

# **1. Faktoren für die Wahl der Rechtsform**

## **1.1 Überblick**

Die Entscheidung, welche Rechtsform für die Gründung eines Unternehmens gewählt werden soll, ist sehr komplex. Eine Vielzahl von gesetzlich möglichen Rechtsformen steht zur Verfügung. Jede Rechtsform verfolgt unterschiedliche Ziele und weist damit strukturelle Unterschiede gegenüber anderen Rechtsformen auf. Ist die richtige Rechtsform gefunden, geht es dann weiter um die Frage der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages im Einzelnen. Denn die meisten der Rechtsformen sind sehr flexibel in der Ausgestaltung. So kann z.B. eine GmbH & Co. KG das Gepräge einer Familiengesellschaft oder aber auch einer Publikumsgesellschaft erhalten. Oder eine GbR kann zu einem vorübergehenden Zweck z.B. der Begründung einer Fahrgemeinschaft oder für einen dauerhaften Zweck, z.B. eines geschlossenen Immobilienfonds oder als Konsortium zur Finanzierung milliarden-schwerer Projekte verwendet werden. Wie sich aus dem Beispiel der GmbH & Co. KG ergibt, sind die Rechtsformen zudem in weitem Umfange kombinierbar. Die Gestaltungsformen sind daher nahezu unbegrenzt, sodass für jeden Zweck die geeignete Rechtsform und die geeignete Zusammenfügung mehrerer Rechtsformen gefunden werden kann.

Die grundsätzliche Auswahl der Rechtsform für eine unternehmerische Tätigkeit und ihre Komposition im Einzelnen hängt maßgeblich davon ab, welche Ziele der Unternehmer mit der Unternehmensgründung verfolgt und wie dabei die Gewichtung der Vor- und Nachteile jeder einzelnen möglichen Rechtsform ausfällt. Wählt er die falsche Rechtsform, wird dies meist nicht nur erhebliche Kosten für die spätere Anpassung der fehlerhaften Entscheidung bewirken, sondern die falsche Wahl kann die geplante Entwicklung der Geschäftsidee massiv beeinträchtigen oder gar zum Scheitern bringen. Und bei allem sollte nicht der Fiskus vernachlässigt werden. Denn nicht nur die Rechtsformen selbst sind sehr unterschiedlich, sondern auch die steuerlichen Systeme, die an die Wahl der Rechtsform anknüpfen.

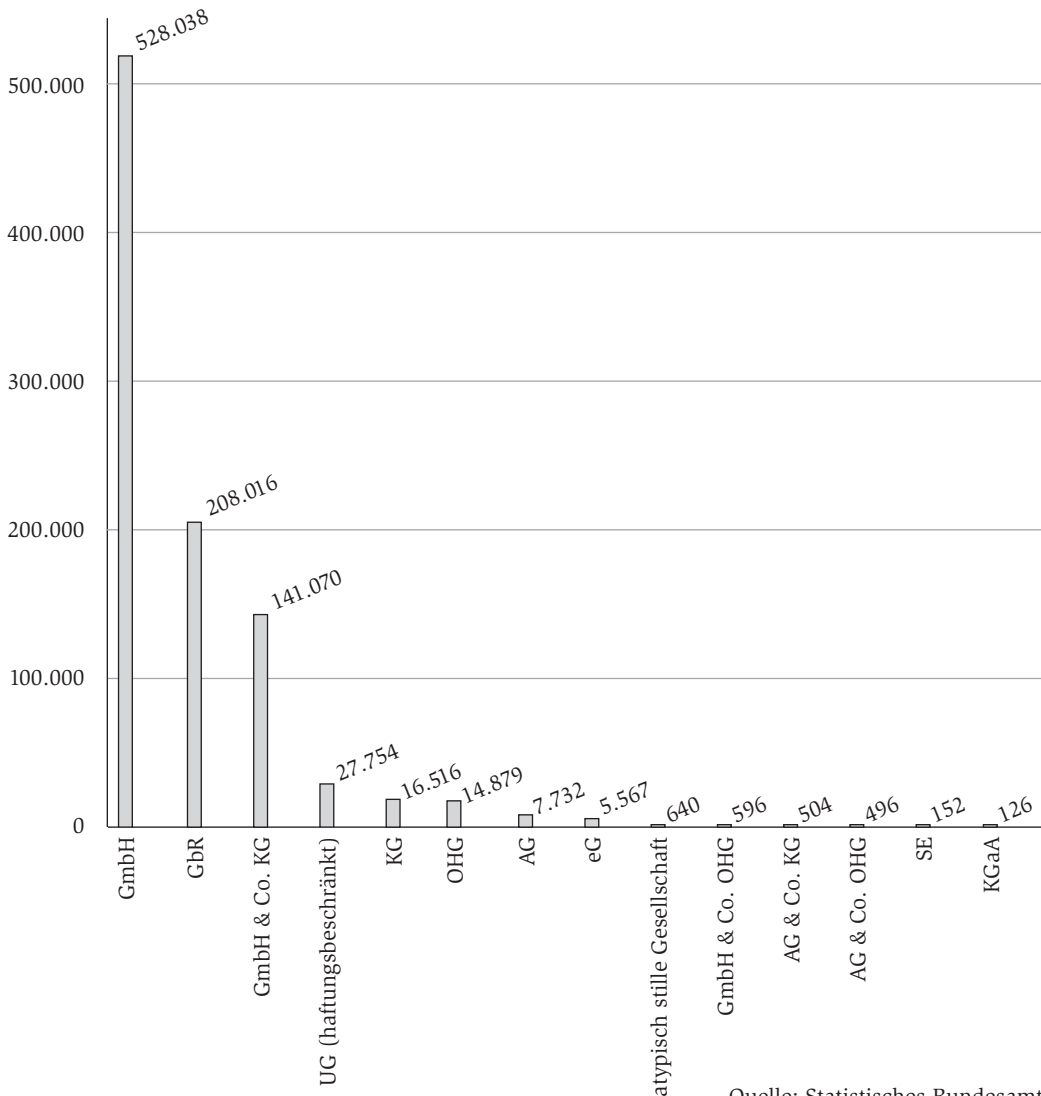
## **1.2 Verwendung der Rechtsformen – Statistik**

In 2015 gab es 3.255.537 umsatzsteuerpflichtige Unternehmen (Quelle: Statistisches Bundesamt), die in sehr unterschiedlichen Rechtsformen geführt wurden. Zieht man davon 122.166 Unternehmen ab, die Sonderformen aufwiesen (z.B. öffentlich-rechtliche umsatzsteuerpflichtige Unternehmen wie kommunale Eigen-

betriebe, z.B. städtisches Schwimmbad) so existierten 3.133.371 umsatzsteuerpflichtige Unternehmen, deren Rechtsformen jedem Unternehmensgründer üblicherweise offen stehen.

Der Schwerpunkt der umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen wurde in 2015 mit 2.181.285 Unternehmen als Einzelunternehmen geführt, das sind 70 % der üblicherweise verwendeten Rechtsformen. Der Rest von 30 %, das sind 952.086 Unternehmen, verteilt sich auf die nachfolgend in der Grafik dargestellten Rechtsformen:

### Anzahl der umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen in Deutschland in 2015



Quelle: Statistisches Bundesamt

Aus dieser Grafik folgt, dass die GmbH absoluter Schwerpunkt bei der Wahl der Rechtsform mit mehr als einer halben Million Unternehmen ist. Mit großem Abstand dahinter, immerhin noch 208.016 Unternehmen, wurden in der Rechtsform der GbR geführt. Danach kommen die GmbH & Co. KG, die UG (haftungsbeschränkt), die KG (mit einer natürlichen Person als Komplementär) und die OHG. Nachstehend erfolgt ein Überblick über die grundsätzlichen Faktoren einer Rechtsformwahl.

### **1.3 Haftungsrisiken der Unternehmensinhaber**

Jede unternehmerische Tätigkeit ist mit Risiken verbunden, die sich im Laufe der Jahre und Jahrzehnte stets in mehr oder weniger großem Umfange realisieren. Schon die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen zeigt, wie riskant die Unternehmensführung ist und wie schnell unüberschaubare Haftungsverhältnisse entstehen können. Häufig sind die unternehmerischen Risiken Existenz bedrohend und führen zum Zusammenbruch des Unternehmens. Bricht das Unternehmen zusammen, kann es je nach gewählter Rechtsform zur persönlichen Haftung des Unternehmers kommen. Hat dieser sein Unternehmen z.B. in der Rechtsform des Einzelunternehmens, organisiert, haftet er persönlich für die offenen Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern.

Die meisten Unternehmen sind in der Rechtsform einer Gesellschaft organisiert. Das Gesellschaftsrecht bietet Rechtsformen wie z.B. die GmbH, die GmbH & Co. KG, die AG, die GmbH & Still und die GmbH & Co. KGaA an, die es ermöglichen, dass die wirtschaftlichen Risiken lediglich die Gesellschaft treffen und nicht den hinter der Gesellschaft stehenden Unternehmer. Im Falle eines Zusammenbruchs der Gesellschaft haftet der Unternehmer, soweit nicht Sonderfaktoren für einen persönlichen Haftungstatbestand vorliegen, dann lediglich mit seiner Einlage.

Aber es muss nicht immer um die persönliche Haftung des Unternehmers gehen. Haftungsrisiken bestehen auch dann, wenn ein Teil des Vermögens vernichtet wird, weil nicht eine geeignete Rechtsform gewählt wurde. Dabei geht es bei dieser Betrachtung nicht um die Einlage in ein Unternehmen, bei der man weiß, dass diese im Risiko steht. Es geht darum, dass mit der unternehmerischen Tätigkeit in der Regel erhebliche Werte geschaffen werden, die im Falle einer Insolvenz des Unternehmens vernichtet werden. Ist z.B. ein Unternehmer in mehreren Geschäftsbereichen tätig, bietet es sich an, dass er für jeden Geschäftsbereich eine eigene Gesellschaft gründet. Dann kann er mit der richtigen Konzernorganisation sicher-

stellen, dass Risiken der einen Gesellschaft nicht auf die andere übergreifen. Bricht etwa eines dieser Unternehmen zusammen, so werden bei der Wahl einer optimalen Rechtsform andere Geschäftsbereiche nicht dadurch mitgerissen und zerstört.

Eine solche risikominimierende Konzernorganisation stellt auch eine **Betriebsaufspaltung** dar. In diesem Falle werden die wertvollen Assets, z.B. Grundstücke, Maschinen und immaterielle Rechte in einer eigenen Gesellschaft konzentriert, die nicht unternehmerisch nach außen tätig ist und damit keine Risiken aus der Beteiligung am allgemeinen Geschäftsverkehr eingeht. Die Assets werden über Miet- und Pachtverträge den anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt. Bricht eines dieser operativ tätigen Unternehmen zusammen, bleiben zumindest die Assets noch erhalten.

Damit können mit der richtigen Wahl der Rechtsform die Haftungsrisiken der unternehmerischen Tätigkeiten begrenzt werden.

### 1.3.1 Unbeschränkte Haftung

Beim Einzelunternehmen ergibt sich die volle persönliche Haftung des Unternehmensinhabers daraus, dass alle Geschäfte in seinem Namen abgeschlossen werden. Wird das Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft betrieben, besteht eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter gegenüber Gläubigern der Gesellschaft:

- bei der BGB-Gesellschaft,
- bei der OHG,
- bei der KG (einschließlich der KGaA) für den persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär).

Diese Gesellschafter haften unbegrenzt und mit ihrem gesamten Vermögen für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Auch die Komplementärgesellschaft einer GmbH & Co. KG oder GmbH & Co. KGaA haftet in vollem Umfange für alle Verbindlichkeiten der KG. Allerdings betrifft die persönliche Haftung nur die GmbH selbst, nicht aber die Gesellschafter der GmbH. Insofern ist die GmbH & Co. KG aus der Sicht der Kommanditisten und der GmbH-Gesellschafter eine Rechtsform mit einer beschränkten Haftung.

### **1.3.2 Keine generelle Haftungsbeschränkung durch Vollmachtsreduzierung**

Eine Haftungsbeschränkung wurde früher vielfach bei der BGB-Gesellschaft mithilfe einer generellen Vollmachtsreduzierung der Geschäftsführung erreicht, indem die Vertretungsbefugnis auf die Verpflichtung des Vermögens der Gesellschaft begrenzt wurde. Eine solche Methode wurde unter der Bezeichnung „GbR mit beschränkter Haftung“ geführt. Dies hat der BGH für unzulässig und nichtig erklärt. Eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist daher nur durch individuelle Vereinbarung mit den Gläubigern möglich (grundsätzlich hierzu mit weiteren Nachweisen: Urteil des BGH vom 24.11.2004, XII ZR 113/01).

### **1.3.3 Haftung mit der Einlage**

Die Gesellschafter einer GmbH, die Aktionäre einer AG, die Kommanditisten der KG, die Kommanditaktionäre der KGaA und die Genossen einer eingetragenen Genossenschaft haften lediglich mit ihrer Einlage. Wird die Einlage, z.B. im Rahmen einer verdeckten Gewinnausschüttung ganz oder teilweise zurückgewährt, lebt die Haftung auf Einzahlung der Einlage allerdings wieder auf. Die Gesellschafter der GmbH haften für nicht eingezahlte Stammeinlagen ihrer Mitgesellschafter.

## **1.4 Organisationsgewalt**

### **1.4.1 Organisationsgewalt bei der GmbH**

Ein wichtiges Kriterium bei der Wahl der Rechtsform ist die Frage, wer die Organisationsgewalt, wer also im Unternehmen das Sagen hat. Der Gesellschafter möchte in der Regel die Möglichkeit der Letztentscheidung haben. Diese Möglichkeit bietet ihm die Rechtsform der GmbH, bei der die Gesellschafter auch dann steuernd eingreifen können, wenn sie nicht gleichzeitig Geschäftsführer sind. Denn bei der GmbH hat der Geschäftsführer der Gesellschaft den Anweisungen der Gesellschafter Folge zu leisten, soweit diese mit Satzung und Gesetz in Einklang stehen. Der Geschäftsführer einer GmbH hat damit infolge seiner Weisungsabhängigkeit lediglich eine schwache Stellung.

Will sich ein Unternehmensleiter, der lediglich als Minderheitsbeteiligter am Unternehmen beteiligt ist, z.B. weil seine Finanzkraft zu einer Mehrheitsbeteiligung nicht ausreicht, von der Gesellschafterseite nicht hereinreden lassen, kann dieser das Unternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co. KG, der GmbH & Co.

KGaA führen, wenn er mehrheitlich an der GmbH beteiligt ist. Ob dies seitens der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre, die das Unternehmen finanzieren, so akzeptiert wird, ist dann im Einzelfall fraglich.

Im Rahmen der Gesellschaftsverträge können weitgehend individuelle und flexible Lösungen und Abweichungen von gesetzlichen Vorschriften vereinbart werden.

#### **1.4.2 Organisationsgewalt bei der AG**

Bei der AG können die Aktionäre nicht aus ihrer Gesellschafterposition heraus regieren. Dazu müssten sie erreichen, dass sie zum Vorstand bestellt werden. Denn die Geschäftsführung bei der AG erfolgt eigenständig durch den Vorstand. Die Aktionäre sind nicht weisungsbefugt. Die Geschäftsführung des Vorstandes wird durch den Aufsichtsrat überwacht. Der Geschäftsführer, gesetzlich als Vorstand bezeichnet, hat damit eine starke Stellung.

#### **1.4.3 Gemeinsame Geschäftsführung bei der BGB-Gesellschaft**

Die Geschäftsführung der BGB-Gesellschaft erfolgt gemeinsam durch ihre Gesellschafter. Sie können aber einen oder mehrere BGB-Gesellschafter mit der Geschäftsführung beauftragen. Einen Fremdgeschäftsführer können sie aufgrund des Zwangs zur Selbstorganschaft nicht beauftragen.

#### **1.4.4 Keine Geschäftsführungsbefugnis der Kommanditisten**

Bei der KG erfolgt die Geschäftsführung durch die Komplementäre, also durch die persönlich haftenden Gesellschafter. Die Kommanditisten haben keine gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis. Sie haben nur ein Widerspruchsrecht, wonach sie einer Handlung des Komplementärs widersprechen können, wenn die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Abweichende Vereinbarungen sind zulässig, z.B. indem Kommanditisten vertraglich die Befugnis zur Geschäftsführung erhalten, z.B. aufgrund einer Prokura, einer Handlungsvollmacht oder einer einfachen rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Die grundsätzliche Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre darf dadurch aber nicht ausgehöhlt werden.

Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit, dass ein Kommanditist gleichzeitig Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, denn ist diesem Falle erfolgt die Geschäftsführung nicht als Kommanditist, sondern als Komplementär.

#### **1.4.5 Geschäftsführung bei der KGaA**

Auch bei der KGaA verbleibt es bei den Regeln der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft wie bei einer KG. Die Geschäftsführung erfolgt durch die Komplementäre. Das Widerspruchsrecht gegen bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung wird durch die Hauptversammlung ausgeübt. Handelt es sich bei der KGaA um eine GmbH & Co. KGaA, so erfolgt die Geschäftsführung durch die Geschäftsführer der GmbH.

#### **1.4.6 Geschäftsführung bei der stillen Gesellschaft**

Die Geschäftsführung bei der typisch stillen Gesellschaft erfolgt durch den Inhaber des Handelsgeschäfts. Bei der atypisch stillen Gesellschaft hat der stille Gesellschafter ein Mitbestimmungsrecht ähnlich dem Recht eines Kommanditisten bei der KG. Abweichende Vereinbarungen sind möglich.

### **1.5 Kapitalaufbringung**

Die Finanzierung des Geschäftsbetriebs und der Investitionen erfolgt in der Regel sowohl durch Eigenkapital als auch durch Fremdkapital. Bestimmte Finanzierungsformen setzen bestimmte Rechtsformen voraus. So kann die Finanzierung über eine Börsennotierung nur in den Rechtsformen der AG und KGaA erfolgen. Außerbörsliche Finanzierungen durch den Kapitalmarkt sind auch in den Rechtsformen der KG, der GmbH & Co. KG und der stillen Beteiligung möglich. Für eine Finanzierung über den Kapitalmarkt eignet sich die Rechtsform der GmbH kaum und Rechtsformen wie die OHG oder GdBR eignen sich überhaupt nicht.

Eine **Fremdkapitalfinanzierung** ist dagegen bei einem Einzelunternehmen oder besonders bei einer OHG und GdBR leichter möglich, weil hier der Unternehmer bzw. die Gesellschafter in vollem Umfange persönlich haften. Die GmbH wird aus der Sicht der Banken nur selten als eigenständiger Darlehensgeber gesehen. Eine Kreditvergabe an eine GmbH erfolgt deshalb in der Regel nur im Zusammenhang mit einer vollen persönlichen Haftung der Gesellschafter über Bürgschaften. Eine