

statistik beantwortet auch die Frage nach den Exportumsätzen der mittelständischen Unternehmen im Jahr 2006. Insgesamt exportierten die rund 353.000 Unternehmen Güter im Wert von 920,9 Milliarden Euro, das sind 18,7 Prozent der Gesamtumsätze aller Unternehmen. Die 345.000 exportierenden KMU kamen auf einen Exportumsatz von 185,4 Milliarden Euro, das sind 9,8 Prozent der Gesamtumsätze der KMU. Mit anderen Worten: Jeder sechste Umsatz-Euro aller Unternehmen oder jeder zehnte Umsatz-Euro der KMU wird im Ausland erzielt. Viele Mittelständler, vor allem im industriellen Bereich, zählen zu den sogenannten Exportchampions, sie realisieren Exportquoten von über 50 Prozent.<sup>5</sup>

Nach Berechnungen des IfM Bonn verfügen schätzungsweise über 100.000 mittelständische Unternehmen über sogenannte Direktinvestitionen im Ausland, also Vertriebs-/Servicestätten, Beteiligungen, Joint Ventures oder eigene Produktionsstätten. Diese Direktinvestitionen dienen häufig der Sicherung bestehender oder Erschließung neuer (Export-)Märkte.

Es ist zu konstatieren, dass der Export ein bedeutendes wirtschaftliches Standbein des deutschen Mittelstands ist.

#### Volkswirtschaftliche Bedeutung

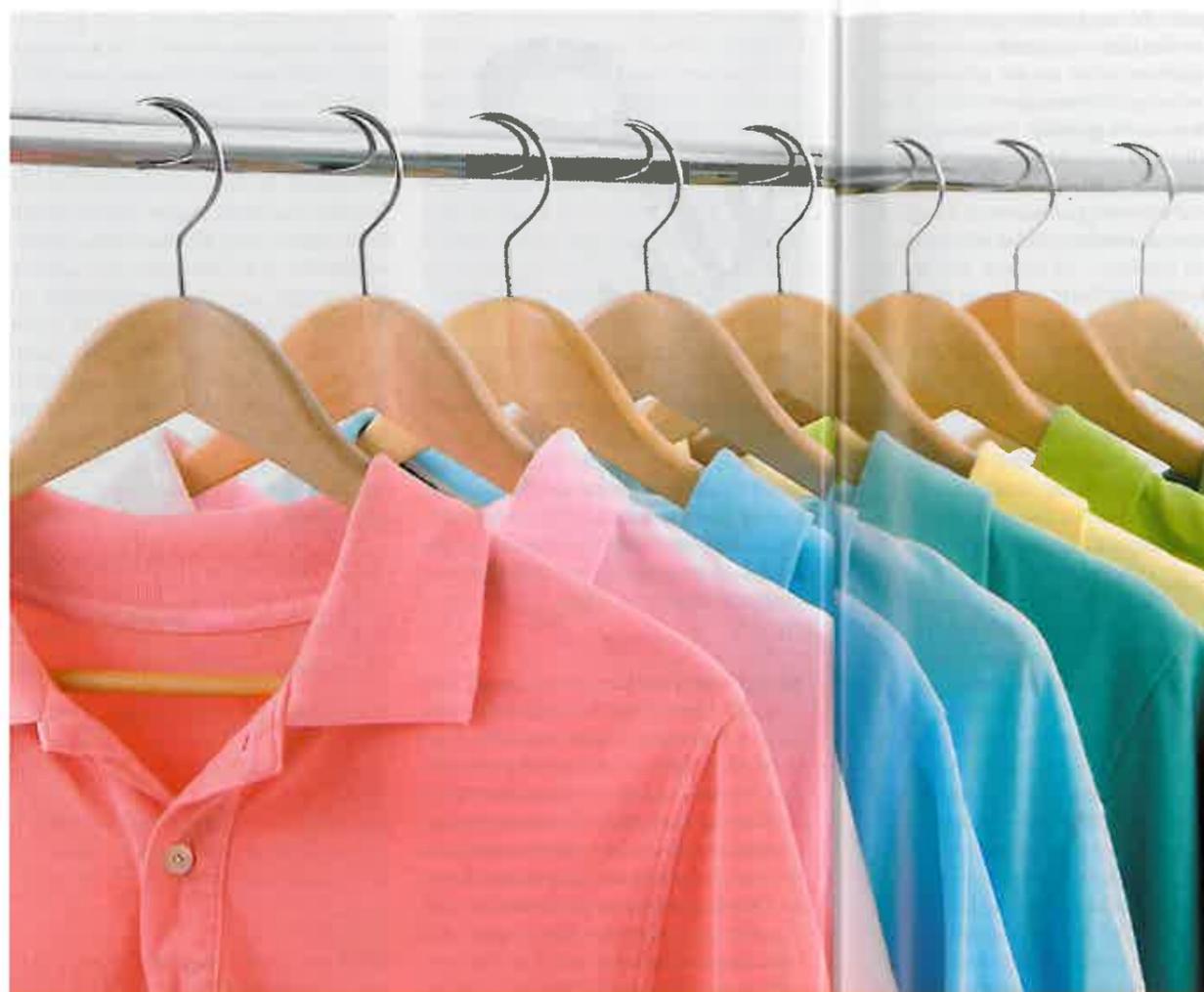
Rund 99,7 Prozent aller deutschen Unternehmen sind KMU. Sie erwirtschaften 37,5 Prozent aller Umsätze, und in ihnen sind 70,6 Prozent aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten angestellt. Der Mittelstand stellt sich in besonderem Maße seiner Verantwortung als Ausbilder.<sup>6</sup> Zudem erwirtschafteten die KMU 47,3 Prozent der Netowertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland (Abb. 6).

#### Rückgrat der deutschen Wirtschaft

Die deutsche Wirtschaft ist mittelständisch geprägt. Das belegen die Zahlen. Allen vermeintlichen Tendenzen zum Trotz bilden KMU nach wie vor das Rückgrat der deutschen Wirtschaft. Indizien dafür, dass diese herausragende Bedeutung für die deutsche Volkswirtschaft aufgrund geänderter wirtschaftlicher, sozialer oder technologischer Rahmenbedingungen abnehmen wird, liegen nicht vor. Schließlich haben viele Mittelständler die fortschreitende Globalisierung angenommen und nutzen bereits aktiv ihre Chancen auf den Weltmärkten. ●

<sup>5</sup> So die Ergebnisse des BDI-Mittelstandspanels.

<sup>6</sup> 83,0 Prozent aller beruflichen Ausbildungen in Deutschland finden in KMU statt.



#### Wahl der Rechtsform

## Mit Bedacht entscheiden

Von Prof. Dr. Thomas Zacher

Mittelständische Unternehmen können aus zahlreichen Rechtsformen wählen. Die letztlich „passende“ ergibt sich stets aus einer ganzheitlichen Betrachtung, nicht aus der bloßen Addition von Einzelaspekten.

ZUR AUSWAHL DER RICHTIGEN Rechtsform mittelständischer Unternehmen gibt es fast unüberschaubar viele Veröffentlichungen. Fachliteratur und Aufsätze bieten detaillierte Analysen, um die Vorteile unter verschiedenen rechtlichen, steuerlichen oder betriebswirtschaftlichen Blickwinkeln zu beleuchten. Zu den klassischen Parametern zählen

- die Haftungsfrage,
- Gründungsaufwand und -kosten,
- Flexibilität in der Vertragsgestaltung bei Gesellschafts- und Unternehmensstatut,
- Rechnungslegungs- und Publizitätsvorschriften,
- Mitbestimmung und sonstige arbeitsrechtliche Aspekte sowie
- Besteuerungsfragen.

Zu diesen und weiteren Aspekten existieren zum Teil tiefgehende Untersuchungen. Der zeitliche Geltungsanspruch ist aber gerade bei besonders eingehenden Darstellungen oft begrenzt. Erörterungen zu den Neuerungen im Steuerrecht gelten zum Beispiel unter Umständen nur bis zur nächsten Steueränderung. Die Notwendigkeit von Detailbetrachtungen ist gleichwohl unumstritten. Im Sinne einer umfassenden Abwägung und Beratung sollten jedoch auch andere Aspekte für den mittelständischen Unternehmer von Bedeutung sein.

#### Unternehmerpersönlichkeit

Gerade bei der Abwägung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft ist eine möglichst weitgehende Übereinstimmung von Unternehmer- und Unternehmenspersönlichkeit wichtig. Für Unternehmen, deren Leistungen oder Produkte weitgehend durch den persönlichen Einsatz des Inhabers geprägt sind<sup>1</sup>, wird eine kapitalgesellschaftsrechtliche Struktur oft weniger passen, da sie gerade durch die Trennung der natürlichen Person des Unternehmers von der juristischen Person des Unternehmens bestimmt ist. Auch branchenunabhängig erscheint die Trennung zwischen einem geschäftsführenden Alleingesellschafter und „seiner“ GmbH etwas künstlich, und es fällt manchmal schwer, sie tatsächlich zu praktizieren.<sup>2</sup> Wo Verständnis oder Wille zu einer notwendigen Trennung fehlen, sollte man unbeschadet aller juristischen und steuerlichen Detailfragen ebenfalls eine Personengesellschaft oder ein Einzelunternehmen in Betracht ziehen.

#### Branche und Größe

Der Blick auf Kunden und Geschäftspartner sollte bei der Rechtsformwahl

nicht fehlen. Besteht ein großer Teil der Klientel aus Großunternehmen mit Konzernstruktur, werden sich deren Manager leichter mit einem Gesprächspartner tun, der eine für sie geläufige Rechtsform<sup>3</sup> vertritt. Wer dagegen in einem Segment tätig ist, in dem Einzelunternehmen und einfach strukturierte Personengesellschaften agieren, wird mit einer Aktiengesellschaft (AG) nicht unbedingt als Gleicher unter Gleichen angesehen.<sup>4</sup>

Und auch die (angestrebte) Größe und Bedeutung des Unternehmens korreliert mit seiner Rechtsform. Natürlich stellt der Briefkopf einer AG im deutschen Rechtskreis etwas dar. Handelt es sich aber um ein Unternehmen, das seiner Ausrichtung nach einen sehr begrenzten Umfang haben wird, kann sich dieser Effekt bis zur Lächerlichkeit umkehren, vor allem, wenn sich sämtliche Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder schon dem Namen nach erkennbar aus der gleichen Familie rekrutieren. Wer dagegen hohe Ansprüche an den (zukünftigen) Wirkungsbereich seines Unternehmens stellt und dies auch auf seinen Geschäftspapieren dokumentiert<sup>5</sup>, enttäuscht Interessenten eher, wenn die Firmierung dann auf „eingetragener Kaufmann“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ endet. Das gilt unbeschadet der Höhe der Gründungs- und laufenden Kosten.

#### Internationaler Bezug

Existieren Auslandsbeziehungen oder handelt es sich um ein internationales Unternehmen im tatsächlichen Sinne, bedarf es einer Rechtsform, die nicht nur in andere Sprachen übersetzt, sondern dort auch ohne Weiteres verstanden wird. Auf die in Deutschland so beliebte GmbH & Co. KG trifft das kaum zu. Zwar ist eine schlichte Übersetzung – etwa ins Englische – möglich, und auch andere Rechtsordnungen kennen Gesellschaftsformen an der Grenze von Personen- und Kapitalgesellschaft; wie jedoch die Sonderstel-

<sup>1</sup> Wie etwa bei Freiberuflern, gewerblichen Dienstleistern oder auch manchen Handwerksbetrieben.

<sup>2</sup> Die Rechtsprechung fordert sie, wie etwa die steuerrechtliche Diskussion um verdeckte Gewinnausschüttungen oder das strafrechtliche Konstrukt einer Untreuehandlung zulasten der „eigenen“ GmbH des Alleingeschafters zeigen.

<sup>3</sup> Mit (Kapital-)Gesellschaftsstrukturen.

<sup>4</sup> Auch nicht als Alleinvorstand oder Alleinaktionär.

<sup>5</sup> Etwa durch Zusätze wie „international“, „euro-“, „global“ o. Ä. (mit Zustimmung der IHK).

lung der Komplementär-GmbH beim „Limited Partnership“ zu übersetzen ist, wird weder in angesehenen Wörterbüchern einheitlich beantwortet, noch kann das allgemeine Verständnis hierüber im englischsprachigen Raum unterstellt werden. Selbst die deutsche GmbH einschließlich ihrer jüngsten Ausprägung als haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft findet in ausländischen Sprach- und Rechtskreisen nur teilweise ein Pendant.<sup>6</sup> Vorherrschend ist die einheitliche Kapitalgesellschaft, die „Corporation“ oder „Company“, die hinsichtlich Größe und Ausgestaltung mit weiteren Attributen versehen wird. Ergo ist die nach deutschem Recht auch als „klein“ gründbare AG diejenige deutsche Kapitalgesellschaftsform, die im Ausland am ehesten unmittelbar verstanden wird.

Seit die Verwendung ausländischer Gesellschaftsformen innerhalb der Europäischen Union (EU) liberalisiert wurde<sup>7</sup>, stehen auch deutschen mittelständischen Unternehmen ausländische Gesellschaftsformen zur Verfügung. Ihre Nutzung wird zum Teil sogar durch Agenturen und Dienstleister beworben. Und diese Gesellschaftsformen erscheinen oft als besonders attraktiv.

#### Die Limited

Beliebt ist die (englische) Private Company Limited by Shares (Limited). Diese Rechtsform ist – anders als die deutsche GmbH – fast überall auf der Welt bekannt oder hat jedenfalls eine unmittelbare Entsprechung. Für nicht nur scheinbar international agierende Unter-

nehmen kann das ein Vorteil sein. Wer sie jedoch für ein erkennbar regional tätiges Unternehmen verwendet, setzt sich leicht dem Verdacht aus, lediglich das fehlende Mindeststammkapital oder andere Restriktionen umgehen zu wollen, die der Gründung einer „ordentlichen“ deutschen Gesellschaft entgegenstehen. Ob sich der Mittelständler damit einen Gefallen tut, ist zweifelhaft. Die Sanktionen wegen „wrongful“ oder „fraudulent trading“<sup>8</sup> haben durchaus einschneidende Folgen für die persönliche Haftung, die bei einer „deutschen“ Limited dann nach englischem Recht zu beurteilen sind.<sup>9</sup>

Der internationale oder zumindest multinationale Bezug und ein damit einhergehendes besseres Verständnis im länderübergreifenden Wirtschaftsverkehr lassen die Wahl derartiger Gesellschaftsformen durchaus sinnvoll erscheinen. Die Vorteile können sich aber ins Gegenteil verkehren, wenn jegliche Plausibilität für die Wahl der Gesellschaftsform gegenüber den (deutschen) Geschäfts- und Finanzierungspartnern fehlt.

#### Europäische Rechtsformen

Das gilt ebenso für die europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), die europäische Aktiengesellschaft (SE) die europäische Genossenschaft (SCE) sowie künftig auch die europäische Privatgesellschaft (SPE) als Pendant zur GmbH. Zunächst einmal ist der Zugang zu diesen Gesellschaftsformen nach Maßgabe entsprechender Verordnungen eingeschränkt. Weiter muss – zumindest am Anfang – ein länderüber-

greifender Bezug gegeben sein, und anders als bei den klassischen deutschen Rechtsformen sind sie im allgemeinen (deutschen) Wirtschaftsverkehr zum Teil noch nicht geläufig. Es bedarf meist spezialisierter und damit kostenintensiver Beratung. Für ein mittelständisches Unternehmen mit europaweiter Tätigkeit können sich durchaus echte Gestaltungsvorteile ergeben.<sup>10</sup> So besteht bei der SE die Wahlmöglichkeit zwischen dualistischem und monistischem System. Auch eröffnet die SE gewisse Verhandlungsspielräume im Hinblick auf die Arbeitnehmermitbestimmung. Das „Gewand“ der SE sollte dem betreffenden mittelständischen Unternehmen aber „passen“, um nicht letztlich im Geschäftsverkehr und bei der Unternehmensführung eine Nummer zu groß zu sein.

#### Kapitalbeschaffung

Vielfach wird vertreten, dass eine Personengesellschaft weniger zur Kapitalbeschaffung geeignet sei als die Kapitalgesellschaft. Hier ist zu differenzieren. Für das „Ob“ und die Bedingungen des Kredits bei einer Fremdkapitalaufnahme sind die Bonität des Unternehmens nach wirtschaftlichen Maßstäben<sup>11</sup> und sonstige Sicherheiten maßgebend. Bei einer Kapitalgesellschaft wirkt sich die formelle Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen im Zweifelsfall oft weniger aus als vermutet. Bei einem Kredit zu annehmbaren Konditionen wird oft nach weiteren persönlichen Sicherheiten oder einer voll umfänglichen persönlichen Mithaftung durch Bürgschaft gefragt. Der Verweis auf die formale Haf-

tungstrennung zwischen Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern oder Organen ist dann in aller Regel das schwächste Argument. Umgekehrt führt die persönliche Haftung bei einer Personengesellschaft nicht zu einer wirklichen Belastung, wenn die Gesellschaft aus eigener Kraft in der Lage ist, ein entsprechendes Darlehen ordnungsgemäß zu bedienen.

#### Wachstum

Soll die Finanzierung im Vordergrund stehen, eignen sich Personengesellschaften weniger für klassische Kapitalerhöhungsmaßnahmen. Es gibt jedoch die Möglichkeit der Aufnahme neuer mitunternehmerisch beteiligter Gesellschafter. Personengesellschaften oder GmbH & Co. KGs können dem Grunde nach auch stille oder treuhänderisch gehaltene (Unter-)Beteiligungen und sogar Genussrechte ausgeben. Manchmal ist das sogar einfacher als bei einer klassischen Kapitalgesellschaft, auf die bestimmte Regelungen über förmliche Unternehmens- oder Gewinnabführungsverträge anwendbar sind. Nur wer sich als mittelständisches Unternehmen an den Kapitalmarkt wendet, kommt um eine Kapitalgesellschaft nicht herum. Er wird wahrscheinlich die AG oder gar SE wählen. Eine kapitalmarkt- oder börsennotierte Aktiengesellschaft erfordert jedoch stets einen nicht unerheblichen Aufwand im Vergleich zu einer Kapitalgesellschaft mit beschränktem Gesellschafterkreis. Schon manches mittelständische Unternehmen hat im Nachhinein den Weg des Delistings<sup>12</sup> beschritten. Auch das kann im Einzelfall sehr aufwendig sein.

#### Externe Bedrohung

Oft wird diskutiert, inwieweit die Rechtsform vor äußeren Einwirkungen<sup>13</sup> schützt. Vor allgemeinen oder marktspezifischen, wirtschaftlichen Entwicklungen und Risiken kann die Rechtsform eines Unternehmens allein nicht schützen. Sie hat aber Einfluss darauf, wie sich diese Ereignisse auf bestimmte Rechtsfolgen

auswirken. Positive wie negative wirtschaftliche Entwicklungen bilden sich bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften bilanziell und steuerlich oft in höherem Maße ab als bei Kapitalgesellschaften. Letztere sind auch nach der jüngsten Unternehmensteuerreform eher geeignet, (nur begrenzt besteuerte) Rücklagen zu bilden und so für „Konjunkturpuffer“ zu sorgen. Ist man hingegen in einer Krisensituation auf Fremdkapital angewiesen, um Liquiditätsempässe zu überbrücken oder Finanzierungslücken zu schließen, wird die Bedeutung der Rechtsform an sich für derartige Entscheidungen und gegebenenfalls Kreditbedingungen oft überschätzt.

#### Drohende Insolvenz

Befindet sich das Unternehmen insgesamt in der Krise, sind die Anforderungen an das Management einer Kapitalgesellschaft mit Blick auf die Insolvenzantragspflicht in der Praxis oft schwieriger zu erfüllen. Bei Personengesellschaften ist „nur“ die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zu beachten. Sie ergibt sich meist deutlich aus den allgemeinen Geschäftsabläufen. Bei Kapitalgesellschaften und Kapitalgesellschaften & Co. KG ist stets auch die Überschuldung nach den Maßstäben einer Überschuldungsbilanz im Auge zu behalten. Sie ist in der Krise theoretisch täglich anhand von Bewertungsmethoden und -ansätzen zu prüfen, die teilweise von den Regelbilanzen abweichen. Insoweit ist die Kapitalgesellschaft also durchaus „gefährlicher“. Die vielleicht etwas einfachere Handhabung der echten Personengesellschaft in der Krise ist gerade durch die persönliche Haftung mindestens eines Gesellschafters „erkaufte“.

#### Organhaftung

Abhängig von der Gesellschaftsform kann aber ein insgesamt deutlich höheres persönliches Haftungsrisiko für Organmitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats bestehen. Sie haben bei Kapitalgesellschaften unabhängig von

### Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA



Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Zacher, Partner der Rechtsanwaltskanzlei Zacher & Partner in Köln, ist Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, zudem Vorstand des Rechtsforums

Finanzdienstleistung e.V., Vizepräsident der Deutschen Anwalts- und Steuerberatervereinigung für die mittelständische Wirtschaft e.V. (DASV) sowie des Deutschen Unternehmenssteuerverbandes (DUV). An der Fachhochschule der Wirtschaft (FHDW) lehrt er Wirtschaftsrecht, Europäisches Recht und International Management.

ihrer wirtschaftlichen Beteiligung entsprechend sanktionierte Pflichten in der Krise und tragen darüber hinaus durch zahlreiche besondere Bestimmungen stets das Risiko einer persönlichen Haftung, etwa bei der Besteuerung und den Sozialversicherungsabgaben.

#### Feindliche Übernahme

Bei einer drohenden feindlichen Übernahme hängt das Gefährdungspotenzial ebenfalls weniger von der spezifischen Rechtsform an sich ab. Zwar ist der Handel mit Anteilen bei der Aktiengesellschaft strukturell am weitesten ausgeprägt, aber bei einem mittelständischen Unternehmen können auch Einschränkungen – etwa vinkulierte Aktien – vorgesehen werden. Umgekehrt wird das Regelwerk zur Transparenz und Erkennbarkeit sowie fairen Abwicklung entsprechender Übernahmen oder ihrer Versuche bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften zunehmend komplexer. Schließlich sind auch „erfolgreich“ verlaufene feindliche Übernahmen bei Personengesellschaften bekannt. Ursache dafür waren sehr weitgehende Möglichkeiten zur Übertragung von Anteilen ohne explizite Zustimmung von Geschäftsführung und/oder Mitgesellschaftern.

#### Die Qual der Wahl

Die Wahl der „richtigen“ Rechtsform ist für ein mittelständisches Unternehmen schwierig. Sie kann nicht mit mathematischer Genauigkeit bestimmt werden. Erst recht nicht bei einer unternehmerischen Entscheidung, die nicht nur stichtags-, sondern zukunftsbezogen sein muss. In jedem Fall ist eine sorgfältige Betrachtung zahlreicher Einzelaspekte erforderlich. ●

### Checkliste: Die „richtige“ Rechtsform

- Alle wesentlichen Einzelaspekte aus rechtlicher, steuerlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht sorgfältig betrachten.
- Die mit den Einzelaspekten verbundenen Unwägbarkeiten, Grundannahmen und Prognosen in die Vorteilhaftigkeitsanalyse mit einbeziehen.
- Die Unternehmenskultur sowie die Persönlichkeit des Unternehmers, seiner Familie und des Gesellschafterkreises mit berücksichtigen.
- Die favorisierte Rechtsform muss zu dem wirtschaftlichen Umfeld, der Branche und der Größe des konkreten Unternehmens passen.
- Internationalisierung nur durch die Rechtsform ist in der Regel kontraproduktiv und weckt falsche Erwartungen.
- Wer aber tatsächlich international agiert, sollte eine Rechtsform wählen, die im Ausland geläufig und verständlich ist.
- Europaweit geltende Rechtsformen können die Vereinheitlichung von Strukturen stark begünstigen und nationale Besonderheiten zurückdrängen.
- Auch personengesellschaftliche Strukturen können mit durchaus weitgehenden Spielräumen gestaltet werden.
- Bei Kapitalgesellschaften lassen sich auch personalisierte und „unzugängliche“ Strukturen schaffen.
- Kapitalbeschaffung und Wachstum werden durch die Rechtsform weit weniger begünstigt oder behindert, als gemeinhin angenommen.
- Entsprechendes gilt für externe negative Einflüsse. Die Rechtsform allein kann hiervon nicht schützen.
- Bei der Auswertung sämtlicher Einzelergebnisse ist für die Gesamtentscheidung schließlich ein wertendes Element nötig.

<sup>6</sup> Vgl. allerdings z. B. im französischen Sprachraum die SARL – Société à responsabilité limitée.

<sup>7</sup> Sog. Centros-Entscheidung und weitere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).

<sup>8</sup> „Wrongful trading“ = Haftung für Konkursverschleppung; „fraudulent trading“ = (betrügerischer Handel); Konzept des englischen Insolvenzrechts, das sich auf Unternehmen mit betrügerischen Absichten bezieht.

<sup>9</sup> Das gilt auch für andere vermeintliche Vorteile der Limited und analog auch für vergleichbare osteuropäische Gesellschaftsformen.

<sup>10</sup> Weil ein europaweit anwendbares Einheitsunternehmen mit einheitlichen Geschäftsstrukturen möglich ist. Die konzernweite Haftungsstruktur kann sich aber z. B. kontraproduktiv auswirken.

<sup>11</sup> Ggf. auch die des persönlich mithaftenden Unternehmers.

<sup>12</sup> Die dauerhafte Einstellung der Börsennotiz, seltener auch: Börsenabgang.

<sup>13</sup> Beispielsweise konjunkturelle Schwankungen, feindliche Übernahmen.