

*Prof. Dr. Mark K. Binz/Dr. Martin Sorg**

Hat die GmbH & Co. KG bei den Familienunternehmen immer noch die Nase vorn?

Die GmbH & Co. KG vereint in einzigartiger Weise die Vorteile der Personengesellschaft mit denjenigen der Kapitalgesellschaft. Obwohl sie im Zeitablauf gegenüber der GmbH durch Korrekturen des Gesetzgebers und der

Rechtsprechung einige ihrer Vorzüge verloren hat, ist sie, insbesondere in der Erscheinungsform der Einheits-GmbH & Co. KG, für Familienunternehmen unverändert eine interessante, häufig sogar die optimale Rechtsform.

I. Historie

Die GmbH & Co. KG ist eine Kommanditgesellschaft, deren (zumeist) alleiniger Komplementär eine GmbH ist. Sie ist als Rechtsform, oder besser, als eigenständiges Rechtsgebilde von der Rechtsprechung bereits im Jahre 1912 anerkannt worden, als sich das Bayerische Oberste Landesgericht¹ über den romanischen Grundsatz hinwegsetzte, dass Komplementäre einer Personengesellschaft nur natürliche Personen sein können. Die förmliche Anerkennung durch den Gesetzgeber erfolgte allerdings erst im Jahre 1959, als dieser im Interesse des Gläubigerschutzes für die „Kommanditgesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“, erstmals Sonderregeln festlegte.

Die GmbH & Co. KG vereinte jahrzehntelang in einzigartiger Weise die Vorteile der Personengesellschaft mit denjenigen der Kapitalgesellschaft. Im Vordergrund standen einst die Vermeidung der ertragsteuerlichen Doppelbelastung bei der GmbH unter Wahrung des Vorteils der Haftungsbeschränkung und der Drittorganschaft. Doch auch in anderen Bereichen erwies sich die GmbH & Co. KG als vorteilhaft, weshalb sie sich schnell zur beliebtesten Rechtsform nach der GmbH entwickelte².

Gesetzgeber und Rechtsprechung begannen freilich schon vor langer Zeit, die erhebliche und teilweise sachlich nicht gerechtfertigte Vorzugsstellung der GmbH & Co. KG durch partielle Gleichstellung mit der GmbH zu beschneiden, sei es durch die Beseitigung eines Vorteils im Personengesellschaftsrecht, sei es durch die Beseitigung eines Nachteils im Kapitalgesellschaftsrecht:

* Prof. Dr. Mark K. Binz ist Rechtsanwalt, Dr. Martin Sorg ist Wirtschaftsprüfer; beide sind Partner der Stuttgarter Anwaltssozietät Binz & Partner.

1 BayObLG v. 16.2.1912 – III 12/12, GmbHR 1914, 9.

2 Vgl. Handbücher zur GmbH & Co. KG von Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl. 2009; Wagner/Rux, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2009; Söffing/Streit/Zugmaier, Die GmbH & Co. KG, 2009.

3 § 6 Abs. 1 Nr. 4 KVStG 1959; durch das Finanzmarktförderungsgesetz v. 22.2.1990, BGBl. I 1990, 266 ff., wurden die Börsenumsatzsteuer (Aufkommen zuletzt rund 200 Mio. € p.a.) zum 1.1.1991 und die Gesellschaftsteuer (Aufkommen zuletzt rund 150 Mio. € p.a.) zum 1.1.1992 abgeschafft.

4 BGH v. 29.3.1973 – II ZR 25/70, GmbHR 1973, 163; für Nur-Kommanditisten vgl. BGH v. 19.2.1980 – II ZR 268/88, GmbHR 1990, 251.

5 § 209 KO i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29.7.1976, BGBl. I 1976, 2034 ff.; heute § 19 Abs. 3 S. 1 InsO.

6 § 177 a S. 2 i.V.m. § 125 a Abs. 1 S. 2 HGB.

7 Körperschaftsteuerreformgesetz v. 31.8.1976, BGBl. I 1976, 2597 ff.

8 § 172 a HGB a.F. i.V.m. §§ 32a, 32b GmbHG a.F.; heute insbesondere § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

9 § 123 Abs. 1 UmwG, § 15 Abs. 1 UmwStG.

– 1959: Ausweitung der Kapitalverkehrsteuerpflicht (Börsenumsatz- und Gesellschaftsteuer) auf die GmbH & Co. KG³;

– 1973: Ausweitung der Rechtsprechungsregeln zur Kapitalerhaltung der GmbH auf die GmbH & Co. KG (§§ 30, 31 GmbHG analog) durch den BGH⁴;

– 1976: Einführung der Überschuldung als weiteren Insolvenzgrund für die GmbH & Co. KG (Gleichstellung mit der GmbH)⁵;

– 1976: Ausweitung der Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen der GmbH auf die GmbH & Co. KG⁶;

– 1977: Beseitigung der ertragsteuerlichen Doppelbelastung bei der GmbH durch das Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren⁷, das inzwischen durch das Teileinkünfteverfahren bzw. die Abgeltungsteuer ersetzt wurde;

– 1980: Ausweitung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH auf die GmbH & Co. KG⁸;

– 1994: Ermöglichung einer steuerneutralen Spaltung (Realteilung) auch für die GmbH⁹;

Hat die GmbH & Co. KG bei den Familienunternehmen immer noch die Nase vorn?

- **1997:** Wegfall der Vermögensteuer¹⁰, die für die GmbH und deren Gesellschafter wesentlich belastender war als bei der GmbH & Co. KG (Stichwort: Doppelbelastung);
- **2000:** Ausweitung der Prüfungs- und Offenlegungspflichten für Jahresabschlüsse auf die GmbH & Co. KG¹¹;
- **2008:** Beseitigung des Bewertungsvorteils der Personengesellschaften bei der Erbschaftsteuer¹² (Stichwort: Verlängerter Steuerbilanzwert vs. Stuttgarter Verfahren);
- **2008:** Einführung der „Unternehmergesellschaft“ als „kleine GmbH“ mit Beseitigung der Mindesteinlageverpflichtung und Vereinfachung der Gründungsvorschriften¹³.

In Deutschland gibt es derzeit knapp 200.000 Unternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co. KG, davon seit 2008 mit zunehmender Tendenz auch mit einer Unternehmergesellschaft als Komplementär. Andere Erscheinungsformen der Kapitalgesellschaft & Co. KG, z.B. die AG & Co. KG und die Stiftung & Co. KG, fristen demgegenüber ein Schattendasein. Einen vergleichbaren Bekanntheitsgrad hat die Kapitalgesellschaft & Co. KG nur noch in Österreich, mit deutlichem Abstand auch in Belgien und Dänemark, erlangt. In den meisten Ländern ist sie nahezu unbekannt (insbesondere im angelsächsischen Raum), in einzelnen Ländern sogar verboten (z.B. Schweiz).

II. Rechtsformvergleich

Obwohl die GmbH & Co. KG durch die vorstehend erwähnten Maßnahmen an relativer Attraktivität verloren hat, ist sie mit ihren verbliebenen Vorteilen, insbesondere bei **Familienunternehmen**, immer noch äußerst beliebt.

1. Vorteile der GmbH & Co. KG

Die wichtigsten verbliebenen **Vorteile** gegenüber der GmbH liegen in folgenden Bereichen:

a) Die GmbH & Co. KG wird im Gegensatz zur GmbH **nicht** vom **Drittelbeteiligungsgesetz** erfasst, wonach bei Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern ein drittelparitätisch mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist. Die paritätische Mitbestimmung bei Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern gilt zwar grundsätzlich auch für die GmbH & Co. KG. Bei dieser, bzw. exakter bei deren Komplementär-GmbH, ist ein Aufsichtsrat unter Arbeitnehmerbeteiligung jedoch nur unter der weiteren Voraussetzung einzurichten, dass an der KG und deren Komplementär-GmbH die gleichen Gesellschafter mehrheitlich beteiligt sind (§4 MitbestG). Diese Beteiligungsidentität und damit auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer lässt sich durch entsprechende Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse häufig vermeiden, weshalb in Deutschland nur ganz wenige paritätisch mitbestimmte Unternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co. KG bekannt sind (z.B. die Fa. Trumpf GmbH & Co. KG in Gerlingen).

b) Bei der GmbH & Co. KG als Personengesellschaft besteht eine weitgehende gesellschaftsvertragliche Gestaltungsfreiheit **ohne** jeglichen **Formzwang**. Anders als bei der GmbH bedarf weder der Gesellschaftsvertrag noch – bei entsprechender Gestaltung (Stichwort: Einheitsgesellschaft) – die Übertragung von Gesellschaftsanteilen der notariellen Beurkundung. Der Gesellschaftsvertrag ist auch nicht – anders als die GmbH-Satzung – beim Handelsregister für jedermann einsehbar.

c) Die GmbH & Co. KG eröffnet die Möglichkeit der **Beherrschung eines Unternehmens ohne Kapitalmehrheit**, also der Herrschaft ohne Majorität. Denn bei der Komplementär-GmbH können deren Gesellschafter den Geschäftsführer, der auch die Geschäfte der KG führt, bestellen und abberufen sowie Weisungen hinsichtlich der Geschäftsführung erteilen. Das nach dem gesetzlichen Regelstatut auf ein Widerspruchsrecht bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkte Mitwirkungsrecht der Kommanditisten kann gesellschaftsvertraglich noch weiter abbedungen werden, wodurch es möglich ist, die Stellung der Kommanditisten auf diejenige eines reinen Kapitalgebers zu beschränken. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit haben gerade Publikums- und Abschreibungsgesellschaften vielfältig Gebrauch gemacht.

d) Bei der GmbH & Co. KG als Personengesellschaft scheiden die bei der GmbH gefürchteten **verdeckten Gewinnausschüttungen** mit ihren häufig unkalkulierbaren steuerlichen Folgen von vornherein aus. Stattdessen gelten die Regeln der Mitunternehmerschaft mit den Grenzen einer angemessenen Gewinnverteilung, bei denen angesichts einer seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechung keine Überraschungen drohen.

e) Bei einer GmbH & Co. KG mit vermögensverwaltender Tätigkeit besteht ein durch einfache Gestaltung auszuübendes **Wahlrecht, als gewerbliches Unternehmen** besteuert zu werden (sog. gewerblich geprägte Personengesellschaft, § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG). Einen solchen „Gewerbebetrieb auf Antrag“, der interessante steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, gibt es bei keiner anderen Rechtsform.

f) Für die gewerbliche GmbH & Co. KG eröffnen sich bei Umstrukturierungen die vielfältigen steuerlichen **Gestaltungsmöglichkeiten** und **Wahlrechte einer Mitunternehmerschaft**. So ist es z.B. möglich, Vermögensgegenstände aus dem Gesellschaftsvermögen steuerneutral in ein Betriebsvermögen der Gesellschafter zu übertragen. Vergleichbare Möglichkeiten bestehen bei einer GmbH nicht.

g) Die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG können in den Grenzen des § 15 a EStG ihre **Verlustanteile** aus der Gesellschaft mit anderweitigen Einkünften, z.B. aus Vermietung, steuerlich **verrechnen**. Bei der GmbH dagegen wird steuerlich strikt zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern unterschieden, sofern kein Organisationsverhältnis begründet wird, das freilich eine Verpflichtung zur Verlustübernahme erfordert, also eine unbeschränkte persönliche Gesellschafterhaftung auslöst. Auch mit der GmbH & atypisch Still lässt sich dieser Nachteil der GmbH teilweise vermeiden.

h) Die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG können ihre **Gewinnanteile** aus der Gesellschaft mit anderweitigen Verlusten, z.B. aus Vermietung, steuerlich **verrechnen**. Bei der GmbH ist eine derartige Verrechnung von vornherein auf ausgeschüttete Gewinne beschränkt. Soweit die Gewinnausschüttungen der Abgeltungsteuer un-

¹⁰ BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BStBl. II 1995, 655 = GmbHHR 1995, 668.

¹¹ § 264 a HGB, neu eingefügt durch *Kapitalgesellschaften- und Co.-Richtlinie-Gesetz* v. 24.2.2000, BGBl. I 2000, 154 ff.

¹² *Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts* v. 24.12.2008, BGBl. I 2008, 3018 ff.

¹³ § 5 a GmbHG, neu eingefügt durch *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)* v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026 ff.

Hat die GmbH & Co. KG bei den Familienunternehmen immer noch die Nase vorn?

terliegen, kommt eine Verrechnung nur mit Verlusten aus Kapitalvermögen in Betracht; im Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens kann zwar bei allen Einkunftsarten, jedoch nur in Höhe des steuerpflichtigen Teils, d.h. 60 % der Gewinnausschüttungen verrechnet werden.

i) Nur die GmbH & Co. KG bietet die Möglichkeit, **ausländische Betriebsstätten Gewinne** oder Gewinne von ausländischen Personengesellschaften **steuerfrei** an ihre inländischen Gesellschafter **weiterzuleiten**. Bei der GmbH sind derartige Gewinne zwar bei ihr selbst steuerfrei, müssen im Ausschüttungsfalle von ihren Gesellschaftern aber nach allgemeinen Grundsätzen (nach-)versteuert werden.

Mangels Rechtsformneutralität der Besteuerung bestehen im Detail noch viele **weitere Unterschiede** in der steuerlichen Behandlung der GmbH & Co. KG und der GmbH, die jedoch nicht von vornherein als Vorteil oder Nachteil anzusehen sind. Das Steuerrecht ist inzwischen so komplex und instabil geworden, dass in den meisten Bereichen keine verlässlichen Faustregeln mehr gelten. Ob die laufende Besteuerung bei der GmbH & Co. KG oder bei der GmbH günstiger ist, kann nur im Einzelfall unter langfristiger Betrachtung wirklich zuverlässig beurteilt werden. Beispielsweise wird die GmbH & Co. KG derzeit im Falle der Vollausschüttung der Gewinne um etwa 1,5 %-Punkte niedriger besteuert. Im Thesaurierungsfall ist jedoch die GmbH um mindestens 6 %-Punkte günstiger.

2. Nachteile der GmbH & Co. KG

Im Vergleich zur GmbH gibt es auch **zwei Nachteile** der GmbH & Co. KG, die nicht unerwähnt bleiben sollen:

a) Nach dem gesetzlichen Regelstatut der Personengesellschaften kann jeder Gesellschafter der GmbH & Co. KG seine Beteiligung kurzfristig **kündigen** mit der Folge, dass die Gesellschaft eine sofort fällige Abfindung in Höhe des Verkehrswerts der Beteiligung auszahlen muss. Kündigungsfrist, Abfindungshöhe und Auszahlungsmodalitäten können zwar vertraglich abweichend geregelt werden, je-

doch nur innerhalb gewisser Schranken, die von der Rechtsprechung nach den Umständen des konkreten Einzelfalls festgelegt werden, also in der Praxis nicht verlässlich kalkulierbar sind. Bei der GmbH gibt es keine vergleichbare Problematik, da diese – als Kapitalgesellschaft – nach dem gesetzlichen Regelstatut auf Dauer errichtet und eine ordentliche Kündigung der Gesellschafter deshalb nicht vorgesehen ist. Der Übergang von Anteilen an familienfremde Personen kann in beiden Fällen verhindert werden, indem im Gesellschaftsvertrag die Übertragung zu Lebzeiten entsprechend eingeschränkt und von Todes wegen ein – ggf. sogar entschädigungsloses – Ausscheiden statuiert wird.

b) Die GmbH & Co. KG verbindet mit GmbH und KG zwei verschiedene Gesellschaftsformen. Da die Beteiligungen an Kapital- und Personengesellschaften vom Gesetz grundlegend unterschiedlich ausgestaltet sind, ist die Wahrung der Beteiligungsidentität, also die **Verzahnung der Beteiligungsverhältnisse** bei der KG und ihrer Komplementär-GmbH, kautelarjuristisch nicht einfach. Die Praxis löst dieses Problem zunehmend dadurch, dass die GmbH & Co. KG selbst alle Anteile ihrer Komplementär-GmbH hält, so dass es für die Kommanditisten nur noch eine einzige Beteiligung gibt, nämlich die Beteiligung an der KG. Eine solche **Einheits-GmbH & Co. KG** oder Einheitsgesellschaft ist die konsequenteste Weiterentwicklung der GmbH & Co. KG zu einer Personengesellschaft mit beschränkter persönlicher Haftung aller Gesellschafter.

III. Fazit

Die GmbH & Co. KG hat zwar im Zeitablauf gegenüber der GmbH einige Vorzüge verloren, ist für **Familienunternehmen** aber unverändert eine interessante, häufig sogar die optimale Rechtsform. Ihre entscheidenden Vorteile gegenüber der GmbH sind die Nichtanwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes, die größere Flexibilität im Handels- und Steuerrecht sowie die Möglichkeit der Ergebnisverrechnung auf Gesellschafterebene.

*Dr. Gerd J. van Venrooy**

Der amtsunwillige GmbH-Geschäftsführer

Ein Familien-Geschäftsführer mag sich zur Ruhe setzen wollen. Ein externer Geschäftsführer ist vielleicht nicht bereit, eine Verlängerung seines Dienstvertrags mit seiner GmbH zu vereinbaren. Beide Fallgestaltungen können für eine GmbH unbehaglich sein. Doch liegen sie in der Natur der Dinge; man kann rechtzeitig Klarheit schaffen und sich um Ersatz bemühen, auch wenn nicht auszuschließen ist, dass die zur jeweiligen GmbH wirklich passende Unternehmerpersönlichkeit ein Wunsch-

traum bleibt. Im Folgenden soll ein anderer Sachverhalt betrachtet werden, der auch seinerseits durchaus nicht selten vorkommt, und zwar derjenige des GmbH-Geschäftsführers, der einen noch längere Zeit laufenden, ordentlich nicht kündbaren Dienstvertrag außerordentlich beenden will, obwohl er dafür keinen rechtlich anzuerkennenden Grund hat, und nachdrücklich kundtut, er werde auch vertragswidrig weggehen, wenn Einvernehmen nicht herzustellen sei.

I. Tatsächliche und rechtliche Problematik

1. Beweislage

Verhält sich ein Geschäftsführer wie beschrieben, wird es kein Schriftstück darüber geben, auch keine elektronische

Übermittlung. Das hat im Zweifel nichts mit einer Absicht des Geschäftsführers zu tun, einen Beweis erst gar nicht entstehen zu lassen. Vielmehr ist dem Geschäftsführer präsent, dass sich die Ernsthaftigkeit einer derartigen, zudem rechtswidrigen Entscheidung am besten mündlich transportieren lässt, und zwar vorzugsweise im persönlichen Gespräch mit wenigstens einem Gesellschafter, da die Ge-

* Dr. Gerd J. van Venrooy, Meerbusch, ist Rechtsanwalt.