

## **BFH: Vollzug einer Schenkung bei unentgeltlicher Zuwendung einer atypisch stillen Beteiligung**

Wird eine atypisch stille Beteiligung unentgeltlich durch ein nicht notariell beurkundetes Schenkungsversprechen zugewendet, so ist mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags die Schenkung bewirkt und der Formmangel des Schenkungsversprechens geheilt.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine GmbH, errichtete im Streitjahr 2005 mit der Tochter ihres Alleingeschäfters durch privatschriftlichen, nicht notariell beurkundeten Vertrag eine atypisch stille Gesellschaft. Der stillen Gesellschafterin wurden neben der Beteiligung am Gewinn und den stillen Reserven auch Mitgliedschaftsrechte eingeräumt. Der Alleingeschäfters versprach seiner Tochter in einem weiteren nur privatschriftlichen Vertrag die Übertragung eines Teils seiner Darlehensforderung gegenüber der GmbH, mit welchem die Einlageverpflichtung der Tochter erfüllt werden sollte.

Das Finanzamt hob die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung der Klägerin mit der Begründung auf, die atypisch stille Gesellschaft könne steuerlich nicht anerkannt werden. Das FG gab der dagegen gerichteten Klage der GmbH statt.

### **Entscheidung**

Das FG sei zu Recht davon ausgegangen, dass die zwischen der Klägerin und der Tochter des Alleingeschäfters gegründete atypisch stille Gesellschaft steuerlich anzuerkennen sei. Insbesondere sei der Formmangel des Schenkungsvertrags durch Vollzug der Schenkung geheilt.

Nach § 179 Abs. 1 i.V.m. § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO werden einkommen- und körperschaftsteuerliche Einkünfte gesondert und einheitlich festgestellt, wenn an diesen Einkünften mehrere Personen beteiligt und die Einkünfte diesen Personen steuerlich auch zuzurechnen sind. Diese Voraussetzungen seien insbesondere bei einer gewerblichen Mitunternehmerschaft erfüllt. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH seien Beteiligte einer atypisch stillen Gesellschaft als Mitunternehmer anzusehen (u.a. BFH-Urteil vom 27.05.1993), wenn nach einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles feststehe, dass der Beteiligte Mitunternehmerisiko und Mitunternehmerinitiative trage und die Gesellschaft zivilrechtlich wirksam gegründet sei.

Der Vertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft bedürfe ausnahmsweise der notariellen Beurkundung, wenn die Einlage in eine stille Gesellschaft schenkweise zugewandt werde. Gleiches gelte auch für den vorliegenden Fall der schenkweisen Zuwendung einer Forderung, die zum Zwecke der Einlagepflichterfüllung getätigt werde.

Zur Frage der Heilung eines Formmangels hat der BGH unlängst in Einschränkung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass bei unentgeltlicher Zuwendung einer durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags entstehenden Unterbeteiligung, die Schenkung mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags i.S. des § 518 Abs. 2 BGB vollzogen sei (BGH-Urteil vom 29.11.2011). Der BFH schließe sich dieser Rechtsprechung an und gehe auch davon aus, dass die aufgestellten Grundsätze auch auf atypisch stille Gesellschaften anzuwenden seien.

Bei der Gründung einer atypisch stillen Gesellschaft komme es mangels Gesamthandsvermögen zwar nicht zu einer dinglichen Mitberechtigung an der Hauptgesellschaft, allerdings beschränke sich die Beteiligung nicht nur auf schuldrechtliche Ansprüche, wenn dem Beteiligten - wie im Streitfall - mitgliedschaftliche Rechte eingeräumt wurden. Dadurch erhalte der Beteiligte nicht nur die Stellung eines schuldrechtlichen Gläubigers, sondern eine mitgliedschaftliche Rechtsposition. Dies rechtfertige die Annahme, dass die unentgeltliche Zuwendung dinglich bewirkt sei und damit der Formmangel des Schenkungsversprechens geheilt wurde.

### **Betroffene Normen**

§ 179 Abs. 1 i.V.m § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO, § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, § 518 BGB  
Streitjahr 2005

**Vorinstanz**

[Finanzgericht Niedersachsen](#), Urteil vom 29.09.2011, 10 K 269/08, EFG 2012, S. 46

**Fundstelle**

BFH, Urteil vom 17.07.2014, [IV R 52/11](#)

**Weitere Fundstellen**

BFH, Urteil vom 27.05.1993, IV R 1/92, BStBl II 1994, S. 700

BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09, BGHZ 191, S. 354

---

[www.deloitte-tax-news.de](http://www.deloitte-tax-news.de)

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.