

MARTIN SORG

## Die GmbH & Co. KG als Rechtsform für Familienunternehmen

### *I. Entwicklung der GmbH & Co. KG*

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 das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>1</sup> der von den Registergerichten bis dahin allgemein vertretenen Auffassung widersprach, dass Komplementäre einer Personenhandelsgesellschaft nur natürliche Personen sein können. Die Begründung war ebenso einfach wie überzeugend: Weder sei die Beteiligung einer GmbH als persönlich haftender Gesellschafter an einer KG durch eine positive Vorschrift ausgeschlossen noch ergebe sich der Ausschluss aus der Verfassung oder dem Wesen der GmbH. 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 vereint seit Jahrzehnten 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 Dritorganschaft. Doch auch in anderen Bereichen erwies sich die GmbH & Co. KG als vorteilhaft, weshalb sie sich, zumal bei Familienunternehmen, schnell zur beliebtesten Rechtsform nach der GmbH entwickelte.

Rechtsanwalt Dr. Conrad Böttcher, der legendäre Seniorpartner des Jubilars, nahm die stürmische Entwicklung der GmbH & Co. KG zum Anlass, seine reichhaltigen Erfahrungen mit dieser Rechtsform im Jahr 1966 in Broschürenform vorzulegen. Geschrieben – so das damalige Vorwort – aus wirklicher Erfahrung, sollte es den Beratern an die Hand gehen, wenn sie ihren Klienten diese moderne Unternehmensform vorstellen. Der Jubilar übernahm nach seinem Eintritt in die damals als Böttcher-Beinert auftretende Kanzlei im Jahr 1977 die Federführung bei der Überarbeitung dieser Broschüre, woraus im Jahr 1979 die von ihm mit der bekannten Gründlichkeit und Perfektion vollständig neu bearbeitete 6. Auflage hervorgegangen ist. Im Vorwort dieser Auflage beschreibt und begründet der Jubilar die von ihm begonnene Ergänzung des Praxishandbuchs um wissenschaftliche Aspekte:

---

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

„Unser in den Voraufagen verfolgtes Ziel, eine kurzgefasste, für Berater und Unternehmen gleichermaßen leichtverständliche Darstellung des Rechtes der GmbH & Co. zu geben, war angesichts der Fülle des zu verarbeitenden Stoffes und der zunehmenden Kompliziertheit der gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Probleme nicht mehr uneingeschränkt zu verwirklichen. So mussten wir schon wegen der Aufnahme neuer Kapitel (wie zum Beispiel über die Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH & Co.) den Umfang des Buches gegenüber der Voraufage mehr als verdoppeln, wobei wir trotz unserer Ausrichtung auf die Bedürfnisse der Praxis darum bemüht waren, weit stärker als bisher – vor allem auf gesellschaftsrechtlichem und mitbestimmungsrechtlichem Gebiete – auch zu aktuellen wissenschaftlichen Streitfragen Stellung zu beziehen.“

Inzwischen liegt das seit der 8. Auflage im Verlag C.H. Beck erscheinende Handbuch „Die GmbH & Co. KG“ in der 11. Auflage vor.<sup>2</sup> Das Werk bleibt, sich insoweit teilweise von vergleichbaren Handbüchern unterscheidend, seiner ursprünglichen Intention treu, die jahrzehntelangen Erfahrungen in der Beratung von Familienunternehmen in Nachfolgefragen, bei gesellschaftsrechtlichen Neuordnungen oder mit zerstrittenen Gesellschafterstämmen in den Text einfließen zu lassen, um der rechtsgestaltenden Praxis nicht nur dogmatische Erläuterungen, sondern auch Anstöße für Lösungsansätze zu geben.

Seit der ersten Auflage wird das Handbuch begleitet von Bemühungen sowohl des Gesetzgebers als auch der Rechtsprechung, die erhebliche und teilweise zugegebenermaßen 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:

**1959:** Ausweitung der Kapitalverkehrssteuerpflicht (Börsenumsatz- und Gesellschaftsteuer) auf die GmbH & Co. KG;<sup>3</sup>

**1973:** Ausweitung der Rechtsprechungsregeln zur Kapitalerhaltung der GmbH auf die GmbH & Co. KG (§§ 30, 31 GmbHHG analog) durch den BGH;<sup>4</sup>

**1976:** Einführung der Überschuldung als weiteren Insolvenzgrund für die GmbH & Co. KG (Gleichstellung mit der GmbH);<sup>5</sup>

**1976:** Ausweitung der Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen der GmbH auf die GmbH & Co. KG;<sup>6</sup>

**1977:** Beseitigung der ertragsteuerlichen Doppelbelastung bei der GmbH durch das Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren,<sup>7</sup> das inzwischen durch das Teileinkünfteverfahren bzw. die Abgeltungssteuer ersetzt wurde;

<sup>2</sup> Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, (die 12. Aufl. ist für 2015/2016 geplant).

<sup>3</sup> § 6 Abs. 1 Nr. 4 KVStG 1959; durch das Finanzmarktförderungsgesetz v. 22.2.1990, BGBl. I S. 266, wurden die Börsenumsatzsteuer (Aufkommen zuletzt rund 200 Millionen Euro p.a.) zum 1.1.1991 und die Gesellschaftsteuer (Aufkommen zuletzt rund 150 Millionen Euro p.a.) zum 1.1.1992 abgeschafft.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> § 209 KO in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29.7.1976, BGBl. I S. 2034; heute § 19 Abs. 3 S. 1 InsO.

<sup>6</sup> § 177a S. 2 iVm § 125a Abs. 1 S. 2 HGB.

<sup>7</sup> Körperschaftsteuerreformgesetz v. 31.8.1976, BGBl. I 1976, 2597 ff.

**1980:** Ausweitung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH auf die GmbH & Co. KG;<sup>8</sup>

**1986:** Gesetzliche Verankerung der sogenannten Gepräge Theorie,<sup>9</sup> nachdem der BFH im Jahr 1984 seine Geprägerechtsprechung überraschend aufgegeben hatte;<sup>10</sup>

**1994:** Ermöglichung einer steuerneutralen Spaltung (Realteilung) auch für die GmbH;<sup>11</sup>

**1997:** Wegfall der Vermögensteuer,<sup>12</sup> die für die GmbH und deren Gesellschafter wesentlich belastender war als bei der GmbH & Co. KG (Stichwort: Doppelbelastung);

**1997:** Grundsteuerbarkeit der wesentlichen Änderung des Gesellschafterbestandes bei der GmbH & Co. KG;<sup>13</sup>

**2000:** Ausweitung der Prüfungs- und Offenlegungspflichten für Jahresabschlüsse auf die GmbH & Co. KG;<sup>14</sup>

**2008:** Beseitigung des Bewertungsvorteils der Personengesellschaften bei der Erbschaftsteuer<sup>15</sup> (Stichwort: Verlängerter Steuerbilanzwert vs. Stuttgarter Verfahren);

**2008:** Einführung der „Unternehmergesellschaft“ als „kleine GmbH“ mit Beseitigung der Mindesteinlagenverpflichtung und Vereinfachung der Gründungsvorschriften;<sup>16</sup>

**2013:** Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 1 AStG (internationale Einkünfteabgrenzung) auf Personengesellschaften.<sup>17</sup>

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, zum Beispiel 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 (zum Beispiel Schweiz).

<sup>8</sup> § 172a HGB aF iVm §§ 32a, 32b GmbHG aF; heute insbesondere § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

<sup>9</sup> § 15 Abs. 3 Nr. 2 in der Fassung des Steuerbereinigungsgesetzes 1986.

<sup>10</sup> BFH GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751.

<sup>11</sup> § 123 Abs. 1 UmwG, § 15 Abs. 1 UmwStG.

<sup>12</sup> BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BStBl. II 1995, 655 = GmbHR 1995, 668.

<sup>13</sup> § 1 Abs. 2a GrEStG neu eingefügt durch das Jahressteuergesetz 1997.

<sup>14</sup> § 264a HGB, neu eingefügt durch Kapitalgesellschaften- und Co.-Richtlinie-Gesetz v. 24.2.2000, BGBl. I 2000, 154 ff.

<sup>15</sup> Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts v. 24.12.2008, BGBl. I 2008, 3018 ff.

<sup>16</sup> § 5a GmbHG, neu eingefügt durch Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.

<sup>17</sup> AmtshilfeRLUmsG vom 26.6.2013, BGBl. 2913, 1809.

## 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 **Drittbe-teiligungsgesetz** 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 (zum Beispiel 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) Gemäß § 264 Abs. 3 HGB ist eine große Kapitalgesellschaft bei der **Rechnungslegung** von der Pflicht zur Aufstellung von Anhang und Lagebericht, zur Prüfung des Jahresabschlusses durch einen Abschlussprüfer und zur Offenlegung des Jahresabschlusses **befreit**, wenn der Jahresabschluss in einen Konzernabschluss einbezogen ist, die Gesellschafter der Befreiung zustimmen und das Mutterunter-

nehmen sich zur Verlustübernahme verzichtet. Die GmbH & Co. KG kann diese Befreiung ebenfalls in Anspruch nehmen, benötigt hierfür aber **keine Verlustübernahme** des Mutterunternehmens, die wegen der damit verbundenen Haftung des Mutterunternehmens für die betreffenden Tochterunternehmen häufig nicht durchsetzbar oder unerwünscht ist.

e) Bei der GmbH & Co. KG als Personengesellschaft scheiden die bei der GmbH gefürchteten **verdeckten Gewinnausschüttungen** (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) 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.

f) Bei einer GmbH & Co. KG mit vermögensverwaltender Tätigkeit besteht ein durch einfache Gestaltung auszuübendes **Wahlrecht, als gewerbliches Unternehmen** besteuert zu werden (sogenannte 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.

g) Für die gewerbliche GmbH & Co. KG eröffnen sich bei Umstrukturierungen die vielfältigen steuerlichen **Gestaltungsmöglichkeiten** und **Wahlrechte einer Mitunternehmerschaft**. So ist es zum Beispiel möglich, Vermögensgegenstände aus dem Gesellschaftsvermögen steuerneutral in ein Betriebsvermögen der Gesellschafter zu übertragen (§ 6 Abs. 5 EStG). Vergleichbare Möglichkeiten bestehen bei einer GmbH nicht.

h) Die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG können in den Grenzen des § 15a EStG ihre **Verlustanteile** aus der Gesellschaft mit anderweitigen Einkünften, zum Beispiel aus Vermietung, steuerlich **verrechnen**. Bei der GmbH dagegen wird steuerlich strikt zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern unterschieden, sofern kein Organschaftsverhältnis 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.

i) Die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG können ihre **Gewinnanteile** aus der Gesellschaft mit anderweitigen Verlusten, zum Beispiel aus Vermietung, steuerlich **verrechnen**. Bei der GmbH ist eine derartige Verrechnung von vornherein auf ausgeschüttete Gewinne beschränkt. Soweit die Gewinnausschüttungen der Abgeltungsteuer unterliegen, 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, das heißt 60 Prozent der Gewinnausschüttungen verrechnet werden.

j) 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.

## 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, jedoch 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 – gegebenenfalls sogar entschädigungsloses – Ausscheiden der Rechtsnachfolger 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.

## 3. Sonstige Unterschiede bei der steuerlichen Behandlung

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 (Spitzensteuersatz unterstellt) wird die GmbH & Co. KG derzeit im Falle der Vollausschüttung der Gewinne um etwa 1,5 Prozentpunkte niedriger besteuert. Im Thesaurierungsfall ist jedoch die GmbH um mindestens 6 Prozentpunkte günstiger.

### 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. Der Jubilar hat diese Entwicklung seit vier Jahrzehnten begleitet und mitgeprägt.