

Die richtige Wahl der Rechtsform Ihres Unternehmens

**Notare
Dr. Stefan Bandel
Michael Pich**

**Kleiner Exerzierplatz 13
94032 Passau
Telefon 0851 / 9 59 83 - 0
Telefax 0851 / 5 85 06**

**E-Mail: notariat@bandel-pich.de
Internet: www.notare-bandel-pich.de**

Wer eine Gesellschaft oder ein sonstiges Unternehmen gründen will, steht vor der wichtigen Aufgabe, die geeignete Rechtsform für das Unternehmen zu finden. Die nachfolgende Darstellung soll einen Überblick über die Gesellschaftsformen geben. Für die Aktiengesellschaft beachten Sie bitte unsere Info zur „Aktiengesellschaft“.

I. Die verschiedenen Gesellschaftsformen

1. Personengesellschaften

Grundlage für die Personenhandelsgesellschaften bilden die Regelungen der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts (GbR).

Darauf bauen die Gesellschaften des Handelsgesetzbuches auf:

- die offene Handelsgesellschaft (OHG)
- die Kommanditgesellschaft (KG)
- die stille Gesellschaft.

Die **offene Handelsgesellschaft** (§§ 105 ff. HGB) setzt den Betrieb eines Handelsgewerbes durch mehrere voraus, wobei sämtliche Gesellschafter unbeschränkt haften. Ein Handelsgewerbe betreibt auch derjenige Unternehmer, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB ein Handelsgewerbe ist (= Kaufmann), wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Nach § 105 Abs. 2 HGB können demgemäß auch nur eigenes Vermögen verwaltende Gesellschaften eine OHG werden.

Die **Kommanditgesellschaft** (§§ 161 ff. HGB) unterscheidet zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementäre), welche ohne Beschränkung haften, und Kommanditisten, bei denen die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage (Kommanditeinlage) beschränkt ist.

Die **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff. HGB) ist gekennzeichnet durch die Beteiligung am Handelsgeschäft eines anderen durch Leistung einer Einlage.

Als Alternative, insbesondere für freiberuflich Tätige, bietet sich die **Partnerschaftsgesellschaft** nach dem Partnerschaftsgesetz an. Für einige Berufsgruppen (z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater)

kann diese als **Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung** gegründet werden.

2. Kapitalgesellschaften

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), geregelt im GmbH-Gesetz
- die Aktiengesellschaft (AG), geregelt im Aktiengesetz
- die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), geregelt im Aktiengesetz.

Die **GmbH** erscheint als besonders geeignete Gesellschaftsform für kleinere und mittlere Unternehmen. Die Haftung der Gesellschafter ist beschränkt. Die GmbH kann auch von nur einem einzigen Gesellschafter gegründet werden (Ein-Mann-GmbH), so dass es also auch für den einzelnen Gewerbetreibenden die Möglichkeit gibt, seine Haftung sinnvoll zu beschränken.

Seit einigen Jahren gibt es die Möglichkeit, die GmbH unter dem Namen **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)** (UG) auch mit einem verringerten Stammkapital von 1,00 € - 24.999,00 € zu gründen. Bis auf die Bezeichnung und einer Vorschrift zur Gewinnverwendung gelten für diese UG die selben Regeln wie für die GmbH.

Die **Aktiengesellschaft** erscheint zwar heute immer noch als typische Rechtsform für Großunternehmen, wofür die Anonymität der Gesellschafter ein charakteristisches Merkmal ist, gleichwohl hat die sog. "kleine" d.h. nicht börsennotierte Aktiengesellschaft insbesondere durch Befreiung von der notariellen Protokollierungspflicht der Hauptversammlung unter bestimmten Umständen an Attraktivität gewonnen hat. Im Ausland, wie etwa Frankreich, Schweiz, Italien ist die Aktiengesellschaft zumeist die häufigste Kapitalgesellschaft (vgl. hierzu Infobrief zur Aktiengesellschaft).

Im Hinblick auf einen etwa geplanten Börsengang empfiehlt sich unter Umständen sofort die Gründung einer Aktiengesellschaft.

Die KGaA (§§ 278 ff. Aktiengesetz) ist eine Kombination von AG und KG, in dem die Komplementäre persönlich haften und die Kommanditaktionäre die Stellung von Aktionären einnehmen. Die KGaA ist kaum verbreitet.

II. Kriterien für die Wahl der Gesellschaftsform

1. Gründung von Gesellschaften

Personengesellschaften werden durch Gesellschaftsvertrag gegründet (§ 705 BGB) und ggf. durch Eintrag in das Handelsregister errichtet (§§ 123, 161 Abs. 2 HGB). Der Vertrag ist zweckmäßig in Schriftform abzufassen, wobei wir selbstverständlich auch für dessen Gestaltung zur Verfügung stehen. Die Anmeldung zum Handelsregister ist notariell zu beglaubigen. Für Kapitalgesellschaften muss auch der Gesellschaftsvertrag zwingend notariell beurkundet sein.

2. Haftung

Die Gesellschafter einer **Personengesellschaft** haften grundsätzlich persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden (§§ 714 BGB, 128 HGB). Nach neuester Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reicht es für eine individualvertraglich mögliche Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen der BGB-Gesellschaft nicht aus, dass allgemein auf dem Briefbogen der Gesellschaft auf eine solche Haftungsbeschränkung hingewiesen wird. Des Weiteren sind Rechtsformzusätze wie etwa „GdbR mbH“ oder „GdbR mit beschränkter Haftung“ wegen der Verwechslungsgefahr mit der GmbH als haftungsbeschränkter Kapitalgesellschaft unzulässig.

Im Falle der **Kommanditgesellschaft** ist die Haftung für den Kommanditisten auf die Haftungseinlage beschränkt, während der Komplementär unbeschränkt haftet (§ 161 Abs. 1 HGB).

Bei der stillen Gesellschaft haftet der stille Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern nicht unmittelbar.

Das Gesellschafterrisiko bei Personengesellschaften kann durch die Gründung einer **GmbH & Co. KG** beschränkt werden. Bei der GmbH & Co. KG liegt zwar eine Kommanditgesellschaft vor, die unbeschränkte Haftung des Komplementärs nach §§ 128, 162 Abs. 2 HGB wird jedoch dadurch entschärft, dass Komplementärin eine GmbH als juristische Person ist und deren Haftungsvermögen

gemäß § 5 GmbH-Gesetz beschränkt ist.

Bei der **Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung** haften alle Gesellschafter persönlich und unbeschränkt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nichts mit der Berufshaftung zu tun haben, z.B. für Kaufpreise, Werk- und Arbeitnehmerlohn oder Mieten. Die Partner haften hingegen nicht persönlich in Fällen der Berufshaftung, z.B. für einen Beratungsfehler eines Partners. Hierfür haftet nur die Gesellschaft mit ihrem Vermögen, die deshalb eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung mit ausreichendem Umfang unterhalten muss.

Bei **Aktiengesellschaft** und **GmbH** haften die Gesellschafter bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, insbesondere der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften nicht persönlich; den Gesellschaftsgläubigern steht nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungskapital zur Verfügung.

3. Willensbildung/Vertretung

Für die **Personengesellschaft** gilt folgendes:

Für die laufende Geschäftsführung sind die Parteien frei, die Geschäftsführungsbefugnis individuell für ihre Befugnisse zuzuschneiden (§§ 709 ff BGB, 114 ff. HGB). Dies gilt ebenfalls für die mit dem Betrieb der Gesellschaft verbundenen gewöhnlichen Geschäfte. Sind außergewöhnliche Geschäfte vorzunehmen oder gar Entscheidungen zu treffen, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, dann ist die Zustimmung und damit die Einflussnahme aller Gesellschafter erforderlich (§ 116 Abs. 2 HGB).

Für Beschlüsse, die außergewöhnliche Geschäfte betreffen, kann generalklauselartig im Gesellschaftsvertrag bestimmt sein, dass die Mehrheit der Stimmen für das Zustandekommen eines Beschlusses ausreicht.

Sobald jedoch Entscheidungen getroffen werden sollen, die die Grundlagen der Gesellschaft berühren (sog. Grundlagengeschäfte), ist Einstimmigkeit erforderlich. Sollen auch diese Grundlagengeschäfte mehrheitlich getroffen werden können, so muss sich dies unzweideutig wegen des gesellschaftsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben.

Für **Kapitalgesellschaften** gilt demgegenüber folgendes: Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) sind als juristische Personen nur

über ihre Organe handlungsfähig. Die Geschäftsführung wird durch die geschäftsführenden Organe (Geschäftsführer bei der GmbH, Vorstand bei der AG) wahrgenommen. Die Geschäftsführungsbe-fugnisse umfassen dabei grundsätzlich auch die außergewöhnli-chen Geschäfte. Wie bei den Personengesellschaften kann es je-doch auch bei den Kapitalgesellschaften insbesondere satzungsmäßig bestimmte Bereiche geben, in denen den Gesellschaf-tern/Aktionären die Entscheidungen vorbehalten sind.

4. Kontrolle

Mit jeder Mitgliedschaft in einer Gesellschaft korrespondiert ein In-formationsrecht. Bei Personengesellschaften haben die Gesell-schafter einer BGB-Gesellschaft oder einer OHG das Recht, sich jederzeit zu unterrichten (§ 716 BGB, § 118 HGB). Dieses Recht ist insoweit abdingbar, als nicht die Grenze des außerordentlichen In-formationsrechts berührt wird. Soweit ein wichtiger Grund vorliegt, steht den Gesellschaftern ein unentziehbares außerordentliches Informationsrecht zu.

Die Regelungen des Aktienrechts räumen den Aktionären weitge-hende Informationsrechte ein, die auf den Hauptversammlungen ausgeübt werden.

Weiter noch gehen die Auskunftsrechte, die den GmbH-Gesellschaftern gesetzlich gewährt sind.

5. Kapitalaufbringung

Bei Personengesellschaften steht das Gesellschaftsvermögen im Eigentum der Gesellschafter, es ist ein Gesamthandvermögen. Gesellschaftsvertraglich wird eine Beitragspflicht und gegebenen-falls eine Nachschusspflicht für die einzelnen Gesellschafter be-gründet.

Bei Kapitalgesellschaften besteht ein festes Stammkapital. Dieses steht der Kapitalgesellschaft als juristischer Person zu. Die Min-desthöhe des Stammkapitals ist gesetzlich fixiert (GmbH: 25.000,00 €, UG (haftungsbeschränkt): 1,00 – 24.999,00 €, AG: 50.000,00 Euro), ebenso die Mindesthöhe der Geschäftsanteile.

Eintragungsvoraussetzung für eine Kapitalgesellschaft ist des Weiteren, dass Bareinlagen mindestens 12.500,00 € und – bei höherem Stammkapital – mindestens in Höhe von 1/4 des Nennbetrages der Geschäftsanteile/Aktien erfolgt sind und die Sacheinlagen vollständig erbracht werden. Bei der Einmann-Gründung muss das gesamte Stammkapital erbracht sein oder zu mindestens 1/4 des Nennbetrages und für den Rest Sicherheitsleistung.

6. Übertragung und Vererbung

Bei Personengesellschaften ist die Übertragung und Vererbung von Beteiligungen nur möglich, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen wird oder alle Mitgesellschafter zustimmen (§ 719 BGB, §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Ohne Fortsetzungsvereinbarung bzw. ohne vertraglich statuierte Vererblichkeit der Gesellschafterstellung führt der Tod eines Gesellschafters bei der BGB-Gesellschaft zur Auflösung der Gesellschaft (§ 727 BGB). Bei der OHG und der KG führt mangels abweichender vertraglicher Bestimmung der Tod eines Gesellschafters dagegen nur mehr zum Ausscheiden dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft (§ 131 Abs. 3 HGB), wobei beim Tod eines Kommanditisten die Gesellschaft mangels abweichender vertraglicher Bestimmung mit den Erben fortgesetzt wird (§ 177 HGB).

Demgegenüber sind bei der GmbH die Geschäftsanteile grundsätzlich übertragbar und vererblich (§ 15 GmbH-Gesetz). Möglich ist aber eine vertragliche Einziehungsregelung (§ 34 GmbH-Gesetz). Die Fälle der Einziehung sind im Gesellschaftsvertrag klar zu regeln.

7. Steuerrecht

Die **Kapitalgesellschaften** unterliegen der **Körperschaftsteuer** (Kapitalertragsteuer), und zwar nach der Unternehmensteuerreform 2008 in Höhe von 15 % für einbehaltene Gewinne und in Höhe für 25 % für ausgeschüttete Gewinne (jeweils zuzüglich Solidaritätszuschlag). Zunächst einbehaltene Gewinne unterliegen bei einer späteren Ausschüttung der Nachversteuerung mit wiederum 25 % (zuzüglich Solidaritätszuschlag). Ausschüttungen an beteiligte Kapitalgesellschaften bleiben weiterhin steuerfrei, bis dort eine

Ausschüttung erfolgt. Sofort entnommene Gewinne unterliegen dem persönlichen Einkommensteuersatz.

Bei Kapitalgesellschaftsanteilen im Betriebsvermögen (insbesondere Betriebsaufspaltung) unterliegen die Ausschüttungen dem Teileinkünfteverfahren, d. h. 60 % der Dividenden sind steuerpflichtig und 60 % der Betriebsausgaben hierfür sind steuerlich abzugsfähig. Durch die Wahl der Unternehmensform kann daher die Steuerbelastung beeinflusst werden.

Nach der Unternehmensteuerreform 2008 wird künftig auch bei **Personengesellschaften** zwischen einbehaltenen und ausgeschütteten Gewinnen unterschieden. Der Gewinn wird nach der einheitlichen Gewinnfeststellung bei der Gesellschaft von den Gesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligungsquote gesondert versteuert. Für nicht entnommene Gewinne kommt aber auf Antrag ein gemäßigter Einkommensteuersatz von 28,25 % (zuzüglich Solidaritätszuschlag) zur Anwendung. Werden ermäßigt besteuerte Gewinne in den folgenden Wirtschaftsjahren entnommen, erfolgt eine Nachversteuerung mit 25 % (zuzüglich Solidaritätszuschlag).

Gewerbliche Einkünfte unterliegen der **Gewerbsteuer**, wobei diese nicht (mehr) als Betriebsausgabe abgezogen werden darf, aber auf die Einkommensteuer angerechnet wird.

Auf die Umsätze wird **Umsatzsteuer** erhoben, wobei im Gegenzug der Unternehmer für von ihm selbst entrichtete Umsatzsteuer vorsteuerabzugsberechtigt ist (Ausnahme: Kleingewerbetreibende bzw. Kleinunternehmer).

Im Vergleich zu der Besteuerung der Personengesellschaften und deren Gesellschafter besteht bei der Kapitalgesellschaft die Möglichkeit des Abzugs für Geschäftsführervergütungen einschließlich sonstiger Nebenleistungen. Dies führt zu einer Körperschaftsteuerminderung - und einer Minderung des steuerpflichtigen Ertrags bei der Gewerbesteuer.

Dem stehen allerdings die höheren Freibeträge gegenüber, die Einzelgewerbetreibende und Personengesellschaften gegenüber Kapitalgesellschaften bei der Gewerbesteuer haben. Der Körperschaftsteuerminderung in der juristischen Person steht eine Gewinnerhöhung beim Gesellschafter gegenüber, die zu einer ent-

sprechenden Einkommensteuerbelastung führt. Bei einer GmbH sind insbesondere die Vorschriften über die verdeckte Gewinnausschüttung in diesem Zusammenhang zu beachten.

Für alle vollkaufmännischen Gewerbe und die Kapitalgesellschaften gilt, dass eine Verpflichtung zur doppelten Buchführung, zur Erstellung eines Jahresabschlusses und einer Gewinn- und Verlustrechnung besteht.

Eine Prüfungspflicht besteht nach § 316 HGB nicht nur für Kapitalgesellschaften (Ausnahme Kleine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB) sondern nach KapCoRiLiG gemäß § 264a HGB auch für die kapitalistisch geprägte Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft.

Weitere Info:

Für weitere rechtliche Erläuterungen stehen wir Ihnen als Notare oder ein Rechtsanwalt zur Verfügung, für bilanzielle und steuerliche Beratung der Steuerberater, der vereidigte Buchprüfer und der Steuerbevollmächtigte, ggf. auch der Wirtschaftsprüfer. Auch die Industrie- und Handelskammern und die Berufsverbände geben einschlägige Informationen. Des Weiteren sind Anzeigepflichten beim Gewerbeamt, beim Finanzamt, dem Sozialversicherungsträger und der Berufsgenossenschaft zu beachten.

Nicht nur im Zusammenhang mit allen rechtlichen Fragen und der Gründung, sondern auch im späteren "Leben" der Gesellschaft stehen wir Ihnen als Rechtsberater gerne zur Verfügung.

Für die von Ihnen in Angriff genommene Gründung einer Gesellschaft wünschen wir Ihnen viel Erfolg!

Ihre Notare

Dr. Stefan Bandel

Michael Pich