35 Prozent;
- c) der Gesellschafter S zu 15 Prozent;
- d) die Gesellschafterin T zu 15 Prozent;

Das Gewinnbezugsrecht von M und F geht nach dem Tode des erstversterbenden von beiden auf den überlebenden Ehegatten über. Nach dem Ausscheiden von M und F nehmen die Gesellschafter am Ergebnis im Verhältnis ihrer Festkapitalanteile teil.

(2) Ein Jahresüberschuss ist zunächst zum Ausgleich des Verlustvortragskontos zu verwenden. Von dem verbleibenden Betrag ist ein Anteil von mindestens 20 Prozent zur Bildung einer Rücklage zu verwenden. Der nach Abzug der Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten und des für die Bildung der Rücklage erforderlichen Betrags verbleibende Überschussanteil wird an die Gesellschafter ausgeschüttet und auf deren Darlehenskonten verbucht. Ein Jahresfehlbetrag ist durch Auflösung von Rücklagen zu decken. Soweit solche nicht bestehen, ist er auf das Verlustvortragskonto zu buchen. Die Gesellschafterversammlung kann mit 75 Prozent der abgegebenen Stimmen eine abweichende Ergebnisverwendung beschließen. An jeden Gesellschafter ist aber zwingend die auf seine Beteiligung entfallende Einkommensteuer auszuschütten.

(3) Die Gesellschafter erklären bereits jetzt ihre Zustimmung zu Änderungen, die den Gesellschaftern M und F trotz einer geringeren kapitalmäßigen Beteiligung am Festkapital der Gesellschaft einen Gewinnanteil von bis zu 75 Prozent des Jahresüberschusses gewähren.

**Entnahmen**

- (1) Guthaben auf den Darlehenskonten können grundsätzlich jederzeit entnommen werden. Entnahmen von dem Rücklagenkonto müssen mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschlossen werden. Entnahmen von den Festkapitalkonten sind nur mit einer Mehrheit von 75 % der vorhandenen Stimmen zulässig.
- (2) Gesellschafter, die noch nicht das 30. Lebensjahr vollendet haben, können Entnahmen immer nur mit Zustimmung von mindestens einem Elternteil vornehmen.
- (3) Die Eheleute M und F können aus der Gesellschaft bis zu ihrem Tode monatlich einen Betrag von insgesamt bis zu 5.000 EUR entnehmen, wobei diese Entnahme aus den auf sie entfallenden Erträgen und falls die Erträge nicht ausreichen aus der Substanz der Gesellschaft erfolgt. Nach dem Tode eines Ehegatten kann der überlebende Ehegatte die Entnahme von 5.000 EUR alleine tätigen.

**3.3.2 Stimmrechte**

Bei der Ausgestaltung von disquotalen Stimmrechten muss der Bestimmtheitsgrundsatz, die Kernbereichslehre und das Belastungsverbot berücksichtigt werden.

Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig – und sei es durch Auslegung – ergibt, dass der infrage stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen werden soll.

Mit der Kernbereichslehre wird der Schutz des Kernbereichs der Mitgliedschaft eines Gesellschafters vor den Eingriffen seiner Mitgesellschafter sichergestellt. Es gibt dabei schlechthin unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte, zu denen insbesondere das Recht auf Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen, das Kündigungs- bzw. Austrittsrecht aus wichtigem Grund und das Informationsrecht zählen, und die auch nicht mit Zustimmung des Betroffenen aufgehoben werden können.

Zudem gibt es Mitgliedschaftsrechte, über die nur mit Einverständnis des betroffenen Gesellschafters disponiert werden kann. Hierzu gehören insbesondere das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht, das Recht auf Vermögensbeteiligung bei Liquidation, das Recht auf Abfindung beim Ausscheiden (soweit hierdurch nicht das unverzichtbare Kündigungsrecht aus wichtigem Grund beeinträchtigt wird) sowie Sonderrechte. Die Zustimmung zum Eingriff in Kernbereichsrechte durch Mehrheitsbeschluss kann im Gesellschaftsvertrag antizipiert werden.

Das Belastungsverbot führt schließlich dazu, dass einem Gesellschafter ohne sein Einverständnis grundsätzlich keine Pflichten aufgebürdet werden dürfen. Soll eine derartige Belastung durch Mehrheitsbeschluss ermöglicht werden, muss sie nach Art und Ausmaß im Gesellschaftsvertrag so genau bestimmt werden, dass die an eine antizipierte Zustimmung des belasteten Gesellschafters zu stellenden Anforderungen erfüllt sind.

Bestimmtheits-  
grundsatz

Kernbereichslehre

Belastungsverbot