

## A. Einleitung/Grundzüge

### I. Einführung

#### 1. Allgemeines zum Erscheinungsbild

**Redaktioneller Hinweis:** Mit dem MoPeG ist ab 01.01.2024 eine Änderung im (Personen-) Gesellschaftsrecht eingetreten. Die Fassungen des HGB (BGB bis 31.12.2023 werden im Text mit § BGB/HGB a.F. charakterisiert, während die (textlich vorangestellten) Neuregelungen einfach mit **§ BGB (§ HGB)** – zum Teil auch mit n.F. – dargestellt sind.

Die KGaA führt zu Unrecht in der Beratungspraxis ein Schattendasein. Dies mag an ihrer Zwitterstellung als Körperschaft einerseits und der partiellen Besteuerung der Komplementäre nach dem Modell der Mitunternehmerschaft (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG) andererseits liegen. Eher wahrscheinlich ist jedoch, dass die bei der KGaA bestehende persönliche Haftung des Komplementärs in der Vergangenheit selten zu Gestaltungsanreizen geführt hat.

Die KGaA ist dadurch gekennzeichnet, dass sie als **einzige** KapG einen (oder mehrere) **persönlich haftende(n)** Gesellschafter (Komplementäre = persönlich haftende Gesellschafter) hat und einen (oder mehrere) **Kommandit-Aktionäre**, die am Grundkapital mit Aktien beteiligt sind, aber nicht persönlich haften.

Die Gefahr der persönlichen Haftung des Komplementärs nach § 126 HGB n.F. (= § 128 HGB a.F.) besteht seit dem BGH-Beschluss vom 24.02.1997 (BGHZ 134, 392; ZIP 1997, 1027, DStR 1997, 1012) jedoch **nicht** mehr, soweit dessen Haftung mit dem **Privatvermögen** gemeint ist. Mit der Entscheidung des BGH ist die Zulässigkeit einer GmbH & Co. KGaA (ebenso wie einer GmbH-KGaA) bejaht worden. Die für Kommanditgesellschaften immer schon bestehende Möglichkeit der Haftungsbegrenzung durch die Implementierung einer Kapitalgesellschaft (bzw. einer GmbH & Co. KG) ist auf die KGaA erstreckt worden (sog. atypische KGaA).

Damit ist die Praxis der Registergerichte sanktioniert worden, Kapitalgesellschaften (und ihnen gleichgestellte GmbH & Co. KGs) als persönlich haftende Gesellschafter zuzulassen.

Besteht bei einem Familienunternehmen zusätzlich die Notwendigkeit oder der Wunsch nach stärkerer Eigenkapitalausstattung und erfüllt das Unternehmen die Voraussetzungen für eine **Aktienemission**, so ergeben sich zusätzlich interessante Möglichkeiten.

Verbunden mit der exklusiven Möglichkeit einer KGaA (wie bei einer AG), sich Geld an der Börse zu besorgen, ergeben sich neue Optionen speziell für börsenfähige Familien-

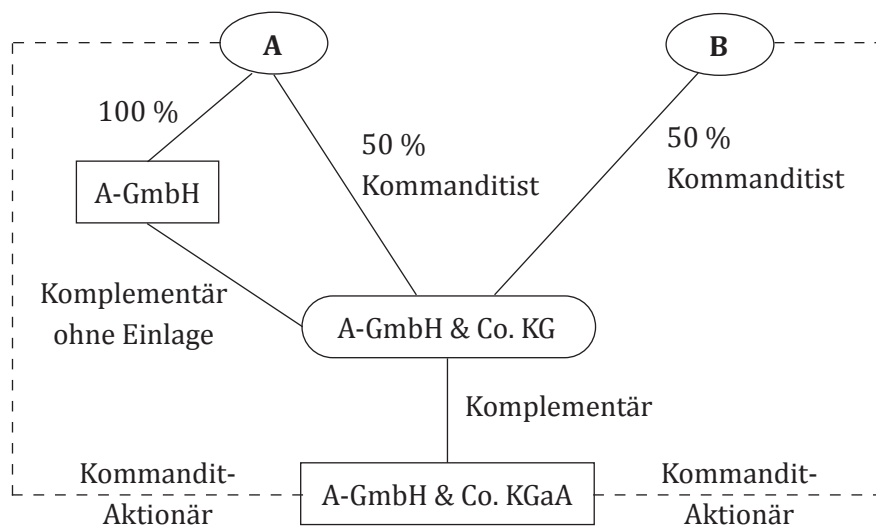
unternehmen, ohne dabei die Nachteile der AG (Überfremdung und limitierte Gestaltungsfreiheit) in Kauf zu nehmen.

Für die Besteuerungspraxis einer KapG (und Co.)-KGaA bleibt es bei den bekannten Grundsätzen, dass die KGaA als Körperschaft der Körperschaftsteuer unterliegt. Von ihrem Einkommen werden aber gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG Geschäftsführer-Vergütungen und solche Gesellschafter-Vorteile (Sondervergütungen) bzw. Gewinnanteile als Betriebsausgaben abgezogen, die – wie im Regelfall – nicht auf das Grundkapital geleistet wurden.

Umgekehrt stellen diese Gewinnanteile bzw. Sondervergütungen immer gewerbliche Einkünfte des Komplementärs dar. Bei einer natürlichen Person als Komplementär folgt dies aus § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG, bei juristischen Personen als Komplementär aus § 8 Abs. 2 KStG und bei – auch möglichen – gewerblich geprägten PersG aus § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

Bei der Gewerbesteuer ist die KGaA stets Gewerbesteuersubjekt (§ 2 Abs. 2 GewStG). Die o.g. Sondervergütungen an die persönlich haftenden Gesellschafter werden dem Gewerbeertrag der KGaA hinzugerechnet (§ 8 Nr. 4 GewStG); umgekehrt werden sie bei den Empfängern gekürzt (§ 9 Nr. 2b GewStG), soweit sie dort beim Gewinn angesetzt wurden.

Im Beispiel sieht dies in der Grundkonstellation wie folgt aus: A und B als natürliche Personen sind mit je 50 % als Kommanditisten Beteiligte an der A-GmbH & Co. KG; die A-GmbH mit A als Allein-Gesellschafter hat als Komplementär keine Einlage in die KG; die A-GmbH & Co. KG ihrerseits ist persönlich haftender Gesellschafter an der KGaA, an der wiederum A und B als Kommanditaktionäre beteiligt sind.



**Abbildung 1: Grundkonstellation der KGaA**

Vor der Detaildiskussion der GmbH & Co. KGaA werden – isoliert – die Grundlagen der GmbH & Co. (s. 2.) sowie der KGaA (s. 3.) **vorausgeschickt**.

Selbstredend lässt sich auch eine **AG & Co. KGaA** (bzw. eine SE & Co. KGaA oder eine UG & Co. KGaA) installieren. Im Folgenden wird aber nur von einer GmbH & Co. KGaA ausgegangen. Die konkreten Unterschiede zu diesen Sonderformen sind dem Sonderrecht der jeweiligen KapG zu entnehmen (so z.B. die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer bei der GmbH, während dies nicht für die Vorstände bei der AG gilt). Diese kapitalistischen Binnenregelungen werden hier nicht weiter dargestellt.

**Verbreitung:** Die zurzeit in Deutschland registrierten KGaA sind oft Familienunternehmen und haben oft ein hohes Umsatzvolumen. Auch im Bereich der Fußballvereine der Bundesliga haben einige Vereine mit ihren Lizenzspielerabteilungen die Rechtsform einer KGaA gewählt.

## 2. Die GmbH & Co. (KG)

Die GmbH & Co. KG ist wirtschaftlich und rechtlich eine echte Doppelgesellschaft, zivilrechtlich eine Personengesellschaft und steuerlich eine Mitunternehmerschaft.

An einer KG ist als Komplementärin eine Kapitalgesellschaft (GmbH) beteiligt. Somit kommen beide Säulen des Gesellschaftsrechts wie des Steuerrechts gleichzeitig zum Tragen. Anknüpfungspunkt ist aber bei der regulären GmbH & Co. KG immer das Recht der **Personengesellschaft** bzw. der Mitunternehmerschaft.

„Rechtsgebilde einer KGaA“ im Gemeinschaftsgebiet – mit Ausnahme von Österreich – unbekannt ist.

Die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht erstreckt sich auf sämtliche in- und ausländischen Einkünfte (§ 1 Abs. 2 KStG), sog. **Universalitätsprinzip**). Die Erhebung der Körperschaftsteuer erfolgt im Wege der Veranlagung (§ 31 Abs. 1 KStG, § 25 Abs. 1 EStG).

## b) Einkommensermittlung der KGaA

Bei der Einkommensermittlung der KGaA sind wegen der aufeinander abgestimmten steuerlichen Sonderregelungen der § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG und des § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG Geschäftsführer-Vergütungen, Gewinnanteile und solche Gesellschafter-Vorteile (Sondervergütungen) der Komplementäre als **Betriebsausgaben vorweg abzuziehen (auszugliedern)**, die **nicht** auf die Stamm-Einlage (**Grundkapital**) entfallen. Man bezeichnet dieses System auch als „teiltransparente“ Besteuerung.

Zunächst ist festzuhalten, um welche **auszugliedernde** Vergütungen es sich konkret bei der KGaA handelt, die zu einem fiktiven steuerlichen Betriebsausgabenabzug führen:

Es sind Vergütungen für **aktuelle und frühere** Geschäftsführungs-Tätigkeiten; darunter fallen – neben den laufenden „Manager-Gehältern“ – auch ausgezahlte Ruhegehälter bzw. bei der richtigen Bilanzierung auch Zuführungen zu passivierten Pensionsrückstellungen. Umgekehrt sollen aufgrund der korrespondierenden Bilanzierung Pensionsansprüche der begünstigten Gesellschafter in **Sonderbilanzen** aktiviert werden (a.A. Busch/Thieme, FR 2008, 1137).

## Exkurs:

- (1) Dies hängt mit der Frage zusammen, ob im Verhältnis KGaA/persönlich haftende Gesellschafter überhaupt **Sonderbilanzen** zu erstellen sind. Sicher wird man für die Anwendungsfälle von § 15 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG („Vergütungen für **Kapitalüberlassung** bzw. für **sonstige überlassene Wirtschaftsgüter**“) zur Notwendigkeit von Sonderbilanzen gelangen, da mit allen drei dort aufgelisteten Tatbeständen das Kernelement der **individuellen Komponenten** der Mitunternehmer-Gewinnermittlung erfasst ist. So sind die Immobilien und das Kapital, die der persönlich haftende Gesellschafter der KGaA zur Nutzung überlässt, jeweils in ein **aktives Sonder-Betriebsvermögen I** aufzunehmen.

Diese weiteren in § 15 Abs. 1 S. 2 EStG aufgelisteten Entgelte fallen ebenfalls unter das Ausgliederungsgebot, da es sich hierbei – soweit angemessen – um Betriebsausgaben handelt, die in der G + V der KGaA enthalten sind und der Mitunterneh-

mer-Sphäre des persönlich haftenden Gesellschafters zuzurechnen sind (so h.M., vgl. *Wacker in Schmidt*, 43. Aufl. 2024, § 15 Rz. 891).

Bei der Diskussion wurde bisher **außer Acht** gelassen, dass § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG nicht nur eine deklaratorische Umqualifizierungs- (und Zuordnungs-)Norm ist, sondern zugleich zu einer Änderung im **Dualismuskonzept** des § 2 Abs. 2 EStG führt: Aus Überschusseinkünften werden Gewinneinkünfte mit einer neuen Einkunftsermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG (Ermittlung des Gewinns und Geltung des Soll-Prinzips).

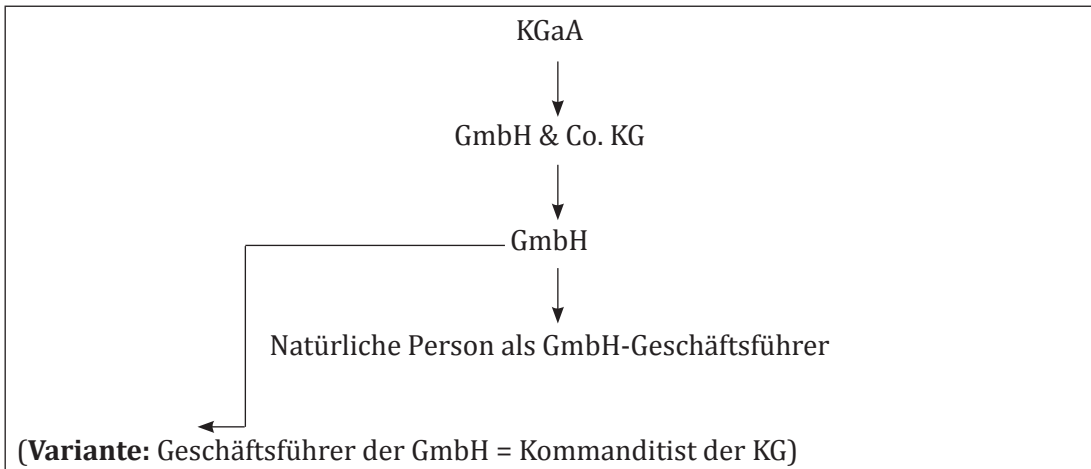
Diese radikale Änderung des Besteuerungsregimes spielt vorliegend dann keine Rolle, wenn sich Abzüge (bei der KGaA, § 9 Nr. 1 KStG) und Zurechnungen (beim persönlich haftenden Gesellschafter, § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG) im gleichen Ermittlungsregime der Gewinneinkünfte abspielen.

- (2) Speziell für die hier (atypische KGaA) zu behandelnde **GmbH & Co. KG** als **Geschäftsführerin der KGaA** (in der Abbildung unten: die erste erhaltene Geschäftsführer-Vergütung) stellt sich die Frage, wie die – zunächst von der KGaA – an die KG und die sodann von dieser weitergereichte Vergütung an ihre Geschäftsführer (i.d.R. an die GmbH = zweite Vergütung) zu behandeln ist. Dies führt sodann zur Weitergabe der Geschäftsführer-Vergütung an die natürliche Personen als Geschäftsführer der GmbH (= dritte Vergütung).

Diese bisher in der Literatur (*Wehrheim* in DB 2001, 9479 und *Gosch*, DK 2017, 505) im Ergebnis unterschiedliche, aber nur theoretisch behandelte Frage kann nur dann einer praxisgerechten Lösung zugeführt werden, wenn die einzelnen Geschäftsvorfälle konkret nachvollzogen werden:

**Beispiel:**

Im Beispiel werden nachfolgend die Geschäftsführer-Vergütungen von der Ausgangs-Gesellschaft (KGaA) zum jeweiligen Geschäftsführer nachgezeichnet (und in eine virtuelle G + V der Gesellschafter eingestellt). Die Vergütungen p.a. sollen 100 T€ betragen (zu der jeweiligen Person des Geschäftsführers s. oben II.2. b).

**Lösung:**

- (1) Die auslösende erste Geschäftsführer-Vergütung (100 T€) stellt eine auszugliedernde Betriebsausgabe bei der KGaA dar und wird gleichzeitig (spiegelbildlich) Beteiligungsertrag bei der GmbH & Co. KG.
- (2) Der weitergeleitete Betrag wird bei der GmbH & Co. KG als Geschäftsführer-Aufwand verbucht und in der G+V der GmbH als Ertrag erfasst.
- (3) Sodann stellt sie auf der Ebene der GmbH zunächst eine BA dar, die bei dem Gesellschafter der GmbH eine Einnahme nach § 19 EStG darstellt, wenn er nicht Gesellschafter der KG ist.

In der **Variante (GmbH-Geschäftsführer = Kommanditist der GmbH & Co. KG)** handelt es sich um eine sog. mittelbare Tätigkeitsvergütung des Kommanditisten, die ihm gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG analog als gewerbliche Einkunft zugerechnet wird.

Vergleichbare Sonderregelungen zur Besteuerung von KGaA und ihren persönlich haftenden Gesellschaftern finden sich noch bei § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 35 Abs. 1 Nr. 2, § 50d Abs. 10 EStG und auf der Ebene der Gewerbesteuer in § 7 S. 2 Nr. 3 und § 8 Nr. 4 und § 9 Nr. 2b GewStG.

**c) Einkommensfeststellung**

Dadurch ergibt sich zwangsläufig die **methodische** Frage der **Feststellung** des zu versteuernden Einkommens der KGaA bzw. ihrer persönlich haftenden Gesellschafter. Eine einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung nach §§ 179, 180 AO ist wohl ausge-

#### **d) VGA bei den Ausschüttungen (und allgemein zu VGA)**

Soweit die Dividenden den Kapitaleinkünften zuzurechnen sind, sind evtl. vGA im Zusammenhang mit der Ausschüttung gem. § 20 Abs. 1 S. 2 EStG als zusätzliche Einkünfte des Anteilseigners zu erfassen, wobei sie gleichzeitig bei der veranlassenden KapG das Einkommen (außerbilanziell) erhöhen (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG).

In vorliegender Konstellation einer atypischen KGaA lassen sich unschwer zwei Szenarien für eine Dividenden-vGA abbilden, wobei die überhöhte Zuwendung an den Gesellschafter immer zu Lasten der ausschüttenden KapG erfolgt.

##### **Beispiele:**

- a)** Einmal geht es um die Binnenkonstellation bei der GmbH & Co. KG, wo die KG von der KGaA eine Geschäftsführer-Vergütung (im Beispiel 100) erhält und diese voll an die GmbH weiterleitet; diese leitet aber den vollen Betrag an ihren Gesellschafter (in Personalunion Kommanditist der KG) weiter, ohne einen Betrag für ihren eigenen Verantwortungsbereich (z.B. 5 % Aval für die Haftung) einzubehalten.
- b)** Der Fall einer klassischen vGA im Einkunftsgebiet des § 20 Abs. 1 EStG liegt schließlich vor, wenn die von der KGaA an ihre Kommanditaktionäre gezahlte Dividende dem Drittvergleich nicht standhält oder wenn in der Fallgruppe des beherrschenden Gesellschafters (> 50 % Beteiligung und maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsleitung) versäumt wurde, die Höhe der Dividende vorab schriftlich zu dokumentieren.

Darüber hinaus ist in allen Fällen **einer unausgewogenen Gegenleistung bei einem Leistungsaustausch KGaA/Kommanditaktionär** eine VGA möglich. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall einer verdeckten Einlage (mit Auswirkung auf § 27 KStG).

## **6. Bilanzfragen und der Jahresabschluss**

### **a) Bilanzfragen**

Für die **Bilanzierung einer atypischen KGaA** gelten grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen des HGB i.V.m. den speziellen aktienrechtlichen Vorschriften (§§ 150 ff. AktG). Von entscheidender und vorgreiflicher Bedeutung für die Inhalts-, Gliederungs- und Bewertungsvorschriften der §§ 264 ff. HGB sind jedoch die Regelungen in § 281 Abs. 2 und § 286 Abs. 2 AktG, unter Einbeziehung von § 288 AktG.

Der Hybridstruktur der KGaA folgend besteht das Gesamtkapital der KGaA aus dem Grundkapital sowie den Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter.

Gem. § 281 Abs. 2 AktG können Komplementäre eine Vermögenseinlage erbringen, die nicht auf das Grundkapital geleistet wird. Diese Vermögenseinlagen gehen aber in das Eigentum der KGaA über und gehören dort zum Eigenkapital. Sie müssen gem. § 286 Abs. 2 AktG nach dem „Grundkapital“ gesondert ausgewiesen werden (s. sogleich Exkurs). Es steht den persönlich haftenden Gesellschaftern aber auch frei, Einlagen auf das Grundkapital zu leisten und somit die Rechtsstellung von Kommanditaktionären zu erlangen.

### Exkurs zu § 286 Abs. 2 AktG

Die Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter, die **nicht** auf das Grundkapital geleistet werden, sind zunächst in der Bilanz unter § 266 Abs. 3 A HGB als „II. Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter“ auszuweisen. Für eingeforderte, ausstehende Einlagen gibt es zwei Möglichkeiten der Darstellung:

- (1) Entweder abgesetzt vom Eigenkapital auf der Passivseite oder
- (2) als Aktivposten („eingeforderte Einlage“).

Verlustanteile sind nach der ausdrücklichen Regelung des § 286 Abs. 2 S. 2 AktG vom Kapitalanteil abzuschreiben. Eine spezielle Anordnung enthält auch S. 3 leg. cit., wonach bei einem negativen Kapitalkonto des persönlich haftenden Gesellschafter (Verluste insgesamt > Kapitalkonto) unter den Forderungen des KGaA ein Aktivposten „Einzahlungsverpflichtung persönlich haftende Gesellschafter“ (§ 266 Abs. 2 B. II HGB nach Nr. 1 – oder vor Nr. 4) auszuweisen ist, soweit eine **Zahlungsverpflichtung** besteht.

Falls keine Zahlungsverpflichtung besteht, ist der Betrag gem. 268 Abs. 3 HGB als „nicht durch Vermögenseinlage gedeckter Verlustanteil persönlich haftender Gesellschafter“ zu bezeichnen (s. auch § 286 Abs. 2 S. 3 AktG für den Bilanzausweis).

§ 288 Abs. 1 S. 1 AktG ergänzt die vorgenannten Aussagen durch ein **Gewinnentnahmeverbot bei negativem Kapitalkonto**. Bei Gefährdung der Kapitalgrundlagen der KGaA (vgl. § 288 Abs. 1 S. 2 AktG) darf auch bei einem positiven Kapitalkonto der persönlich haftende Gesellschafter keinen Gewinnanteil entnehmen.

Für den Fall, dass Einlagen auf das Grundkapital geleistet wurden, werden die auf das Grundkapital geleisteten Einlagen in die allgemeinen Regelungen zum Jahresabschluss mit einbezogen (s. sogleich b)).



## b) Handelsrechtlicher Jahresabschluss

Bei dieser gesellschaftsrechtlichen Grundaufgabe kommen die unterschiedlichen Organe der KGaA (s. ausführlich unter C) mit ihren Funktionen ins Spiel:

### aa) Aufstellung des Jahresabschlusses

Für die **Aufstellung des Jahresabschlusses** ist der persönlich haftende Gesellschafter zuständig (§ 283 Nr. 9 AktG).

Insbesondere zwei Fragen stellen sich dabei:

- (1) Ermittlung des persönlich haftenden Gesellschafter-Gewinns,
- (2) Verlustberücksichtigung.

Da die Aufteilung und Ermittlung des Jahresabschlusses unter den Gesellschaftern, insb. die Verteilung zwischen den Kommanditaktionären und den persönlich haftenden Gesellschaftern, nicht ausdrücklich geregelt ist, haben sich zwei Theorien herausgebildet:

1. Die **monistische Gewinnermittlung** (einheitliche Bilanz)  
und
2. Die **Dualistische Gewinnermittlung** (zwei Bilanzen).

Nach der monistischen Theorie erfolgt die Gewinnermittlung nur einheitlich nach den für die KapG geltenden Grundsätzen. Die Hybridstruktur soll allenfalls bei der Gewinnverteilung zum Tragen kommen.

Demgegenüber will die Theorie einer zweiten Bilanz (für die persönlich haftenden Gesellschafter) den eigenen Gesetzmäßigkeiten der bilanziellen Gewinnermittlung bei PersG Rechnung tragen.

Die h.M. behilft sich mit der Möglichkeit eines internen Jahresabschlusses.

In der Sache geht es um die Frage, ob und wie die unterschiedlichen Bewertungsvorschriften (§§ 242 ff. HGB versus §§ 264 ff. HGB) miteinander zu vereinbaren sind.

Für die **atypische KGaA** (mit einer GmbH & Co. KG als persönlich haftender Gesellschafter) kann der Meinungsstreit dahin stehen, da für GmbH & Co. KG und KapG weitestgehend die gleichen Bestimmungen gelten (§ 264c HGB).

Danach ist vom Jahresüberschuss und nicht vom Bilanzgewinn auszugehen und die persönlich haftenden Gesellschafter sind weder am Gewinn-(Verlust-)vortrag noch an den Rücklagen beteiligt. Zur Verlustberücksichtigung s. oben 6. a) (und s. oben den Exkurs zu § 286 Abs. 2 AktG).

### a) Einleitung: kapitalmarktorientierte versus börsennotierte AG

Vorweg kommt es bei der (atypischen wie typischen) KGaA auf die Unterscheidung zwischen kapitalmarktorientierter und börsennotierter KapG an.

Nach § 3 Abs. 2 AktG versteht man unter börsennotierten AG solche, die zu einem (im Inland: regulierten) Markt zugelassen sind. Demgegenüber definieren §§ 12 ff. WpHG AG dann als kapitalmarktorientierte KapG, wenn diese den organisierten Markt durch Aktien oder **andere von ihnen ausgegebene Wertpapiere** (Wertpapiere i.S.d. § 2 Abs. 1 WpHG) in Anspruch nehmen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn Schuldverschreibungen, Genuss- oder Optionsscheine die Grundlage für die Kapitalausstattung darstellen.

Für kapitalmarktorientierte KapG gelten besonders strenge **Bilanzierungsregeln**, die eine umfassende Information der Anleger garantieren sollen.

Wichtige Zusatzinformation in diesem Zusammenhang: AG, die mit ihren Aktien oder sonstigen WP zum regulierten Markt an einer deutschen Börse zugelassen sind, gelten gem. § 267 HGB stets als **große KapG** (Gegenbegriff: solche KapG, deren Wertpapiere nur im Freiverkehr gehandelt werden). So kommen Erleichterungen für den Jahresabschluss bei diesen (großen) AG nicht in Betracht. Kapitalmarktorientierte KapG müssen z.B. – unabhängig von einer etwaigen Konzernzugehörigkeit – eine Kapitalflussrechnung (Cash-Flow-Statement) und einen Eigenkapitalspiegel dem Jahresabschluss beilegen.

Die Regelungen der Insiderüberwachung (§§ 12 ff. WpHG) richten sich aber an beide AG, sowohl an die kapitalmarkt- wie auch an die börsennotierten AG.

Ebenso gelten die Corporate-Governance-Erklärungen im Lagebericht für beide o.g. AG-Formen.

**Hinweis!** Die KGaA kennt zwei verschiedene Kapitalien:

- (1)** Die Kommanditaktionäre übernehmen mit ihren Aktien das **Grundkapital** (§ 278 Abs. 1 AktG).
- (2)** Die persönlich haftenden Gesellschafter können **Sondereinlagen** leisten (§ 281 Abs. 2 AktG).

Zusammen ergeben (1) und (2) das **Gesamtkapital**.

### b) Kapitalerhöhung

#### aa) Kapitalerhöhung des Grundkapitals

Die – gerade bei der atypischen KGaA wichtige – Erhöhung des Kapitals kann grundsätzlich aus **Gesellschaftermitteln** oder aus **Gesellschaftsmitteln** erfolgen.

Während im Falle von Gesellschaftermitteln der Kommanditist neues Kapital (durch Bar- oder Sacheinlage) erbringt, geschieht dies im Falle von Gesellschaftermitteln durch Umwandlung von Eigenkapital (Gewinn- und Kapitalrücklagen) in neue Aktien.

Hierzu (**Einlagen aus Gesellschaftsmitteln**) ist auszuführen:

- ein Beschluss der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung ist erforderlich,
- durch Eintragung in das Handelsregister wird die Kapitalerhöhung wirksam,
- eine Umwandlung von Kapitalrücklage und Gewinnrücklage ist nicht möglich, soweit in der Bilanz ein Verlust oder Verlustvortrag ausgewiesen wird,
- neue Aktien/Anteile stehen den Gesellschaftern im Verhältnis der bisherigen Anteile zu den neuen Anteilen zur Verfügung.

Die **steuerlichen Folgen** sind:

- Auf der **Ebene der KapG** wirkt sich die Kapitalerhöhung nicht auf das z.v.E. der KapG aus (s. aber § 8c Abs. 1 S. 3 und § 28 Abs. 1 S. 1 KStG).
- Bei effektiver Kapitalerhöhung ist zu prüfen, ob die Grenzen des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG überschritten werden (§ 8c Abs. 1 S. 3 KStG).
- Bei Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gilt der positive Bestand des steuerlichen Einlagekontos als vor den sonstigen Rücklagen umgewandelt (§ 28 Abs. 1 S. 1 KStG).
- Für den Gesellschafter erhöhen sich bei effektiver Kapitalerhöhung die Anschaffungskosten auf die Beteiligung (zu berücksichtigen bei Veräußerung und Liquidation).
- Erfolgt die Einlage nicht als Bareinlage, sondern als Sacheinlage, kann durch die Einlage ein steuerpflichtiger Vorgang beim Gesellschafter entstehen.
- Bei Einlage von Anteilen an Kapitalgesellschaften ist grundsätzlich § 17 EStG zu berücksichtigen.
- Bei Einlage von Grundstücken ist auf § 23 EStG zu achten.
- Eine Kapitalerhöhung bei sperrfristbehafteten Anteilen i.S.v. § 22 UmwStG führt zur Mitverstrickung der anderen Anteile (§ 22 Abs. 7 UmwStG).

## **bb) Kapitalerhöhung der Sondereinlagen**

Im Unterschied zur Erhöhung des Grundkapitals vollzieht sich die Erhöhung der Sondereinlagen nach dem Recht der KG. Da sich mit der Erhöhung der Sondereinlagen die Stimmkraft der einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter erhöht, erfordert dies einen Beschluss aller Gesellschafter (ggf. kann nach Satzung eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit genügen). Die Erhöhung folgt sodann den Regeln für die Aufnahme neuer Gesellschafter (s. die Klauseldiskussion). Dies bedeutet, dass entweder die (einfache oder qualifizierte) Nach-

### (c) **Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG und von einer GmbH & Co. KG in eine GmbH**

Ein häufiger Fall eines Formwechsels findet unter Beteiligung einer GmbH & Co. KG statt. Die GmbH & Co. KG ist als Unterform der KG zu klassifizieren, weshalb § 190 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 auch für die GmbH & Co. KG gilt. Grundsätzlich gilt bei einem Formwechsel der **Identitätsgrundsatz**, insbesondere im Hinblick auf die personelle Identität (Bärwaldt/Wisniewski in: Prinz/Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Auflage 2020, § 25, Rz. 68).

Im Rahmen eines Formwechsels einer GmbH in eine GmbH & Co. KG kann ein Komplementär der KG auch im Rahmen des Formwechsels neu beitreten (BGH vom 09.05.2005, II ZR 29/03, NZG 2005, 722). Dabei kann ein Mehrheitsgesellschafter des übertragenden Rechtsträgers den zukünftigen Komplementär durch Beschlussmehrheit bestimmen. Ein Zutritt eines neuen Gesellschafters zum Wirksamwerden des Formwechsels steht dem Prinzip der Mitgliedschaft und insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität der Mitgliedschaft nicht entgegen (BGH vom 09.05.2005, II ZR 29/03, NZG 2005, 722). Nach dieser Klarstellung des BGH ist es h.M., dass ein **gleichzeitiger Eintritt und Austritt von Mitgliedern im Rahmen eines Formwechsels mit dem UmwG vereinbar** ist (Westerburg in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 2018, § 226 UmwG Rz. 3).

Ob der vom BGH aufgestellte Grundsatz, dass ein Beitritt eines Gesellschafters im Rahmen eines Formwechsels möglich ist, auch analog auf einen Austritt anzuwenden ist, ist noch nicht endgültig geklärt. In einem Urteil des Kammergerichts wurde ausgeführt, dass ein Austritt ebenfalls möglich ist, weil keine besondere Verbindung des persönlich haftenden Gesellschafters zu dem Vermögen der Gesellschaft besteht und damit ein Austritt des Gesellschafters möglich ist. Der Identitätsgrundsatz werde dadurch nicht berührt, weil im entschiedenen Fall die Gestaltungsmöglichkeit durch das Ausscheiden des Gesellschafters nicht der Kontinuität der Mitgliedschaft entgegenstünde. Mit den Vorschriften der Kontinuität der Mitgliedschaft soll lediglich gewährleistet werden, dass die bisherigen Gesellschafter weiterhin beteiligt sein können, was einem Austritt oder Beitritt jedoch nicht im Wege steht (KG vom 19.12.2018, 22 W 85/18, NZG 2019, 310). Dabei ist aber zu beachten, dass die Entscheidung lediglich den Fall einer nicht am Vermögen beteiligten Komplementärin behandelt. Demnach lassen sich nicht alle Fälle gleichermaßen hierunter subsumieren.

Bei einer Abspaltung zur Neugründung kann die Buchwertfortführung beansprucht werden (§ 15 Abs. 1 UmwStG i.V.m. § 11 UmwStG); der anteilige Verlustvortrag bleibt erhalten. Ein Verstoß gegen die Missbrauchsklausel (§ 15 Abs. 2 UmwStG), z.B. eine Veräußerung an außenstehende Personen), muss vermieden werden, wenn die Buchwerte übertragen werden sollen.

Die weiteren Möglichkeiten (Forderungsverzicht und die verschiedenen Übertragungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge – sowohl in Form des asset deals wie in Form des share deals – sind noch zu berücksichtigen.

Schließlich ist noch auf die noch nicht endgültig entschiedene praxisrelevante Frage einzugehen, wie und ob sich die Verlustdeckelung (hierzu BMF vom 19.05.2022, IV C 1 – S 2252/19/10003 :009, BStBl I 2022, 742, Tz. 118) des § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG (Deckelung auf 20.000 €) auf die Verluste aus Aktienverkäufen auswirkt, die häufig bei den hier diskutierten Fällen vorkommen.

## **12. Auflösung und Sanktionen bei Abwicklung**

### **a) Neue Rechtslage zur Auflösung (nach MoPeG)**

#### **aa) Auflösungsgründe**

Nach dem MoPeG haben sich die Auflösungsgründe und die anwendbaren Vorschriften geändert. Gem. § 289 Abs. 1 AktG sind grundsätzlich die Vorschriften über die KG anwendbar. Nachdem es keine unmittelbaren Vorschriften über die Auflösung der KG in den §§ 161 ff. HGB gibt, ist wiederum § 161 Abs. 2 HGB einschlägig, der auf die OHG-Paragraphen verweist.

Nach § 138 Abs. 1 HGB gibt es vier Auflösungsgründe:

- Nr. 1: Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen ist,
- Nr. 2: Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft,
- Nr. 3: gerichtliche Entscheidung,
- Nr. 4: Auflösungsbeschluss.

Nach § 138 Abs. 2 Nr. 1 HGB wird die KGaA ferner aufgelöst, wenn keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde. Dies gilt auch, wenn die Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde (§138 Abs. 2 Nr. 2 HGB). Diese Regelung gilt aber dann nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaften eine andere OHGH oder KG gehört, bei der eine natürliche Person ein persönlich haftender Gesellschafter ist.

Hinzu kommt die Bestimmung des **§ 289 Abs. 2 AktG**, nach der die KGaA auch aufgelöst werden kann:

- Mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde (Nr. 1),
- mit der Rechtskraft einer Verfügung des Registergerichts, durch welche nach § 399 FGG ein Mangel der Satzung festgestellt wurde,
- durch die Löschung der KGaA wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 FGG.

Die Haftung ist gem. § 289 Abs. 6 AktG von allen persönlich haftenden Gesellschaftern zur Eintragung im Handelsregister anzumelden. In den Fällen von § 289 Abs. 2 AktG, insb. bei Insolvenzeröffnung über das Vermögen der KGaA, ist allerdings die Auflösung durch das Gericht von Amts wegen einzutragen (§ 289 Abs. 6 Satz 3 AktG).

### **bb) Verfahren bei der Auflösung**

Bekanntlich führen die Auflösungsgründe nicht zum Erlöschen der KGaA; sie verwandelt sich nunmehr in eine **Liquidationsgesellschaft**. Sie kann weiter noch Geschäfte, die dem Zwecke der Abwicklung dienen, verfolgen. Die Ergebnisse münden sodann in den festzustellenden Abwicklungsgewinn (s. unten 13. a)).

Aus diesem Grund kann sogar in diesem Stadium das Kapital erhöht werden, um weitere Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zu generieren.

Nach dem Einzug der Forderungen und dem Begleichen der Schulden wird das Restvermögen unter den Aktionären aufgeteilt. Die Abwicklung der KGaA besorgen die persönlich haftenden Gesellschafter gem. § 290 AktG. Mit der Abwicklung können auch andere von der Hauptversammlung gewählte Personen beauftragt werden (§ 290 Abs. 1 AktG).

Zum Sonderrecht der Abwickler (und zu den erforderlichen Unterlagen) sowie zu den Aufgaben (Erstellung der Eröffnungsbilanzen, des Jahresabschlusses und des Lageberichts) vgl. § 270 AktG.

Die KGaA erlischt als juristische Person mit der Beendigung der Abwicklung. Im Handelsregister ist schließlich einzutragen, dass die Abwicklung beendet ist und die KGaA gelöscht ist.

Die KGaA besteht allerdings trotz der handelsrechtlichen Eintragung weiter, solange noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, mit denen weitere Abwicklungsmaßnahmen durchgeführt werden können.