

# Die richtige Ausgestaltung der Finanz- und Steuerverfassung



Dr. Bertram Layer, Wirtschaftsprüfer/Steuerberater, Dr. Maximilian Hermann, Rechtsanwalt

Die richtige bzw. durchdachte Ausgestaltung der Finanzverfassung und der steuerlichen Regelungen im Gesellschaftsvertrag des Familienunternehmens stellt ein wichtiges Instrument dar, um Konflikte im Familienunternehmen zu vermeiden oder aber konfliktäre Themen einer ausgewogenen Lösung zuzuführen. Nachfolgend werden zu diesen Themenbereichen Empfehlungen zur gesellschaftsverträglichen Ausgestaltung herausgearbeitet.

## I. Einleitung

Professor Hennerkes hat einmal den Satz geprägt: „In Geldsachen hört die Gemütlichkeit auf: Unter den Nachfolgern eines Unternehmensgründers scheint der Streit programmiert. Fehlende Entnahmemöglichkeiten und geringere Gewinnausschüttungsquoten sorgen oft für Dissens.“

Geld allein macht aber nicht glücklich. Deshalb ist das Thema deutlich vielschichtiger. Zum einen gilt es im Gesellschaftsvertrag die Informationsbedürfnisse der Gesellschafter von Familienunternehmen in angemessener Weise und ggf. über das gesetzliche Mindestmaß hinaus zu befriedigen. Allein die Information über die Ergebnisse eines Unternehmens reicht nicht aus. Letztendlich wollen die Gesellschafter auch nachvollziehbare Grundlagen, wie Ergebnisse zustande kommen, wie diese verteilt werden und ggf. auch teilweise an die Gesellschafter eines Familienunternehmens ausgekehrt werden. Sodann sind auch die Besonderheiten des Steuerrechts zu berücksichtigen, die Gesellschafter und das Familienunternehmen selbst vor Herausforderungen stellen können. In diesem Zusammenhang stellen Steuerklauseln einen wichtigen Beitrag dar, um Streitfällen vorzubeugen. Nachfolgend sollen deshalb Empfehlungen zur gesellschaftsvertrag-

lichen Abbildung folgender Themen herausgearbeitet werden, die einen Beitrag zur Konfliktvermeidung im Familienunternehmen leisten können:

- Regelungen zur Jahresabschlusserstellung;
- Regelungen zur Gewinn- und Verlustverteilung;
- Regelungen zur Entnahme bzw. zur Ausschüttung von Ergebnissen;
- Steuerklauseln bei Personengesellschaften;
- Regelungen zu Abfindungszahlungen;
- Berichterstattung im Familienunternehmen.

Dabei werden auch die gesetzlichen Vorschriften zu einzelnen Themen erläutert, die nicht immer den Bedürfnissen des Familienunternehmens Rechnung tragen.

## II. Jahresabschluss-erstellung

### 1. Informationsbedürfnisse der Gesellschafter von Familienunternehmen

Bevor Empfehlungen zum Umgang mit den aus dem Jahresabschluss zu gewinnenden Informationen ausgesprochen werden, wird ein Überblick über die Informationsbedürfnisse der

## INHALT

### I. Einleitung

### II. Jahresabschlusserstellung

1. Informationsbedürfnisse der Gesellschafter von Familienunternehmen
2. Aufstellungs- und Feststellungskompetenz für Jahresabschlüsse
3. Ansatz- und Bewertungsregelungen
4. Einbindung von Gremien
5. Konzernklausel zum Ausweis eines konzernbezogenen Mindestgewinns

### III. Gewinn- und Verlustverteilung sowie Entnahme- und Ausschüttungsregelungen

1. Regelungsschema bei Personengesellschaften mit Buchungshinweisen
2. Ausschüttung/Entnahme von Mindestgewinnen
3. Problem der Kündbarkeit/Entnahmefähigkeit von Darlehen
4. Steuerentnahmerecht

### IV. Steuerklausel und deren Handhabbarkeit

### V. Abfindungsklausel

### VI. Schlussbetrachtung: Die familienunternehmensbezogene Berichterstattung

## Keywords

Abfindungsklauseln; Ausschüttungsregelungen; Bilanzpolitik; Entnahmeregelungen; Finanzverfassung; Gesellschaftsvertrag; Jahresabschluss; Konzernklausel; Steuerklausel

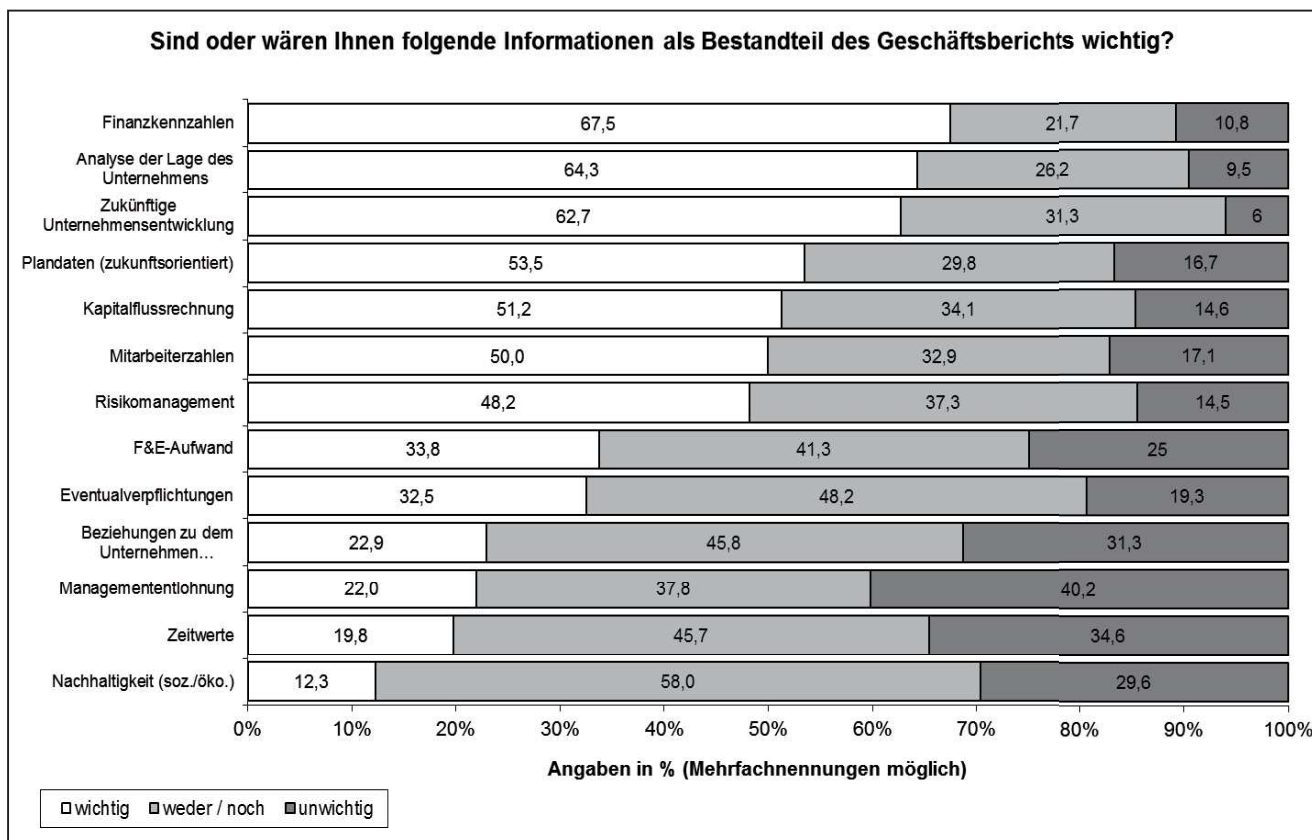


Abb. 1: Aufbereitung und Analyse von BilMoG-Abschlüssen aus Sicht der Gesellschafter eines Familienunternehmens

Gesellschafter von Familienunternehmen vermittelt. Interessant sind hier die Ergebnisse einer von der Stiftung Familienunternehmen gemeinschaftlich mit dem VMEBF beauftragten Untersuchung.<sup>1</sup> Demnach weisen die Informationsbedürfnisse der Gesellschafter von Familienunternehmen folgende Besonderheiten auf:<sup>2</sup>

- Der Konzernabschluss hat zwar für eine große Zahl der befragten Gesellschafter (39,3 %) eine höhere Bedeutung als der Einzelabschluss. Erklärt wird dies mit der dadurch vermittelten Gesamtsicht auf die unternehmerischen Verflechtungen in Unternehmensverbund sowie mit

der Abbildung der Entwicklung und der Lage der Unternehmensgruppe als Ganzes. Dennoch stellt der Einzelabschluss für immerhin noch 30,9 % der befragten Gesellschafter das wichtigere Informationsmedium dar, was mit der damit verbundenen Ausschüttungs- und Steuerbemessungsfunktion zu erklären ist.<sup>3</sup> Auf die Bedeutung des Zusammenhangs zwischen Ergebnis im Einzelabschluss und Konzernbilanzergebnis im Hinblick auf Gewinnausschüttungen bzw. entnahmefähige Beträge wird nachfolgend an anderer Stelle im Detail eingegangen.

- Für die Gesellschafter von Familienunternehmen von besonderer Bedeutung sind regelmäßig Angaben im Lagebericht des Unternehmens (siehe Abbildung 1). Danach

ist für 67,5 % der Befragten die Angabe von Finanzkennzahlen, wie z.B. Rentabilitäten, wichtig. Für 64,3 % der Gesellschafter ist die Analyse der Lage des Unternehmens und für 62,7 % die zukünftige Entwicklung der Unternehmung von besonderem Interesse. Zukunftsgerichteten, strategischen Daten wird ebenfalls eine hohe Bedeutung beigemessen.

Die vorstehend aufgezeigten Informationsbedürfnisse gilt es bei den nachfolgenden Empfehlungen zur Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages im Blick zu halten.

## 2. Aufstellungs- und Feststellungskompetenz für Jahresabschlüsse

Aufgestellt wird der Jahresabschluss durch die Geschäftsführung des Unternehmens (vgl. § 264 und § 264a HGB für Kapitalgesellschaften und

1 Vgl. Befragung der Stiftung Familienunternehmen in Zusammenarbeit mit der Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanzrechts für Familiengesellschaften (VMBF), veröffentlicht im Jahre 2008, verfügbar unter [www.familienunternehmen.de](http://www.familienunternehmen.de).

2 Vgl. im Einzelnen Fink/Heidbreder/Schäfer, KoR 2008, 601–608; Hennerkes/Layer, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, Stuttgart 2010, S. 415, 418–419.

3 Vgl. Fink/Heidbreder/Schäfer, KoR 2008, S. 601, 604.

Personengesellschaften mit Haftungsbeschränkung).

Bei der Aktiengesellschaft ist der Jahresabschluss und der Lagebericht sodann dem Aufsichtsrat vorzulegen, der diese und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen hat. Wird der Jahresabschluss vom Aufsichtsrat gebilligt, so ist dieser festgestellt. Nur in Ausnahmefällen werden der Vorstand und der Aufsichtsrat beschließen, die Feststellung des Jahresabschlusses der Hauptversammlung zu überlassen. Die Hauptversammlung wird somit in der Regel nur über die Verwendung des Bilanzgewinns beschließen und ist dabei an den festgestellten Jahresabschluss gebunden.<sup>4</sup>

Abweichend hiervon erfolgen bei einer GmbH und bei einer GmbH & Co. KG die Vorlage und die Feststellung des Jahresabschlusses an bzw. durch die Gesellschafterversammlung, sofern im Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung getroffen wurde. Letzteres erscheint sinnvoll, wie nachfolgend noch im Einzelnen dargestellt wird (vgl. hierzu die Überlegungen unter 4.).

### 3. Ansatz- und Bewertungsregelungen

Auch wenn das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) dazu geführt hat, dass zahlreiche explizite Wahlrechte im HGB abgeschafft wurden und damit der bilanzpolitische Aktionsrahmen eingengt wurde (z.B. Bildung von Aufwandsrückstellungen), so wurden andererseits aber auch neue Spielräume für Bilanzpolitik geschaffen, wie z.B. die Möglichkeit zur Aktivierung von Entwicklungskosten.<sup>5</sup> Auch bestehen weiterhin im Rahmen der Ermittlung der Her-

stellungskosten Gestaltungsmöglichkeiten.

Ferner haben sich mit dem BilMoG die Handelsbilanz und die Steuerbilanz weiter auseinanderentwickelt.

Umso bedeutender ist es, dass die gesellschaftsvertraglichen Regelungen ausreichend dafür Sorge tragen, dass dem den Jahresabschluss feststellenden Organ Einblicke in die Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten sowie in vorhandene Ermessensspielräume bei der Bilanzierung gewährt werden. Gleiches gilt auch für die Erläuterung der steuerlichen Gewinnermittlung.

Ggf. können sich gesonderte gesellschaftsvertragliche Regelungen anbieten, die einen Zugang der Gesellschafter insbesondere zu folgenden Informationsquellen sichern:<sup>6</sup>

- Entsprechend dem Bericht des Aufsichtsrats nach § 171 Abs. 2 AktG über das Ergebnis seiner Prüfung des Jahresabschlusses und Konzernabschlusses kann auch ein Bericht von einem im Familienunternehmen eingerichteten Beirat eingefordert werden.
- Die unternehmensinterne Berichterstattung des Abschlussprüfers in Form des schriftlichen Prüfungsberichts kann im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden.
- Ferner kann der Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung des Abschlussprüfers zur Erstellung eines Management-Letters statuieren, der außerhalb des Prüfungsberichts besondere Hinweise und Verbesserungsvorschläge an die Geschäftsführung beinhalten soll. Dieser Management-Letter wird zwar im Regelfall nicht den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt, allerdings ggf. dem

Aufsichtsorgan. Wichtige Hinweise können so auch in die Berichterstattung über das Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses Eingang finden.<sup>7</sup>

- Eine Verpflichtung zur gesonderten Erläuterung der steuerlichen Gewinnermittlung, sei es in Form einer steuerlichen Überleitungsrechnung oder in Gestalt einer eigenständigen Steuerbilanz, kann ebenfalls in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.

Die gesellschaftsrechtliche Verankerung dieser Informationsquellen und deren Zurverfügungstellung an das Aufsichtsgremium und ggf. auch an die Gesellschafterversammlung erhöht die Informationstransparenz im Familienunternehmen und bildet damit einen wesentlichen Anknüpfungspunkt zur Vermeidung von Informationsdefiziten als eine der Konfliktursachen.

### 4. Einbindung von Gremien

Vorstehende Ausführungen zeigen, dass die Bilanzpolitik auch für Familienunternehmen nach wie vor von erheblicher unternehmerischer Bedeutung ist, sodass ein vorsorgender Gesellschaftsvertrag auch für diesen Bereich der Finanzverfassung eine Regelung treffen wird, um die Interessen der Gesellschafter zu wahren und eventuelle Risiken, die in den Bilanzen schlummern, zu erkennen. In Familienunternehmen, die über einen Beirat als Aufsichtsgremium verfügen, ist zu empfehlen, bei der Feststellung des Jahresabschlusses den Beirat zu beteiligen, da oft – mangels hinreichender Qualifikation der Gesellschafter und der Komplexität und Problemvielfalt bei der

<sup>4</sup> Vgl. im Einzelnen Wiedemann/Kögel, Beirat und Aufsichtsrat im Familienunternehmen, München 2008, S. 96 ff.

<sup>5</sup> Siehe zu den nach BilMoG verbliebenen bilanzpolitischen Möglichkeiten bspw. Fink/Reuther, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, Stuttgart 2010, S. 3 ff.

<sup>6</sup> Vgl. im Einzelnen auch Hennerkes/Layer, in: Fink/Schultze/Winkeljohann, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach neuem Handelsrecht, Stuttgart 2010, S. 415, 428.

<sup>7</sup> Siehe zu Management-Letter Wiedemann/Kögel, Beirat und Aufsichtsrat im Familienunternehmen, München 2008, S. 102, Tz. 27; Hennerkes, Die Familie und die Unternehmen, 2. Aufl., Frankfurt/New York, 2005, S. 318.

Bilanzierung – die Kontrolle durch die Gesellschafter nicht ausreicht. Der Gesellschaftsvertrag kann dabei entweder die Feststellungskompetenz der Gesellschafterversammlung unangetastet lassen und den Beirat auf eine schlichte Beratungsfunktion beschränken oder die Feststellungskompetenz selbst unmittelbar von der Gesellschafterversammlung auf den Beirat übertragen.<sup>8</sup>

Zusätzlich sollte die Geschäftsführung verpflichtet werden, der Gesellschafterversammlung bzw. dem Beirat vor und während der Aufstellung des Jahresabschlusses über die geplante Ausnutzung der Bilanzierungsspielräume sowie die zugrunde liegende Bilanzpolitik zu berichten. Ein Vertreter der Gesellschafterversammlung und/oder der Beiratsvorsitzende sollten im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses an den wichtigsten Vorbesprechungen zwischen der Geschäftsführung und dem Abschlussprüfer teilnehmen. Ein Kontakt des Abschlussprüfers zu der Gesellschafterversammlung und/oder zum Beirat auch während der Prüfung ist ebenfalls sinnvoll. Die Mitwirkung des Beirats – flankiert durch die Berichtserstattungspflicht des Abschlussprüfers – bietet ein effektives Instrument zur qualifizierten Überwachung der Geschäftsführung im Unternehmen im Bereich der Bilanzpolitik.

### 5. Konzernklausel zum Ausweis eines konzernbezogenen Mindestgewinns

Konzernrelevanter Regelungsbedarf ergibt sich dann, wenn es sich bei dem Familienunternehmen um eine Unternehmensgruppe handelt und die Ergebnisse der Unternehmensgruppe in starkem Maße auch in den in- oder ausländischen Tochtergesellschaften erwirtschaftet werden. Ohne weitere gesellschaftsvertragliche Regelungen in der Mutterge-

sellschaft könnte dies dazu führen, dass in dem Einzelabschluss der Muttergesellschaft nur ein Bruchteil der Ergebnisse ausgewiesen wird, die in der gesamten Unternehmensgruppe erzielt werden. Es kommt somit zu einem deutlichen Auseinanderfallen des Konzernergebnisses und des Ergebnisses aus dem Einzelabschluss der Muttergesellschaft. Da Letzteres aber maßgebend für die Ausschüttung an die Gesellschafter ist, sind für solche Unternehmensstrukturen gesellschaftsvertragliche Regelungen sinnvoll, die es einer Holdinggesellschaft in Familienhand ermöglichen, dass ein bestimmter Mindestbetrag eines Konzernergebnisses als Ergebnis der Obergesellschaft ausgewiesen wird.

Im Rahmen der Regelungen zum Jahresabschluss bzw. der Ergebnisverteilung empfiehlt sich daher eine Klausel, wonach die Geschäftsführung einer Obergesellschaft im Rahmen des rechtlich Möglichen sicherzustellen hat, dass ein bestimmter prozentualer Mindestbetrag des Konzernjahresüberschusses im Jahresabschluss der Obergesellschaft ausgewiesen wird, sodass Gewinne von verbundenen Unternehmen mindestens in dem Umfang ausgeschüttet werden, der diesen Vorgaben Rechnung trägt. Ggf. kann diese Verpflichtung zusätzlich in den jeweiligen Geschäftsordnungen für die Geschäftsführer verankert werden, um die Umsetzung dieser gesellschaftsvertraglichen Vorgabe zu konkretisieren.

Sodann kann auch der Umfang der an die Gesellschafter auszuschüttenden Gewinne an dem Konzernergebnis orientiert werden. Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass ein bestimmter Mindestumfang des Konzernergebnisses bei der Muttergesellschaft ausgewiesen wird, ist diese Ausschüttungsregelung allerdings nicht zwingend erforderlich. Sofern es sinnvoll erscheint, den Umfang der Ausschüttungen auch an die Eigenkapitalsituation des Unternehmens zu knüpfen, wäre bei einer Unterneh-

mensgruppe wiederum auf die Konzerneigenkapitalquote abzustellen.<sup>9</sup>

## III. Gewinn- und Verlustverteilung sowie Entnahme- und Ausschüttungsregelungen

Ein weiteres Streit(-vermeidungs-)thema sind Fragen der Gewinn- und Verlustverteilung. Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob eine Personen- oder Kapitalgesellschaft vorliegt. Im Falle von Familienpersonengesellschaften ist auf die Besonderheiten des Steuerrechts zu achten. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft haben nämlich den ihnen steuerlich zugerechneten Gewinnanteil unabhängig von dessen rechtlichen Grundlagen und dem handelsrechtlichen Ausweis zu versteuern. Das Gehalt eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH & Co. KG ist handelsrechtlich Aufwand, stellt steuerlich aber einen Vorabgewinnanteil dar. Gleiches gilt für Zinsen, die den Darlehenskonten der Gesellschafter einer Personengesellschaft gutgeschrieben werden.

### 1. Regelungsschema bei Personengesellschaften mit Buchungshinweisen

Vor dem Hintergrund dieser besonderen steuerlichen Behandlung der Personengesellschaft ist es aus unserer Sicht empfehlenswert, im Gesellschaftsvertrag klare Regelungen zu treffen, wie die Jahresübersussermittlung und die Buchung von einzelnen Vergütungen an die Gesellschafter auf die gesellschaftsvertraglich geführten Kapitalkonten zu erfolgen hat. Je konkreter die Vorgaben diesbezüglich im Gesellschaftsvertrag sind, umso weniger Missverständnisse können auftreten. Auch hier gilt, dass die Transparenz der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen und das Ineinandergreifen handelsrechtlicher

<sup>8</sup> Siehe im Einzelnen auch Wiedemann/Kögel, Beirat und Aufsichtsrat im Familienunternehmen, München 2008, S. 100, Tz. 20 m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. zu dieser Thematik auch Hennerkes/Kirchdörfer, in: Hennerkes/Kirchdörfer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, S. 79, Tz. 3.30.



und steuerrechtlicher Normen der Vermeidung von möglichen Streitigkeiten unter den Gesellschaftern dienen.

Deshalb sollte bei Personengesellschaften überlegt werden, die Herangehensweise bei der Ermittlung des Jahresüberschusses und dessen Verteilung auf die jeweiligen Konten in einem Schema im Rahmen der Regelungen zu Gewinn- und Verlustverteilung gesellschaftsvertraglich abzubilden. Ein solches Schema könnte dabei wie in Abbildung 2 dargestellt aussehen.

## b) Ausschüttung/Entnahme von Mindestgewinnen

Klare gesellschaftsrechtliche Regelungen für Entnahmemöglichkeiten bzw. Gewinnausschüttungsquoten sind ein weiterer wichtiger Bestandteil des Konfliktvermeidungsmechanismus in Familienunternehmen. Die Ausschüttungspolitik bzw. Entnahmemöglichkeit stellt ein ganz zentrales Verbindungselement zwischen der Unternehmensstrategie und der Familien- bzw. Inhaberstrategie dar.<sup>10</sup>

Ohne ausführlich auf die Einzelheiten einzugehen lässt sich festhalten, dass die gesetzlichen Regelungen zur Gewinnverwendung bei der GmbH, bei der AG aber auch bei den Personenhandelsgesellschaften nicht geeignet sind, um den Bedürfnissen eines Familienunternehmens Rechnung zu tragen.<sup>11</sup> Deshalb sind – ggf. vom Gesetz abweichende – Ausschüttungs- bzw. Entnahmeregelungen im Gesellschaftsvertrag vorzusehen.

Bei der konkreten Ausgestaltung von Ausschüttungs- bzw. Entnahmeregelungen ist insbesondere auf die unterschiedliche steuerrechtliche Behandlung von einzelnen Rechtsformen zu achten. Da bei den Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG, GmbH & Co. KG) die Gesellschafter

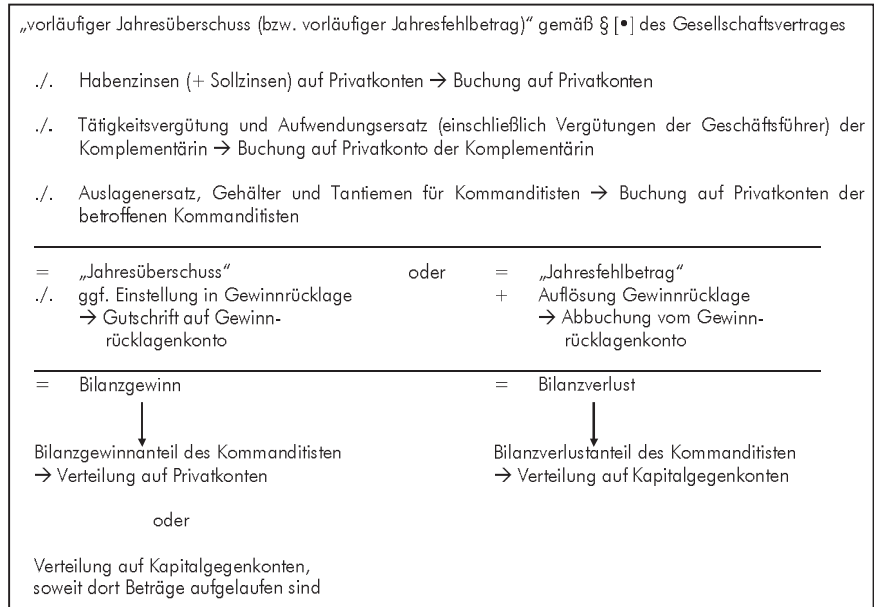


Abb. 2: Schema zur Gewinn- und Verlustverteilung

ihre Gewinnanteile individuell der Einkommensteuer unterwerfen müssen, und zwar unabhängig davon, ob Gewinne ausgeschüttet oder der Rücklage zugeführt werden, müssen die Entnahmeregelungen diesen steuerlichen Besonderheiten Rechnung tragen. Die Entnahmemöglichkeiten für Gesellschafter einer Personengesellschaft müssen daher deutlich großzügiger ausgestaltet werden als bei einer Kapitalgesellschaft, deren Gewinne auf der Ebene der Kapitalgesellschaft der Besteuerung unterworfen werden und die Gesellschafter nur das zu versteuern haben, was letztendlich an sie ausgeschüttet wird.

Geht man von dem Modell einer Familienkapitalgesellschaft aus, so liegen die Bandbreiten normaler Ausschüttungsquoten zwischen 15 % und 35 % des Gewinns nach Steuern des Unternehmens.<sup>12</sup>

Unter Berücksichtigung der zuvor genannten besonderen steuerlichen Verhältnisse bei Personengesellschaften liegen die normalen Ausschüttungsquoten dort im Regelfall zwischen 35 und 55 %.

Wird eine solche Mindestausschüttung oder ein Mindestentnahmerecht im Gesellschaftsvertrag verankert, so stellt sich aber zugleich die Frage, wie mit dem Teil des Jahresüberschusses umgegangen werden soll, der im Unternehmen verbleibt. Eine mögliche Empfehlung lautet, einen Teil des Jahresüberschusses unmittelbar den Rücklagen des Unternehmens zuzuweisen und sie somit schon der Beschlussfassung der Gesellschafter bzw. des Beirats zu entziehen. Sodann kann es sich anbieten, die Differenz zwischen dem zwingend den Rücklagen zuzuweisenden Betrag und der Mindestausschüttung durch Beschlussfassung des Beiratsgremiums oder aber der Gesellschafterversammlung wiederum ganz oder teilweise den Rücklagen zuzuführen oder aber auszuschütten. Zusammenfassend sollten insbesondere folgende Eckpunkte in einer dem Unternehmensinteresse und dem Gesellschafterinteresse Rechnung tragenden Gewinnverwendungsregelung enthalten sein:

- Fixierung einer Mindestausschüttungsquote, ggf. orientiert am Konzernergebnis;

<sup>10</sup> Vgl. Kormann, FuS 3/2013, S. 83 ff.

<sup>11</sup> Siehe hierzu im Detail die Darstellungen bei Hennerkes/Kirchdörfer, in: Hennerkes/Kirchdörfer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, S. 79 f., Tz. 3.31.

<sup>12</sup> Vgl. Kormann, FuS 3/2013, S. 83, 84 m.V.a. Kohlbeck/Bauer, Family Governance in Deutschen Familienunternehmen, in Equa-Stiftung (Hrsg.) 2011, S. 96.

- Fixierung eines Mindestbetrags, der den Rücklagen zugewiesen wird;
- Ermessensentscheidung der Gesellschafterversammlung bzw. des Beirats im Hinblick auf weitere Rücklagendotierungen oder aber eine weitergehende Ausschüttungsregelung;
- Abweichungen von diesem gesellschaftsvertraglichen Grundkonsens sollten in jedem Fall einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung unterworfen werden.

### 3. Problem der Kündbarkeit/Entnahmefähigkeit von Darlehen

In vielen Familienunternehmen ist es – unabhängig von der Rechtsform – üblich, ausgeschüttete Gewinne oder entnahmefähige Gewinnanteile einem Privatkonto oder Darlehenskonto gutzuschreiben. Der Gesellschaftsvertrag sollte in diesen Fällen klare Regelungen beinhalten, zu welchen Konditionen diese Darlehen überlassen werden und welche Bindungsfristen/Kündigungsfristen für diese Darlehen gelten.

Die im Verhältnis zur Beteiligung sich oft unterschiedlich entwickelnden Stände auf solchen Darlehens- oder Privatkonten sind häufig Anlass für Auseinandersetzungen im Gesellschafterkreis. Insbesondere dann, wenn die Liquiditätslage des Unternehmens angespannt ist, können Entnahmen von Gesellschaftern ein Problem darstellen. Gesellschafter, die über viele Jahre hinweg dem Unternehmen im Verhältnis zu ihrer Beteiligungsquote überproportional Mittel durch Wiederanlage von Ausschüttungen im Unternehmen oder aber durch eine restriktivere Entnahmepolitik zur Verfügung gestellt haben, können sich dann leicht benachteiligt fühlen gegenüber den Gesellschaftern, die solche Wiederanlagen ausgeschütteter Gewinn nicht getätigt

oder ihre Entnahmerecht voll ausgeschöpft haben.

Eine zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung jüngst aufgekommene Diskussion, die die Anwendbarkeit von Vorschriften des Kreditwesengesetzes (KWG) auf solche Einlagen von Gesellschaftern zum Gegenstand hatte, ist zwischenzeitlich durch einen den Belangen von Familienunternehmen Rechnung tragende Stellungnahme der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in vernünftige Bahnen gelenkt worden. Bedingt durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2013 kam die Diskussion auf, dass nach der ursprünglichen Auslegung des KWG durch die BaFin das Stehenlassen von Gewinnansprüchen (Verbuchung auf Privat- bzw. Darlehenskonten) und die Gewährung von Darlehen ein genehmigungspflichtiges Bankgeschäft in Form des Einlagegeschäfts im Sinne des KWG darstellen kann, sofern bestimmte Bagatellgrenzen (> fünf Einzelanlagen bei einem Gesamtbetrag von > 12.500,00 € oder betragsunabhängig > 25 Einzelanlagen) überschritten sind. Nach der damaligen Auffassung der BaFin war bei einer Überschreitung der Bagatellgrenzen eine Bankerlaubnis nur dann nicht erforderlich, wenn den Gesellschaftern ausreichende, „bankübliche Sicherheiten“ gewährt wurden, aus denen eine Befriedigung im Insolvenzfall auch ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung Dritter möglich war (z.B. Grundpfandrechte, Bankbürgschaften, Verpfändung von Guthaben) oder aber, wenn die Gesellschafter für ihre Forderungen gegen die Gesellschaft einen Rangrücktritt nach § 39 Abs. 2 InsO schriftlich vereinbart haben.<sup>13</sup>

Zwischenzeitlich hat die BaFin durch die Neufassung ihres Merkblatts zum Tatbestand des Einlagegeschäfts und unter Hinweis auf den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der

Treuepflicht eine Anwendbarkeit der Vorschriften des KWG für auch in größerem Umfang hingegebene Gesellschafterdarlehen oder Ansprüche auf Privatkonten verneint.<sup>14</sup>

Auch wenn die Regelungen des KWG kein Einfallstor mehr sind, um die Gesellschafter eines Familienunternehmens zu einer kurzfristigen Rückgewähr von Ansprüchen auf ihren Darlehens- oder Privatkonten zu ermächtigen, so zeigt die Diskussion aber, wie wichtig klare Regelungen über die Konditionen dieser Ansprüche der Gesellschafter sind. Es gilt, das Unternehmensinteresse nach einer sicheren Finanzierungsbasis einerseits und das Interesse der Gesellschafter betreffend die Rückzahlbarkeit der Darlehen andererseits in Einklang zu bringen.

### 4. Steuerentnahmerecht

Die Problematik des Entnahmerechts für Steuern stellt sich vor allem bei Personengesellschaften. Während bei einer Kapitalgesellschaft die dort thesaurierten Gewinne zu keiner Steuerbelastung bei den Gesellschaftern führen, sondern die darauf lastende Ertragsteuer vielmehr von der Kapitalgesellschaft zu entrichten ist, werden die steuerlichen Gewinne einer Personengesellschaft unabhängig von ihrer Ausschüttung den Gesellschaftern zugerechnet. Demgemäß müssen die Gesellschafter auch in der Lage sein, die mit ihrer Beteiligung verbundene Ertragsteuer zu Lasten ihres Kapitalkontos entnehmen zu können. Die Zubilligung eines solchen Steuerentnahmerechts bedarf grundsätzlich einer besonderen Regelung im Gesellschaftsvertrag.<sup>15</sup>

Zu einer konfliktvermeidenden Steuerentnahmeregelung im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft gehört es, dass klar dazu

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Merkblatt der BaFin vom 11.03.2014, veröffentlicht unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de).

<sup>15</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 1996, 1678, 1681; vgl. zur Gesamtproblematik auch Hennerkes/Kirchdörfer, in: Hennerkes/Kirchdörfer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, S. 79.

<sup>13</sup> Vgl. zu dieser Gesamtproblematik ausführlich bspw. die Ausführungen von Kaetzler/Schücking, NJW 2014, 1265.

Stellung genommen wird, wie sich das Steuerentnahmerecht konkret ermittelt, insbesondere ob der individuelle Steuersatz des Gesellschafters oder aber ein Höchststeuersatz, ein Durchschnittssteuersatz oder ein Grenzsteuersatz maßgeblich sein soll. Auch hier gilt generell der Hinweis, zu komplexe und für die Gesellschafter nicht verständliche Steuerentnahmeregelungen zu vermeiden und lieber eine pauschalisierende Regelung zu treffen, die es vermeidet, dass die Gesellschafter ihre individuellen Verhältnisse gegenüber der Gesellschaft offenlegen müssen.<sup>16</sup> Ferner bedarf es auch einer Regelung, wie mit Steuerrückzahlungen umzugehen ist.

Besonderer Regelungsbedarf ergibt sich ferner für den Fall, dass die Gesellschafter von der Thesaurierungsrücklage nach § 34a EStG Gebrauch machen.

Geregelt werden sollte ferner, inwieweit auch Erbschaftsteuer oder auch sonstige Substanzsteuern zu Entnahmen berechtigen. Solange die derzeit geltenden Verschonungsregelungen im Erbschaftsteuergesetz Gültigkeit haben, ist dies für viele Familienunternehmen eher ein geringeres Problem. Das Problem könnte sich aber wieder deutlicher stellen, wenn die Verschonungsregelungen durch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in dem zu erwartenden Urteil betreffend die Verfassungsmäßigkeit des derzeit gültigen Erbschaftsteuerrechts eingeschränkt werden. Auch die Diskussion über die Einführung einer Vermögensteuer im Vorfeld des letzten Bundestagswahlkampfes hat gezeigt, dass auch die Frage der sonstigen Substanzsteuern in einer Steuerentnahmeklausel angesprochen sein sollte oder zumindest die Anpassung der Steuerentnahmeklausel an das durchaus dynamische Umfeld des Steuerrechts im Gesellschaftsvertrag geregelt ist. Dies kann z.B. dadurch geschehen, dass das Steuerentnah-

merecht durch einen qualifizierten Gesellschafterbeschluss an die geänderte Rechtslage angepasst wird.

#### IV. Steuerklausel und deren Handhabbarkeit

Die Besonderheiten bei der Besteuerung von Personengesellschaften, die bereits zuvor im Hinblick auf die Entnahmeregelungen für Steuerzahlungen in Teilen dargestellt wurden, machen aber noch weitere Regelungen erforderlich, um Konflikte unter den Gesellschaftern, die durch die individuellen Verhältnisse und Handlungen einzelner Gesellschafter ausgelöst werden können, zu vermeiden.

So kann es beispielsweise durch auf der Gesellschafterebene verursachte Sachverhalte zu Steuermehr- oder Minderbelastungen bei der Gesellschaft und beim jeweiligen Gesellschafter kommen. Z.B. kann eine Teilveräußerung eines Personengesellschaftsanteils zu einer Erhöhung der gewerbsteuerlichen Belastung auf Ebene der Personengesellschaft führen. Eine Steuerklausel muss diesem Umstand Rechnung tragen und solche durch einen Gesellschafter verursachte Mehr- und Minderbelastungen im Rahmen der Gewinnverteilung dem Gesellschafter, der die entsprechende Belastung oder Entlastung verursacht hat, zurechnen. Dies gilt bspw. auch für Sachverhalte, die die Bildung von Sonderbetriebsvermögen mit sich bringen (z.B. Überlassung von Wirtschaftsgütern durch den Gesellschafter an die Gesellschaft) oder die Bildung von Ergänzungsbilanzen zur Folge haben (als Folge eines entgeltlichen Erwerbs von Anteilen an der Personengesellschaft).

Dabei muss aber bei der Ausgleichspflicht solcher Mehr- oder Minderbelastungen auch berücksichtigt werden, dass durch die Anrechenbarkeit der Gewerbesteuer auf die individuelle Einkommensteuerschuld eines Gesellschafters solche Mehr- oder Minderbelastungen auf Gesell-

schaftsebene ganz oder teilweise zum Ausgleich gebracht werden.

In der Klausel kann auch Berücksichtigung finden, dass durch einen Gesellschafterwechsel ein gewerbsteuerlicher Verlustvortrag oder ein Zinsvortrag nach § 4h EStG verloren gehen kann. Auch kann ein Ausscheidensvorgang grunderwerbsteuerliche Belastungen mit sich bringen oder aber im Zuge früherer Umstrukturierungsvorgänge begründete Behaltensfristen verletzen. All dies sind Fälle, die in einer solchen Steuerklausel geregelt sein sollten.

Da eine derartige Steuerklausel mit sehr komplexen Rechenaufgaben im Hinblick auf die mit einzelnen Vorgängen verbundenen Steuerbelastungen einerseits und kompensatorischen Wirkungen andererseits verbunden sein kann, empfiehlt es sich in der Klausel eine Regelung zu treffen, wer ggf. eine schiedsgutachterliche Rolle übernehmen kann, um mit bindender Wirkung auszugleichende Beträge festzustellen (z.B. der Abschlussprüfer des Unternehmens).

#### V. Abfindungsklausel

Viele Auseinandersetzungen in Familienunternehmen haben ihren Ausgangspunkt im erzwungenen oder freiwilligen Ausscheiden von Gesellschaftern aus dem Unternehmen und den damit verbundenen Fragestellungen um die konkreten Modalitäten von Abfindungszahlungen.<sup>17</sup> Allen Abfindungsklauseln gemeinsam ist der Wille, einen an die individuellen Verhältnisse der Familie(n) und ihres Unternehmens angepassten Interessenausgleich herbeizuführen, nämlich zwischen dem Erhalt der Kapital- und Liquiditätsbasis des Unternehmens im Interesse der im Unternehmen verbleibenden Gesellschafter einerseits und dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einem adäquaten Wertausgleich für den Verlust seiner Gesellschaftsbeteiligung andererseits.

<sup>16</sup> Vgl. Hennerkes/Kirchdörfer, in: Hennerkes/Kirchdörfer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, S. 80, Tz. 3.31.

<sup>17</sup> Ausf. zu Abfindungsregelungen Kirchdörfer/Lorz, FuS 5/2012, S. 176 ff.

Abfindungsverpflichtungen gegenüber (ungeplant) ausscheidenden Gesellschaftern stellen jede Liquiditätsplanung in Frage. Wie schädlich dann aber letztendlich die Abfindung für das Unternehmen und seine Liquiditätssituation wird, hängt ganz maßgeblich von der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung ab. Gesellschaftsverträge dürfen sowohl bezüglich Art und Höhe der Abfindung als auch im Hinblick auf die Bewertungsmethodik, das Bewertungsverfahren und die Zahlungsmodalitäten von den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen abweichende (einschränkende) Regelungen treffen. Solche Abfindungsbeschränkungen unterliegen jedoch ihrerseits inhaltlichen Schranken, die sich unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des betroffenen Gesellschafters aber auch unter dem Blickwinkel des Schutzes der Gläubiger des ausscheidenden Gesellschafters ergeben können. Die Praxis hält eine Vielzahl von mehr oder weniger standardisierten Abfindungsklauseln bereit. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Substanzwertklauseln und als deren Unterfall um Buchwertklauseln, um Ertragswertklauseln und um Kombinationsklauseln, welche Substanzwert- und Ertragswertkomponenten enthalten, wobei je nach gesellschaftsvertraglicher Ausgestaltung die Bewertungsmodelle sehr komplex sein können.

Unsere Erfahrung zeigt, dass nicht unbedingt die betriebswirtschaftlich ausdifferenziertesten und dem letzten Stand wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechenden Bewertungsverfahren die Friedens- und Gerechtigkeitsfunktion einer Abfindungsklausel erfüllen und zur Lösung des vorstehend beschriebenen Interessenge-

gensatzes beitragen. Viel wichtiger ist die Akzeptanz im Gesellschafterkreis. Und diese wird nur erzielt, wenn sämtliche Gesellschafter das Bewertungsverfahren verstehen und den Abfindungswert selbst rechnerisch nachvollziehen können. Freilich müssen Abfindungsklauseln einen Bezug zur Liquiditätssituation der Gesellschaft haben und bspw. einen betriebswirtschaftlich nicht vertretbaren Liquiditätsentzug verhindern. Letzteres bedeutet nicht zwingend, dass der ausscheidende Gesellschafter (weit) unter dem – ihm grundsätzlich zu gewährenden – vollen wirtschaftlichen Wert abgefunden werden müsste. Erforderlich ist vielmehr, dass der Liquiditätsentzug in das richtige Verhältnis zur Ertrags- und insbesondere zur Liquiditätslage der Gesellschaft gebracht und eine hohe zusätzliche Fremdverschuldung verhindert wird. Wenngleich sich in Anbetracht der Unterschiedlichkeit der Familiengesellschaften (Dienstleistungsunternehmen, Produktionsgesellschaften, Handelsunternehmen, Immobiliengesellschaften etc.) sicherlich keine allgemein gültige Aussage zur richtigen Wertermittlungsmethode finden lässt, so wird nach unserer Erfahrung die Kombination einer gewinnorientierten Abfindungskomponente (Ertragswertverfahren) mit einer gewissen Substanzbetrachtung und einer gestreckten Auszahlung dem Gerechtigkeitsempfinden in Familienunternehmen am ehesten entsprechen.

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte kann eine Abfindungsklausel sinnvoll sein, die eine Kombination aus – wie auch immer berechnetem – Substanzwert und vergangenheits- sowie zukunftsorientiertem Ertragswert mit

vielen Vereinfachungen enthält. So kann etwa der Substanzwert vereinfachend nur in Form des handelsbilanziellen Buchwertes herangezogen werden. Weitere Vereinfachungen können darin bestehen, dass das nicht betriebsnotwendige Vermögen nicht gesondert bewertet wird und der Basis-Kapitalisierungszinssatz sowie der Risikozuschlag pauschaliert in einem Multiplikator auf den Ertrag ausgedrückt werden. Veränderungen in den Unternehmenswerten infolge von Änderungen des allgemeinen Zinsniveaus können schließlich nur dann im Multiplikator berücksichtigt werden, wenn sie langfristig und erheblich vom bisherigen Kapitalisierungszinssatz abweichen.

## VI. Schlussbetrachtung: Die familienunternehmensbezogene Berichterstattung

Vorstehende Ausführungen machen deutlich, dass die Themenbereiche Jahresabschluss, Gewinn- und Verlustverteilung, Entnahmerechte und Steuern ein zentrales Element einer möglichst transparenten Kommunikation zwischen Unternehmensleitung einerseits und Aufsichtsorgan (z.B. Beirat) und Gesellschafterversammlung andererseits darstellen.

Das Controlling und Reporting eines Familienunternehmens sollte diesen Bedürfnissen Rechnung tragen und über die üblichen unternehmensbezogenen Berichtsteile hinaus auch gesellschafterbezogene Aussagen treffen. Diese Informationstransparenz wird mit Sicherheit dazu beitragen, das Konfliktpotenzial in Familienunternehmen zu verringern.