

**Beck** professionell



Henning Schröder

# GmbH und UG

Richtig gründen und führen

  
C.H. BECK

## Zum Inhalt:

**Der neue Ratgeber** behandelt übersichtlich und leicht verständlich das gesamte Recht der GmbH. Der Aufbau orientiert sich dabei im Wesentlichen am „Lebensweg“ der Gesellschaft von der Gründung bis zur Abwicklung:

- Gründung, insbesondere Rechtsformwahl, Umwandlung, Ablauf der Gründung und die verschiedenen Möglichkeiten der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages,
- Rechtsstellung von Gesellschaftern (Versammlung, Information, Beendigung der Gesellschafterstellung) und Geschäftsführern (Bestellung, Anstellung, Haftung),
- Finanzierung der Gesellschaft (Kapitalaufbringung und -erhaltung, Gesellschafterdarlehen),
- Steuerrecht sowie
- Liquidation und Insolvenz der GmbH.

Viele hervorgehobene Muster und Beispiele für Vertragsgestaltungen ermöglichen die schnelle Umsetzung in die eigene Praxis. Hervorgehobene Tipps geben zusätzliche Hinweise und helfen, Fallstricke zu umgehen. Ein ausführliches Sachverzeichnis erleichtert den schnellen, gezielten Zugriff.

**Von dem Buch profitieren** alle, die eine GmbH gründen wollen oder eine Funktion in einem Unternehmen dieser Rechtsform – sei es als Geschäftsführer oder Gesellschafter – übernehmen.

## Zum Autor:

Rechtsanwalt **Henning Schröder** ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Steuerrecht in Hannover. Schwerpunkt seiner langjährigen Tätigkeit bei der Beratung von GmbH ist neben der Gründung von Unternehmen vor allem die Umstrukturierung und die Unternehmensnachfolge. Bei der gerichtlichen Tätigkeit liegt ein Schwerpunkt bei der Geschäftsführerhaftung. Darüber hinaus ist RA Schröder als Parteivertreter oder Mediator bei Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern tätig.

# GmbH und UG

Richtig gründen und führen

von

Henning Schröder



# So nutzen Sie dieses Buch

Um Ihnen das Lesen und Arbeiten mit diesem Buch zu erleichtern, hat der Autor verschiedene Stilelemente verwendet, die Ihnen das schnellere Auffinden bestimmter Texte ermöglichen. So finden Sie die Tipps und Musterformulare sofort.



Hier finden Sie Tipps, Aufzählungen und Checklisten.



So sind „Merksätze“ gekennzeichnet.



Hier finden Sie Beispiele, die das Beschriebene plastisch erläutern und verständlich machen.



Die Zielscheibe kennzeichnet Zusammenfassungen und ein Fazit zum Kapitelende.



Hier finden Sie Übungen und Muster zum Selbstauffüllen und Nachrechnen.

# Vorwort

Der vorliegende Ratgeber behandelt das gesamte Recht der GmbH. Das Buch richtet sich an Personen, die eine GmbH gründen wollen oder eine Funktion in einem Unternehmen dieser Rechtsform – sei es als Geschäftsführer oder als Gesellschafter – übernehmen. Es spricht den Laien an und soll einen ersten Überblick über die wesentlichen rechtlichen und praktischen Aspekte geben. Vor allem soll das Werk dem Praktiker das nötige Wissen vermitteln, um rechtliche Risiken zu erkennen und so gegebenenfalls rechtzeitig Rat einholen zu können.

Der Aufbau orientiert sich dabei im Wesentlichen am „Lebensweg“ der Gesellschaft von der Gründung bis zur Abwicklung. Der Vorgang der Gründung ist ausführlich dargestellt. Dabei wird insbesondere auf die verschiedenen Möglichkeiten bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages eingegangen. Die Rechtsstellung von Geschäftsführer und Gesellschafter finden sich eingehend erläutert. Weiterhin werden das Steuerrecht sowie die Liquidation und die Insolvenz der GmbH beleuchtet.

Ergänzt wird das Werk um Beispiele für Vertragsgestaltungen aus der Praxis. Diese sollten in keinem Fall unkritisch auf andere Konstellationen übertragen werden, sondern nur als Anschauungsmaterial für mögliche Gestaltungen dienen.

Anregungen und Hinweise nehme ich gerne entgegen.

Hannover, im Juni 2016

*Henning Schröder*

# Inhalt

Vorwort .....	7
<b>1. Kapitel: Grundlagen und Rechtsformwahl .....</b>	<b>15</b>
I. Grundlagen des GmbH-Rechts .....	15
1. Erscheinungsformen der GmbH .....	15
2. Vor- und Nachteile .....	16
3. Rechtliche Grundlagen .....	16
II. Die Wahl der richtigen Rechtsform .....	16
1. Grundlagen .....	17
2. Haftungsverhältnisse .....	18
3. Kapitalaufbringung .....	20
4. Steuerrecht .....	21
5. Mitbestimmung .....	22
6. Publizität .....	23
III. Auslandsgesellschaft als Alternative? .....	24
<b>2. Kapitel: Gründung .....</b>	<b>27</b>
I. Grundlagen und Ablauf der Gründung .....	27
II. Neugründung .....	27
1. Vorgründungsgesellschaft .....	28
2. Vor-GmbH .....	29
3. GmbH .....	30
III. Bar- und Sachgründung .....	30
1. Bareinlage .....	30
2. Sacheinlage .....	31
IV. Verwendung einer Mantelgesellschaft .....	33
1. Begriff der Mantelgesellschaft .....	33

2. Risiken der Verwendung von Mantelgesellschaften . .	34
3. Anwendungsbereich . . . . .	35
<b>3. Kapitel: Umwandlung . . . . .</b>	<b>37</b>
I. Grundlagen der Umwandlung . . . . .	37
1. Verschmelzung . . . . .	38
2. Spaltung . . . . .	38
3. Formwechsel . . . . .	39
4. Unterscheidung von Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht . . . . .	39
II. Einzelunternehmen in GmbH . . . . .	41
1. Sachgründung . . . . .	41
2. Ausgliederung . . . . .	41
III. Personengesellschaft in GmbH . . . . .	42
1. Formwechsel . . . . .	43
2. Spaltung . . . . .	43
3. Verschmelzung . . . . .	44
IV. Sonderfall GmbH & Co. KG in GmbH . . . . .	44
V. Kapitalgesellschaft in GmbH . . . . .	45
1. Verschmelzung . . . . .	45
2. Spaltung . . . . .	46
3. Formwechsel . . . . .	47
VI. GmbH in Personengesellschaft . . . . .	47
VII. GmbH in Aktiengesellschaft . . . . .	48
<b>4. Kapitel: Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) . . . . .</b>	<b>49</b>
I. Grundlagen und Gründung . . . . .	49
II. Haftung der Vertreter . . . . .	50
III. Praktischer Anwendungsbereich . . . . .	51
<b>5. Kapitel: Gesellschaftsvertrag . . . . .</b>	<b>53</b>
I. Grundlagen / Musterprotokoll . . . . .	53
II. Zwingende Bestandteile . . . . .	57
1. Firma . . . . .	57
2. Sitz . . . . .	62
3. Gegenstand des Unternehmens . . . . .	62
4. Stammkapital . . . . .	63
III. Verfügung über Geschäftsanteile . . . . .	63
1. Vinkulierungsklausel . . . . .	64
2. Vorkaufsrecht . . . . .	65

IV. Nachfolgeregelungen . . . . .	65
1. Regelung bei freier Verfügung . . . . .	67
2. Regelung bei Beschränkung der Nachfolge . . . . .	67
V. Dauer und Geschäftsjahr . . . . .	70
1. Dauer der Gesellschaft . . . . .	71
2. Geschäftsjahr . . . . .	71
VI. Gesellschafterversammlung . . . . .	72
1. Einberufung der Gesellschafterversammlung . . . . .	73
2. Kompetenzen der Gesellschafterversammlung . . . . .	73
3. Durchführung der Versammlung und Stimmrecht . . . . .	75
4. Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen . . . . .	77
VII. Geschäftsführung und Vertretung . . . . .	77
1. Grundsatz . . . . .	77
2. Vertretungsbefugnis . . . . .	78
3. Entsendungsrechte . . . . .	78
VIII. Wettbewerbsverbot . . . . .	79
1. Vertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	79
2. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	80
3. Verschwiegenheitspflicht . . . . .	82
IX. Beirat und Aufsichtsrat . . . . .	82
1. Obligatorischer Aufsichtsrat . . . . .	83
2. Fakultativer Aufsichtsrat . . . . .	84
3. Beirat . . . . .	84
X. Jahresabschluss und Ergebnisverwendung . . . . .	86
1. Ergebnisverwendung . . . . .	87
2. Inkongruente Ausschüttung . . . . .	88
3. Freiwillige Abschlussprüfung . . . . .	88
XI. Verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	89
XII. Einziehung von Geschäftsanteilen . . . . .	90
1. Voraussetzungen der Einziehung . . . . .	90
2. Folgen der Einziehung . . . . .	90
XIII. Kündigung und sonstiges Ausscheiden von Gesellschaftern . . . . .	92
1. Möglichkeit der Kündigung . . . . .	93
2. Folgen der Kündigung . . . . .	93
XIV. Entgelt bei Einziehung oder Kündigung . . . . .	95
1. Buchwert . . . . .	95
2. Ertragswertverfahren . . . . .	96
3. Verweis auf steuerrechtliche Bewertungsverfahren . . . . .	97
4. Auslegungsregelungen . . . . .	98
5. Auszahlungsbestimmungen . . . . .	99
6. Mitarbeiterbeteiligungsmodelle . . . . .	99



XV. Konfliktmanagement .....	99
1. Schiedsgerichtsvereinbarung .....	100
2. Mediation .....	101
XVI. Güterstandsklausel .....	103
XVII. Gründungskosten .....	104
<b>6. Kapitel: Stellung des Gesellschafters .....</b>	<b>105</b>
I. Grundlagen .....	105
II. Gesellschafterliste .....	106
1. Zuständigkeit für die Richtigkeit der Gesellschafterliste .....	107
2. Anspruch auf Berichtigung .....	108
3. Treuhand und Sonderfälle .....	109
4. Gutgläubiger Erwerb .....	110
III. Gesellschafterversammlung .....	111
1. Zuständigkeit .....	112
2. Einladung .....	114
3. Teilnahmerecht .....	117
4. Stimmrecht .....	119
5. Protokollierung von Gesellschafterbeschlüssen .....	121
6. Anfechtung von Beschlüssen .....	123
IV. Informationsrechte des Gesellschafters .....	125
V. Beendigung der Gesellschafterstellung .....	127
1. Übertragung von Geschäftsanteilen .....	127
2. Einziehung .....	148
3. Erwerb eigener Anteile .....	154
4. Kündigung / Austritt / Ausschluss .....	156
<b>7. Kapitel: Geschäftsführung .....</b>	<b>159</b>
I. Grundlagen .....	159
II. Bestellung .....	160
1. Auswahl des Geschäftsführers .....	160
2. Bestellungsakt und Vertretungsbefugnis .....	162
3. Wegfall des Geschäftsführers .....	163
III. Beendigung des Geschäftsführeramtes .....	164
1. Abberufung .....	164
2. Amtsniederlegung .....	164
IV. Anstellung .....	165
1. Anwendbarkeit des Arbeitsrechts .....	165
2. Ruhendes Arbeitsverhältnis .....	166
3. Sozialversicherungspflicht .....	166

4. Inhalt des Anstellungsvertrages .....	167
5. Kündigung .....	179
V. Haftung .....	181
1. Haftung gegenüber der Gesellschaft .....	181
2. Haftung gegenüber Dritten .....	190
3. Strafrechtliche Haftung .....	196
4. D & O Versicherung .....	197
5. Faktischer Geschäftsführer .....	199
<b>8. Kapitel: Finanzierung der Gesellschaft .....</b>	<b>201</b>
I. Grundlagen .....	201
II. Kapitalaufbringung .....	202
1. Bareinlage .....	202
2. Sacheinlagen .....	205
3. Verdeckte Sacheinlage .....	206
4. Hin- und Herzahlen .....	207
5. Zuzahlungen in die Kapitalrücklage .....	208
6. Genehmigtes Kapital .....	209
III. Kapitalerhaltung .....	209
1. Grundlagen .....	209
2. Erwerb eigener Anteile und Einziehung .....	210
3. Cash Pooling .....	211
IV. Gesellschafterdarlehen .....	213
1. Grundlagen .....	213
2. Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz .....	213
3. Steuerrechtliche Aspekte .....	216
4. Rangrücktritt .....	217
V. Mitarbeiterbeteiligungen .....	220
VI. Stille Gesellschaft .....	221
<b>9. Kapitel: Liquidation .....</b>	<b>223</b>
I. Grundlagen .....	223
II. Löschung wegen Vermögenslosigkeit .....	224
III. Liquidationsverfahren .....	225
1. Ablauf der Liquidation .....	225
2. Steuerrechtliche Behandlung des Abwicklungserlöses .....	229
3. Fortsetzung der Gesellschaft .....	230

10. Kapitel: Insolvenz	233
I. Grundlagen	233
II. Insolvenzgrund	234
1. Zahlungsunfähigkeit	234
2. Überschuldung	235
3. Drohende Zahlungsunfähigkeit	237
III. Insolvenzantrag	237
1. Antragsberechtigung beim Schuldner	238
2. Antragsberechtigung des Gläubigers	239
IV. Ablauf eines Insolvenzverfahrens	240
1. Abwicklung und Verwertung	241
2. Übertragende Sanierung	241
3. Insolvenzplan	243
V. Eigenverwaltung	244
VI. Sonderthemen	245
1. Unberechtigte Stellung eines Insolvenzantrages	245
2. Richtiges Verhalten des Geschäftsführers in der Krise	246
11. Kapitel: Steuerrecht	249
I. Grundlagen	249
II. Körperschaftsteuer / Gewerbesteuer der Gesellschaft	250
1. Ermittlung des zu versteuernden Einkommens	250
2. Ertragsteuerliche Organschaften	252
3. Betriebsaufspaltung	256
III. Umsatzsteuer	257
1. Grundlagen	257
2. Umsatzsteuerliche Organschaft	258
IV. Besteuerung der Gesellschafter	260
1. Besteuerung der laufenden Einkünfte aus der Gesellschaft	260
2. Steuerrechtliche Aspekte der Anteilsübertragung	260
Anhang	265
Beispiel eines Gesellschaftsvertrages	265
Beispiel für einen Anteilsübertragungsvertrag	272
Beispiel für einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag	276
Stichwortverzeichnis	281

# Grundlagen und Rechtsformwahl

## I. Grundlagen des GmbH-Rechts

Die folgende Darstellung orientiert sich am „Leben“ einer GmbH von der Entscheidung für die Gründung der Gesellschaft über deren Bestehen bis hin zur Beendigung durch Liquidation oder Insolvenz. Sie soll als Handreichung für den Praktiker bei der Gründung einer Gesellschaft ebenso dienen wie bei der Übernahme einer Funktion als Geschäftsführer oder Gesellschafter in einer GmbH.

### 1. Erscheinungsformen der GmbH

Die GmbH ist die bei mittelständischen Unternehmen am weitesten verbreitete Rechtsform. Unternehmen, die in der Rechtsform einer GmbH geführt werden, umfassen dabei das gesamte Spektrum der Unternehmenslandschaft: Von der Ein-Personen-GmbH bis zum Großunternehmen ist alles vertreten. Manche GmbH sind Familienunternehmen, andere sind als Tochtergesellschaften in Unternehmensgruppen eingebunden. Auch der Staat bedient sich der GmbH als Rechtsform für wirtschaftliche Aktivitäten (wie etwa bei Stadtwerken oder Wirtschaftsförderungsgesellschaften). Ferner kommt die GmbH auch als Rechtsform für gemeinnützige Tätigkeiten vor, so etwa beim Betrieb von Krankenhäusern oder Kindertagesstätten.

Die Bedeutung der GmbH hat noch zugenommen, seitdem der Gesetzgeber seit dem 1.11.2008 die Möglichkeit eröffnet hat, eine GmbH auch mit weniger als EUR 25.000,- Stammkapital zu gründen (dann in der Variante der Unternehmergesellschaft). Damit ist die Rechtsform auch für Unternehmen mit einem sehr geringen Kapital grundsätzlich interessant.

## 2. Vor- und Nachteile

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft und als solche eine sogenannte juristische Person. Das bedeutet, dass sie grundsätzlich wie eine natürliche Person am Rechtsverkehr teilnimmt. Sie schließt Verträge und erwirbt Eigentum. Sie ist als juristisch eigenständige Person von der Person ihrer Gesellschafter und Geschäftsführer strikt zu trennen. Ein Vertrag mit der GmbH begründet für den Vertragspartner lediglich einen Anspruch gegen die GmbH, nicht aber gegen den Gesellschafter oder Geschäftsführer.

Der Vorteil der GmbH wird vor allem in der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen gesehen (§ 13 GmbHG). Auf der anderen Seite sind jedoch hinsichtlich der Gründung und Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung besondere rechtliche Vorgaben zu beachten. Der Gründer sollte sich vor allem klarmachen, dass das Vermögen der GmbH strikt vom Privatvermögen der Gesellschafter zu trennen ist. Das gilt insbesondere auch bei der Ein-Personen-GmbH.

## 3. Rechtliche Grundlagen

Grundlage des GmbH-Rechts ist das GmbH-Gesetz (GmbHG). Dieses Gesetz datiert ursprünglich vom 20.5.1898. Seitdem ist es natürlich mehrfach reformiert worden. Die letzte grundlegende Änderung erfuhr das GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), das zum 1.11.2008 in Kraft getreten ist.

Neben den Bestimmungen des GmbHG sind für den Unternehmer vor allem die Regelungen des Handelsgesetzbuches (HGB) und teilweise auch des Aktiengesetzes (AktG) von Bedeutung. Große materielle Bedeutung haben natürlich auch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

## II. Die Wahl der richtigen Rechtsform

Bei der Gründung des Unternehmens müssen sich die Gründer für eine Rechtsform entscheiden. Dafür stellt das Gesellschaftsrecht eine Reihe von Alternativen zur Verfügung. Eine dieser Alternativen ist die GmbH.

Die Frage der Rechtsformwahl kann sich aber auch bei bestehenden Unternehmen stellen. Hier kann eine einmal gewählte Rechtsform

nicht mehr optimal sein, so dass zu prüfen ist, ob ein Wechsel in eine andere Rechtsform geboten ist (vgl. hierzu S. 37 ff.).

## 1. Grundlagen

Grundsätzlich unterscheidet man im Gesellschaftsrecht die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsformen in Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll bei Personengesellschaften die persönliche Mitarbeit der Gesellschafter im Vordergrund stehen. Kapitalgesellschaften sind dagegen als Unternehmen für die Sammlung größerer Kapitalmengen gedacht, um auch Großinvestitionen realisieren zu können.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Grundvorstellung in der Praxis keine nennenswerte Rolle spielt: Es gibt durchaus Personengesellschaften, die zur Sammlung großer Kapitalmengen eingesetzt werden (Beispiel: Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR oder GmbH & Co. KG) und Kapitalgesellschaften, die über kaum Kapital verfügen (Beispiel: Unternehmersgesellschaft (UG)).

Als wichtigste Personengesellschaften kennt das deutsche Recht die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG), die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und die Partnerschaftsgesellschaft (PartG).

Als Kapitalgesellschaften gibt es neben der GmbH vor allem die Aktiengesellschaft (AG) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Ferner gibt es noch die Genossenschaft (e.G.).

Neben den Rechtsformen des deutschen Rechts stehen auch ausländische Gesellschaftsformen grundsätzlich zur Verfügung. Unter diesen hat vor allem die private company Limited by shares (Ltd) aus dem englischen Recht eine erhebliche Bedeutung für die Rechtspraxis in Deutschland.

Um sich bei der Gründung für die passende Unternehmensform zu entscheiden oder um die Frage zu prüfen, ob ein Wechsel der Rechtsform angezeigt ist, muss sich der Unternehmer über die Kriterien klar werden, die für diese Entscheidung maßgeblich sind:



## Checkliste Kriterien für die Rechtsformwahl

- Haftungsverhältnisse*
  - *In welchem Umfang werden vor allem die Gesellschafter vor der Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft geschützt?*
- Kapitalaufbringung*
  - *Welche Möglichkeiten hat die Gesellschaft, sich mit Eigen- und Fremdkapital zu versorgen?*
- Steuerrecht*
  - *Welche steuerrechtlichen Rahmenbedingungen gibt es für die jeweils gewählte Rechtsform?*
- Mitbestimmung*
  - *Welche Mitbestimmungsrechte haben die Arbeitnehmer?*
- Publizität*
  - *Welche Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft müssen veröffentlicht werden?*

Im Folgenden werden die jeweiligen Charakteristika sowie Vor- und Nachteile der GmbH in Bezug auf die genannten Kriterien der Rechtsformwahl dargestellt. Ob eine GmbH oder UG die „richtige“ Rechtsform ist, bleibt eine Frage des Einzelfalles.

## 2. Haftungsverhältnisse

Durch die Wahl der Rechtsform soll in der Regel eine persönliche Haftung der Gesellschafter vermieden werden.

Wesentliches Merkmal der GmbH ist, dass die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist (§ 13 GmbHG). Die Gesellschafter haften also grundsätzlich nicht persönlich mit ihrem Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Vermögen der Gesellschaft steht aber unabhängig von der Höhe des Stammkapitals zur Befriedigung von Ansprüchen der Gläubiger zur Verfügung. Daher ist es besonders wichtig, zwischen dem Vermögen der Gesellschafter und dem Vermögen der Gesellschaft zu trennen.

Von diesem Grundsatz gibt es nur wenige Ausnahmen: In der Gründung der GmbH haften die Handelnden nach § 11 GmbHG bis zur Eintragung der Gesellschaft. Ferner haften die Gesellschafter für eine ordnungsgemäße Aufbringung und die Erhaltung des Stammkapitals.

Darüber hinaus gibt es die Haftung für den sogenannten Existenzvernichtenden Eingriff. Dabei handelt es sich allerdings um seltene Ausnahmefälle. Hier haften die Gesellschafter im Wesentlichen in Fällen des Missbrauchs der Rechtsform und bei der Entziehung von Vermögenswerten zu Lasten der Gläubiger. Grundsätzlich bleibt es bei der GmbH bei der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen.

Aus der Sicht des Gründers ist jedoch zu beachten, dass die Haftungsbeschränkung für bestimmte Verbindlichkeiten praktisch ins Leere geht: Eine Bank wird der neu gegründeten GmbH im Regelfall nur einen Kredit geben, wenn angemessene Sicherheiten gestellt werden. Hier kommt dann meist nur die persönliche Bürgschaft des Gründers in Betracht. Möglicherweise wird auch der Vermieter einer Immobilie im Einzelfall darauf bestehen, dass der Gesellschafter selbst Partei des Mietvertrages wird.

Eine Haftungsbeschränkung bezieht sich also im Ergebnis auf solche Verbindlichkeiten, für die im Regelfall keine Sicherheiten gestellt werden. Das sind vor allem Verbindlichkeiten aus laufenden Kosten, wie etwa Arbeitsverhältnisse und Ansprüche von Lieferanten. Ferner schützt die GmbH vor allem vor Haftungsansprüchen von Kunden oder Dritten.

Im Ergebnis kann man festhalten, dass die GmbH unter dem Gesichtspunkt der Haftungsbeschränkung vor allem dann zu empfehlen ist, wenn mit dem Geschäft besondere Haftungsrisiken verbunden sind.

### **Begrenzung von unternehmerischen Risiken**

Die A-GmbH betreibt eine Kfz-Werkstatt. Um ein neues Geschäftsfeld zu erschließen, möchte das Unternehmen jetzt auch das Tuning von Fahrzeugen anbieten. Dabei besteht das besondere Risiko, dass durch unsachgemäßes Tuning Schäden an den Kfz entstehen, die dann zu Unfällen mit erheblichen Schäden führen. Den daraus resultierenden Haftungsansprüchen wäre die A-GmbH ausgesetzt. Um hier das Risiko zu begrenzen, bietet es sich an, das Geschäftsfeld Tuning in einer eigenen GmbH zu betreiben. Die A-GmbH wird also eine Tochtergesellschaft, A Tuning GmbH, gründen.



Die Gründung von Tochtergesellschaften kann auch zur Bildung von unternehmerisch sinnvollen Organisationsstrukturen genutzt



werden. Durch die Gründung von Tochtergesellschaften können beispielsweise Verantwortungsbereiche im Unternehmen klar abgegrenzt werden.

## 3. Kapitalaufbringung

Bei der Frage der Kapitalaufbringung geht es um die Frage, wie sich das Unternehmen Eigen- und Fremdkapital beschaffen kann. Eine Beschaffung von Eigenkapital über die Börse ist allein für die Aktiengesellschaft (oder KGaA) möglich. Voraussetzung ist allerdings auch bei diesen Rechtsformen eine gesonderte Zulassung der Aktien zum Börsenhandel.

Für ein mittelständisches Unternehmen ist allerdings eine Finanzierung über den Kapitalmarkt im Regelfall ohnehin nicht interessant. Nicht ausgeschlossen ist es aber Kapitalgeber über Beteiligungsgesellschaften (Venture Capital Gesellschaften) als stille Gesellschafter zu beteiligen. Auch Modelle der Mitarbeiterbeteiligung sind möglich.

Fremdkapitalgeber werden oft auf eine persönliche Haftung der Gesellschafter Wert legen. Soweit diese kraft Gesetzes nicht gegeben ist, wird der Kreditgeber (z.B. die Bank) auf eine entsprechende Absicherung (z.B. durch Bürgschaften) bestehen.

Die Sammlung von großen Kapitalmengen in Personengesellschaften erfolgt in der Regel in den Rechtsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder Kommanditgesellschaft (KG). Viele Fonds (z.B. Film-Fonds, Schiffs-Fonds, Immobilien-Fonds) sind in diesen Rechtsformen organisiert. Die GmbH ist als Rechtsform für solche Konstruktionen ungeeignet, ihre Funktion kann allenfalls in der einer Komplementär-Gesellschaft (persönlich haftende Gesellschafterin) einer KG liegen.

Die Übertragung von GmbH-Anteilen ist nur durch notariell beurkundeten Vertrag möglich. Deshalb eignet sich GmbH nicht als Rechtsform, wenn ein häufiger Wechsel der Gesellschafter vorgesehen ist.

Insgesamt ist die GmbH in ihren Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung eingeschränkt. Sie eignet sich nicht für die Finanzierung durch eine Vielzahl von Kapitalgebern. Im Regelfall ist der Kreis der Gesellschafter allerdings überschaubar.

## 4. Steuerrecht

Steuerrechtlich wird die Behandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften wie folgt unterschieden:

Personengesellschaften (OHG, KG) zahlen selbst auf ihren Gewinn als Ertragsteuer nur die Gewerbesteuer. Einkommensteuer zahlen die Gesellschaften selbst dagegen nicht. Der Gewinn wird vielmehr dem jeweiligen Gesellschafter als Einkommen zugerechnet. Dieser hat ihn dann im Rahmen seiner persönlichen Steuerpflicht zu versteuern.

Kapitalgesellschaften zahlen auf ihren Gewinn Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer. Die Gesellschafter zahlen erst dann Einkommensteuer, wenn der Gewinn von der Gesellschaft an die Gesellschafter ausgeschüttet wird (z.B. durch Zahlung einer Dividende bei der Aktiengesellschaft). Die steuerliche Behandlung auf der Ebene des Gesellschafters hängt dann davon ab, ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt. Bei einer natürlichen Person, die die Anteile im Privatvermögen hält entstehen in Höhe der Ausschüttung Einkünfte aus Kapitalvermögen, die der Abgeltungssteuer (25 % zzgl. Solidaritätszuschlag) unterworfen sind. Hält der Gesellschafter einen Anteil von mehr als 1 % an der Gesellschaft in einem Betriebsvermögen, kommt das sogenannte Teileinkünfteverfahren zur Anwendung. Danach werden 60 % des ausgeschütteten Betrages der Besteuerung unterworfen. Bei einer anderen Kapitalgesellschaft als Anteilseigner ist die Ausschüttung bis auf einen Betrag von 5 % steuerfrei.

Nicht ausgeschlossen ist natürlich, dass die GmbH ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer ein Gehalt zahlt. Dann mindert sich der Gewinn der Gesellschaft um den Betrag dieses Gehaltes. Der Geschäftsführer hat den Betrag dann als Einkommen aus nichtselbständiger Tätigkeit zu versteuern.

Eine GmbH ist dort steuerpflichtig, wo der Ort der geschäftlichen Oberleitung liegt. Verfügt die GmbH über mehrere Geschäftsführer, die tatsächlich ungefähr gleichwertige Beiträge zur Geschäftsführung von verschiedenen Orten aus leisten, so bestehen mehrere Orte der Oberleitung. Dieser Umstand hat dann Bedeutung für die Gewerbesteuer, für diese dann eine Aufteilung vorzunehmen ist.

Welche Rechtsform steuerrechtlich von Vorteil ist, kann nur im Einzelfall durch eine Vergleichsrechnung festgestellt werden. Bei solchen Vergleichsrechnungen ist jedoch stets zu berücksichtigen,

dass diese immer von Annahmen über die zukünftige Geschäftsentwicklung ausgehen, die meist sehr unsicher sind.



## Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft im Steuerrecht

Um die Entscheidung in steuerlicher Hinsicht sachgerecht vorzubereiten, sollte der Gründer eine Unternehmensplanung erstellen, aus der sich die erwarteten Erträge der kommenden Jahre ergeben.

Personengesellschaften können Vorteile bieten, wenn das Unternehmen voraussichtlich mit Anlaufverlusten kämpfen wird und die Gesellschafter andere positive Einkünfte haben. Dann kann gegebenenfalls die Verlustnutzung ein Vorteil sein.

Bei Kapitalgesellschaften kann es von Vorteil sein, angefallene Gewinne zu thesaurieren und die steuerliche Belastung damit in die Zukunft zu verlagern. Das ist dann interessant, wenn die Gesellschaft so hohe Gewinne erzielt, dass Gehälter an die Geschäftsführer in erheblicher Höhe (ca. EUR 70.000,- p.a.) gezahlt werden und immer noch erhebliche Gewinne bei der Gesellschaft verbleiben.

Generell lässt sich sagen, dass die steuerlichen Differenzen hier im Regelfall für die Entscheidung zwischen einer Personen- oder Kapitalgesellschaft nicht ausschlaggebend sind. Jedenfalls kann durch die Wahl der Rechtsform gewöhnlich kein langfristiges Steuerersparnis erreicht werden. Es geht allein um die zeitliche Verlagerung der Steuerzahlungen und damit um einen gewissen Liquiditäts- und Zinsvorteil. Einzelheiten zur Besteuerung der GmbH werden in Kapitel 11 (S. 249 ff.) dargestellt.

## 5. Mitbestimmung

Eine Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung ist durch das Drittelbeteiligungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz nur bei Kapitalgesellschaften (also auch bei der GmbH) vorgesehen. Das Drittelbeteiligungsgesetz findet Anwendung, wenn die Gesellschaft mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Das Mitbestimmungsgesetz findet erst ab 2.000 Arbeitnehmern Anwendung.

Unterliegt eine GmbH der Mitbestimmung, so ist zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden. Ein Teil der Mitglieder dieses Aufsichtsrates

(beim Drittelbeteiligungsgesetz ein Drittel, beim Mitbestimmungsgesetz die Hälfte) wird dann von den Arbeitnehmer gewählt. Die übrigen Mitglieder werden von den Gesellschaftern bestimmt.

Für mittelständische Unternehmen ist der Aspekt der unternehmerischen Mitbestimmung in der Regel ohne Bedeutung. Um eine Mitbestimmung zu vermeiden, bietet sich für größere Unternehmen die Möglichkeit der Organisation als Personengesellschaft oder die „Flucht“ in ausländische Rechtsformen.

### Relevanz unternehmerischer Mitbestimmung



Im Ergebnis sind Aspekte der unternehmerischen Mitbestimmung nur relevant, wenn das Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

Zu beachten ist, dass es bei den vorstehenden Ausführungen nur um die unternehmerische Mitbestimmung geht. Davon zu unterscheiden ist die betriebliche Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Danach haben die Arbeitnehmer – unabhängig von der Rechtsform – ab einer Betriebsgröße von fünf Arbeitnehmer das Recht, einen Betriebsrat zu wählen. Dieses Recht kann durch die Wahl der Rechtsform des Unternehmens nicht beschränkt werden.

## 6. Publizität

Die GmbH unterliegt der Rechnungslegung des HGB. Für die GmbH ist jährlich ein Jahresabschluss zu erstellen. Dieser ist bei Kapitalgesellschaften nach § 325 HGB durch Übermittlung an den elektronischen Bundesanzeiger ([www.ebanz.de](http://www.ebanz.de)) offenzulegen.

Der Umfang der Offenlegung richtet sich nach der Größe der Gesellschaft. Das HGB unterscheidet in kleine, mittelgroße und große Kapitalgesellschaften (§ 267 HGB). Die Größe bestimmt sich nach den Kriterien Bilanzsumme, Umsatzerlös und Zahl der Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

Bis zu einer Bilanzsumme von EUR 6 Mio., einem Umsatz von EUR 12 Mio. und 50 Arbeitnehmern gilt eine Gesellschaft als „klein“. Ab einer Bilanzsumme von EUR 20 Mio., einem Umsatz von EUR 40 Mio. und 250 Arbeitnehmern handelt es sich um eine „große“ Kapitalgesellschaft. Die jeweils nächst höhere Größenklasse wird erreicht, wenn die Gesellschaft mindestens zwei der drei genannten Kriterien an zwei aufeinanderfolgenden Bilanzstichtagen erfüllt.

Von der Größe der GmbH hängt ab, in welcher Zeit der Abschluss zu erstellen ist und wie detailliert der Jahresabschluss veröffentlicht werden muss. Mit zunehmender Größe sind auch detailliertere Informationen offenzulegen.

Insbesondere bei kleinen Gesellschaften sind die offenzulegenden Informationen für Dritte kaum aussagekräftig. Eine besondere Sorge vor übermäßiger Publizität sollte den Gründer daher nicht von der GmbH als Rechtsform abhalten.

### III. Auslandsgesellschaft als Alternative?

In der Praxis ist nach 2003 vor allem die englische Limited als Rechtsform in Deutschland aufgetreten. Daneben kommen aber auch andere europäische Rechtsformen vor (z.B. die französische s.a.r.l., die niederländische B.V. oder die spanische S.L.)

Unter einer „Auslandsgesellschaft“ versteht man dabei ein Unternehmen ausländischer Rechtsform, das seinen Geschäftsbetrieb tatsächlich von Deutschland aus betreibt. Nicht gemeint ist damit der Fall, dass ein ausländisches Unternehmen in Deutschland zum Beispiel durch eine Zweigniederlassung tätig wird was grundsätzlich möglich ist. Das ausländische Unternehmen hat die Möglichkeit, im deutschen Handelsregister eine Zweigniederlassung eintragen zu lassen.

Bei sogenannten Auslandsgesellschaften liegt meist der statuarische (satzungsmäßige) Sitz der Gesellschaft im Ausland. Formal wird meist „nur“ eine deutsche Zweigniederlassung errichtet, tatsächlich liegt dann aber der Ort der Geschäftsleitung in Deutschland.

Lange Zeit wurden Auslandsgesellschaften in Deutschland nicht als rechts- und parteifähig anerkannt. Grundlage dafür war die sogenannte Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts. Danach richtet sich die Anerkennung einer juristischen Person nach dem Ort ihres Sitzes. Da die Auslandsgesellschaft nicht nach den Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts wirksam gegründet ist, wurde sie regelmäßig nicht anerkannt. Folge war, dass sie als GbR, OHG oder einzelkaufmännisches Unternehmen anzusehen war.

Die Sitztheorie wurde jedoch durch den EuGH in der Inspire Art Entscheidung verworfen (EuGH, Urteil vom 30.9.2003 – C 167/01). Anwendung findet seitdem die Gründungstheorie. Danach ist eine Körperschaft als rechtsfähig anzusehen, wenn sie im Land ihrer Gründung ordnungsgemäß errichtet wurde. Dies ist bei Auslandsge-

sellschaften regelmäßig der Fall. Zu beachten ist allerdings, dass die Gründungstheorie nur für europäische Gesellschaftsformen gilt, bei außereuropäischen Gesellschaften hält der BGH an der Sitztheorie fest.

Als Auslandsgesellschaften kommen alle Rechtsformen aus EU-Staaten in Betracht, die in ihrer Struktur der deutschen GmbH vergleichbar sind (insbesondere die englische Limited). Nicht als juristische Personen anerkannt sind dagegen Rechtsformen aus Nicht-EU-Staaten (z.B. die schweizerische AG), wenn sie ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben.

### Auslandsgesellschaft bei Geschäftstätigkeit im Inland



Nach Einführung der UG besteht in Deutschland kein sinnvoller Anwendungsbereich, wenn Geschäftstätigkeit überwiegend im Inland geplant ist und auch die Geschäftsleitung im Inland sitzt. Steuerrechtlich bietet die Auslandsgesellschaft keinen Nutzen, da es für die Körperschaftsteuerpflicht auf die (tatsächliche) geschäftliche Oberleitung im Inland ankommt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich das Recht der Gesellschafter untereinander stets nach dem jeweiligen ausländischen Gesellschaftsrecht richtet. Hat eine Auslandsgesellschaft mehrere Gesellschafter, so kann es – wie bei jeder anderen Gesellschaft auch – zu Konflikten unter ihnen kommen. Eine Auseinandersetzung bei mehreren Gesellschaftern richtet sich nach ausländischem Gesellschaftsrecht. Dieses ist in der Praxis meist weder den Parteien noch den sie beratenden Anwälten im Detail bekannt. Für solche Auseinandersetzung besteht ferner im Regelfall kein Gerichtsstand in Deutschland, Art. 22 Nr. 2 EuGVVO (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12.7.2011 – II ZR 28/10). Somit müsste ein entsprechender Rechtsstreit im Ausland geführt werden. Das ist für kleinere Unternehmen kaum praktikabel.

Auch Haftungsfragen bei Insolvenz richten sich nach ausländischem Recht, so dass zum Beispiel bei der Limited eine schärfere Haftung der Gesellschafter nach englischem Gesellschaftsrecht möglich ist. Hier sind viele Fragen noch ungeklärt. Die besonders gravierende Haftung nach § 64 GmbHG findet aber auch auf den Director einer Limited mit Sitz im Inland Anwendung (EuGH, Urteil vom 10.12.2015 – Rs. C-594/14).

Auch in der notariellen Praxis weist die Limited – wie auch andere Auslandsgesellschaften – praktische Probleme auf:

Bei Handelsregistereintragungen ist durch den Notar die Vertretungsbefugnis der beteiligten Personen zu prüfen. In Deutschland erfolgt dies durch Einsicht in das Handelsregister. Nach § 15 HGB besteht für die dortigen Angaben Vertrauensschutz, eine entsprechende Vorschrift kennt das englische Recht allerdings nicht. Daher genügt es bei einer Limited für den Vertretungsnachweis nicht, wenn der Notar das Register beim Companies House einsieht. Er muss vielmehr weitere dort vorliegende Unterlagen einsehen und darlegen, wie er sich über die Vertretungsbefugnis Kenntnis verschafft hat.



### **Gründung neuer Auslandsgesellschaften**

Im Ergebnis kann von der Gründung neuer Auslandsgesellschaften im oben dargestellten Sinne nur abgeraten werden. Eine andere Situation kann sich im Einzelfall ergeben, wenn ein Unternehmen tatsächlich seine Geschäfte vom Ausland aus betreiben möchte. Dann kann eine Gründung der Gesellschaft im Ausland mit einer Niederlassung im Inland erfolgen.

Bei bestehenden Auslandsgesellschaften sollte geprüft werden, ob und wie diese in eine deutsche Rechtsform (meist eine GmbH) überführt werden können. Dazu bietet das Umwandlungsrecht eine Reihe von Möglichkeiten (vgl. dazu Kapitel 3, S. 37 ff.).

# Gründung

## I. Grundlagen und Ablauf der Gründung

Der „Grundfall“ der Gründung einer GmbH ist die Errichtung einer neuen GmbH durch Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages (II.). Bei der Gründung der Gesellschaft muss die im Gesellschaftsvertrag bestimmte Einlage geleistet werden. Das kann in Form der Bareinlage oder der Sacheinlage geschehen (III.).

In manchen Fällen wollen die Gründer aber auch eine bereits bestehende (meist wirtschaftlich inaktive) GmbH für die Aufnahme von unternehmerischen Aktivitäten nutzen. In solchen Fällen spricht man von der Verwendung einer Mantelgesellschaft (IV.).

## II. Neugründung

Die Gründung einer GmbH kann in drei Phasen eingeteilt werden:

1. Vorgründungsgesellschaft
2. Vor-GmbH
3. Eingetragene GmbH

Von einer Vorgründungsgesellschaft spricht man, wenn sich mehrere Parteien mit dem Ziel, später eine GmbH zu gründen zusammenschließen.

Eine Vor-GmbH liegt vor, wenn der Gesellschaftsvertrag (Satzung) notariell beurkundet worden ist und die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Rechtlich handelt es sich um eine Gesellschaft sui generis („eigener Art“). Sie geht mit der Eintragung



mit allen Rechten und Pflichten auf die später eingetragene GmbH über.

Die GmbH entsteht rechtlich erst mit der Eintragung im Handelsregister.

## 1. Vorgründungsgesellschaft

Eine Vorgründungsgesellschaft ist ein Zusammenschluss der künftigen Gesellschafter mit dem Ziel der Errichtung einer GmbH. Dies geschieht meist formlos, gelegentlich auch durch Abschluss einer Absichtserklärung. Rechtlich handelt es sich bei einer Vorgründungsgesellschaft um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach den §§ 705 ff. BGB.



### Vorgründungsgesellschaft

Der Ingenieur I und der Kaufmann K haben gemeinsam während ihres Studiums ein Computerspiel entwickelt. Eines Tages setzen sie sich im Wohnzimmer des I zusammen und beschließen zur Vermarktung des Spieles eine GmbH zu gründen. Rechtlich betrachtet besteht ab diesem Zeitpunkt eine Vorgründungsgesellschaft.

Ausnahmsweise kann auch eine Offene Handelsgesellschaft (OHG) vorliegen, wenn die Gesellschaft bereits in diesem Stadium einen Gewerbebetrieb unterhält. Das wäre zum Beispiel der Fall, wenn die Gründer bereits in diesem Stadium den Geschäftsbetrieb aufnehmen. Davon ist allgemein abzuraten, denn in der Phase der Vorgründungsgesellschaft haften die Gesellschafter unbeschränkt für alle Verbindlichkeiten, die in dieser Phase entstehen (§ 128 HGB analog).

Die Vorgründungsgesellschaft begründet noch keine wesentlichen Pflichten der Gesellschafter untereinander. Insbesondere kann aufgrund einer Vorgründungsgesellschaft kein Gesellschafter von den anderen verlangen, dass die GmbH tatsächlich gegründet wird. Denkbar sind allenfalls Schadensersatzansprüche, wenn ein Gesellschafter die Gründung ohne nachvollziehbaren Grund abbricht. Der Schaden könnte dann etwa in Beratungskosten bestehen, die den Gesellschaftern bereits in dieser Phase entstanden sind. Die Gründung der Gesellschaft selbst kann aber nicht verlangt werden.

## 2. Vor-GmbH

Ab dem Zeitpunkt der notariellen Beurkundung liegt eine Vor-Gesellschaft (Vor-GmbH) vor. Rechtlich handelt es sich dabei um eine Rechtsform eigener Art (= sui generis).

Die Vor-GmbH ist für die Gesellschafter und Geschäftsführer mit Haftungsrisiken verbunden. Nach § 11 GmbHG haften die „Handelnden“ für die zwischen Beurkundung der Satzung und Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister aufgelaufenen Verluste persönlich. Grundsätzlich sollte daher das Stadium der Vor-GmbH möglichst kurz gehalten werden. Von Geschäften in dieser Phase sollte nach Möglichkeit Abstand genommen werden. In den meisten Fällen kann eine sehr zeitnahe Eintragung in das Handelsregister erreicht werden.

Im Rechtsverkehr tritt eine solche Gesellschaft als „GmbH i.G.“ (= in Gründung) auf.

Bei einer Vor-GmbH erfolgt ein Gesellschafterwechsel durch Änderung des Gesellschaftsvertrages. Eine Übertragung von Geschäftsanteilen ist in dieser Phase grundsätzlich nicht möglich. Wenn die Gesellschafter sich also in dieser Phase entscheiden, einen Gesellschafterwechsel zu vollziehen, so kann dies nur einvernehmlich von allen Gesellschaftern durch Änderung des Gesellschaftsvertrages geschehen. Eine Mehrheitsentscheidung ist hier nicht möglich.

### Änderung nach Beurkundung

Die Gründer A, B und C lassen einen Gesellschaftsvertrag notariell beurkunden. Kurz danach entscheidet sich C, doch nicht an der Gründung des Unternehmens teilnehmen zu wollen, er möchte seine Anteile an der Gesellschaft daher noch vor Eintragung in das Handelsregister an D übertragen. Dies ist nur mit Einverständnis von A und B durch Änderung des Gesellschaftsvertrages möglich. Dieser Vorgang ist notariell zu beurkunden. Eine Abtretung des Geschäftsanteils von C an D wäre nicht möglich.



Steuerrechtlich gilt eine Vor-GmbH bereits als Körperschaftsteuer-subjekt, wenn die GmbH später in das Handelsregister eingetragen wird. Die Buchführung ist also ab dem Zeitpunkt der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages für die GmbH zu erstellen. Ein Zwischenabschluss auf den Zeitpunkt der Eintragung ist nicht erforderlich.

Kommt es jedoch nicht zu einer Eintragung, so ist das Einkommensteuerrecht anzuwenden. Sind in dieser Zeit Verluste angefallen, können diese damit von den Gesellschaftern grundsätzlich steuerlich geltend gemacht werden.

### 3. GmbH

Erst mit der Eintragung in das Handelsregister erlangt die GmbH ihre Rechtsfähigkeit. Die von den Gesellschaftern gewünschte Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 GmbHG) besteht erst ab diesem Zeitpunkt.

## III. Bar- und Sachgründung

Bei der Gründung der GmbH muss das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Stammkapital aufgebracht werden. Die Aufbringung des Stammkapitals im Wert von grundsätzlich mindestens EUR 25.000 erfolgt durch Einlage von Vermögenswerten durch den Gesellschafter in das Vermögen der Gesellschaft. Eine geringere Einlage ist nur bei der Unternehmergesellschaft möglich, vgl. dazu S. 49 ff. Das Gesetz unterscheidet dabei die Bareinlage und die Sacheinlage.

### 1. Bareinlage

Eine Bareinlage wird dadurch erbracht, dass der Gesellschafter den Einlagebetrag in bar oder (üblicherweise) durch Überweisung der Gesellschaft zur Verfügung stellt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Erbringung der Einlage trägt der Gesellschafter. Eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers allein ist grundsätzlich zur Beweisführung nicht ausreichend. Deshalb sollten die Gesellschafter die Einzahlungsbelege für den Nachweis der Kapitaleinzahlung unter allen Umständen aufbewahren. Einzelheiten und Probleme im Zusammenhang mit der Erbringung der Bareinlage werden in Kapitel 8, S. 201 ff., erläutert.

Folgende Punkte sollten von den Gesellschaftern bei Einzahlung der Einlage beachtet werden:

### Checkliste Bareinlage

- Auf dem Zahlungsbeleg über die Einzahlung der Einlage ist der Einlagebetrag eindeutig als solcher zu bezeichnen.
- Der Zahlungsbeleg (Überweisung und Kontoauszug des Kontos der Gesellschaft mit Guthaben in Höhe des Stammkapitals) sollte aufbewahrt werden.
- Das Konto der Gesellschaft darf zum Zeitpunkt der Zahlung keinen Soll-Saldo aufweisen.
- Das Guthaben sollte bis zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft nicht gemindert werden.

Die Bareinlage muss auch im Zeitpunkt der Eintragung noch ungeschmälert zur Verfügung stehen. Ist dies nicht der Fall, haften die Gesellschafter für die Aufbringung des bei Eintragung nicht mehr vorhandenen Betrages (sog. Vorbelastungshaftung).

### Haftung im Gründungsstadium

Im Regelfall sollten bei einer Bargründung zwischen der Beurkundung der Satzung und der Eintragung im Handelsregister überhaupt keine Geschäfte getätigt werden. So kann jede Diskussion um eine Haftung im Gründungsstadium vermieden werden.

## 2. Sacheinlage

Im Gegensatz zur Bareinlage erbringt der Gesellschafter seine Einlage bei der Sacheinlage nicht durch die Übertragung von Geldmitteln an die Gesellschaft. Es werden vielmehr Sachen (§ 90 BGB) oder Rechte übertragen.

Der einzubringende Gegenstand ist im Gesellschaftsvertrag zu bezeichnen. Das Registergericht darf die Eintragung nur ablehnen, wenn Sacheinlagen nicht unerheblich überbewertet worden sind. Die Überprüfung des Gerichts ist also auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt.

Gegenstand einer Sacheinlage können nicht nur Sachen (§ 90 BGB) sein. Einlagefähig ist vielmehr jedes bilanzierungsfähige Wirtschaftsgut. Als Sacheinlagen kommen unter anderem folgende Vermögensgegenstände in Betracht: