

RECHTSFORMWAHL BEI UNTERNEHMEN: RECHTLICHE UND STEUERLICHE RAHMENBE- DINGUNGEN ALS ENTSCHEIDUNGSGRUNDLAGE

MERKBLATT NR. 2022.3 | 10 | 2025

INHALT

- 1. Einleitung**
- 2. Grundsatzentscheidung: Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft**
 - 2.1 Unterschiede im Zivilrecht
 - 2.2 Unterschiede im Steuerrecht
- 3. Übersicht der Rechtsformen**
- 4. Kapitalgesellschaften**
 - 4.1 Zivilrecht
 - 4.1.1 GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
 - 4.1.2 Unternehmergeellschaft/UG (haftungsbeschränkt) als Sonderform der GmbH
 - 4.1.3 AG (Aktiengesellschaft)
 - 4.1.4 KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien)
 - 4.1.5 Genossenschaft
 - 4.1.6 Stiftung
 - 4.2 Steuerrecht
 - 4.2.1 Steuerbelastung der Kapitalgesellschaft und der Gesellschafter
 - 4.2.2 Besteuerung eines Veräußerungsgewinns
 - 4.2.3 Zwischenschaltung einer „persönlichen“ Holding
 - 4.2.4 Übersicht über die Steuerbelastung
 - 4.2.5 Behandlung der Anschaffungskosten der Anteile
 - 4.2.6 Behandlung von Verlusten
 - 4.2.7 25%-Grenze beim Verschonungsabschlag nach dem ErbStG
- 5. Personengesellschaften**
 - 5.1 Zivilrecht
 - 5.1.1 Einzelfirma e.K.
 - 5.1.2 eGbR (eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts)
 - 5.1.3 oHG (offene Handelsgesellschaft)
 - 5.1.4 KG (Kommanditgesellschaft)
 - 5.1.5 GmbH & Co. KG
 - 5.1.6 PartG (Partnerschaftsgesellschaft)
 - 5.2 Steuerrecht
 - 5.2.1 Gewerbesteuer
 - 5.2.2 Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer
- 5.2.3 Steuerbelastung der Gesellschafter und Gesamtsteuerbelastung
- 5.2.4 Besteuerung eines Veräußerungsgewinns
- 5.2.5 Behandlung der Anschaffungskosten der Anteile
- 5.2.6 Thesaurierungsbesteuerung
- 5.2.7 Behandlung von Verlusten
- 5.3 Option zur Besteuerung als Kapitalgesellschaft**
- 6. Betriebsaufspaltung und Sonderbetriebsvermögen**
 - 6.1 Ausgangslage: Betriebsimmobilien im Vermögen eines Gesellschafters
 - 6.2 Betriebsaufspaltung bei Kapitalgesellschaften
 - 6.3 Sonderbetriebsvermögen bei Personengesellschaften
 - 6.4 Auswirkungen auf die Rechtsformwahl
- 7. Gegenüberstellung der wesentlichen Merkmale**
- 8. Entscheidungsprozess zur Rechtsform**
 - 8.1 Dialog mit dem oder den Unternehmern
 - 8.2 Prüfung der dargestellten Wesensmerkmale
 - 8.3 Entscheidung zur Rechtsform Kapital- oder Personengesellschaft
 - 8.4 Entscheidung zur individuellen Rechtsform bei der Kapitalgesellschaft
 - 8.5 Entscheidung zur individuellen Rechtsform bei der Personengesellschaft
- 9. Wechsel der Rechtsform (Umwandlung)**
 - 9.1 Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft
 - 9.2 Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft
 - 9.3 Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft
 - 9.4 Personengesellschaft in eine andere Personengesellschaft

1. EINLEITUNG

Tagtäglich werden neue Unternehmen gegründet. Oft handelt es sich um Existenzgründungen (Startups). Noch bevor es richtig losgeht, muss eine Entscheidung getroffen werden: Welche Rechtsform soll das Unternehmen haben? Es handelt sich hierbei um eine Grundsatzentscheidung, die wohlüberlegt sein sollte. Zwar bieten Zivil- und Steuerrecht einige Möglichkeiten, die Rechtsform später zu wechseln. Doch diese Wege sind teils mit erheblichen Komplexitäten und Restriktionen sowie Kosten ver-

sehen, die man vermeiden kann, wenn man gleich zu Beginn die richtige Entscheidung getroffen hat.

Die „richtige“ Rechtsform als solche gibt es natürlich nicht. Sie hängt vielmehr hauptsächlich ab vom individuellen Geschäftsmodell, den Strategien der Gründer und den Finanzierungsbedingungen. Das vorliegende Merkblatt soll die wichtigsten rechtlichen und steuerlichen Grundlagen aufzeigen und damit eine Entscheidungshilfe bieten.

2. GRUNDSATZENTSCHEIDUNG: KAPITALGESELLSCHAFT ODER PERSONENGESELLSCHAFT

Sowohl das deutsche Zivilrecht als auch das Steuerrecht unterscheiden grundsätzlich zwischen den Rechtsformen der Kapitalgesellschaften und denen der Personengesellschaften. Da sich hieraus erhebliche Folgewirkungen ergeben, ist es sinnvoll, sich zunächst mit den grundsätzlichen Unterschieden dieser Gesellschaftsformen zu beschäftigen.

2.1 Unterschiede im Zivilrecht

Bereits aus der Bezeichnung geht hervor, dass die Kapitalgesellschaft sich durch eine höhere Eigenständigkeit auszeichnet, während die Personengesellschaft mehr auf die Personen der Unternehmensgründer bzw. der tätigen Gesellschafter abstellt. Dies spiegelt sich in den gesetzlichen Grundlagen wider. Während das Recht der Personengesellschaften im Wesentlichen im BGB und im HGB sowie im PartGG geregelt ist, gibt es für die Kapitalgesellschaften jeweils eigene Gesetze wie das Aktiengesetz, das GmbH-Gesetz oder das Genossenschaftsgesetz.

Ein wesentlicher Unterschied ist zunächst die uneingeschränkte Rechtsfähigkeit der Kapitalgesellschaften als juristische Personen des Privatrechts, die insb. eine Trennung der Gesellschaft vom Bestand ihrer Gesellschafter und gleichsam eine Haftungsabschirmung für diese mit sich bringt. Anders als Personengesellschaften sind Kapitalgesellschaften auch mit nur einer Person als Gesellschafter denkbar, ja können sogar als Ein-Personen-Gesellschaften gegründet werden (jedenfalls AG und GmbH einschl. der UG haftungsbeschränkt). Charakteristisch für Personengesellschaften mit dem „Grundmodell“ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den Personenhandelsgesellschaften des HGB sowie der PartG ist die Abhängigkeit der Gesellschaft von der Person ihrer Gesellschafter, die sich etwa im Grundsatz der Selbstorganschaft, also der Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten (grundsätzlich nur) durch ihre Gesellschafter, und in der grundsätzlich bestehenden persönlichen Haftung der Gesellschafter zeigt.

Auch die Anforderungen an die Errichtung der jeweiligen Gesellschaft unterscheiden sich grundlegend: Kapitalgesellschaften können generell nur in notarieller Urkunde gegründet („errichtet“) werden und gelangen erst mit ihrer Eintragung ins Handelsregister als solche rechtlich zur Entstehung. Personengesellschaften beginnen bereits mit Abschluss deren Gesellschaftsvertrages, für den es grundsätzlich keiner besonderen Form bedarf. Er kann also privatschriftlich geschlossen werden, oder mit der Aufnahme der Geschäfte aufgrund stillschweigender Verabredung. Zunächst handelt es sich (vor der Eintragung der Personenhandelsgesellschaft ins Handelsregister) stets um eine GbR, die erst mit ihrer Eintragung im Verhältnis zu Dritten als Personenhandelsgesellschaft (oHG/KG, § 123 Abs. 1 HGB; § 8 Abs. 1 PartGG) entsteht. Betreibt die Gesellschaft allerdings ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB, entsteht sie als oHG/KG bereits mit ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (§ 123 Abs. 1 Satz 2, § 107 Abs. 1 HGB).

Auch spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen bei Kapitalgesellschaften stets einer Beschlussfassung der Gesellschafter in notarieller Urkunde mit qualifizierter Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 53 Abs. 2 GmbHG) bzw. von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals (§ 179 Abs. 2 AktG). Die Satzungsänderung wird erst mit ihrer Eintragung ins Handelsregister wirksam. Bei der Personengesellschaft unterliegt die Änderung wie schon der Abschluss des Gesellschaftsvertrages keinen formellen Anforderungen und bedarf grundsätzlich auch keiner Eintragung ins Handelsregister (jedenfalls nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung).

2.2 Unterschiede im Steuerrecht

Die Kapitalgesellschaften und die Personengesellschaften unterliegen einem völlig unterschiedlichen Steuerregime. Grundsätzlich werden die Gewinne der Kapitalgesellschaften von ihr selbst versteuert, während bei den Personengesellschaften die Gewinne auf Ebene der Einkommensteuer der Gesellschafter (bzw. Körperschaftsteuer, wenn die Gesellschafter Kapitalgesellschaften sind) erfasst werden. Soll der Gewinn einer Kapitalgesellschaft den Gesellschaftern zukommen, bedarf es hierzu eines Gewinnausschüttungsbeschlusses mit der Folge einer weiteren Besteuerung mit Kapitalertragsteuer, die ggf. Abgeltungswirkung entfaltet.

Ein wesentlicher Unterschied besteht weiterhin darin, dass Tätigkeitsvergütungen an Gesellschafter bei Kapitalgesellschaften zu abzugsfähigen Betriebsausgaben und beim Gesellschafter zu Arbeitnehmerinkommen führen, während sie bei Personengesellschaften Bestandteil der Gewinnverteilung und somit keine abzugsfähigen Betriebsausgaben sind. Im Gegenzug stellen sie keine zusätzlichen Einkünfte in der persönlichen Steuererklärung dar.

Eine Sonderrolle spielt dabei die Gewerbesteuer. Sie muss sowohl von Kapitalgesellschaften als auch von Personengesellschaften entrichtet werden. Dennoch gibt es wichtige Unterschiede. Zwar mindern Tätigkeitsvergütungen für Gesellschafter einer Personengesellschaft nicht die Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer. Sie erhalten aber anders als Kapitalgesellschaften einen Freibetrag i.H.v. 24.500 €. Zudem wird die gezahlte Gewerbesteuer ganz oder teilweise auf die Einkommensteuer angerechnet.

Weiterhin werden Verlustvorträge völlig unterschiedlich gehandhabt. Kapitalgesellschaften können Verluste max. 2 Jahre zurücktragen und ansonsten nur vortragen, also nur mit späteren Gewinnen verrechnen. Bei Personengesellschaften werden die Verluste grundsätzlich auf die Gesellschafter aufgeteilt („zu gewiesen“) mit der Folge, dass diese unmittelbar zu Steuerentlastungen führen, sofern anderes steuerpflichtiges Einkommen vorhanden ist. Kann der Verlust auf Ebene eines Gesellschafters nicht genutzt werden, wäre er im Rahmen der einkommensteuerlichen Veranlagung 2 Jahre rücktragsfähig und danach vortragsfähig.

Wird das Unternehmen später einmal verkauft, ergeben sich erneut große Unterschiede in der Besteuerungsform. Beim sog. Share-deal (Verkauf der Anteile an der Gesellschaft) sind bei Kapitalgesellschaften nur 60% des Veräußerungsgewinns steuerpflichtig oder sogar nur 5%, wenn es sich bei dem Anteilseigner seinerseits um eine Kapitalgesellschaft handelt. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft müssen dagegen den Veräußerungsgewinn voll versteuern, können aber unter bestimmten Voraussetzungen nach Vollendung des 55. Lebensjahres durch Betriebsaufgabe oder -veräußerung einmal im Leben die Steuer-

belastung auf 56% der normalen Steuer mindern. Der begünstigte Steuersatz gilt allerdings nur bis zu einer Höhe von 5 Mio. € eines Veräußerungsgewinns.

Die völlig unterschiedliche Besteuerung führt dazu, dass Rechtsformwechsel entsprechend kompliziert werden können, da grundsätzlich stille Reserven aufzudecken sind. Die im Regelfall bei Umwandlungen erstrebte Buchwertfortführung ist unter Beachtung der besonderen Vorschriften des Umwandlungssteuergesetzes jedoch möglich.

Die unterschiedlichen Steuerregime führen dazu, dass die Steuerbelastungen sehr unterschiedlich ausfallen können, ohne dass sich a priori eine Präferenz für oder gegen die Kapitalgesellschaft bzw. Personengesellschaft ergibt. Der Gesetzgeber hat sich zwar um die Jahrtausendwende gezielt darum bemüht, eine rechtsformneutrale Steuerbelastung herzustellen, die letztlich unter Einschluss der Besteuerung beim Gesellschafter in einer Größenordnung von annähernd 50% liegt. Das ändert aber nichts daran, dass im Einzelfall erhebliche Belastungsunterschiede entstehen können.

3. ÜBERSICHT DER RECHTSFORMEN

Die nachfolgende Übersicht zeigt, welche Rechtsformen infrage kommen, wenn ein Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden soll. Die Aufzählung ist nicht abschließend, da es noch weitere insb. Kombinations-Rechtsformen gibt.

Rechtsformen

Kapitalgesellschaften	Personengesellschaften
GmbH	eGbR
UG (haftungsbeschränkt)	oHG
AG/SE	KG
KGaA	GmbH & Co. KG
Genossenschaft (e.G.)	AG & Co. KG
Stiftung	PartG

Für KMU hat sich bei den Kapitalgesellschaften die GmbH als beliebteste Rechtsform herausgestellt (Stand 2025 über 1,58 Mio. GmbHs einschl. 202.746 UGs haftungsbeschränkt in Deutschland). Dies liegt daran, dass die AG einem deutlich komplexeren und formaleren Regelwerk unterworfen ist und die KGaA, Genossenschaften und Stiftungen spezieller Zielsetzungen bedürfen.

Bei den Personengesellschaften hat sich die GmbH & Co. KG als beliebteste Rechtsform etabliert, insb., weil durch diese Rechtsform persönliche Haftungen der Unternehmer vermieden werden und größtmögliche Flexibilität bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages besteht. Sie kommt, wenn auch deutlich seltener, auch in der Variante einer AG & Co. KG, einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG oder einer Stiftung & Co. KG in Betracht.

4. KAPITALGESELLSCHAFTEN

In diesem Kapitel werden die wesentlichen rechtlichen und steuerlichen Merkmale der Kapitalgesellschaft beschrieben.

4.1 Zivilrecht

Die Urform der Kapitalgesellschaft ist der eingetragene Verein (e.V.), der eine eigenständige juristische Person des Privatrechts begründet, unabhängig von den Gründern/Mitgliedern. Zwar kann ein Verein durchaus einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, kommt aber als Rechtsform eines gewerblich tätigen

Unternehmens nicht in Betracht, vielmehr handelt es sich dann um einen wirtschaftlichen Verein i.S.v. § 22 BGB, der nur durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt, etwa in Gestalt einer GmbH, AG oder Genossenschaft.

4.1.1 GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)

Die GmbH kann durch Gründung sowie durch Umwandlung bestehender Unternehmen entstehen. Die Gründung der GmbH ist im GmbHG in den §§ 1ff. ausführlich geregelt, sowohl in der Variante einer Begründung als auch einer Sachgründung. Auch die Gründung durch nur eine Person ist ohne Weiteres zulässig und gängige Praxis (vgl. § 1 GmbHG). Der Gründungsakt bedarf der notariellen Beurkundung; darin sind auch der oder die Geschäftsführer zu bestellen und dessen/deren Vertretungsberechtigung zu definieren. Die Gesellschaft entsteht erst durch ihre Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister.

Im Zuge der Gründung ist der Gesellschaftsvertrag festzustellen und von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen. Denkbar ist auch die Errichtung in einem sog. vereinfachten Verfahren („Musterprotokoll“), wenn höchstens drei Gesellschafter vorhanden sind und nur ein Geschäftsführer bestellt werden soll (§ 2 Abs. 1a GmbHG). Diese Form hat sich in der Praxis wegen ihrer Inflexibilität jedoch nicht durchgesetzt. Sollen Gründer bei der Errichtung der Gesellschaft vertreten werden, so bedarf die dafür notwendige Gründungsvollmacht zwingend der notariellen Beglaubigung (§ 2 Abs. 2 GmbHG). Neuerdings kommt auch die Errichtung der Gesellschaft durch Videokommunikation mit dem Notar nach Maßgabe von § 2 Abs. 3 GmbHG i.V.m. §§ 16a bis 16e BeurkG in Betracht.

Entscheidend für die Beliebtheit der GmbH dürfte neben der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen der Grundsatz der Satzungsfreiheit sein, d.h. dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ihre Belange nach Belieben regeln können, solange sie nicht gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstößen (§ 45 Abs. 1 GmbHG). Im GmbHG selbst finden sich nur wenige ausdrücklich als zwingend bezeichnete Bestimmungen, etwa § 51a Abs. 3 GmbHG. Es ist allerdings anerkannt, dass auch nicht ausdrücklich als zwingend bezeichnete Bestimmungen Ausdruck unverzichtbarer körperschaftsrechtlicher Prinzipien sind, die daher ebenfalls als unabdingbar gelten, etwa der Grundsatz des Stimmrechtsausschlusses nach § 47 Abs. 4 GmbHG (kein „Richten in eigener Sache“).

Die Leistung des Stammkapitals (Mindestbetrag 25.000 €) wird vom Handelsregister vor der Eintragung der Gesellschaft geprüft und insb. im Falle von Scheinlagen deren Werthaltigkeit verifiziert. Bei Bareinlagen ist die Einlage auf den Nennbetrag der Geschäftsanteile zumindest zur Hälfte zu leisten, Scheinlagen sind stets in vollem Umfang zu erbringen.

Unstreitig ist in der GmbH oberstes Organ die Gesellschafterversammlung, da sie dem Geschäftsführer Weisungen erteilen und ihn jederzeit abberufen und durch einen anderen ersetzen kann. Die Stellung der Gesellschafter ist – anders als die eines Aktienärs bei einer Aktiengesellschaft – zudem durch § 51a GmbHG untermauert, der jedem einzelnen Gesellschafter ein sehr weitreichendes Informationsrecht einräumt. Die Bestimmung ist durch die Satzung nicht abdingbar (§ 51a Abs. 3 GmbHG).

Ungeachtet seiner abhängigen Stellung und seines imperativen Mandats gegenüber der Gesellschafterversammlung ist der oder sind die Geschäftsführer das Exekutivorgan der Gesellschaft und als solche zahlreichen Haftungsrisiken ausgesetzt, angefangen von der sog. Handelnden-Haftung in der Zeit zwischen notarieller

Errichtung der GmbH und deren Eintragung ins Handelsregister (§ 11 Abs. 2 GmbHG) über die allgemeine Sorgfaltshaftung nach § 43 GmbHG bis hin zur Insolvenzverschleppungshaftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO, um nur einige typische Haftungsgrundlagen zu nennen.

Bei allen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist, besteht im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft Insolvenzantragspflicht, die vom Geschäftsführer zu erfüllen ist (§ 15a InsO), der zudem einer qualifizierten Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife ausgesetzt ist (§ 15b InsO).

Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist hingegen, soweit es nicht zur Rückzahlung des Stammkapitals oder ungerechtfertigten Leistungen an diese gekommen ist, grundsätzlich ausgeschlossen.

Hinsichtlich der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen sieht das GmbHG eine formale Hürde vor, um die Fungibilität der Anteile möglichst gering zu halten, nämlich das Erfordernis der notariellen Beurkundung sowohl der Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen als auch der Übertragung selbst. Ein Zustimmungserfordernis für die Gesellschafterversammlung ist demgegenüber im GmbHG grundsätzlich nicht vorgesehen, vielmehr muss ein solches durch entsprechende Vinkulierungs-Klauseln im Gesellschaftsvertrag der GmbH tunlichst bereits bei deren Gründung geschaffen werden. Der Geschäftsanteil ist zudem kraft gesetzlicher Anordnung vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG).

4.1.2 Unternehmergeellschaft/UG (haftungsbeschränkt) als Sonderform der GmbH

Als Reaktion auf das zunehmende Aufkommen ausländischer Kapitalgesellschaften mit niedriger Kapitalausstattung im Inland, insb. englischer Ltds, hat der Gesetzgeber 2008 eine Sonderform der GmbH mit minimalen Kapitalanforderungen ins Leben gerufen, die Unternehmergeellschaft haftungsbeschränkt, kurz UG, gem. § 5a GmbHG.

Für die UG (haftungsbeschränkt) als Sonderform einer GmbH gilt das gesamte GmbHG, soweit sich nicht aus § 5a GmbHG etwas anderes ergibt. Aus § 5a Abs. 1 GmbHG ergibt sich insb., dass ein Mindeststammkapital nicht gefordert ist. Da jedoch jeder Gesellschafter mind. einen Geschäftsanteil übernehmen muss und jeder Geschäftsanteil mind. einen Nennbetrag von 1,00 € haben muss, hängt die Mindeststammkapitalziffer der UG letztlich von der Anzahl ihrer Gesellschafter ab. Dieses marginale Stammkapital muss allerdings, weil per se niedrig, in voller Höhe vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister eingezahlt werden.

Eine Besonderheit der UG besteht darin, dass zur Errichtung der Gesellschaft Sacheinlagen schlechterdings ausgeschlossen sind (§ 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG, Sacheinlageverbot). Die BGH-Rechtsprechung ließ jedoch – trotz des rigorosen Gesetzeswortlauts „Sacheinlagen sind ausgeschlossen“ – rasch eine Ausnahme zu: Eine Kapitalerhöhung der UG auf mind. 25.000 € ist auch gegen (werthaltige) Sacheinlagen zulässig, da die UG dadurch zu einer vollwertigen GmbH erstarkt (vgl. § 5a Abs. 5 GmbHG). Der BGH betonte in seiner Entscheidung, eine andere Sichtweise würde die Kapitalerhöhung bei der UG gegenüber der Neugründung einer GmbH benachteiligen, was vom Gesetzgeber erkennbar nicht gewollt war.

Auch eine Umwandlung mit einer UG (haftungsbeschränkt) als übernehmendem Rechtsträger, etwa eine Verschmelzung zur Aufnahme oder eine Einbringung von GmbH-Geschäftsanteilen im Wege eines qualifizierten Anteiltauschs nach § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG, ist hiernach nur zulässig, falls sie mit einer Kapitalerhöhung auf mind. 25.000 € verbunden wird.

4.1.3 AG (Aktiengesellschaft)

Auch die Gründung einer Aktiengesellschaft ist seit 1994 durch nur einen Aktionär zulässig und bedarf eines notariellen Gründungsakts mit Feststellung der Satzung. Die AG verfügt immer über drei Organe, weil es über die Gesellschafterversammlung, hier Hauptversammlung genannt, und die Geschäftsführung, hier Vorstand genannt, immer auch eines Aufsichtsrats bedarf, der aus mind. drei Personen bestehen muss. Selbstverständlich kann ein Mitglied des Vorstandes (ebenso ein Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft) nicht zugleich Mitglied des Aufsichtsrats sein.

Die Gründung der AG ist erheblich aufwendiger als die Gründung einer GmbH, da es zusätzlich eines Gründungsberichts der Gründer der Gesellschaft und eines Gründungsprüfungsberichts des Vorstands und des Aufsichtsrats über den Hergang der Gründung bedarf. Der im Gründungsakt gewählte Aufsichtsrat muss sich konstituieren, aus seinen Reihen einen Vorsitzenden und einen stellvertretenden Vorsitzenden wählen und den Vorstand der AG bestellen.

Die Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben, sind die Gründer der AG (§ 28 AktG). Werden Gründer zu Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder werden für Rechnung eines Mitglieds des Vorstands oder des Aufsichtsrats Aktien übernommen, so hat zusätzlich eine Gründungsprüfung durch einen externen Gründungsprüfer stattzufinden, ebenso wenn eine Gründung mit Sacheinlagen oder Sachübernahmen vorliegt. Im Falle der Besetzung des Vorstands oder Aufsichtsrats mit einem oder mehreren Aktionären kann der die Gründung beurkunde Notar anstelle eines externen Gründungsprüfers die Gründungsprüfung im Auftrag der Gründer vornehmen (§ 33 Abs. 3 AktG). In den übrigen Fällen einer Gründungsprüfung ist der Gründungsprüfer durch das zuständige Amtsgericht zu bestellen. Zu Gründungsprüfern werden üblicherweise insb. Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestellt.

Schließlich ist die neu gegründete AG zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, und zwar von allen Gründern und Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jede Aktie mind. der eingeforderte Betrag i.S.v. § 36 Abs. 2 AktG (zumindest ein Viertel des geringsten Ausgabebetrages, also des Nennbetrages der Aktien, bei Stückaktien des rechnerischen Nennbetrages) eingezahlt worden ist und zur freien Verfügung des Vorstandes steht. Dies ist durch eine Bankbestätigung der für die AG i.Gr. kontoführenden Bank nachzuweisen.

Zum Handelsregister einzureichen ist der notarielle Gründungsakt samt Satzung und Übernahme aller Aktien, die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und des Aufsichtsrats, eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats, der Gründungsbericht der Gründer, der Gründungsprüfungsbericht von Vorstand und Aufsichtsrat, der Gründungsprüfungsbericht des „externen“ Gründungsprüfers, sowie im Falle einer Sachgründung die Verträge über die Erbringung der Sacheinlage und ein Nachweis über die angefallenen Gründungskosten.

Zwei Jahre nach der Eintragung der AG ins Handelsregister ist sie bei Geschäften mit zu mehr als 10 % am Grundkapital beteiligten Aktionären massiv eingeschränkt, weil das AktG gewissermaßen eine nachträgliche Sachgründung vermutet (sog. Nachgründung). Erfasste Verträge sind nur mit Zustimmung der Hauptversammlung (HV) mit drei Viertel Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals wirksam und müssen ins Handelsregister eingetragen werden. Sie müssen vorab dem Aufsichtsrat zur Prüfung vorgelegt werden, der einen schriftlichen Nachgründungsbericht zu erstatten hat. Sie sind zudem von einem oder mehreren externen, vom Amtsgericht zu bestellenden Gründungsprüfer(n) – wie bei einer Sachgründung – zu prüfen, die einen Nachgründungsprüfungsbericht erstatten, der zusammen mit dem Nachgründungsbericht des Aufsichtsrats auch zum Handelsregister zur Eintragung des Nachgründungsvertrages einzureichen ist (vgl. näher § 52 AktG).

Es ist klar erkennbar, dass bereits die Gründung der AG ganz erheblichen formellen Anforderungen unterliegt. Dies ist im weiteren gesellschaftsrechtlichen „Leben der AG“ nicht anders, etwa, weil jede Hauptversammlung grundsätzlich der notariellen Beurkundung bedarf, es sei denn, es werden keine Beschlüsse gefasst, für die das Gesetz eine Dreiviertelmehrheit oder eine größere Mehrheit bestimmt. Dies trifft etwa für die alljährliche ordentliche Hauptversammlung zu, die daher nicht der Beurkundung bedarf, vielmehr kann sie vom Aufsichtsratsvorsitzenden protokolliert werden.

Beide Organe, sowohl der Aufsichtsrat als auch der Vorstand, sind jeweils nur für eine begrenzte Zeit berufen, max. für fünf Jahre. Der Vorstand muss dann vom Aufsichtsrat wiederbestellt werden, der Aufsichtsrat muss – alle fünf Jahre – von der Hauptversammlung neu gewählt werden, wobei selbstverständlich eine Wiederwahl der bisherigen Mitglieder möglich und im Interesse der Kontinuität auch sinnvoll ist.

Das gesellschaftsrechtliche Korsett des AktG, das die AG zwangsläufig zu tragen hat, macht sich auch bei der Ausgestaltung der Satzung bemerkbar: Anders als bei der GmbH, wo der Grundsatz der Satzungsfreiheit gilt, kann in der Aktiengesellschaft von den Bestimmungen des AktG nur abgewichen werden, wenn es das Gesetz ausdrücklich zulässt (Grundsatz der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG). Das bedeutet, dass in jede Satzung einer AG gewissermaßen der gesamte Inhalt des AktG als Satzungsbestandteil mit hineinzulesen ist.

Die AG ist die einzige Rechtsform, deren Anteile börsengängig sind, weil die Übertragung von Aktien keinen Formvorschriften unterliegt. Sind Aktien als Inhaberaktien verbrieft und Aktienurkunden ausgegeben, können sie – wie eine Zeitung am Kiosk – verkauft und durch Übergabe der Urkunde übertragen werden. Bei KMU sind Inhaberaktien sehr selten geworden, da eine Verbriefung aufwendig ist und die Gesellschaft keine Möglichkeit hat zu kontrollieren, wer überhaupt die Aktionäre der Gesellschaft sind. Eine Vinkulierung, also das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung von Aktien, ist nur bei Namensaktien möglich; diese sind im sog. Aktienregister zu registrieren und nur wer als Namensaktionär im Aktienregister geführt wird, ist zur Teilnahme an der Hauptversammlung berechtigt. Bei Namensaktien bedarf es zusätzlich einer Indossierung wie bei einem Orderscheck. Bei nicht verbrieften Aktien, i.d.R. Namensaktien, erfolgt die Übertragung durch Einigung und Abtretung, was zwar grundsätzlich formfrei möglich ist, zu Beweiszwecken aber sinnvollerweise zumindest schriftlich erfolgen sollte.

Die Möglichkeit zur Einteilung des Grundkapitals in Stammaktien und Vorzugsaktien ohne Stimmrecht bietet Gestaltungsmöglichkeiten etwa bei der Unternehmensnachfolge, der Beteiligung von Arbeitnehmern oder bei der Aufnahme von Finanzinvestoren. Es dürfen max. so viele Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausgegeben werden wie Stammaktien. Der Unternehmer kann also 50 % des Unternehmens in Gestalt von Vorzugsaktien an Nachfolger übertragen, ohne auch nur eine Stimme in der Hauptversammlung einzubüßen. Er kann Arbeitnehmer unmittelbar oder über Mitarbeiterbeteiligungsmodelle am Unternehmenserfolg beteiligen, ohne dass diese Mitspracherechte erlangen und im Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Rückgabe der Vorzugsaktien verpflichten. Ebenso können Finanzinvestoren beteiligt und die Eigenkapitaldecke des Unternehmens verbreitert werden, ohne auch nur eine Stimme in der HV zu verlieren.

Die starke Stellung des Vorstands, der die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten hat (§ 76 Abs. 1 AktG – der Vorstand ist das oberste Organ der AG) ermöglicht es wesentlich einfacher und nachhaltiger ein kompetentes Fremdmanagement im Unternehmen zu implementieren, etwa wenn kein geeigneter Nachfolger aus der Eigentümerfamilie vorhanden ist. Der Vorstand braucht nicht den ständigen Einfluss des Seniorgeschafters zu fürchten, da er weder gegenüber dem Aufsichtsrat noch gegenüber der Hauptversammlung weisungsgebunden ist. Und auch imagetypisch schmückt sich manch ein Manager lieber mit dem Titel Vorstand oder gar Vorstandsvorsitzender (CEO), als mit der Stellung als Geschäftsführer. Und: Vorstandsmitglieder der AG sind stets von der Sozialversicherungspflicht befreit, auch wenn sie nicht mehr als 50 % des Gesellschaftskapitals oder gar keine Aktien halten.

4.1.4 KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien)

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Sonderform der Aktiengesellschaft und rechtlich eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der allerdings mind. ein Gesellschafter den Gläubigern unbeschränkt persönlich haftet (persönlich haftender Gesellschafter – „phG“), vergleichbar dem Komplementär einer KG. Bei den übrigen Gesellschaftern handelt es sich um sog. Kommanditaktionäre, für die weitestgehend die Bestimmungen des Aktiengesetzes sinngemäß gelten, soweit sich aus §§ 279ff. AktG nichts anderes ergibt (§ 278 Abs. 3 AktG). PhG der KGaA kann allerdings – wie auch bei der (GmbH & Co.) KG – eine andere Kapitalgesellschaft (AG, SE, GmbH) oder eine GmbH & Co. KG sein.

Für das Verhältnis des phG zu den Kommanditaktionären und zu Dritten, insb. hinsichtlich der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der KGaA bestimmt sich nach den Bestimmungen des HGB über die Kommanditgesellschaft (§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 ff. HGB). Anders als beim Vorstand der AG ist die Macht des phGs nicht auf Zeit begrenzt.

4.1.5 Genossenschaft

Die Gründung einer Genossenschaft setzt noch immer einen Gründungsakt („Gründungsversammlung“) mit mind. drei Gründungsgenossen voraus. Der Gründungsakt bedarf allerdings nicht der notariellen Beurkundung, aus Beweisgründen sollte er jedoch zumindest schriftlich protokolliert werden. Die Satzung der Genossenschaft bedurfte bis zum Inkrafttreten des vierten Bürokratieentlastungsgesetzes (BGBI. 2024 Nr. 323) vom 23.10.2024 noch der Schriftform, seither genügt die Textform (vgl. § 5 GenG). Soll ein bestehendes Unternehmen in eine Genossenschaft umgewandelt oder eine (eingetragene) Genossenschaft in eine andere Rechtsform umgewandelt werden (die Genossenschaft ist verschmelzungsfähiger, spaltungsfähiger und

formwechselfähiger Rechtsträger), bedarf es allerdings doch der notariellen Beurkundung.

Für eine Kapitalgesellschaft i.e.S. untypisch ist das gesetzlich bestimmte Wesen der Genossenschaft als Gesellschaft, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Die e.G. kann daher nur eingeschränkt als Rechtsform für KMU mit dem Ziel der Gewinnmaximierung genutzt werden.

Eine gewisse Sonderform bildet die sich aktuell erheblicher Beliebtheit erfreuende Familiengenossenschaft, bei der die Gründer/Genossen im Wesentlichen aus den Mitgliedern einer Familie bestehen und der Zweck der Genossenschaft auf die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren sozialer oder kultureller Belange gerichtet ist. Deren steuerliche Behandlung wird von der Finanzverwaltung allerding äußerst kritisch gesehen und sollte bei der Rechtsformwahl bedacht werden.

4.1.6 Stiftung

Die Stiftung ist strenggenommen gar keine Gesellschaft, vielmehr ein rechtlich selbstständiges, sich selbst tragendes Zweckvermögen. Sie wird mit ihrer staatlichen Anerkennung rechtsfähig und erlangt den Status einer juristischen Person. Rechtsgrundlage der Stiftung sind die §§ 80ff. BGB und das jeweilige Landesstiftungsgesetz, je nachdem, wo die Stiftung ihren Sitz haben soll. Sie entsteht durch ein Stiftungsgeschäft (§ 81 BGB) des oder der Stifter(s) und bedarf der Anerkennung durch die zuständige Stiftungsbehörde, i.d.R. des Landesinnenministeriums oder des Regierungspräsidiums.

Im unternehmerischen Bereich kommt sie mitunter als Komplementärin einer Stiftung & Co. KG vor, u.a. mit dem Ziel der Vermeidung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem MitbestG. Sie ist auch als Unternehmensträgerstiftung einsetzbar, insb. in der (steuerlich motivierten) Spielart der Familienstiftung, die in der Mehrzahl der Bundesländer nur einer eingeschränkten Staatsaufsicht unterliegt und insbes. im Erbschaftsteuerrecht eine privilegierte Behandlung erfährt.

4.2 Steuerrecht

Die Besteuerung der unterschiedlichen Rechtsformen der Kapitalgesellschaften ist von wenigen Besonderheiten abgesehen einheitlich, weshalb hier keine Differenzierung stattfindet.

4.2.1 Steuerbelastung der Kapitalgesellschaft und der Gesellschafter

Als eigenständige juristische Personen unterliegen die Gewinne der Kapitalgesellschaften der Körperschaftsteuer nach dem KStG (Körperschaftsteuergesetz). Der Steuersatz beträgt 15% und erhöht sich gegenwärtig um den Solidaritätszuschlag von 5,5% auf die Körperschaftsteuer, sodass die Gesamtbelastung 15,825% beträgt. Nach dem Steuerinvestitionsfortprogrammgesetz (StInvSPG) vom 19.07.2025 wird der Steuersatz ab 2028 um jährlich 1%-Punkt gemindert, bis er im Jahre 2032 auf 10% gesunken ist.

Das KStG greift im Wesentlichen hinsichtlich der steuerlichen Gewinnermittlung auf das Einkommensteuergesetz (EStG) zurück (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG), sodass die einkommensteuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften von hoher Relevanz sind.

Hinzu kommt die Gewerbesteuer, deren Höhe wesentlich von dem Hebesatz der Gemeinde abhängig ist. Kapitalgesellschaften

können keinen Freibetrag geltend machen. Der Gewerbesteuer-messbetrag ist gesetzlich auf 3,5% normiert. Die Hebesätze werden auf den Messbetrag berechnet und liegen Minimum bei 200% (gesetzlich geregelter Mindestsatz, § 16 Abs. 4 Satz 1 GewStG) und derzeit de facto max. bei 600% (keine gesetzliche Höchstgrenze!). Die Belastung liegt also zwischen 7% und 21%. Damit stellt die Gewerbesteuer einen beachtlichen Faktor für die Standortwahl dar, insb. dann, wenn Nachbargemeinden erhebliche Unterschiede ausweisen (z.B. München 490% und Grünwald 240% oder Köln 475% und Leverkusen 250%).

Weiterhin ist bei der Gewerbesteuer zu beachten, dass deren Bemessungsgrundlage durch Kürzungen und Hinzurechnungen erheblich von der Körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage abweichen kann. Insbesondere Hinzurechnungen für Mieten und Zinsen können zu einer erheblichen Substanzbesteuerung führen, während Beteiligungserträge i.d.R. steuerfrei bleiben, wenn die Beteiligungsquote mind. 15% beträgt.

Die Gesamtbelastung einer Kapitalgesellschaft variiert demzufolge zwischen 22,825% und 36,825%. Der Gesetzgeber betrachtet einen Belastungsfaktor von 30% als Standard, der mit der Senkung des Körperschaftsteuersatzes bis 2032 auf 25% gemindert werden soll zur Angleichung an die meist geringere Steuerbelastung im Ausland.

Mit Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer sind die Gewinne der Kapitalgesellschaften final besteuert; der Gewinn ist jedoch noch nicht beim Anteilseigner, also dem Unternehmer angekommen. Soweit der Unternehmer selbst für die Kapitalgesellschaft tätig ist (z.B. als Geschäftsführer oder Vorstand), kann er sich hierfür lohnsteuerpflichtige Vergütungen zahlen lassen in den von der Rechtsprechung entwickelten Grenzen. Diese Vergütungen mindern den Gewinn der Kapitalgesellschaft als abzugsfähige Betriebsausgaben und müssen vom Unternehmer als Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit versteuert werden. Soll der (verbleibende) Gewinn der Kapitalgesellschaft dem Unternehmer zukommen, bedarf es eines Gewinnausschüttungsbeschlusses. Die Gewinnausschüttung unterliegt der Kapitalertragsteuer i.H.v. 25% plus 5,5% Solidaritätszuschlag (also insg. 26,375%), die grds. Abgeltungswirkung hat.

Bei einem darunterliegenden Steuersatz des Gesellschafters kann dieser die Regelbesteuerung beantragen. Das kann z.B. dann sinnvoll sein, wenn der Gesellschafter über negative Einkünfte oder Verlustvorträge verfügt. In diesem Fall kann es sogar dazu kommen, dass die Gewinnausschüttung zu keiner Steuerbelastung führt und die einbehaltene Kapitalertragsteuer vollständig erstattet wird.

Auf Antrag ist es auch möglich, die Besteuerung nach dem Teil-einkünfteverfahren zu wählen, wenn die Beteiligungsquote mind. 25% beträgt oder mind. 1% und berufliche Tätigkeit vorliegt (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG). Das macht dann Sinn, wenn durch ansonsten nichtabzugsfähige Werbungskosten (z.B. Zinsaufwendungen) die Steuerbelastung niedriger ausfällt. Dieser Antrag bindet die nächsten vier Jahre zur gleichen Besteuerungsform.

Bei üblichen Konstellationen liegt die Gesamtbelastung des erwirtschafteten Gewinns je nach Hebesatz zwischen 43,18% und 53,49% (unter Außerachtlassung etwaiger gewerbesteuerlicher Hinzurechnungen und Kürzungen). Sie mindert sich ab 2028 um 1%-Punkt jährlich bis max. 5%-Punkte in 2032.

4.2.2 Besteuerung eines Veräußerungsgewinns

Veräußert ein Gesellschafter seine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, unterliegt der Veräußerungsgewinn der Besteuerung gem. §§ 3 Nr. 40 c), 17 EStG nach dem Teileinkünfteverfahren. Damit wird der Gewinn zu 60 % steuerpflichtig. Sofern der veräußernde Gesellschafter einem Progressionssatz von 42 % (Spitzensteuersatz der ersten Stufe) unterliegt, unterfällt der Gewinn einer tatsächlichen Steuerbelastung von 26,586 %. Wird bei der Veräußerung ein Verlust erzielt, kann dieser ebenfalls mit 60 % mit anderen Einkünften verrechnet werden.

Sollte der Gesellschafter mit einer Anteilsquote von weniger als 1% beteiligt sein, erfolgt eine Besteuerung nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 % bzw. dem niedrigeren individuellen Steuersatz. Verluste dürfen gem. § 20 Abs. 6 Satz 1 EStG nicht mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden.

4.2.3 Zwischenschaltung einer „persönlichen“ Holding

Insbesondere bei Neugründungen stellt sich die Frage, ob der oder die Gründer selbst unmittelbar Gesellschafter werden wollen oder ob sie eine allein ihnen gehörende Kapitalgesellschaft, meist eine UG oder GmbH dazwischenschalten wollen. Der Grund für ein solches persönliches Holdingmodell liegt darin, dass ausgeschüttete Gewinne viel niedriger besteuert werden und v.a. etwaige Veräußerungsgewinne für den Fall, dass das neu gegründete Unternehmen einmal mit Gewinn verkauft werden kann (vgl. DWS Kommentierte Checkliste Nr. 1031 Umwandlung einer persönlichen Beteiligung in eine Kapitalgesellschaftsstruktur – mit dem Holding-Konzept Steuern sparen).

Ist eine Kapitalgesellschaft mit einer Anteilsquote von mind. 10 % Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft, werden ausgeschüttete Gewinne nur mit 5 % steuerpflichtig (§ 8b Abs. 1, 3 KStG) und man kann sich von der Kapitalertragsteuerpflicht gem. § 44a Abs. 5 EStG befreien lassen. Die Steuerbelastung liegt damit bei ca. 1,5 %. Das gilt auch für Veräußerungsgewinne, für die nicht die Mindestquote von 10 % erforderlich ist. Veräußerungsverluste bleiben vollständig steuerfrei, mindern also nicht mit 5 % das übrige Einkommen der Kapitalgesellschaft. Dies liegt daran, dass mit der Gewinnhinzurechnung von 5 % pauschal die nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben im Zusammenhang mit der Beteiligung gem. § 3c EStG erfasst werden.

Eine Besonderheit ist insoweit zu beachten, dass Gewinnausschüttungen nur dann gewerbesteuerfrei sind, wenn die Anteilsquote der Zwischenholding mind. 15 % beträgt (§ 9 Nr. 2a GewStG). Veräußerungsgewinne sind dagegen unabhängig von der Beteiligungsquote wie bei der Körperschaftsteuer steuerfrei.

Eine solche Zwischenholding macht immer dann Sinn, wenn der oder die Unternehmensgründer ausgeschüttete Gewinne oder realisierte Veräußerungsgewinne erneut investieren wollen; es stehen dann rund 25 % der Gewinne mehr für solche Investitionen zur Verfügung. Keinen Sinn macht das Modell, wenn der oder die Gründer in jedem Fall die ausschüttungsfähigen Gewinne für sich zum Konsum oder zur privaten Vermögensbildung von Kapitalanlagen oder Immobilien vereinnahmen wollen. Neben der geringen zusätzlichen Besteuerung von 5 % der an die Zwischenholding ausgeschütteten Gewinne sind noch die Verwaltungskosten der Zwischenholding zu beachten.

4.2.4 Übersicht über die Steuerbelastung

Nachfolgende Übersicht zeigt die Steuerbelastung der Kapitalgesellschaft unter Einschluss der Gesellschafter bei einem gewerbesteuerlichen Hebesatz von 400 %:

Steuerbelastung

	2025	ab 2032
Gewinn der Profit GmbH	100.000,00	100.000,00
Gewerbesteuer Hebesatz 400 %	- 14.000,00	- 14.000,00
Körperschaftsteuer	- 15.000,00	- 10.000,00
Solidaritätszuschlag	- 825,00	- 550,00
Gewinn nach Steuern	70.175,00	75.450,00
Kapitalertragsteuer	- 17.543,75	- 18.862,50
Solidaritätszuschlag	- 964,91	- 1.037,44
Netto beim Gesellschafter	51.666,34	55.550,06
Steuerbelastung des Gewinns	48,33 %	44,45 %

Reduzierung bei persönlicher Holding:

Gewinn nach Steuern	70.175,00	75.450,00
Steuerbelastung	- 1.046,48	- 1.125,15
Netto bei Holding	69.128,52	74.324,85
Steuerbelastung des Gewinns	30,87 %	25,68 %
Differenz	17,46 %	8,77 %
Differenz in €	17.462,17	18.774,79

Die Übersicht zeigt, dass Gewinne von Kapitalgesellschaften einer Steuerbelastung von annähernd der Hälfte unterworfen werden, bis sie beim Gesellschafter ankommen. Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter noch nicht beim Spitzensteuersatz angekommen, sondern lediglich oberhalb 25 % angesiedelt ist. Eine spürbare Entlastung ergibt sich ab 2032 mit dem auf 10 % gesunkenen Körperschaftsteuersatz.

4.2.5 Behandlung der Anschaffungskosten der Anteile

Die Anschaffungskosten für die Anteile an Kapitalgesellschaften führen grundsätzlich nicht zu steuerlich abzugsfähigen Betriebsausgaben oder Werbungskosten. Erst bei einer Veräußerung der Anteile oder einer Liquidation werden sie bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns abgezogen und mindern diesen bei der Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren bei natürlichen Personen im Privatvermögen oder Betriebsvermögen bzw. den mit 5 % steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn bei Kapitalgesellschaften.

Im Falle einer dauerhaften Wertminderung der Anteile müssen diese abgeschrieben werden, wenn sie sich im Betriebsvermögen eines Unternehmens befinden. Steuerlich ist dies grundsätzlich ebenfalls möglich (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Befinden sich die Anteile im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft, ist die Teilwertabschreibung insoweit nachteilig, weil sie in vollem Umfang gem. § 8b KStG steuerlich nicht abzugsfähig ist, während eine spätere Wertaufholung mit 5 % steuerpflichtig wird.

Liegt der Kaufpreis für die Anteile an der Kapitalgesellschaft demzufolge deutlich höher als deren ggf. anteiliges Eigenkapital (Buchwert), können die damit vergüteten stillen Reserven oder Firmenwerte im Gegensatz zu Kaufpreisen von Anteilen an einer Personengesellschaft steuerlich während der Besitzzeit nicht steuersparend verwertet werden. Beispiel: Der Kaufpreis für 100 % der Anteile an einer GmbH beträgt 900.000 €, während das Eigenkapital der GmbH 400.000 € beträgt. Der Kaufpreis führt insg. grundsätzlich nicht zu Betriebsausgaben. Wäre das Kaufobjekt eine Personengesellschaft, kann der über dem Eigenkapital liegende Kaufpreisannteil von 500.000 € steuerlich über eine Kapitalergänzungsbilanz durch anteilige Aufstockung der vorhandenen Aktiva bzw. Aktivierung eines Firmenwerts zu Betriebsausgaben/Abschreibungen verwertet werden (vgl. 5.2.5).

4.2.6 Behandlung von Verlusten

Erzielt eine Kapitalgesellschaft Verluste, so können diese i. H.v. bis zu 1 Mio. € auf das Vorjahr und ggf. auf das zweite Vorjahr zurückgetragen werden. Soweit im Vorjahr bzw. Vor-Vorjahr Gewinne erzielt worden waren, führt dies zu einer sofortigen Steuerrückerstattung. Dies gilt aber nur für die Körperschaftsteuer und den Solidaritätszuschlag, nicht für die Gewerbesteuer.

Ansonsten können Verluste sowohl bei der Körperschaftsteuer als auch bei der Gewerbesteuer nur vorgetragen werden, mindern also zukünftige steuerpflichtige Gewinne. Dabei sind die Mindestbesteuerungsregeln des § 10d Abs. 2 EStG zu beachten (maximal bis 1 Mio. € unbegrenzt, darüber hinaus mit 70% bzw. ab 2028 mit 60%).

Werden bei einer Kapitalgesellschaft mehr als 50% der Anteile übertragen, gehen die zum Zeitpunkt der Übertragung bestehenden ggf. zeitanteiligen Verlustvorträge vollständig verloren (§ 8c Abs. 1 KStG). Soweit stille Reserven vorhanden sind bzw. nachgewiesen werden können, können die Verlustvorträge erhalten bleiben. Ist dies nicht möglich, kann bei unverändertem Geschäftsmodell ein sog. fortführungsgebundener Verlustvortrag nach § 8d KStG beantragt werden. Diese Regeln gelten auch für die Gewerbesteuer.

Auf der Gesellschafterebene ergeben sich durch die Verluste der Kapitalgesellschaft grundsätzlich keine Auswirkungen.

4.2.7 25 %-Mindestbeteiligung beim Verschonungsabschlag nach dem ErbStG

Die unentgeltliche Übertragung von Betriebsvermögen im Todesfall oder bei Schenkungen ist erbschaftsteuerlich durch den Verschonungsabschlag begünstigt. Im Grundsatz bleiben 85 % steuerfrei und bei der sog. Optionsverschonung sogar 100 %. Dies gilt bei Anteilen an Kapitalgesellschaften aber nur, wenn der Schenker oder Erblasser unmittelbar zu mehr als 25 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist (§ 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG). Anteile mehrerer Gesellschafter können zusammengerechnet werden, wenn sie einer gemeinsamen Verfügungsbeschränkung unterliegen (sog. Poolvereinbarung). Einzelheiten finden sich in dem DWS Merkblatt Nr. 1070 Betriebsvermögensübertragung bei der Erbschaftsteuer – Verschonungsregeln in der praktischen Anwendung.

Da eine solche Mindestbeteiligungsquote bei Personengesellschaften nicht gefordert wird, kann diese gesetzliche Bestimmung ein maßgeblicher Gesichtspunkt bei der Rechtsformwahl sein.

5. PERSONENGESELLSCHAFTEN

In diesem Kapitel werden die wesentlichen rechtlichen und steuerlichen Merkmale der Personengesellschaften dargestellt.

5.1 Zivilrecht

Die Urform der Personengesellschaft ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) aufgewertet wurde und seit 2024 als eigenständige Rechtspersönlichkeit im Gesellschaftsregister eintragungsfähig geworden ist. Auch die Rechtsform des Einzelunternehmers/eingetragener Kaufmann (e.K.) wird hier dargestellt, obwohl es sich dabei nicht um eine Gesellschaft handelt. Da sie aber als Rechtsform sehr weit verbreitet ist und insb. die steuerliche Behandlung den gleichen Vorschriften unterliegt wie die Personengesellschaften, wird sie hier abgehandelt.

Für alle Personenunternehmen (e.K. und Personengesellschaften) gilt im Hinblick auf deren Bonität etwa im Verhältnis zu Banken, dass es neben dem Gesellschaftsvermögen entscheidend auf das Vermögen (und damit die Bonität) des/der persönlich haftenden Gesellschafter/s ankommt. Selbstverständlich ist das Ranking bei Banken bei einer Rechtsform, an der auch natürliche Personen als (unbegrenzt) persönlich haftende Gesellschafter beteiligt sind, von vornherein besser als das Ranking einer Kapitalgesellschaft, bei denen eine Haftung der Gesellschafter ohne besondere persönliche Verpflichtung, etwa durch eine Bürgschaft oder einen Schuldbeitritt, nicht in Betracht kommt.

5.1.1 Einzelfirma e.K.

Die denkbar „einfachste Rechtsform“ ist die des Einzelunternehmens, da der Unternehmer schlicht keinen Gründungsaufwand hat, sieht man einmal davon ab, dass er sich ins Handelsregister eintragen lassen kann, aber nicht muss. Betreibt der Unternehmer ein Handelsgewerbe, ist er auch ohne Eintragung ins HRA als Kaufmann i.S.v. §§ 1ff. HGB zu behandeln. Wird das Einzelunternehmen ins Handelsregister eingetragen, hat es den Rechtsformzusatz „eingetragener Kaufmann/eingetragene Kauffrau“ oder kurz „e.K.“ zu führen (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB).

Die Attraktivität der Rechtsform liegt auf der Hand: Man ist sein eigener Herr, braucht mit niemandem zu teilen und mit niemandem unternehmerische Entscheidungen „auszufechten“. Diese unternehmerische Freiheit ist allerdings erkauft mit persönlicher und unbegrenzter Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten und Risiken des Einzelunternehmens. Eine Haftungsbegrenzung kommt nur im Einzelfall kraft gesonderter Vereinbarung mit dem jeweiligen Vertragspartner in Betracht, ist in der Praxis aber gänzlich unüblich und i.d.R. auch nicht durchsetzbar. Fragen der Vertretungsberechtigung oder der Erbfolge, wie sie regelmäßig im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft aufgeworfen sind, stellen sich nicht.

5.1.2 eGbR (eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts)

Wie bereits einleitend erwähnt hat die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), gesetzlich geregelt in §§ 705ff. BGB, durch das MoPeG eine massive Aufwertung erfahren und steht nun in einer Reihe neben den Personengesellschaften oHG und KG sowie der PartG. Seit 01.01.2024 kann sich eine GbR, die nach dem gemeinsamen Willen ihrer Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, in das sog. Gesellschaftsregister eintragen lassen und wird so zu einer eingetragenen GbR oder kurz eGbR. Die eGbR ist ebenso wie die oHG oder KG eine rechtsfähige Gesellschaft, auf die eine ganze Reihe von Bestimmungen des HGB entsprechend anwendbar sind, etwa die Regelungen über die Auswahl und den Schutz des Namens der Gesellschaft (vgl. § 707b BGB) und die unter ihrem Namen Verträge schließen und etwa Grundstücke erwerben kann (was einer nicht rechtsfähigen GbR gem. § 740 BGB nicht möglich ist). Sie wird unter dem Namen der eGbR ins Grundbuch eingetragen.

Ebenso sind durch das MoPeG mehr Bestimmungen des BGB zur GbR als bisher schon auch für die Personengesellschaften maßgeblich und die bis dahin geltenden Regelungen z.T. aus dem HGB ins BGB verlagert worden, etwa die Regelung zur Gewinnbeteiligung nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 709 Abs. 3 BGB. Ein bis dahin gravierender Nachteil der GbR, nämlich, dass der Nachweis, wer für sie zu handeln (vertretungsberechtigt ist, wurde durch die Einführung des Gesellschaftsregisters behoben, wo nun verlautbart ist, welche Gesellschafter zur Vertretung der eGbR berechtigt sind. Der Erteilung einer gesonderten schriftlichen oder gar notariellen Vollmacht an den

oder die geschäftsführenden Gesellschafter bedarf es also nicht mehr.

Die eGbR eignet sich besonders für Vermögensverwaltungsgesellschaften, insb. Familiengesellschaften, weil sie die größtmögliche Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsvertrag bietet und dennoch durch die Eintragung im Gesellschaftsregister am Rechtsverkehr teilnehmen kann, ohne Probleme mit dem Nachweis der Vertretungsberechtigung der Agierenden zu haben. Wie bei der GmbH gilt der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsvertrag, d.h. die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag ihre Belange grundsätzlich frei gestalten, soweit nicht im Gesetz etwas anderes bestimmt ist (§ 708 BGB).

Zudem ist die eGbR seit dem Inkrafttreten des MoPeG ein uneingeschränkt nach dem UmwG umwandlungsfähiger Rechtsträger, steht der oHG/KG bzw. GmbH & Co. KG also auch insoweit in nichts nach. Daher besteht auch die Möglichkeit für einen sog. Statuswechsel, also den Wechsel in eine andere Personengesellschafts-Rechtsform (KG, oHG, PartG) nach § 707c BGB, was eine Art vereinfachtes Umwandlungsverfahren darstellt.

Ein Malus der eGbR mag dabei allerdings sein, dass sämtliche Gesellschafter zwingend für die Verbindlichkeiten der GbR persönlich haften (§ 721 BGB). Eine diesem Grundsatz entgegen sehende Vereinbarung der Gesellschafter ist Dritten gegenüber unwirksam, was allerdings nicht ausschließt, dass die eGbR im Einzelfall mit einem Vertragspartner ausdrücklich eine Haftungsbegrenzung auf einen bestimmten Betrag oder auf das Gesellschaftsvermögen der eGbR als solcher vereinbaren kann. Beschränkt sich das Betätigungsfeld der eGbR aber – wie in der Praxis häufig – auf die reine Vermögensverwaltung, so ist die persönliche Haftung der Gesellschafter indessen von untergeordneter Bedeutung.

Zur Vertretung der Gesellschaft sind die zu vertretungsberechtigten Gesellschaftern bestimmten Gesellschafter befugt und als solche ins Gesellschaftsregister einzutragen. Es gilt der sog. Grundsatz der Selbstorganschaft, d.h. grundsätzlich können nur Gesellschafter zu Geschäftsführern bestimmt werden. Die Vertretungsbefugnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter ist im Außenverhältnis zu Dritten nicht beschränkbar (§ 720 Abs. 3 Satz 2 BGB). Anders als bei der oHG gilt aber das Prinzip der Gesamtvertretung, d.h. grundsätzlich sind alle Gesellschafter gemeinsam zur Vertretung befugt (§ 720 Abs. 1 BGB), falls nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Abweichende Vertretungsregelungen des Gesellschaftsvertrags stellen eine eintragungspflichtige Tatsache i.S.v. § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB dar, sodass sich Dritte dies nur bei ordnungsgemäßer Eintragung im Gesellschaftsregister entgegenhalten lassen müssen.

Der Tod eines Gesellschafters ist kein gesetzlicher Auflösungsgrund mehr für die GbR, vielmehr scheidet der Verstorbene aus der Gesellschaft aus, die von den verbliebenen, vorbehaltlich einer anderen Regelung im Gesellschaftsvertrag, fortgesetzt wird (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ist im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll, geht der Anteil bei mehreren Erben nicht an eine Erbengemeinschaft über, vielmehr fällt der Gesellschaftsanteil kraft Gesetzes jedem Erben entsprechend seiner Erbquote zu, er wird also kraft Gesetzes geteilt und die Bestimmungen über die Erbengemeinschaft finden keine Anwendung (§ 711 Abs. 2 BGB). Dies ist ein wichtiger Vorteil der eGbR für Familiengesellschaften, da die Begründung einer Erbengemeinschaft stets massives Streitpotenzial birgt.

5.1.3 oHG (offene Handelsgesellschaft)

Die in der Praxis – wohl nicht zuletzt aufgrund der unabdingbaren persönlichen Haftung aller Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 126 HGB) – eher selten vorkommende Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft (oHG) ist in den §§ 105ff. HGB (und gem. § 105 Abs. 3 HGB in §§ 705ff. BGB) geregelt. Sie ist definitionsgemäß ein auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtetes, vollkaufmännisches Unternehmen und ins Handelsregister einzutragen, wobei sie auch ohne Eintragung rechtlich als oHG nach Maßgabe der §§ 105ff. HGB zu behandeln ist. Sie ist rechtsfähig (§ 105 Abs. 2 HGB), kann also als solche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Die Bestimmungen des BGB über die GbR finden, soweit die Vorschriften von §§ 105ff. HGB nicht anderes bestimmen, entsprechende Anwendung (§ 105 Abs. 3 HGB).

Die oHG wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages errichtet, was grundsätzlich keiner weitergehenden Form bedarf, sofern keine formbedürftigen Rechtsgeschäfte (etwa die Einbringung eines Grundstücks ins Gesellschaftsvermögen) mit dem Gründungsakt verbunden sind. Sie ist durch alle Gesellschafter nach Maßgabe von § 106 HGB zum Handelsregister anzumelden. Existiert bereits eine Eintragung der Gesellschaft im Gesellschafts- oder Partnerschaftsregister, so hat die Anmeldung im Wege eines Statuswechsels zu erfolgen (§ 106 Abs. 3 und 4 HGB i. V.m. § 707c BGB).

Betreibt die Gesellschaft kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB oder verwaltet sie nur eigenes Vermögen, entsteht sie als oHG nur und erst mit ihrer Eintragung ins Handelsregister (§ 107 HGB); die Eintragung erfolgt nur auf Betreiben der Gesellschafter, es besteht keine entsprechende Verpflichtung. Mangels Eintragung wird eine solche Gesellschaft als GbR zu qualifizieren sein. Im Falle des Ablebens eines Gesellschafters einer GbR, die i.S.v. § 107 HGB die Möglichkeit hätte, sich als oHG bzw. KG ins Handelsregister eintragen zu lassen, kann jeder Gesellschaftererbe eine solche Eintragung mit der Maßgabe verlangen, dass er die Stellung eines Kommanditisten erhält (§ 724 Abs. 1 BGB).

5.1.4 KG (Kommanditgesellschaft)

Die Kommanditgesellschaft (KG) in ihrer typischen Form, also mit einer oder mehreren natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafter (phG oder Komplementäre), ist in der Praxis ebenfalls eher selten anzutreffen, zumal seit Einführung der eGbR kein Grund mehr besteht, eine Familiengesellschaft zwecks transparenter Klärung der Vertretungsverhältnisse über das Handelsregister in diese Rechtsform zu kleiden.

Charmant für die Kommanditisten ist, dass sie nach Erbringung ihrer Haftsumme, also ihres im Gesellschaftsvertrages ausbedungenen Kapitalanteils, nicht mehr persönlich für die Verbindlichkeiten der KG haften (§ 171 Abs. 1 HGB). Gemäß § 167 HGB sind auf Kommanditisten, die ihre Einlage geleistet haben, die Bestimmungen von § 136 und § 149 HGB nicht anzuwenden, d.h. sie haften nach ihrem Ausscheiden nicht für Fehlbeträge und im Zuge der Liquidation nicht für nicht gedeckte Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Hat die Gesellschaft schon vor ihrer Eintragung ins Handelsregister ihre Geschäfte als Handelsgewerbe aufgenommen, haften auch die Kommanditisten, die der Teilnahme am Rechtsverkehr zugestimmt haben, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der KG gleich einem phG, es sei denn, dass die Beteiligung als Kommanditist dem betr. Gläubiger bekannt war (§ 176 Abs. 1 HGB). Dasselbe gilt für einen der KG beitretenden

Kommanditisten für die zwischen seinem Eintritt in die Gesellschaft und seiner Eintragung in das HRA begründeten Verbindlichkeiten, weshalb der Beitritt, etwa durch einen Kommandantenteils-Kauf, regelmäßig aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung des Kommanditisten ins Handelsregister vorgenommen wird (§ 176 Abs. 2 HGB).

Der Kommanditist ist aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 170 Abs. 1 HGB als solcher nicht befugt, die Gesellschaft zu vertreten. Diese Rolle obliegt einzig dem oder den phG, was sich aus einem Rückschluss aus §§ 161 Abs. 2, 170 HGB i.V.m. § 124 Abs. 1 HGB ergibt. Das Informationsrecht des Kommanditisten ist nach Maßgabe von § 166 Abs. 1 HGB begrenzt, aber insoweit auch nicht weiter beschränkbar (§ 166 Abs. 2 HGB); es wird in der Praxis aber im Gesellschaftsvertrag häufig erweitert und dem Informationsrecht eines GmbH-Gesellschafters nach § 51a GmbHG angenähert. Die weiteren Charakteristika der KG werden sogleich zur GmbH & Co. KG behandelt.

5.1.5 GmbH & Co. KG

Die bei weitem beliebteste und in der Praxis am häufigsten anzu treffende Personengesellschaftsform ist die GmbH & Co. KG, ggf. auch in der Variante mit einer anderen Komplementär-Rechtsform (AG & Co. KG, Stiftung & Co. KG, etc.). Sie ist der Klassiker der haftungsbeschränkten Personengesellschaft und zudem die einzige Personengesellschaft, die – jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtung – eine Ein-Personen-Gesellschaft ermöglicht, wenn sowohl sämtliche Geschäftsanteile der Komplementärin als auch das gesamte Kommanditkapital von einer Person gehalten werden. „Der Form nach Personengesellschaft, sachlich Gesellschaft mbH“, so formulierte bereits 1974 der Bundesgerichtshof, um die GmbH & Co. KG mit einem Satz zu charakterisieren.

Während sich die wesentlichen Rechtsgrundlagen der Komplementär-Kapitalgesellschaft regelmäßig im GmbHG bzw. AktG wiederfinden, ist das Recht der Kommanditgesellschaft im HGB geregelt und erlaubt die gesellschaftsrechtlichen Regelungen sehr individuell auszugestalten. So können etwa unabhängig von der Gewinnverteilung die Gesellschafter abweichende Entnahmeregelungen treffen und/oder beschließen. Verfügt eine GmbH & Co. KG etwa über eine hohe Liquidität, aber nicht verteilungsfähige Gewinne, so können die Gesellschafter beschließen, die im Unternehmen nicht benötigte Liquidität dennoch zu entnehmen. Dagegen kennen Kapitalgesellschaften keine Entnahmen, sondern nur Gewinnausschüttungen und können allenfalls Darlehen an die Gesellschafter geben, sieht man von der begrenzten Möglichkeit einer inkongruenten Gewinnverwendung einmal ab, die allerdings in der Satzung vorgesehen sein muss.

Das Festkapital der GmbH & Co. KG kennt keine Mindestgröße, sodass eine GmbH & Co. KG auch mit einem Kommanditkapital von 1 € gegründet werden kann. Anders als bei der UG (haftungsbeschränkt) im GmbH-Recht handelt es sich dabei um eine vollwertige GmbH & Co. KG ohne Sonderregeln. Während bei Kapitalgesellschaften Sacheinlagen gegen Gesellschaftsrechte erheblichen rechtlichen Rahmenbedingungen und einer Prüfung der Werthaltigkeit durch das Registergericht unterliegen, ist dies bei einer GmbH & Co. KG eher unproblematisch zu bewerkstelligen. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG ist ebenso wie etwaige Änderungen nicht beurkundungspflichtig. Das gleiche gilt für Anteilsübertragungen, gleich welcher Größenordnung.

Die GmbH & Co. KG kommt in der Praxis in verschiedenen typischen Spielarten vor, etwa der beteiligungsidentischen (typischen) GmbH & Co. KG, bei der die Beteiligungsverhältnisse an der KG und der Komplementär-GmbH identisch sind. Sowohl aus

steuerlichen als auch aus wirtschaftlichen sowie aus gesellschafts- und erbrechtlichen Gründen ist es erstrebenswert, die Beteiligungsverhältnisse bei der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft dergestalt miteinander zu koppeln, dass diese grundsätzlich gleich lauten. Von besonderer Bedeutung ist daher die sog. Einheitgesellschaft, die seit dem Inkrafttreten des MoPeG am 01.01.2024 auch gesetzliche Anerkennung gefunden hat (vgl. § 170 Abs. 2 HGB), nachdem ihre Zulässigkeit lange umstritten war.

Die Einheitgesellschaft ist eine Kommanditgesellschaft, bei der sämtliche Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH von der KG gehalten werden. Es gilt zu vermeiden, dass die ggf. majorisierte Komplementär-GmbH zum Nachteil von Minderheitsgesellern die GmbH & Co. KG ggf. sogar missbräuchlich beherrscht. Dieses erstrebenswerte Ziel umzusetzen ist in der Praxis wegen der grundlegend unterschiedlichen Struktur der GmbH als Kapitalgesellschaft einerseits und der KG als Personenhandelsgesellschaft andererseits nicht leicht zu erreichen, zumal etwa für einen Erbgang unterschiedliche Regeln gelten. Nicht zuletzt deshalb hat sich die besondere Spielart der Einheits-GmbH & Co. KG entwickelt, bei der ohne Weiteres sichergestellt wird, dass der wünschenswerte Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse (Personen- und Beteiligungsidentität) stets gewährleistet ist – die Gesellschafter sind unmittelbar alleine als Kommanditisten an der GmbH & Co. KG beteiligt und die Anteile der Komplementär-GmbH werden dadurch zwangsläufig denselben Personen zugerechnet wie die Kommandanteile. Es bedarf keiner aufwendigen Abstimmung des Gesellschaftsvertrages der KG und der Satzung der Komplementär-GmbH, etwa durch entsprechende Junktim-Klauseln, wonach die Übertragung der Anteile der KG stets nur wirksam ist, wenn zugleich beteiligungsidentisch die Anteile an der Komplementärin mitübertragen werden, und umgekehrt. Die Gefahr eines Auseinanderfallens der Beteiligungen an der GmbH und der KG ist damit rechtssicher – auch im Erbfall – gebannt.

Die Streitfrage, wie bzw. durch wen die Rechte aus den Geschäftsanteilen der Komplementär-GmbH ausgeübt werden, ist durch § 170 Abs. 2 HGB i.d.F. d. MoPeG dahin geklärt, dass dieses Recht – obwohl eigentlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen – von den Kommanditisten wahrgenommen wird. Die Wahrnehmung durch den oder die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH kommt also nur bei entsprechender Regelung im Gesellschaftsvertrag der KG in Betracht.

Wie bei Kapitalgesellschaften besteht bei der typischen GmbH & Co. KG, bei der also nur eine Kapitalgesellschaft als Komplementärin vorhanden ist, Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 Satz 3 InsO im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Zur Vermeidung u.a. dieser und weiterer, an das Fehlen einer natürlichen Person als phG gekoppelten Rechtsfolgen (etwa der Verpflichtung zur Prüfung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses aufgrund von § 264a HGB) findet sich mitunter eine weitere (natürliche) Person als phG neben der Komplementär-GmbH.

Wie bei der GbR und allen Personengesellschaften wird auch bei der GmbH & Co. KG im Todesfall die Begründung einer Erbengemeinschaft vermieden, da eine Erbengemeinschaft kein tauglicher Gesellschafter einer KG ist und der Kommandanteil eines verstorbenen Gesellschafters – so er denn nach dem Gesellschaftsvertrag vererblich ist, wovon das HGB seit MoPeG gem. § 177 HGB ausgeht – im Wege der Sondererfolge im Verhältnis der Erbquoten auf die nachfolgeberechtigten Erben übergeht und kraft Gesetzes in diesem Verhältnis geteilt wird (vgl. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 711 Abs. 2 BGB).

5.1.6 PartG (Partnerschaftsgesellschaft)

Die Partnerschaftsgesellschaft ist eine Art Symbiose aus GbR und oHG und eine speziell für freie Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten, Ingenieure u. ä., vgl. im einzelnen § 1 Abs. 2 PartGG) geschaffene Rechtsform, die seit 2013 als Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB, § 8 Abs. 4 PartGG) eine Beschränkung jedenfalls der „Berufshaftung“, also der Haftung für Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung, auf das Gesellschaftsvermögen ermöglicht. Sie ist in das Partnerschaftsregister einzutragen. Soll eine PartG mbB eingetragen werden, bedarf es eines besonderen Versicherungsnachweises nach § 113 Abs. 2 VVG. Je nach Berufszugehörigkeit der Partner gelten ergänzend berufsrechtliche Bestimmungen etwa des StBerG oder der BRAO, vgl. § 1 Abs. 3 PartGG.

Gesellschafter (Partner) können nur natürliche Personen sein, die Angehörige eines freien Berufes sind. Die Bestimmungen über die GbR finden entsprechende Anwendung, so etwa auch die Möglichkeit zum Statuswechsel analog § 107 Abs. 3 HGB i. V. m. § 707c BGB. Die Vertretungsberechtigung der Partner richtet sich nach den Bestimmungen des Partnerschaftsgesellschaftsvertrages, wobei ein Partner nicht von der Führung solcher Geschäfte ausgeschlossen werden kann, die die Ausübung des eigenen Berufes betreffen. Mangels gesellschaftsvertraglicher Regelung sind grundsätzlich alle Partner jeweils einzeln zur Geschäftsführung befugt.

Der Name der Partnerschaft muss den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ enthalten (§ 2 Abs. 1 PartGG), bei Haftungsbeschränkung kann neben dem zwingenden Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ oder „mbB“ auch abgekürzt der Zusatz Part oder PartG verwendet werden (§ 8 Abs. 4 Satz 3 PartGG).

5.2 Steuerrecht

Sowohl die Besteuerung des Einzelunternehmens mit oder ohne „e.K.“ als auch die der diversen Formen der Personengesellschaften unterliegen den gleichen steuerlichen Rahmenbedingungen. Bei gewerblich tätigen Personengesellschaften spricht man steuerlich von Mitunternehmerschaften und bei deren Gesellschaftern von Mitunternehmern. Während die Gewerbesteuer von den Gesellschaften selbst getragen wird, findet die einkommensteuerliche Belastung auf der Ebene der Gesellschafter (Mitunternehmer) statt. Verfahrensrechtlich wird dies über die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung erfasst.

5.2.1 Gewerbesteuer

Soweit das Unternehmen gewerbliche Einkünfte erzielt (§ 15 EStG), unterliegen die Gewinne der Personengesellschaft der Gewerbesteuer. Die Einzelfirma wie die Personengesellschaft erhalten im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften einen Freibetrag i. H. v. 24.500 €. Im Gegenzug sind aber sämtliche Vergütungen, die an Gesellschafter gezahlt werden wie z.B. Tätigkeitsvergütungen, Zinsen für Gesellschafterdarlehen oder Mieten keine Betriebsausgaben und unterliegen somit ebenfalls der Gewerbesteuer. Dafür müssen diese Sonderbetriebseinnahmen vom Gesellschafter nicht als Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit, Kapitalvermögen oder Vermietung und Verpachtung versteuert werden.

Die Belastung selbst liegt zwischen 7 % und 21%, je nach Hebesatz der Gemeinde (s. Ziffer 4.2.1).

5.2.2 Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer

Da die Gewinne einer Personengesellschaft einkommensteuerlich einer Steuerbelastung von bis zu 44,31% oder sogar 47,475% unterliegen können, würde eine zusätzliche Gewerbesteuerbelastung zu einer Übermaßbesteuerung führen und insb. dem Gebot der Rechtsformneutralität im Verhältnis zur Kapitalgesellschaft widersprechen. Daher wird die gezahlte Gewerbesteuer auf die Einkommensteuerschuld der Gesellschafter angerechnet (§ 35 EStG). Dabei sind vor allem drei Besonderheiten zu beachten.

Zum einen wird die Anrechnung begrenzt auf das Vierfache des anteiligen Gewerbesteuer-Messbetrags (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG). Das bedeutet, dass die Gewerbesteuer nur dann vollständig angerechnet wird, wenn der Hebesatz der Gemeinde nicht mehr als 400 % beträgt. Je höher der Hebesatz ist, desto größer ist die zusätzliche Steuerbelastung mangels Anrechenbarkeit.

Zum Zweiten gilt bei der Anrechnung ein Ermäßigungshöchstbetrag (§ 35 Abs. 1 Satz 2 EStG), indem die gewerblichen Einkünfte zusammengefasst und ins Verhältnis zur Summe aller positiven Einkünfte gesetzt werden, sodass immer dann, wenn aus anderen gewerblichen Einkunftsquellen Verluste anfallen, faktisch eine Kürzung der Anrechnung stattfindet. „Verlorene“ Anrechnungsbeträge können nicht vorgetragen werden.

Zum Dritten erfolgt die Aufteilung im Verhältnis der gesellschaftsrechtlich vereinbarten allgemeinen Gewinnverteilungsquote und nicht etwa nach dem Verhältnis, in dem die Gewinnanteile einkommensteuerpflichtig sind (§ 35 Abs. 2 Satz 2 EStG). In der Praxis kann das dazu führen, dass infolge von Vorabgewinnen oder Tätigkeitsvergütungen, die nicht an alle Mitunternehmer gleichmäßig gezahlt werden, die tatsächlichen Gewinnanteile mehr oder weniger stark von dem allgemeinen Schlüssel abweichen. Aufgrund der Beschränkung auf die anteilig gezahlte Gewerbesteuer (§ 35 Abs. 2 Satz 1 EStG) führt dies faktisch dazu, dass die Gewerbesteuer regelmäßig nicht vollständig angerechnet wird, und zwar auch dann nicht, wenn der Hebesatz der Gemeinde nicht über 400 % liegt. Beispiel: Sind zwei Gesellschafter A und B mit jeweils 50 % an einer oHG beteiligt, verteilt sich aber der Gewinn aufgrund einer nur an den Gesellschafter A gezahlten Tätigkeitsvergütung im Verhältnis 70 zu 30, bekommt der Gesellschafter A gleichwohl nur 50 % angerechnet, während die Anrechnung bei B auf 30 % beschränkt wird. Folglich gehen 20 % verloren.

Die Ausführungen zeigen, dass die Gewerbesteueranrechnung mit der Zielsetzung eines Beitrags zur Rechtsformneutralität nur in einfachen Grundfällen funktioniert und im Einzelfall zu erheblichen Benachteiligungen führen kann.

5.2.3 Steuerbelastung der Gesellschafter und Gesamtsteuerbelastung

Die gewerblichen Einkünfte eines Einzelunternehmers oder Gesellschafters einer Mitunternehmerschaft unterliegen dem Einkommensteuertarif und sind somit progressionsabhängig. Die Progression wiederum hängt auch davon ab, inwieweit der Steuerpflichtige andere – ggf. auch negative – Einkünfte erzielt. Demzufolge fehlt es an einem einheitlichen Steuersatz wie bei der Körperschaftsteuer bei Kapitalgesellschaften.

Insoweit kann die Besteuerung sehr viel günstiger sein, nämlich dann, wenn der gewerbliche Gewinn mit einer niedrigen Progression besteuert wird. Liegt der individuelle Steuersatz z. B. bei 27 % und wird die Gewerbesteuer in voller Höhe angerechnet, beträgt die Gesamtbelastung bei diesen 27 % statt 48,33 % bei

der Kapitalgesellschaft einschl. Gewinnausschüttung (s. 4.2.1). Eine solch hohe Differenz entsteht aber nur bei relativ niedrigen Gewinnen bzw. Gesamteinkommen.

Der Grenzsteuersatz von 42% wird in 2025 bereits bei einem zu versteuernden Einkommen von 68.481 € und der sog. Reichensteuersatz von 45% bei einem Einkommen von 277.826 € erreicht. Bei Ehegatten, die sich zusammen veranlagen lassen, verdoppeln sich die Schwellenwerte. Einschließlich Solidaritätszuschlag erhöht sich die Belastung auf 44,31% bzw. 47,475 %, sodass der Unterschied zur Gesamtsteuerbelastung von Kapitalgesellschaften mit Gewinnausschüttungen i.H.v. 48,33% nicht allzu groß ausfällt. Kann die Gewerbesteuer nicht voll angerechnet werden, kann die Gesamtbelastung bei Personengesellschaften durchaus höher sein.

Ein wichtiger Aspekt der Besteuerung von Mitunternehmern ist, dass die Besteuerung unabhängig davon vorgenommen wird, ob die Gewinne den Mitunternehmern tatsächlich zufließen oder nicht. Insbesondere bei stark wachsenden Unternehmen kann das ein wichtiger Gesichtspunkt sein. Erzielt eine GmbH & Co. KG einen Gewinn von 200.000 €, behält aber aus Finanzierungsgründen 120.000 € ein, würden deren Mitunternehmer 200.000 € versteuern müssen, obwohl sie liquiditätsmäßig nur 80.000 € erhalten haben. Bei einer angenommenen Steuerbelastung von 40% müssen also die gesamten Entnahmen für Steuerzahlungen verwendet werden (vorbehaltlich Thesaurierungsbesteuerung, Ziffer 5.2.6). Aus dieser Sicht kann eine Kapitalgesellschaft günstiger sein, die zwar ebenfalls ihren Gewinn voll versteuern muss mit einer Steuerbelastung zwischen 23% und 37%, aber in Höhe der Thesaurierung auf die Ausschüttung verzichtet.

Der Unterschied zwischen steuerpflichtigem Gewinn und Liquidität funktioniert auch umgekehrt. Kann eine Personengesellschaft mehr Entnahmen zulassen als Gewinne erzielt werden, ist dies für den Mitunternehmer von Vorteil. Zahlt die Mitunternehmerschaft bei einem Gewinn von 200.000 € Entnahmen i.H.v. 300.000 € aus, beträgt die Steuerlast der Mitunternehmer bei einem Steuersatz von 40% insg. 80.000 € und drückt die Steuerquote bezogen auf die Liquidität auf 26,7 %. Solche Konstellationen treten dann auf, wenn ein Unternehmen hohe Abschreibungen geltend machen kann, die als solche keine Liquidität kosten, was z.B. regelmäßig bei schuldenfreien Immobilienunternehmen der Fall ist.

Durch die Reform der Körperschaftsteuer mit der Steuersatzsenkung ab 2028 um 1%-Punkt jährlich bis auf 10% ab 2032 ergibt sich im Vergleich der Gesamtbelastung eine Verschiebung zugunsten der Kapitalgesellschaft, da nach den Plänen der Regierung keine einkommensteuerliche Entlastung von (Mit-)Unternehmereinkünften vorgesehen ist. Ein Teil der Nachteile soll durch eine Stärkung der Thesaurierungsbesteuerung ausgeglichen werden.

5.2.4 Besteuerung eines Veräußerungsgewinns

Verkauft ein Gesellschafter einer Personengesellschaft seinen Anteil oder einen Teil davon, ergeben sich die steuerlichen Folgen aus § 16 EStG. § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG bestimmt, dass der Teilverkauf eines Anteils als laufender Gewinn zu versteuern ist. Damit wird der Veräußerungsgewinn nicht anders besteuert als der operative Gewinn der Mitunternehmerschaft. Beispiel: Ein Kommanditist mit 40 %-Anteil an der KG erzielt einen laufenden anteiligen Gewinn für 2025 i.H.v. 60.000 €. Zum Jahresende verkauft der Kommanditist einen 30 %-Anteil mit einem Veräu-

ßerungsgewinn i.H.v. 250.000 €. Sein steuerpflichtiger Gewinn addiert sich auf 310.000 € ohne jede Vergünstigung. Der Veräußerungsgewinn i.H.v. 250.000 € unterliegt jedoch nicht der Gewerbesteuer, da es sich bei dem veräußernden Gesellschafter um eine unmittelbar beteiligte natürliche Person handelt (§ 7 Satz 2 GewStG).

Anders sieht es aus, wenn der Gesellschafter insg. seine Anteile veräußert. In diesem Fall kann er nach Vollendung des 55. Lebensjahres oder im Fall seiner Berufsunfähigkeit einmal im Leben einen Freibetrag i.H.v. 45.000 € beantragen. Allerdings mindert sich dieser Freibetrag um den Betrag, der 136.000 € übersteigt. Demzufolge geht der Freibetrag vollständig verloren, wenn der Veräußerungsgewinn höher ist als 181.000 €.

Bedeutsamer ist eine andere Begünstigungsvorschrift. Veräußerungsgewinne von Anteilen an Personengesellschaften gehören zu den außerordentlichen Einkünften gem. § 34 EStG.

Regelfall ist die sog. Fünftelregelung (§ 34 Abs. 1 Satz 2 EStG). Sie bedeutet, dass der gesamte Veräußerungsgewinn mit dem Steuersatz besteuert wird, der sich ergibt, wenn der Veräußerungsgewinn nur mit 20% anzusetzen wäre. Beispiel: Ein Gesellschafter verkauft sämtliche Anteile an einer KG mit einem Veräußerungsgewinn i.H.v. 100.000 €. Dieser wird in einer Steuerberechnung nur mit 20.000 € angesetzt z.B. mit dem Ergebnis einer Steuerquote von 30%. Der gesamte Veräußerungsgewinn wird mit diesen 30% besteuert. Die Regelung wird umso unwirksamer, je höher entweder das übrige Einkommen des Gesellschafters ist oder der Veräußerungsgewinn ausfällt. Beträgt letzterer z.B. 500.000 €, gelangt man mit 20% davon, also 100.000 € bereits beim Spaltensteuersatz der ersten Stufe, sodass sich die Steuerersparnis auf den Sprung zur 2. Stufe reduziert. Die Fünftelregelung kann mehrfach im Leben in Anspruch genommen werden.

Dagegen kann die alternative Begünstigung nach § 34 Abs. 3 EStG nur einmal im Leben geltend gemacht werden. Sie setzt die Vollendung des 55. Lebensjahres oder Berufsunfähigkeit voraus. Folge ist eine Ermäßigung des Steuersatzes auf 56% des durchschnittlichen Steuersatzes. Liegt dieser Steuersatz z.B. bei 40%, so ermäßigt sich die Besteuerung des Veräußerungsgewinns auf 22,4 %. Diese Begünstigung ist allerdings auf einen Höchstbetrag von 5.000.000 € begrenzt, darüberhinausgehende Beträge eines Veräußerungsgewinns werden normal versteuert.

5.2.5 Behandlung der Anschaffungskosten der Anteile

Die Anschaffungskosten der Anteile an einer Personengesellschaften haben unmittelbare steuerliche Auswirkungen, weil sie untrennbar mit dem ggf. anteiligen Betriebsvermögen des Gesellschafters verbunden sind. Mit dem Kaufpreis für die Anteile erwirbt der Gesellschafter anteilig das Betriebsvermögen der Gesellschaft. Üblicherweise führt die Personengesellschaft ihre Handels- und Steuerbilanz fort, sodass Unterschiede zu deren Buchwerten in einer sog. Kapitalergänzungsbilanz abzubilden sind. Lag der Kaufpreis für die Anteile über den Buchwerten, so wird der über die Buchwerte hinausgehende Kaufpreisannteil auf die Wirtschaftsgüter verteilt, z.B. auf Vorräte oder Anlagevermögen, letztlich auch auf einen Firmenwert als Residualgröße.

Im Gegensatz zu den Anschaffungskosten bei Anteilen an einer Kapitalgesellschaft können somit die über den Buchwerten liegenden Kaufpreisbestandteile sofort oder über den Zeitablauf zu steuerlich abzugsfähigen Betriebsausgaben führen und durch

die Steuerersparnisse einen erheblichen Refinanzierungsbeitrag zum Kaufpreis leisten.

Dies gilt auch hinsichtlich der Gewerbesteuer. Es kann also sein, dass eine Personengesellschaft einen üppigen Gewinn erzielt, aber aufgrund der Verluste aus einer Kapitalergänzungsbilanz eine geringe oder sogar keine Gewerbesteuer zahlt.

Diese Systematik führt dazu, dass bei einer späteren Veräußerungsgewinnermittlung nicht mehr die ursprünglichen Anschaffungskosten gewinnmindernd wirken, sondern nur noch die Restbuchwerte der Kapitalergänzungsbilanz.

5.2.6 Thesaurierungsbesteuerung

Die unter Ziffer 5.2.3 beschriebene Sofortbesteuerung erzielter Gewinne kann dynamische Wachstumsentwicklungen erheblich behindern. Aus diesem Grund kann die Versteuerung thesaurierter Gewinne von Einzelunternehmen und Personengesellschaften auf Antrag teilweise hinausgeschoben werden (§ 34a EStG).

Nicht entnommene Gewinne, seit 2024 zzgl. der Steuerbelastungen, werden in diesem Fall mit einem im Gesetz festgelegten Steuersatz von 28,25 % ggf. zzgl. Solidaritätszuschlag besteuert unabhängig von der tatsächlichen Progression. Damit liegt die Steuerbelastung auf vergleichbarem Niveau zur Kapitalgesellschaft.

Die thesaurierten Gewinne müssen nachversteuert werden, wenn sie später entnommen werden oder die Mitunternehmerschaft durch Verkauf, Betriebsaufgabe, Einbringung oder Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft beendet wird. Das gleiche gilt beim Übergang zur Einnahmen/Überschussrechnung oder wenn es der Steuerpflichtige beantragt. Der nachversteuerungspflichtige Betrag errechnet sich aus dem thesaurierten Gewinn abzüglich der darauf entstandenen Steuerbelastung und wird jährlich fortgeschrieben. Bei Nachversteuerung fällt ein Steuersatz von 25 % an (§ 34a Abs. 4 Satz 2 EStG) zzgl. Solidaritätszuschlag (ohne Freigrenze).

Bei gleichbleibenden Steuersätzen ist die Gesamtsteuerbelastung beim Spitzensteuersatz der 1. Stufe um 2,4 % höher und beim Spitzensteuersatz der 2. Stufe um 0,93 %. Diesem Nachteil stehen Zinsvorteile gegenüber.

Nach dem StInvSPG vom 19.07.2025 wird die Besteuerung der thesaurierten Gewinne gemindert. Der Thesaurierungssteuersatz von derzeit 28,25 % sinkt in 3 Schritten für 2028/2029 auf 27 %, für 2030/2031 auf 26 % und ab 2032 auf 25 %; der Nachversteuerungssatz von 25 % bleibt unverändert. Diese Absenkung ist eine Parallelmaßnahme zur Senkung der Körperschaftsteuer für Kapitalgesellschaften, um die Rechtsformneutralität beizubehalten.

5.2.7 Behandlung von Verlusten

Die Verluste können von den Gesellschaftern einer Personengesellschaft einkommensteuerlich grundsätzlich verwertet werden. Sie können mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden, was einen erheblichen Vorteil gegenüber einer Kapitalgesellschaft bedeutet. Beispiel: Macht ein Unternehmer einen Verlust i.H.v. 50.000 € und hat im gleichen Jahr andere positive Einkünfte i.H.v. 200.000 €, so kann er durch die Verlustverrechnung ca. 22.000 € Einkommensteuerersparnis erzielen. Insbesondere bei neu gegründeten Gesellschaften ergibt sich dadurch ein gewisses Refinanzierungspotenzial. Allerdings ist der Spareffekt stark von den Einkünfteverhältnissen des Unternehmers bzw. der Mitunternehmer abhängig. Bei niedrigen Progressionen ist der Effekt niedrig und kann ganz oder teilweise verpuffen, wenn

z.B. die Sonderausgaben als Minderung des zu versteuernden Einkommens verloren gehen.

Sofern der Unternehmer nur beschränkt für die Verluste der Gesellschaft haftet, kann es sein, dass aufgrund der Vorschrift des § 15a EStG erzielte Verluste nur teilweise oder gar nicht auf die Einkommensteuer durchschlagen. Das gilt insb. für Verluste als Kommanditist einer GmbH & Co. KG. Grundsätzlich sind die Verluste auf die Höhe der Einlage beschränkt. Soweit sie die Einlage überschreiten, sind sie nur mit späteren Gewinnen verrechenbar. Beispiel: Ein Kommanditist hat eine Einlage i.H.v. 100.000 € geleistet. In der Vergangenheit wurden Verluste i.H.v. 80.000 € erzielt, die der Kommanditist einkommensteuerlich nutzen konnte. Im neuen Jahr entfallen auf ihn weitere 30.000 € Verluste. Einkommensteuerlich verwerten kann er davon 20.000 € (ausgleichsfähiger Verlust), während die restlichen 10.000 € (verrechenbarer Verlust) nur mit späteren Gewinnen desselben Kommanditanteils verrechnet werden können.

Gewerbesteuerlich können Verluste wie bei einer Kapitalgesellschaft nur vorgetragen werden. Allerdings ist zu beachten, dass bei einem Gesellschafterwechsel der auf ihn entfallende anteilige Gewerbeverlust verloren geht. Dies gilt unabhängig von der Beteiligungsquote und es gibt auch keine Verhinderungsmöglichkeit durch den Nachweis stiller Reserven oder den fortführungsgebundenen Verlustvortrag wie bei Kapitalgesellschaften zur Vermeidung des Untergangs von Verlustvorträgen (s. 4.2.6).

5.3 Option zur Besteuerung als Kapitalgesellschaft

Personengesellschaften können gem. § 1a KStG auf unwiderruflichen Antrag wie eine Kapitalgesellschaft besteuert werden. Das macht immer dann Sinn, wenn aus außersteuerlichen Gründen die Rechtsform einer Personengesellschaft präferiert wird, die Besteuerung aber wie bei einer Kapitalgesellschaft erfolgen soll, also Besteuerung der Gesellschaft selbst weg von der Gesellschafterebene und Erfassung der Entnahmen als Gewinnausshüttung.

Diese Entscheidung bietet sich vor allem bei Neugründungen von Unternehmen an. Sie hat dann allerdings binnen eines Monats nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags zu erfolgen (§ 1a Abs. 1 Satz 7 Nr. 1 KStG), sollte also bereits im Gründungsstadium getroffen werden.

Übt eine bestehende Personengesellschaft die Option aus, so müssen aufgrund des Regimewechsels die Vorschriften zum Formwechsel des UmwStG (Umwandlungssteuergesetz) beachtet werden (§ 1a Abs. 2 KStG). Insoweit wird auf Ziffer 9 verwiesen.

Die Optionsmöglichkeit wird zumindest bei KMU eher selten genutzt. Dies liegt nicht nur an diversen Komplexitäten des § 1a KStG, sondern vor allem daran, dass bei Personengesellschaften deren Steuerregime gewünscht wird. Ändert sich dies, wird im Regelfall auch die Rechtsform in eine Kapitalgesellschaft formgewechselt nach den Regeln des UmwG (Umwandlungsgesetz) und UmwStG.

Eine Kapitalgesellschaft, die in eine Personengesellschaft formgewechselt wird, kann sich weiterhin wie eine Kapitalgesellschaft besteuern lassen; der Antrag ist innerhalb eines Monats nach Anmeldung des Formwechsels zu stellen (§ 1a Abs. 1 Satz 7 Nr. 2 KStG).

6. BETRIEBSAUFSPALTUNG UND SONDERBETRIEBSVERMÖGEN

Das Rechtsinstitut der Betriebsaufspaltung findet sich häufig bei KMU und löst bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften unterschiedliche steuerliche Folgen aus.

6.1 Ausgangslage: Betriebsimmobilien im Vermögen eines Gesellschafters

Wirtschaftlicher Ausgangspunkt der Betrachtung ist, dass ein wesentlicher Vermögensgegenstand (wesentliche Betriebsgrundlage) sich nicht im Eigentum der operativ tätigen Gesellschaft befindet, sondern im direkten oder indirekten Eigentum eines Gesellschafters. Der in der Praxis häufigste Fall betrifft die vom Unternehmen genutzten Immobilien, die ein Gesellschafter an das Unternehmen vermietet oder verpachtet. Vergleichbares kann für andere Werte, insb. immaterielle Vermögensgegenstände, z.B. Patente gelten. Die folgende Betrachtung beschränkt sich auf Immobilien. Je nach Rechtsform der operativen Gesellschaft ergeben sich unterschiedliche steuerliche Rechtsfolgen.

6.2 Betriebsaufspaltung bei Kapitalgesellschaften

Unter den Voraussetzungen einer sachlichen und personellen Verflechtung (> 50 % deckungsgleiche Beteiligungsverhältnisse) werden Immobilien, die ein Gesellschafter an das operativ tätige Unternehmen in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft vermietet, zu Betriebsvermögen. Mit der Vermietung begründet der Gesellschafter nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen einen Gewerbebetrieb mit den wesentlichen Folgen einer Gewerbesteuerpflicht (ohne erweiterte Kürzung i.S.v. § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG für Grundbesitzunternehmen) und Unmöglichkeit eines steuerfreien Veräußerungsgewinns nach Ablauf von 10 Jahren. Eine weitere bedeutende Folge ist, dass die Anteile an der Kapitalgesellschaft zum notwendigen Betriebsvermögen des Vermietungsbetriebs qualifiziert werden. Hier besteht insb. die Gefahr, dass bei einer gewollten oder ungewollten Auflösung der Betriebsaufspaltung die Anteile als zum Verkehrswert entnommen gelten mit der Folge einer massiven Steuerbelastung nach dem Teileinkünfteverfahren. Ein typischer Fall ist die lebzeitige Unternehmensnachfolge, bei der die Anteile an der Kapitalgesellschaft übertragen und die vermieteten Immobilien als passive Einkünfte behalten werden sollen. Eine Abhilfe kann hier ggf. das Wahlrecht einer Betriebsverpachtung schaffen oder die Einbindung der Immobilie in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG.

Die Folgen des Betriebsvermögens gelten auch, wenn der Vermieter eine Personengesellschaft, z.B. eGbR ist, an der mit weniger als 50 % andere Gesellschafter beteiligt sind. Durch die Betriebsaufspaltung werden auch die Anteile dieser Gesellschafter zu Betriebsvermögen. Ein Veräußerungsgewinn nach mehr als 10 Jahren wird damit auch für die Mitgesellschafter steuerpflichtig, die mit dem operativen Unternehmen überhaupt nichts zu tun haben.

6.3 Sonderbetriebsvermögen bei Personengesellschaften

Auch bei einer operativ tätigen Personengesellschaft werden die vermieteten Immobilien zu Betriebsvermögen, aber nach gänzlich anderen Regeln. Sie werden zum sog. Sonderbetriebsvermögen mit der Folge, dass die Mieten zu gewerblichen Einkünften der Personengesellschaften umqualifiziert werden (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Wird nunmehr die Immobilie übertragen, findet zwar eine Besteuerung des Veräußerungs- oder Entnahmegewinns statt, aber ohne Gewinnrealisierung bei der operativ tätigen Personengesellschaft. Aber auch hier kann es zu einer Steuerausfallen kommen, wenn die Anteile an der Personengesellschaft z.B. auf eine nachfolgende Generation übertragen werden ohne

zugleich die Immobilie mit zu übertragen. In diesem Fall kann es zur Zwangsentnahme der Immobilie aus dem Sonderbetriebsvermögen mit der Folge der vollen Steuerpflicht des fiktiven Veräußerungsgewinns kommen, abgeleitet aus dem Verkehrswert der Immobilie, sofern die Vermietung nicht als sog. Betriebsverpachtung fortgeführt werden kann. Diese Folge kann dadurch verhindert werden, dass vor der Nachfolgeregelung die Immobilie in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG eingebracht wird (Gewerbebetrieb kraft Rechtsform, § 15 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG).

Im Gegensatz zur Betriebsaufspaltung bedarf es keiner Mindestquote von jeweils > 50 %, um die Betriebsvermögenseigenschaft zu begründen. Beispiel: Vermieter ist eine eGbR, an der der alleinige Inhaber einer GmbH & Co. KG mit 15 % beteiligt ist. Damit werden 15 % der vermieteten Immobilie Sonderbetriebsvermögen und auch nur 15 % der Mieten werden als Mitunternehmervergütung umqualifiziert; die restlichen 85 % Miete bleiben bei der operativ tätigen Gesellschaft abzugsfähige Betriebsausgaben.

Ist der Vermieter eine eGbR mit anderen Gesellschaftern wie unter 6.2 beschrieben, so werden nur die Anteile derjenigen Gesellschafter Betriebsvermögen, die auch an der operativ tätigen Personengesellschaft beteiligt sind. Somit können die anderen Gesellschafter nach Ablauf von 10 Jahren steuerfreie Veräußerungsgewinne aus der Immobilie erzielen (§ 23 Abs. 1 Satz 4 EStG).

Die Grundsätze des Sonderbetriebsvermögens gelten nicht, wenn der Grundbesitz nicht einem Gesellschafter direkt sondern einer gewerblichen Personengesellschaft gehört, z.B. einer weiteren GmbH & Co. KG (sog. mitunternehmerische Betriebsaufspaltung). In diesem Fall bleiben die Betriebsvermögensphären getrennt und es erfolgt keine Umqualifizierung der ohnehin gewerblichen Mieterräge.

6.4 Auswirkungen auf die Rechtsformwahl

Die Ausführungen unter 6.2 und 6.3 zeigen, dass die Rechtsformwahl der operativ tätigen Gesellschaft zu sehr unterschiedlichen Folgen bzgl. der Besteuerung der vermieteten Immobilien führt, die ganz oder teilweise im Eigentum der Gesellschafter stehen. Es kann keine generelle Empfehlung gegeben werden, ob eine Kapitalgesellschaft mit den Folgen der Betriebsaufspaltung besser ist oder eine Personengesellschaft mit den Folgen eines ggf. partiellen Sonderbetriebsvermögens. Es kommt sehr auf den Einzelfall an ggf. unter besonderer Berücksichtigung einer späteren Nachfolgegestaltung.

7. GEGENÜBERSTELLUNG DER WESENTLICHEN MERKMALE

Übersicht

	Kapitalgesellschaften	Personengesellschaften
Zivilrechtliche Grundlagen	BGB, HGB AktG, GmbHG, GenG	BGB, HGB PartGG
Haftung der Gesellschafter	im Regelfall ausgeschlossen	Regelfall, beschränkt auf die Einlage bei Kommanditisten bei KG und Berufshaftung bei PartG mbB
Gründungsaufwand	tendenziell hoch	tendenziell niedrig
Sacheinlagen	hohe Sorgfaltspflicht materiell, formal	relativ einfach
Gestaltungsfreiheit	tendenziell niedrig	tendenziell hoch
Steuersubjekt	KapGes selbst, KSt, Soli, GewSt, bei Gewinnausschüttung KapESt, Soli	Gesellschafter, ESt, Soli, Gesellschaft GewSt mit Anrechnung beim Gesellschafter
Bemessungsgrundlage	Steuerbilanz	Steuerbilanz einschl. Sonder- und Kapitalergänzungsbilanzen
Tätiger Gesellschafter	Arbeitnehmer, Lohnsteuer, abzugsf. Betriebsausgabe, Sozialversicherungspflicht bei Quote bis 50 %, keine Sozialversicherungspflicht für Vorstand einer AG	nichtabzugsf. Mitunternehmervergütung, Sozialversicherungspflicht bei Quote bis 50 %
Gewinnausschüttung	Kapitaleinkünfte i.d.R. mit Abgeltungswirkung	steuerfreie Entnahmen
Steuerbelastung	15 % KSt, darauf 5,5 % Soli, 7 % bis 21% GewSt je nach Hebesatz, insg. 23 % bis 37 %, ab 2028 Minderung der KSt um 1%-Punkt p.a. bis auf 10 % in 2032	7 % bis 21% GewSt je nach Hebesatz
einschl. Gesellschafter	43 % bis 50 %	progressionsabhängig bis 49 %, GewSt ganz oder teilweise anrechenbar
Veräußerungsgewinn	60 % nach Teileinkünfteverfahren, 95 % steuerfrei, wenn Anteilseigner eine Kapitalgesellschaft oder ein anderes Körperschaftsteuersubjekt ist	Begünstigung nur bei Betriebsaufgabe oder Verkauf aller Anteile, §§ 16, 34 EStG, Freibetrag, Fünftel-Regelung, einmalig im Leben 56 % des Steuersatzes, sofern 55. Lebensjahr vollendet
Verluste	2 Jahre rücktragsfähig (nicht bei GewSt), vortragsfähig mit Mindestbesteuerung	Ausgleichsfähig mit anderen positiven Einkünften des Gesellschafters in den Grenzen § 15a EStG ; rück- und vortragsfähig auf ESt-Ebene, bei der GewSt nur vortragsfähig
Verluste bei Gesellschafterwechsel	§ 8c KStG, bleiben erhalten bis 50 % Anteilsquote, ansonsten Nachweis stille Reserven oder fortführungsgebundener Verlustvortrag nach § 8d KStG, identisch bei der GewSt	gewerbesteuerlicher Verlustvortrag geht in Höhe der Übertragungsquote unter
Anschaffungskosten über Buchwert	führen nicht zu Betriebsausgaben	können steuerlich verwertet werden durch Verbrauch (Vorräte) oder Abschreibungen (Anlagevermögen) in der Kapitalergänzungsbilanz
Option zum anderen Steuerregime	nicht möglich	nach § 1a KStG Wahlrecht, wie eine Kapitalgesellschaft besteuert zu werden, aber fiktiver Formwechsel
Betriebsimmobilien im zivilrechtlichen Privatvermögen	Betriebsaufspaltung bei sachlicher und personeller Verflechtung jeweils >50 %	Sonderbetriebsvermögen unabhängig von der Beteiligungsquote
Verschonungsabschlag bei Schenkungen	Schenker muss unmittelbar mehr als 25 % Anteile besitzen oder Poolvereinbarung haben	keine Mindestbeteiligung erforderlich

8. ENTSCHEIDUNGSPROZESS ZUR RECHTSFORM

Aufgrund der erheblichen zivil- und steuerrechtlichen Unterschiede bedarf es sorgfältiger Überlegungen des Unternehmers und damit auch des Beraters, für welche Rechtsform sich entschieden wird. Bei der Entscheidungsfindung sollte wie folgt vorgegangen werden:

8.1 Dialog mit dem oder den Unternehmern

Am Anfang steht das Verständnis für die Ziele des Unternehmers. Das Geschäftsmodell kann bereits Zielrichtungen vorgeben. So können grunderwerbsteuerliche Gründe und variable Liquiditätsflüsse bei Immobiliengesellschaften für eine Personengesellschaft sprechen. Auch die beabsichtigte Dauer spielt eine Rolle, insb. bei Start-ups, bei denen eine kurz- bis mittelfristige Verkaufsabsicht Bestandteil der unternehmerischen Idee ist, die tendenziell für eine persönliche Holdingstruktur von Kapitalgesellschaften spricht. Auch eine Aversion des Unternehmers zu steuerlichen Komplexitäten kann eine Rolle spielen und Hinweise für eine „keep it simple“ gesellschaftsrechtliche Ordnung geben.

8.2 Prüfung der dargestellten Wesensmerkmale

Im Weiteren sollten in Kenntnis des Geschäftsmodells und der Unternehmerpersönlichkeit die zivil- und steuerrechtlichen Unterschiede durchdokumentiert und anschließend mit dem Unternehmer besprochen werden. Die unter Ziffer 7 dargestellte Zusammenfassung kann dabei eine Hilfestellung bieten.

8.3 Entscheidung zur Rechtsform Kapital- oder Personengesellschaft

Aufgrund der unterschiedlichen zivilrechtlichen Rahmenbedingungen und Steuerregime wird im ersten Schritt zu entscheiden sein, ob das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder der einer Personengesellschaft zu führen ist.

8.4 Entscheidung zur individuellen Rechtsform bei der Kapitalgesellschaft

Vorherrschende Gesellschaftsform ist hier die GmbH. Das bedeutet in der Praxis, dass es gute Gründe geben sollte, eine der alternativen Rechtsformen UG (haftungsbeschränkt), AG, KGaA, Stiftung oder Genossenschaft zu wählen. Bei KMU scheidet im Regelfall die KGaA schon wegen ihrer Komplexität aus. Stiftungen oder Genossenschaften setzen spezielle Gründerinteressen voraus, die im Regelfall bei gewerblichen Unternehmen nicht vorliegen. Somit bleiben üblicherweise als Alternative zur GmbH nur die UG (haftungsbeschränkt) und die AG übrig.

Die UG (haftungsbeschränkt) als „GmbH Light“ eignet sich nur dann, wenn entweder tatsächlich das GmbH-Mindestkapital i.H.v. 25.000 € nicht wenigstens zur Hälfte aufgebracht werden kann oder die Gesellschaft nach dem Geschäftsmodell nur sehr geringe Aktivitäten entfaltet, wie z.B. eine persönliche Holding zum Halten von Anteilen an Kapitalgesellschaften (vgl. DWS Nr. 1031 Umwandlung einer persönlichen Beteiligung in eine Kapitalgesellschaftsstruktur). Bei einer aktiv tätigen UG sind deren Besonderheiten zu beachten, insb. bei einer später gewünschten „Umwandlung“ in eine GmbH (vgl. DWS Nr. 1782 Die UG (haftungsbeschränkt)). Sowohl handelsrechtlich als auch steuerlich unterscheiden sich GmbH und UG nicht nennenswert, sodass abgesehen vom geringeren Kapitaleinsatz hier keine Vorteile für die UG erkennbar sind.

Vorteile der AG gegenüber der GmbH können im Wesentlichen die folgenden sein:

- Anteilsveräußerungen sind nicht beurkundungspflichtig und damit kostengünstig; die Anteile sind hochfunktional.
- Durch Vorzugsaktien kann Eigenkapital gewonnen werden ohne Stimmrechte der Aktionäre.
- Mitarbeiterbeteiligungsmodelle lassen sich leichter und flexibler realisieren als die hochstabilen Gesellschaftsanteile an Gmbhs.
- Mit dem Aufsichtsrat verfügt die AG über ein gesetzlich vorgeschriebenes Aufsichtsorgan als unvermeidliche Kontrollinstanz.
- Der Marktauftritt einer AG vermittelt eine gewisse Größe und ein besonderes Renommee (Rechtsformprestige/-image).
- Stärkere Trennung von Kapital (Aktionär) und Management (Vorstand)
- Berufung der Geschäftsführung (Vorstand) durch Aufsichtsrat und nicht durch die Gesellschafterversammlung, vorzeitige Abberufung nur aus wichtigem Grund
- Die Organe Vorstand und Aufsichtsrat werden für max. 5 Jahre gewählt, bedürfen also zur Fortführung erneuter Beschlüsse.
- Die Aktionäre bleiben anonym (soweit nicht mehr als 25 % Anteilsquote/Transparenzregister).
- Beschränktes Auskunfts- und Fragerecht der Aktionäre im Gegensatz zum umfassenden Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters nach § 51a GmbHG
- Durch die Trennung von Kapital und Management und die Möglichkeit stimmrechtsloser Vorzugsaktien können Unternehmensnachfolgen erleichtert werden, und zwar umso besser, je mehr Abkömmlinge vorhanden sind.
- Bei fehlender Nachfolge im Familienkreis lässt sich mit einem unabhängigeren Vorstand eine Fremdgeschäftsführung leichter realisieren als eine von den „Launen“ einer Gesellschafterversammlung abhängigen Geschäftsführung.
- Vorstandsmitglieder sind stets von der Sozialversicherungspflicht befreit, auch wenn sie nicht mehr als 50 % des Gesellschaftskapitals oder gar keine Aktien halten.
- Die Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung aufgrund zu hoher Vergütung des Vorstands ist signifikant geringer, u.a. wegen der Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Vergütung.
- Forderungen oder Verbindlichkeiten der AG gegenüber den Aktionären sind in der Bilanz nicht ausweispflichtig im Gegensatz zur GmbH (§ 42 Abs. 3 GmbHG), außer, es handelt sich um Beteiligungsunternehmen oder verbundene Unternehmen.

Nachteile der AG gegenüber der GmbH können im Wesentlichen folgende sein:

- Das Mindestkapital ist mit 50.000 € doppelt so hoch, allerdings nur mit 25 % einzahlungspflichtig (mit 12.500 € damit nominell genauso hoch wie bei der GmbH, bei der 50 % des Mindestkapitals einzahlungspflichtig sind).
- 5 % des Jahresüberschusses müssen in eine gesetzliche Rücklage eingestellt werden bis zur Höhe von 10 % des Grundkapitals (also 5.000 € bei Mindestgrundkapital).
- Die zivilrechtlichen Grundlagen sind weitgehend festgelegt (Formenstrenge) und damit Individualisierungen gegenüber wenig zugänglich.
- Dies gilt auch für die Standards der jährlichen Gesellschaftsbeschlüsse (Hauptversammlung), deren Protokolle vom Vorstand zum Handelsregister einzureichen sind (§ 130 Abs. 5 AktG).
- Die Aufgaben des Aufsichtsrats sind ebenfalls stark reglementiert und formalisiert.

- Die Formalisierung erfordert präzise Handhabung und ist in der Praxis somit fehleranfällig und in der weiteren Folge risikobehaftet.
- Der Gründungsaufwand ist deutlich erhöht.
- Bei Neugründung ist die Nachgründungsphase von 2 Jahren zu beachten zur Vermeidung verdeckter Sachgründungen.
- Die Satzung einer AG ist gegenüber dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH erheblich geringer gestaltbar (Grundsatz der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG).
- Durch den Aufsichtsrat entstehen Kosten, die hinsichtlich der Vergütung nur zu 50 % als Betriebsausgaben abzugsfähig sind (§ 10 Nr. 4 KStG).
- Die Geschäftsführung wird unmittelbar von den Gesellschaftern bestellt, und zwar dauerhaft (keine Notwendigkeit zur Verlängerung nach 5 Jahren).
- Beschränktes Auskunfts- und Fragerecht der Aktionäre

Die vorstehend beschriebenen Vor- und Nachteile der AG lassen erkennen, dass es durchaus Sinn macht, sich mit der AG als alternativer Rechtsform zum Standardmodell der GmbH zu beschäftigen.

8.5 Entscheidung zur individuellen Rechtsform bei der Personengesellschaft

Die eGbr eignet sich für vermögensverwaltende Gesellschaften und eher nicht für gewerblich tätige Unternehmen. Neben dem unüblichen Auftreten scheidet sie im Regelfall bereits deshalb aus, weil alle Gesellschafter volumnfänglich haften.

Den gleichen Nachteil hat die oHG, die daher – obwohl die Urform einer Personenhandelsgesellschaft – bereits seit Jahrzehnten aus der Mode gekommen ist. Allerdings kann sie dann eine Alternative sein, wenn ihre Gesellschafter nur beschränkt haften, z.B. weil es sich um GmbHs handelt. In diesem Fall kann man sich die hohe Flexibilität und Gestaltungsfreiheit dieser Rechtsform zunutze machen.

Das Haftungsthema hindert auch die Verbreitung der reinen Kommanditgesellschaft, bei der eine natürliche Person als persönlicher Gesellschafter in vollem Umfang haftet.

Die vorgenannten Personengesellschaftsformen haben zwei mehr oder weniger gewichtige Vorteile: Sie müssen unabhängig von ihrer Größe ihre Jahresabschlüsse nicht veröffentlichen und sie müssen diese auch nicht durch einen Abschlussprüfer prüfen lassen (§ 264a HGB).

Die vorherrschende Personengesellschaftsform ist die GmbH & Co. KG, bei der eine meist eigens eingerichtete GmbH die Vollhaftung übernimmt. Deren Jahresabschlüsse müssen ähnlich der Kapitalgesellschaft veröffentlicht und ggf. geprüft werden.

Die typische GmbH & Co. KG unterscheidet sich von den anderen Personengesellschaften dadurch, dass sie steuerlich kraft Rechtsform Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt und somit steuerliches Privatvermögen ausschließt. Allerdings kann auch eine GmbH & Co. KG z.B. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen, wenn neben der Komplementärin zumindest ein Kommanditist zur Geschäftsführung befugt ist (Umkehrschluss aus § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).

Eine vom Namen her reizvolle Alternative zur GmbH & Co. KG ist die AG & Co. KG, bei der statt einer GmbH eine AG die Komplementärfunktion übernimmt. Sie wird im Geschäftsverkehr als größer und seriöser wahrgenommen und erhält einen höheren

Aufmerksamkeitswert als die manchmal immer noch als minderwertig abgestempelte GmbH & Co. KG. Sie wird auch nicht von einem Geschäftsführer vertreten, sondern von einem Vorstand, was die Besonderheit unterstreicht. Tatsächlich ist das Haftkapital doppelt so hoch, gleichwohl beschränkt.

9. WECHSEL DER RECHTSFORM (UMWANDLUNG)

Bei der Rechtsformwahl handelt es sich zwar um eine wichtige Grundsatzentscheidung, die aber je nach Entwicklung und Interessen der Gesellschafter änderbar ist. Mit dem Umwandlungsgesetz (UmwG) und dem Umwandlungssteuergesetz (UmwStG) stellt der Gesetzgeber die zivil- und steuergesetzlichen Grundlagen zur Verfügung für einen Wechsel der Rechtsform. Alle hier vorgestellten Rechtsformen sind umwandlungsgeeignet. Mit der Umwandlung gelingt es in der Regel, eine Gesamtrechtsnachfolge herzustellen und mit dem UmwStG kann unter bestimmten Voraussetzungen erreicht werden, dass die steuerlichen Buchwerte fortgeschrieben werden können, also keine stillen Reserven aufgedeckt werden müssen mit der Folge hoher Steuerbelastungen.

9.1 Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft

Soll eine GmbH, UG oder AG in eine Personengesellschaft umgewandelt werden, kommt im Regelfall nur die GmbH & Co. KG in Betracht. Die zivilrechtlichen Grundlagen eines solchen Formwechsels sind in §§ 190 ff. UmwG sowie den §§ 226 ff. UmwG geregelt.

Steuerlich findet ein Regimewechsel statt. Der in § 9 UmwStG definierte fiktive Vermögensübergang verweist auf die §§ 3 bis 8 UmwStG und damit auf die Bestimmungen über die Verschmelzung auf eine Personengesellschaft. Anlässlich der Umwandlung kann das übergehende Vermögen wahlweise zum gemeinen Wert, Zwischenwert oder Buchwert angesetzt werden. Zur Vermeidung einer Steuerbelastung wird regelmäßig der Buchwertansatz gewählt.

Einzelheiten finden sich in der DWS Kommentierten Checkliste Nr. 1014, Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co. KG.

9.2 Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft

Hier besteht der Regelfall darin, dass eine GmbH & Co. KG in eine GmbH oder AG umgewandelt wird. Auch hier finden sich die zivilrechtlichen Grundlagen eines entsprechenden Formwechsels in den §§ 190 ff. UmwG sowie den §§ 214 ff. UmwG. Allerdings besteht eine alternative Gestaltungsform darin, eine sog. erweiterte Anwachsung durchzuführen. Bei der schlichten Anwachsung treten alle Gesellschafter aus der Personengesellschaft aus, bis nur noch ein Gesellschafter verbleibt. Treten z.B. die Kommanditisten aus der GmbH & Co. KG aus und verbleibt nur noch die GmbH-Komplementärin, so wächst das Vermögen dieser GmbH an. Um die steuerlichen Buchwerte fortführen zu können, gilt es den Anwendungsbereich von § 20 UmwStG zu eröffnen, also die Kommanditanteile gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten im Rahmen einer Kapitalerhöhung in die Komplementär-GmbH einzubringen, weshalb insoweit von einer erweiterten Anwachsung gesprochen wird.

Bei der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft findet in umgekehrter Richtung ein Regimewechsel statt. Maßgeblich sind über § 25 UmwStG die §§ 20 bis 23 UmwStG. Sie ermöglichen ebenfalls das Wahlrecht zum Ansatz des gemeinen Werts, Zwischenwerts oder Buchwerts. Zur Vermeidung einer Steuerbelastung wird regelmäßig der Buchwertansatz gewählt.

Einzelheiten finden sich in der DWS Kommentierten Checkliste Nr. 1016, Umwandlung einer GmbH & Co. KG, oHG oder eGbR in eine GmbH.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn eine Einzelfirma (e.K.) in eine GmbH umgewandelt werden soll. Zivilrechtlich handelt es sich um eine besondere Form der Spaltung (§§ 152 ff. UmwG), indem das Betriebsvermögen des Einzelkaufmanns aus seinem Gesamtvermögen ausgegliedert wird (siehe DWS Kommentierte Checkliste Nr. 1013 Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine GmbH).

9.3 Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft

Auch hier wird der gewünschte Wechsel der Rechtsform unter Wahrung der Gesellschaftsidentität durch die §§ 190 ff. und §§ 226, 238 ff. UmwG erreicht. Die häufigsten Fälle sind der Formwechsel einer GmbH in eine AG oder umgekehrt. Hierbei sind neben den umwandlungsrechtlichen Vorschriften die rechtsformspezifischen Besonderheiten zu beachten, insb. die Gründungsvorschriften.

Steuerlich gelingt der Formwechsel problemlos, aber auch ohne Gestaltungsmöglichkeiten, weil GmbH und AG gleich besteuert werden. Da somit kein Steuerregimewechsel erforderlich ist, ändert sich steuerlich außer der Namensgebung nichts, ein fiktiver Vermögensübergang findet nicht statt. Demzufolge können anlässlich eines solchen Formwechsels auch keine stillen Reserven aufgedeckt werden.

9.4 Personengesellschaft in eine andere Personengesellschaft

Die §§ 190 ff., 214 ff. UmwG sind hier maßgeblich. Die jeweiligen Rechtsvorschriften der angestrebten Rechtform sind zu beachten. Seit Inkrafttreten des MoPeG besteht zudem die eher einfache Möglichkeit zu einem sog. Statuswechsel nach §§ 161 Abs. 2, 107 Abs. 3 HGB, § 707c BGB durch Eintragung der Gesellschaft ins Gesellschafts- bzw. Handelsregister, je nach Ausgangsrechtsform.

Das Steuerregime bleibt gleich, sodass auch hier keine größeren Probleme entstehen und ebenfalls ggf. gewünschte Aufdeckungen von stillen Reserven nicht möglich sind. Soweit die Rechtsform einer Kommanditgesellschaft involviert ist, kann es aber aufgrund der komplexen Vorschrift des § 15a EStG im Zusammenhang mit negativen Kapitalkonten der beschränkt haftenden Kommanditisten zu heiklen Fragestellungen und steuerlichen Auswirkungen kommen.