

# FAKTOREN DER RECHTSFORMWAHL

AUS DER PERSPEKTIVE EINES FAMILIENUNTERNEHMERS

VON DR. CHRISTIAN KLEIN-WIELE UND CHRISTIAN WURMTHALER

## ABSTRACT

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die möglichen Rechtsformen sowie die typischerweise bei der Wahl der Rechtsform relevanten Themen. Der Fokus liegt dabei auf der Perspektive der Gesellschafter auf der „obersten Ebene“ eines Familienunternehmens. Nach der Einführung (I) werden zunächst die verschiedenen zur Verfügung stehenden Rechtsformen und ihre wesentlichen rechtlichen Unterscheidungsmerkmale dargestellt (II). Dem schließt sich eine Übersicht der bei der Rechtsformwahl typischerweise zu berücksichtigenden Faktoren des Familienunternehmers an (III).

## I. Einleitung

Die Wahl der für die unternehmerischen Aktivitäten geeigneten Rechtsform ist eine grundlegende strukturelle Entscheidung. Sie stellt sich für Familienunternehmer nicht nur bei der Gründung, sondern regelmäßig auch dann, wenn sich wegen geänderter Verhältnisse Anpassungs- und Optimierungsbedarf an der Struktur des unternehmerischen Engagements ergibt. Anlass können z.B. gesetzliche oder steuerliche Änderungen, aber auch erforderliche Strukturanpassungen im Rahmen der Übergabe des Unternehmens an die nachfolgende Generation sein.

## II. Rechtsformen und ihre wesentlichen Unterscheidungsmerkmale

Das Gesetz sieht einen abschließenden Katalog an bestimmten Gesellschaftsformen vor, aus der die Gesellschafter grundsätzlich frei wählen können. Auch Kombinationen aus verschiedenen gesetzlichen Gesellschaftsformen sind möglich und in der Praxis weitverbreitet. Das bekannteste Beispiel ist die GmbH & Co. KG. Die meisten Gesellschaftsformen können darüber hinaus in ihrem organisatorischen „Innenleben“ sehr flexibel gestaltet und auf die Bedürfnisse des Familienunternehmers bzw. der Gesellschafter eines Familienunternehmens maßgeschneidert werden. Grundsätzlich wird unterschieden zwischen Personengesellschaften und Körperschaften. Zu Letzteren zählen insbesondere die Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, SE), aber auch die Stiftung.

### 1. Personengesellschaften

Personengesellschaften sind grundsätzlich in Bestand und Führung von ihren Gesellschaftern abhängig. In der Grundkonzeption der Personengesellschaft sind die Gesellschafter die Träger von Rechten und Pflichten und nicht die Gesellschaft. Geschäftsführerbefugnisse und organschaftliche Vertretungs-

befugnisse stehen grundsätzlich nur den Gesellschaftern selbst zu.<sup>1</sup> Die Abhängigkeit der Personengesellschaft von ihren Mitgliedern wird auch dadurch deutlich, dass es keine Ein-Mann-Personengesellschaft geben kann. Verfügt eine Personengesellschaft durch das Ausscheiden eines Gesellschafters z.B. aufgrund dessen Todes nur noch über ein einziges Mitglied, erlischt die Gesellschaft liquidationslos. Wegen der personalen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander ist auch die Verkehrsfähigkeit der Gesellschafteranteile grundsätzlich eingeschränkt.

Die Grundform der Personengesellschaft bildet die BGB-Gesellschaft nach den §§ 705 ff. BGB. Systematisch dar- ➤

<sup>1</sup> Anders bei den Mischformen wie insbesondere der in der Praxis weitverbreiteten Rechtsform der GmbH & Co. KG, bei der ein Fremdmanagement als Geschäftsführer der GmbH bestellt werden kann.

## INHALT

- I. Einleitung
- II. Rechtsformen und ihre wesentlichen Unterscheidungsmerkmale
  - 1. Personengesellschaften
  - 2. Körperschaften
- III. Wichtige Faktoren der Rechtsformwahl
  - 1. Haftung
  - 2. Steuerliche Gesichtspunkte
  - 3. Gestaltungsfreiheit von Gesellschaftsvertrag und Satzung
  - 4. Geschäftsführung und unternehmerischer Einfluss der Eigentümer
  - 5. Kontrolle des Managements
  - 6. Publizität
  - 7. Mitbestimmung

aufbauend sieht das Gesetz, wenn der Zweck der Personengesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, die offene Handelsgesellschaft (§§ 105 ff. HGB) bzw. – als sehr gebräuchliche Gesellschaftsform – die Kommanditgesellschaft vor (§§ 161 ff. HGB). Auch die stille Gesellschaft im Sinne der §§ 230 ff. HGB stellt eine Form der Personengesellschaft als Innengesellschaft dar.

## 2. Körperschaften

Den Personengesellschaften stehen als zweite Grundform privatrechtlicher Zusammenschlüsse die Körperschaften gegenüber. Bei diesen handelt es sich um Verbände mit eigener Rechtspersönlichkeit. Dies bedeutet, dass Körperschaften unabhängig von ihren Mitgliedern sind und selbst als juristische Person im Rechtsverkehr auftreten können. Aufgrund ihrer Verselbstständigung erlauben sie im Grundsatz von vornherein den Wechsel ihrer Mitglieder, sodass die Verkehrsfähigkeit der Gesellschaftsanteile grundsätzlich höher ist. Die Verkehrsfähigkeit wird bei Familienunternehmen in der Regel jedoch dadurch eingeschränkt, dass die Übertragbarkeit der Anteile an der betreffenden Körperschaft im Gesellschaftsvertrag stark eingeschränkt („vinkuliert“) wird. Ein weiterer, sehr wesentlicher Aspekt der Verselbstständigung ist die vollständige Trennung der Vermögensmassen zwischen den Gesellschaftern und der juristischen Person (Haftungsabschirmung). Außerdem kann die Körperschaft ohne Weiteres unabhängig von ihren Mitgliedern geführt werden (sogenannte Fremddorganschaft). Geschäftsführer und Vorstand müssen daher nicht zugleich Gesellschafter sein.

Die Grundform der Körperschaft bildet der Verein (§§ 31 ff. BGB). Auch Genossenschaften oder Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) sind Körperschaften. Die größte Bedeutung kommt den GmbHs zu. Neben der AG wird in der Praxis die supranationale Rechtsform der Societas Europaea (SE) immer wichtiger.

Ebenfalls zu den Körperschaften zählt die (echte) Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal der Stiftung gegenüber den übrigen Körperschaften ist die Tatsache, dass der Stiftung keine Mitglieder angehören. Die Erträge der Stiftung kommen regelmäßig sogenannten Destinatären zugute. In den letzten Jahren haben Stiftungen immer mehr an Bedeutung gewonnen und kommen bei Familienunternehmen insbesondere in der Form der Beteiligungsträgerstiftung<sup>2</sup> zur Anwendung.

## III. Wichtige Faktoren der Rechtsformwahl

### 1. Haftung

Zu den wesentlichen zu berücksichtigenden Anliegen gehört regelmäßig der Ausschluss der persönlichen Haftung, d.h. der Einstandspflicht für im Rahmen der unternehmerischen Betätigung entstandenen Verbindlichkeiten mit dem Privatvermögen der Gesellschafter. Grundsätzlich haften die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften nach dem gesetzlichen Leitbild unmittelbar persönlich für die Verbindlichkeiten der

Gesellschaft. Allerdings ist bei der in der Praxis sehr häufigen Gesellschaftsform der Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten eine Beschränkung der Haftung auf ihre Einlage gemäß §§ 171, 172 HGB möglich. Sofern die Einlage geleistet ist, haften die Gesellschafter grundsätzlich nicht mehr. Bei allen Personengesellschaften (auch bei der Kommanditgesellschaft) muss es gesetzlich zumindest einen persönlich haftenden Gesellschafter geben. Dieser wird in der Praxis jedoch zumeist durch eine Kapitalgesellschaft ersetzt, sodass durch diese Kombination ebenfalls die gewünschte Haftungsabschirmung eintritt.<sup>3</sup> Manche Familienunternehmer sind in der Obergesellschaft hingegen als Kommanditgesellschaft mit natürlichen Personen als persönlich haftenden Gesellschaftern organisiert. Typischerweise findet dann jedoch bereits eine Haftungsabschirmung auf einer unteren Ebene statt (z.B. durch operativ tätige Tochter-GmbHs). Die Kommanditgesellschaft übt in diesem Fall nur die Vermögensverwaltung aus und birgt keine wesentlichen Haftungsrisiken.

Bei einer Körperschaft richten sich die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger von vornherein nur gegen den Verband und nicht gegen die Gesellschafter. Hintergrund für diese Haftungstrennung ist die Selbstständigkeit der Körperschaft als juristische Person. Nur in Ausnahmefällen ist eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter im Wege einer sogenannten Durchgriffshaftung möglich. Diese droht nach der Rechtsprechung z.B. dann, wenn ein Gesellschafter existenzvernichtend in die Gesellschaft eingreift. Haftungsrisiken drohen für die beteiligten Gesellschafter schließlich bei einer Tätigkeit als Geschäftsführer, durch eine Insolvenzanfechtung oder – in der Praxis bei Darlehensverträgen sehr häufig – im Fall einer vertraglich vereinbarten Mithaftung (insbesondere bei der Bürgschaft).

### 2. Steuerliche Gesichtspunkte

Personengesellschaften und Körperschaften (im Wesentlichen Kapitalgesellschaften) werden im Hinblick auf die Besteuerung grundsätzlich unterschiedlich behandelt. Während die Einkommensteuer (nur) natürliche Personen als Steuersubjekte trifft, belastet die Körperschaftsteuer Körperschaften. Die Personengesellschaft ist kein eigenständiges einkommensteuerpflichtiges Subjekt. Sie ist für die Besteuerung „transparent“; unmittelbar besteuert werden die „hinter ihr stehenden“ Gesellschafter. Dies wird als das „Transparenzprinzip“ im Einkommensteuerrecht der Personengesellschaft bezeichnet. Die Gewerbesteuer hingegen knüpft an den Gewerbeertrag unabhängig von der Rechtsform des Gewerbes an.

Die Besteuerungsunterschiede zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften im Hinblick auf Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer werden nachfolgend überblicksartig dargestellt.

Die steuerlichen Belastungen der Körperschaften und der Personengesellschaften sind bei Ausschüttung der Gewinne ver-

<sup>2</sup> Eine Beteiligungsträgerstiftung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie das betreffende Unternehmen nicht selbst führt, sondern die Anteile an dem Familienunternehmen hält.

<sup>3</sup> Möglich ist auch eine BGB-Gesellschaft oder eine OHG, bei der sämtliche Gesellschafter GmbHs sind. Auch dann ist das Vermögen wirtschaftlich auf die GmbHs als juristische Personen beschränkt, obwohl nach außen eine BGB-Gesellschaft bzw. eine OHG auftritt.

	Personengesellschaft	Kapitalgesellschaft
<b>Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer</b> (ohne Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer)	Die Personengesellschaft selbst ist nicht Einkommensteuersubjekt. Die hinter der Gesellschaft stehenden Personen werden besteuert („Transparenzprinzip“). Der Unternehmer wird als natürliche Person mit bis zu 45% Einkommensteuer auf seinen Gewinnanteil belastet.	Die Kapitalgesellschaft selbst ist Körperschaftsteuersubjekt: Der Gewinn der Kapitalgesellschaft wird mit 15% KSt belastet. Schüttet die Kapitalgesellschaft ihren Gewinn an ihre Gesellschafter aus, so haben die Gesellschafter diesen, soweit sie Einkommensteuersubjekt, also natürliche Person sind, mit Abgeltungsteuer oder nach dem sogenannten Teileinkünfteverfahren zu besteuern.
<b>Gewerbsteuer</b> Hebesatz variiert je nach Gemeinde zwischen 200% und 900%	Gewerbsteuerlicher Freibetrag: 24.500 EUR Steuermesszahl: 3,5% Die Gewerbesteuer wird auf die Einkommensteuerschuld angerechnet.	Kein gewerbsteuerlicher Freibetrag Steuermesszahl: 3,5% Eine Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Körperschaftsteuer erfolgt nicht.

gleichbar, wenn man bei der Kapitalgesellschaft die auf der Unternehmensebene und die auf der Gesellschafterebene anfallenden Steuern zusammenrechnet. Dies soll durch den nachfolgenden Belastungsvergleich veranschaulicht werden. Diesem liegt die Annahme zugrunde, dass das Unternehmen im laufenden Wirtschaftsjahr 1 Mio. EUR Gewinn vor Steuern erzielt hat. Dieser soll nun vollständig ausgeschüttet werden. Um die Vergleichbarkeit zu gewährleisten, bleiben Gewinn- oder Verlustvorträge der Vorjahre unberücksichtigt. Die Gesellschafter sind konfessionslos, ihr Einkommensteuersatz beträgt 45%. Die Gemeinde am Sitz der Firma verlangt einen Gewerbesteuerhebesatz von 400%. Anders liegt die steuerliche Belastung dagegen, wenn die Gewinne nicht ausgeschüttet, sondern thesauriert werden. In diesem Fall fällt die steuerliche Belastung bei Personengesellschaften im Vergleich zu Kapitalgesellschaften höher aus. Bei der Personengesellschaft unterliegen die Gesellschafter auch dann der Einkommensteuer, wenn sie die erwirtschafteten Gewinne nicht entnehmen. Auf lange Sicht wiederum nehmen in der Regel (auch) die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft Gewinnausschüttungen vor, sodass sich die Rechtsformunterschiede bei einer Ausschüttung in späteren Jahren ggf. wieder ausgleichen. Gesellschafter einer Personengesellschaft können unter bestimmten Voraussetzungen seit 2008 für Gewinne, die thesauriert werden, einen günstigeren Steuersatz in Anspruch nehmen. Personengesellschaften können sich zudem durch das mit Wirkung zum 1. Januar 2022 eingeführte Optionsmodell wie Kapitalgesellschaften besteuern. Um die Option wirksam auszu-

schäften im Vergleich zu Kapitalgesellschaften höher aus. Bei der Personengesellschaft unterliegen die Gesellschafter auch dann der Einkommensteuer, wenn sie die erwirtschafteten Gewinne nicht entnehmen. Auf lange Sicht wiederum nehmen in der Regel (auch) die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft Gewinnausschüttungen vor, sodass sich die Rechtsformunterschiede bei einer Ausschüttung in späteren Jahren ggf. wieder ausgleichen. Gesellschafter einer Personengesellschaft können unter bestimmten Voraussetzungen seit 2008 für Gewinne, die thesauriert werden, einen günstigeren Steuersatz in Anspruch nehmen. Personengesellschaften können sich zudem durch das mit Wirkung zum 1. Januar 2022 eingeführte Optionsmodell wie Kapitalgesellschaften besteuern. Um die Option wirksam auszu- ➤

Ebene	Rechtsform	Kapitalgesellschaft	Personengesellschaft
Unternehmensebene	Gewinn vor Steuern	1 Mio. EUR	1 Mio. EUR
	Gewerbsteuer i.H.v. 14% unter Berücksichtigung von Freibeträgen	-140.000,00 EUR	-136.570,00 EUR
	Körperschaftsteuer (KSt) 15%	-150.000,00 EUR	-
	Soli (= 5,5% der ESt. bzw. KSt.)	-8.250 EUR	-
	<b>Steuern der Gesellschaft</b>	<b>298.250,00 EUR</b>	<b>136.570,00 EUR</b>
	<b>Verbleibender Gewinn nach Steuern der Gesellschaft</b>	<b>701.750,00 EUR</b>	<b>863.430,00 EUR</b>
Gesellschafterebene	Abgeltungsteuer: 25%	-175.437,50 EUR	-
	Einkommensteuer (ESt) auf den Gewinn vor Steuern		-450.000,00 EUR
	Pauschalisierte Anrechnung der Gewerbesteuer auf die ESt.		+136.570,00 EUR
	Soli	-9.649,07 EUR	-17.238,65 EUR
	<b>Steuern des Gesellschafters</b>	<b>185.086,57 EUR</b>	<b>330.668,65 EUR</b>
<b>Gesamt</b>	<b>Gesamtsteuerbelastung</b>	<b>483.336,57 EUR</b>	<b>467.238,65 EUR</b>
	<b>Gesamtsteuerbelastung in Prozent</b>	<b>48,33%</b>	<b>46,72%</b>
	Ertrag nach Ausschüttung	516.663,43 EUR	532.761,35 EUR

üben, bedarf es eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung vor, muss die Mehrheit mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen betragen, wie sich aus § 1a Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KStG, § 217 Abs. 1 UmwG ergibt.

Vermeint gewinnt auch das Risiko der Wegzugsbesteuerung für die Rechtsformwahl an Relevanz. Unterlag bisher jeder Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, der mindestens zehn Jahre unbeschränkt in Deutschland steuerpflichtig war, der Wegzugsbesteuerung, verkürzt sich dieser Zeitraum auf sieben Jahre. Nach bisheriger Rechtslage wurde außerdem die Steuer für Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft bei einem Wegzug in ein anderes Mitgliedsland der EU oder des EWR zeitlich unbegrenzt, unverzinslich und ohne Sicherheit gestundet, solange der Steuerpflichtige Staatsangehöriger eines EU- oder EWR-Staates ist und weiter seine Anteile hält. Diese dauerhafte Stundung wurde abgeschafft. Auch wurde die bisher geltende Differenzierung zwischen einem Wegzug innerhalb der EU/des EWR und einem Drittland aufgegeben. Die Steuer wird künftig in allen Fällen grundsätzlich sofort erhoben. Lediglich auf Antrag besteht die Möglichkeit, diese Steuer sieben Jahre lang in gleich hohen Jahresraten zu bezahlen. Bei Personengesellschaften ist ein Wegzug in der Regel unschädlich, wenn die Personengesellschaft originär in Deutschland gewerblich tätig ist.

### 3. Gestaltungsfreiheit von Gesellschaftsvertrag und Satzung

Neben der Wahl der Rechtsform selbst ist entscheidend, dass das gewählte Rechtskleid möglichst passgenau auf die individuellen Bedürfnisse des Familienunternehmers zugeschnitten wird. Große Bedeutung für die Rechtsformwahl hat damit die Frage, in welchem Umfang Sonderwünschen der Gesellschafter Rechnung getragen werden kann, also die Möglichkeit besteht, im Gesellschaftsvertrag oder in Nebendokumenten vom Gesetz abweichende Regelungen zu treffen. Generell lässt sich festhalten, dass die Gestaltungsfreiheit bei den Personengesellschaften am größten ist. Nahezu die gesamte Binnenorganisation der Personengesellschaft, also die jeweilige Ordnung der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern, unterliegt der freien Disposition des Gesellschaftsvertrags. Ob ein zweistufiger Unternehmensaufbau (Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung), ein dreistufiger Aufbau (zusätzlich mit einem Beirat als Beratungs- und/oder Kontrollorgan) gewählt wird, wie hoch die Abfindung beim Ausscheiden ist, an wen Gesellschaftsanteile unter Lebenden oder von Todes wegen übertragen werden können, für welche Entscheidungen die Gesellschafterversammlung zuständig ist und welche Mehrheiten bei der Gesellschafterversammlung für welche Grundlagenbeschlüsse notwendig sind, obliegt der freien gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung. Ähnlich große Gestaltungsspielräume bietet die GmbH. Hingegen sind die Aktiengesellschaft und auch die SE im Grundsatz weniger disponibel.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Andererseits bietet gerade die SE durch die Wahl eines monistischen Unternehmensaufbaus, der beispielsweise im angloamerikanischen Raum oder in der Schweiz gebräuchlich ist, einen Gestaltungsspielraum, der im Zusammenspiel mit Nebendokumenten zumindest vergleichbare Freiheitsgrade wie in einer GmbH zulässt.

### 4. Geschäftsführung und unternehmerischer Einfluss der Eigentümer

Bei Personengesellschaften obliegt die Geschäftsführung und Vertretung, wegen des dargestellten Grundsatzes der Selbstorganschaft, den Mitgliedern. Der Einsatz von Fremdgeschäftsführern ist grundsätzlich nicht möglich. Allerdings behilft sich die Praxis in der weitverbreiteten Form der GmbH & Co. KG damit, dass Fremdgeschäftsführer der GmbH als die Gesellschaft, die die Geschäfte der KG führt, berufen werden. Bei Kapitalgesellschaften ist der Einfluss der Gesellschafter als Eigentümer unterschiedlich. Während bei der AG der Vorstand das Unternehmen in eigener Verantwortung leitet (§ 76 Abs. 1 AktG) und die Aktionäre neben der Wahrnehmung ihrer Rechte in der Hauptversammlung auf die Interessenwahrnehmung durch den Aufsichtsrat vertrauen müssen (§§ 95 ff. AktG), ist bei der GmbH die Gesellschafterversammlung potenziell allzuständig. Damit geht einher, dass sie dem Geschäftsführer Weisungen erteilen kann, die dieser zu befolgen hat. Bei der AG lässt sich ein der Weisungsbefugnis ähnlicher Effekt nur in ungleich schwächerer Form, nämlich durch Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 AktG) erreichen. Hingegen ist bei der SE eine vergleichbare Situation durch die Wahl einer monistischen Struktur möglich, bei welcher der Verwaltungsrat den Geschäftsführer und den Direktoren gegenüber weisungsbefugt ist.

Bei börsennotierten, paritätisch mitbestimmten Aktiengesellschaften gilt seit 2016 eine zwingende Frauenquote für den Aufsichtsrat von 30%. (Europäische) Aktiengesellschaften, die entweder börsennotiert oder mitbestimmt sind, GmbHs und Genossenschaften, die jeweils den Regeln der Mitbestimmung unterliegen, haben sich selbst eine bestimmte Zielgröße zur Einhaltung der Frauenquote zu setzen.

### 5. Kontrolle des Managements

Eine wichtige Anforderung an die Rechtsform bei größeren Familienunternehmen ist die Möglichkeit, ein Fremdmanagement einzusetzen und dieses zu kontrollieren. Die Bestellung Fremder, also von Personen, die nicht auch Gesellschafter sind, als (echte) Geschäftsführer und nicht nur als Prokuristen oder Generalbevollmächtigte, ist letztlich mit Ausnahme der OHG und der „reinen“ Kommanditgesellschaft bei allen Rechtsformen möglich (siehe oben). Die Kontrolle der Geschäftsführung erfolgt bei der KG durch ein allen Kommanditisten eingeräumtes gesetzliches Informationsrecht sowie über das Erfordernis der Zustimmung der Kommanditisten zu den über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Rechtshandlungen. Da diese Rechte der Kommanditisten die Geschäftsführung bei missbräuchlicher Ausübung bisweilen auch „lahmlegen“ können, sind sowohl das weitgehende Informationsrecht als auch das Zustimmungsrecht in vielen Gesellschaftsverträgen zumindest eingeschränkt. Nicht einschränkbar ist das ebenfalls der Kontrolle der Geschäftsführer dienende umfassende Auskunftsrecht der Gesellschafter einer GmbH, da dieses im GmbH-Gesetz ohne Abweichungsmöglichkeit vorgesehen ist. Dieses verpflichtet die Geschäftsführer auf Anfrage zu einer lückenlosen Information über alle Geschäftsvorgänge. Es gilt über die Komplementär-GmbH mittelbar auch für alle

Angelegenheiten einer GmbH & Co. KG. Eine professionelle Kontrolle der Geschäftsführung erfolgt in der Praxis am wirksamsten über freiwillige oder gesetzliche Kontrollgremien (Beirat, Gesellschafterausschuss, Aufsichtsrat), die in allen Gesellschaftsformen eingerichtet werden können.

### 6. Publizität

In der Regel sind Familienunternehmer eher publizitätsscheu. Hingegen hat der Gesetzgeber insbesondere auf europäischer Ebene weitgehende Publizitäts- und Transparenzanforderungen aufgestellt. Alle größeren Familienunternehmen müssen entweder nach dem Handelsgesetzbuch oder nach dem Publizitätsgesetz ihre Jahresabschlüsse und ggf. Konzernabschlüsse veröffentlichen. Dies gilt mittlerweile bei Bilanzsummen größer als 65 Mio. EUR, Umsatzerlösen höher als 130 Mio. EUR oder Arbeitnehmerzahlen größer als 5.000 auch bei solchen Unternehmen, bei denen eine oder mehrere natürliche Personen mit ihrem Privatvermögen vollumfänglich persönlich haften. Neben diesen Unternehmen sind auch alle anderen Gesellschaften, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (also alle Kapitalgesellschaften sowie insbesondere die GmbH & Co. KG), verpflichtet, ihre Jahresabschlüsse in elektronischer Form beim Bundesanzeiger zur Veröffentlichung einzureichen. Neben dieser stark auf die wirtschaftlichen Zahlen fokussierten Publizität sind – grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform – die wirtschaftlich Berechtigten eines Familienunternehmens zum Transparenzregister zu melden. Als Leitlinie gilt, dass – unabhängig von der Rechtsform – meldepflichtig ist, wer mehr als 25% der Anteile am Familienunternehmen besitzt.

### 7. Mitbestimmung

Ein wesentlicher Aspekt bei der Rechtsformwahl kann die Frage der Mitbestimmung sein. Diese knüpft in der Form der paritätischen Mitbestimmung bei einem Überschreiten von 2.000 Arbeitnehmern in Deutschland innerhalb der Unternehmensgruppe jedoch weitgehend an die Beschäftigtenzahl an und nicht an die Rechtsform. Damit kann sich auch die in der Praxis oft genutzte GmbH & Co. KG den Mitbestimmungsregeln nur bedingt entziehen, weil die dafür maßgeblichen Schwellenwerte durch Zurechnung unter Berücksichtigung der bei der KG tätigen Mitarbeiter zu ermitteln sind (§ 4 Abs. 1 MitbestG). Die Zurechnung steht jedoch unter dem Vorbehalt gleicher mehrheitlicher Beteiligungsverhältnisse in KG und Komplementärgesellschaft. Dies lässt sich durch eine entsprechende Gestaltung vermeiden. Als Gestaltungsalternative bietet sich zum einen die GmbH & Co. KGaA an. Bei dieser Gesellschaftskombination werden die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA der Komplementärgesellschaft nicht nach §§ 4 Abs. 1 oder 5 Abs. 1 MitbestG zugerechnet. Zum anderen kann eine SE oder eine ausländische Kapitalgesellschaft als Komplementärgesellschaft gewählt werden.

Anders sieht es hingegen bei der Drittelparität aus, bei der ein Drittel der Aufsichtsratsplätze durch Arbeitnehmer zu besetzen ist. Diese gilt nur für Kapitalgesellschaften mit Ausnahme der SE. Außerdem findet hier bislang keine Zurechnung von Arbeitnehmern von Tochtergesellschaften der

Obergesellschaft statt, sodass im Ergebnis bei der betreffenden Kapitalgesellschaft selbst mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigt sein müssen. SPD, Grüne und FDP haben jedoch in ihrem Koalitionsvertrag beschlossen, die Zurechnungsregelungen des Mitbestimmungsgesetzes (paritätische Mitbestimmung) auf das Drittelbeteiligungsgesetz (Drittelparität) zu übertragen.

Interessante Gestaltungsmöglichkeiten bieten sich darüber hinaus bei Gründung einer SE, was zumeist durch Umwandlung einer bestehenden AG oder durch Verschmelzung einer ausländischen AG mit einer deutschen AG erfolgt. In diesem Fall wird aufseiten der Arbeitnehmer aus allen europäischen Ländern ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet, mit dem über die zukünftige Ausgestaltung der Mitbestimmung sowohl im Aufsichtsrat als auch auf betrieblicher Ebene verhandelt werden kann. Über die strategischen Themen möchten die Gesellschafter eines Familienunternehmens typischerweise selbst befinden, d.h. ohne einen unmittelbaren Einfluss der Arbeitnehmer im Kontrollgremium. Wird rechtzeitig die Rechtsform einer GmbH oder einer AG in eine SE umgewandelt, dann kann der bestehende mitbestimmungsfreie oder drittelparitätische Status quo in der Vereinbarung mit den Arbeitnehmern „eingefroren“ werden. Dennoch ist der seitens der Gewerkschaften häufig geäußerte Verdacht, es gehe lediglich um die Vermeidung von unternehmerischer Mitbestimmung, nach unserem Eindruck in dieser Pauschalität nicht zutreffend. So hat in den letzten Jahren die Möglichkeit, mit den europäischen Arbeitnehmern ein europäisches Arbeitnehmergremium einzurichten, in dem die Themen des Familienunternehmens besprochen werden können, die von europaweitem Interesse sind, an erheblicher Bedeutung hinzugewonnen. Daneben spielt auch immer häufiger das Renommee einer SE als moderne und supranationale Rechtsform eine Rolle. ◆



**Dr. Christian Klein-Wiele** ist Partner und Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz in Stuttgart.

**Christian Wurmthaler** ist Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz in Stuttgart.

#### KEYWORDS

Rechtsform • Rechtsformwahl