

Gute Gründe für eine GmbH

Alternativen zur GmbH

Stolperfallen bei den ersten Schritten  
Richtung GmbH

# Kapitel 1

## Warum will ich eigentlich ausgerechnet eine GmbH gründen?

### Die Phase der Entscheidung: Ist die GmbH die richtige Rechtsform für meine Geschäfte?

Für viele Gründer ist es glasklar: Wenn schon selbstständig, dann ohne Haftung. Ganz so einfach ist es nicht, wie sich dies Lieschen Müller und Otto Normalverbraucher vorstellen. Es sei gleich vorweggenommen: Wer ein »liebenswürdiger Chaot« mit einem unstillbaren Hunger nach Freiheit und ein erklärter Feind aller Formalien ist, sollte sich am besten mit einer »One-Man-Show« selbstständig machen und die Finger von der GmbH (oder irgendeiner anderen Form der Kapitalgesellschaft) lassen. Denn eine GmbH ist zwar deutlich weniger formalistisch aufgestellt als beispielsweise eine Aktiengesellschaft, aber sie ist und bleibt halt doch formal geprägt. Der Grund ist einfach – und Sie werden ihn in diesem Buch wahrscheinlich noch bis zum Überdruß lesen, was zeigt, wie wichtig er ist: Die GmbH ist eine eigene Persönlichkeit. Sie muss Ihr (Mindest-)Vermögen erhalten, denn damit haftet sie ihren Gläubigern. Auf mehr können diese nicht vertrauen.

Was ist »die richtige« Rechtsform für Ihr Unternehmen? Diese Frage lässt sich »so einfach« nicht beantworten. Sie sollten sich die Ausgangssituationen in Tabelle 1.1 ansehen und je nachdem, welche Antwort Sie (sich selbst) geben, sollten Sie die vorgeschlagene Rechtsform in Erwägung ziehen.

| Ihre Ausgangssituation:  | Als ideale Rechtsform kommen für Sie infrage:   |
|--|---|
| Das Risiko, dass ich von außen, also von meinen Kunden oder Vertragspartnern, in Haftung genommen werde, ist gering. | ... Einzelunternehmen oder Personengesellschaft, GmbH & Co. KG oder Betriebsaufspaltung               |
| Ich benötige wahrscheinlich Kredite.   | ... Einzelunternehmen oder Personengesellschaft, GmbH & Co. KG, stille Gesellschaft                   |
| Ich will mein Unternehmen später verkaufen oder vererben.  | ... GmbH  |
| Ich will mein Unternehmen weiterführen und neue Geldgeber (Gesellschafter) gewinnen.                                 | ... GmbH oder Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, stille Gesellschaft                               |
| Wir gründen zu mehreren und alle sollen gleichberechtigt sein.   | ... offene Handelsgesellschaft oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GmbH                            |
| Wir gründen zu mehreren, aber die anderen sollen sich auf ihre Geldgeberfunktion beschränken.                        | ... entweder GmbH mit Ihnen als Geschäftsführer oder Kommanditgesellschaft mit Ihnen als Komplementär |
| Ich will die beschränkte Haftung, habe aber nicht viel Geld.   | ... haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft oder haftungsbeschränkte UG & Co. KG                 |

**Tabelle 1.1:** Welche Rechtsform für welche Ausgangssituation?

Grundsätzlich wird unterschieden zwischen Personenunternehmen, also Einzelunternehmen, Gesellschaften bürgerlichen Rechts und offener Handelsgesellschaft (OHG) sowie Kommanditgesellschaft (KG) und Kapitalgesellschaften, vornehmlich GmbH und haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft.

Nicht jedes *Unternehmen* ist eine *Firma*, auch wenn im allgemeinen Sprachgebrauch (vor allem in Süd- oder Südwestdeutschland) ein Unternehmen immer »eine Firma« oder »ein Geschäft« ist.



Juristisch ist ein Unternehmen eine organisatorische Geschäftseinheit, die am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, der Überbegriff »Firma« wird nur für Kaufleute benutzt (Paragraf 17 Absatz 1 Handelsgesetzbuch): Die Firma ist der Name, unter dem sie ihre Geschäfte betreiben und die Unterschrift abgeben.

Die Hauptunterschiede zwischen Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften bestehen in der Haftung und in der Führung: Während bei Einzelunternehmen und auch bei Personengesellschaften die Gesellschafter zumindest teilweise, beispielsweise die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft, nicht dagegen die Kommanditisten, mit ihrem Privatvermögen für die betrieblichen Schulden haften und demzufolge auch »geborene Geschäftsführer« sind, ist bei Kapitalgesellschaften die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und die Kapitalgesellschaft muss einen Geschäftsführer »küren«. In der Regel – Ausnahmen bestätigen diese, sind aber genau normiert – gibt es keinen Durchgriff durch die Gesellschaft hindurch auf die hinter ihr stehenden Gesellschafter und deren Vermögen.



Ein geborener Geschäftsführer ist derjenige, der von Gesetzes wegen dafür vorgesehen ist, also beispielsweise der Einzelunternehmer, alle(!) Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft. Ein gekorener Geschäftsführer dagegen ist einer, der gewählt (= gekürt) werden muss. Kapitalgesellschaften brauchen Geschäftsführer, da sie als juristische Person nicht selbst agieren können. Bei der GmbH nennt man diese Personen Geschäftsführer, bei der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft Vorstand. Bei der GmbH bestellt die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer und stellt ihn auch an.

Ein Vorteil der Personengesellschaften: Sie können problemlos und damit kostengünstig gegründet werden. Bei einem Einzelunternehmer genügt der Gewerbeschein. Personengesellschaften können ihre Verträge formfrei schließen. Kapitalgesellschaften dagegen sind schon in der Gründung wegen der Beurkundungspflicht der Verträge und der Eintragung ins Handelsregister teurer.



Hier können nicht alle möglichen und zulässigen Rechtsformen aufgezeigt werden, sondern im Großen und Ganzen »nur« die nach deutschem Recht möglichen und als weitere Einschränkung nur die, die für Sie als Existenzgründer und »Jung-Unternehmer« interessant sein könnten. Da die GmbH – in verschiedenen Variationen und Kombinationen – die Rechtsform ist, in der am häufigsten gegründet wird, und der Grund, weshalb dieses Buch überhaupt geschrieben wurde, wird auf sie der größte Wert gelegt. Die Besonderheiten der anderen Rechtsformen werden da angesprochen, wo sie in Kombination mit einer GmbH notwendig sind.

## Make or buy? Alternativen zur eigenen Gründung

Anstatt sich selbst mit allen Gründungsformalitäten (dazu im Abschnitt »Geht auch bei der GmbH: auf Vorrat gegründet«) herumzuschlagen, können Sie auch eine »fix und fertige« GmbH kaufen. Diese GmbHs werden meistens auf Vorrat gegründet.



Wenn Sie Ihre eigene GmbH über einen Mantelkauf oder über eine Vorrats-GmbH realisieren wollen, sollten Sie diesen Schritt nicht ohne qualifizierte individuelle Beratung eines Spezialisten wagen. Bedenken Sie hier auch, dass der Kauf einer ruhig gestellten oder auf Vorrat gegründeten GmbH ohne aktiven Geschäftsbetrieb in aller Regel zivil- und gesellschaftsrechtlich keine größeren Probleme mit sich bringt. Steuerrechtlich ist das etwas ganz anderes. Entweder Sie kontaktieren hier dann einen Rechtsanwalt, der profunde Steuerkenntnisse hat, oder einen Steuerberater, der Sie – allerdings nur insoweit als es notwendig ist für die steuerliche Beratung – auch über die Rechtsfragen informieren kann.

GmbH-Anteile sind frei übertragbar, können also verkauft, verschenkt oder vererbt werden – an wen auch immer. Voraussetzung für die freie Übertragbarkeit ist, dass die Satzung sie nicht einschränkt. Dieser »Share Deal« wird aber natürlich bei GmbHs, die auf Vorrat gegründet werden, im Falle eines Falles, also dem möglichst schnellen Beginn einer Geschäftstätigkeit mit beschränkter Haftung, in aller Regel nicht behindert.



Als Share Deal wird die Art von Unternehmenskauf bezeichnet, bei dem die Anteile am Unternehmen gekauft werden. Das Unternehmen als solches bleibt weiterbestehen, der ganze oder teilweise Wechsel findet lediglich auf der Gesellschafterebene statt

Die Begriffe »Vorratsgründung« oder »Vorrats-GmbH« und »Mantel« sind im allgemeinen Sprachgebrauch häufig nicht sauber voneinander abgegrenzt. Oft wird auch davon gesprochen, dass bei einer Vorratsgründung eine »Mantel-GmbH« gegründet worden sei. Der entscheidende Punkt ist, ob die GmbH, deren Anteile erworben werden sollen, bereits schon einmal am allgemeinen Geschäftsverkehr teilgenommen hat oder nicht.



Bei einer Mantel-GmbH handelt es sich in aller Regel um eine GmbH, die bereits operativ tätig war, ihren satzungsgemäßen Unternehmensgegenstand also bereits ausgeübt hat, dann aber – aus welchen Gründen auch immer – inaktiv geworden ist.

## Geht auch bei GmbHs: auf Vorrat gegründet

Bei der Vorratsgründung handelt es sich um die Errichtung einer GmbH, ohne dass die Gründer die konkrete Absicht haben, in naher Zukunft oder selbst mit ihr am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Das Ziel ist, das früher sehr zeitaufwendige, heute etwas schnellere, aber oft immer noch als nicht schnell genug empfundene Gründungsverfahren abzukürzen und vor allem dabei die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH zu vermeiden.



Wer eine Vorrats-GmbHs erwirbt, kann auch dann, wenn sie keine operative Geschäftstätigkeit ausgeübt hat, nicht sicher sein, dass er keine »Altlasten« übernimmt. Es sollte unbedingt geprüft werden, dass die Haftungsbegrenzung einer GmbH auch tatsächlich besteht. Dazu muss das Stammkapital voll eingezahlt sein und es darf nicht verbraucht worden sein. Denn der spätere Einsatz einer Vorratsgesellschaft ohne bisherige Geschäftstätigkeit – oft auch als »leere Hülle« bezeichnet – wird rechtlich wie eine wirtschaftliche Neugründung der GmbH behandelt (Bundesgerichtshof, Entscheidungen vom 9.12.2002 – II ZB 12/02 und vom 18.1.2010 – II ZR 61/09).

Ist Stammkapital zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung nicht mehr voll vorhanden, haften die neuen Gesellschafter. Man spricht hier von einer *Vorbelastungshaftung*.



Eine Vorbelastungshaftung ist eine Unterbilanzhaftung (Paragraf 9a GmbH-Gesetz). Unterbilanz heißt, dass die Schulden der GmbH höher sind als ihr Vermögen.

Bei einer solchen wirtschaftlichen Neugründung muss der Geschäftsführer versichern, dass die Stammeinlagen einbezahlt sind und ihm zur freien Verfügung stehen.



Es ist übrigens gleichgültig, ob Sie eine auf Vorrat gegründete GmbH übernehmen oder ob Sie einen GmbH-Mantel kaufen: In beiden Fällen sind Sie Anteilseigner einer »fix und fertigen« GmbH, die auch schon ins Handelsregister eingetragen ist. Das heißt: Das Schutzschild »mbH« wirkt bereits. Sie müssen auch nicht als Zusatz zur Rechtsform »i. Gr.« oder »iG« führen, um Ihr Privatvermögen zu schützen. Denn – wie bereits gesagt – Ihre GmbH wurde ja »netterweise« schon von jemand anderem gegründet.

## Auch die Schweiz hat nette Notare: Auslandsbeurkundungen von GmbH-Gründungen sind möglich – aber müssen gut überlegt sein

Auslandsbeurkundungen sind bei vielen GmbH-Gesellschaftern beliebt. Der Grund: Erstens geht es in der Regel schneller und zweitens geht es teilweise erheblich billiger als bei deutschen Notaren. Da allerdings die Urkunden nicht nur verfasst und unterschrieben, sondern auch verlesen werden müssen, muss die Beurkundung in deutscher Sprache erfolgen, was den Kreis der möglichen Auslandsbeurkundungen merklich einschränkt. Grundsätzlich sind Auslandsbeurkundungen nicht unumstritten. Die Rechtsprechung dazu ist auch sehr uneinheitlich. Manche Registerrichter weisen Eintragungsbegehren, denen eine Auslandsbeurkundung zugrunde liegt, geradezu reflexhaft zurück. Wenn das Registergericht die Beurkundung nicht anerkennt, lassen sich unerwünschte Verzögerungen kaum vermeiden.



Eine Auslandsbeurkundung ist immer risikobehaftet. Es gibt keine einheitliche Rechtsprechung zu diesem Thema. Deshalb sollten Sie hier sehr vorsichtig agieren. Denken Sie aber auch immer daran, dass Sie als mögliche Alternative die Gründung mit Musterprotokoll (siehe Kapitel 2 und das Muster im Anhang) haben. Das geht in aller Regel recht schnell und ist billiger als eine individuelle Gründung.

## Konkurrenz für die GmbH?

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft. Aber natürlich gibt es noch weitere Kapitalgesellschaften. Die sind jedoch meist noch formalistischer geregelt und benötigen (noch) mehr gesetzlich vorgeschriebenes Mindestkapital als die GmbH. Deshalb werden hier Aktiengesellschaften, Genossenschaften und andere Kapitalgesellschaften »außen vor« gelassen und nur die »direkten Konkurrentinnen« kurz erläutert.

## Warum mehr Geld ausgeben als nötig? Die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft

Die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft gemäß Paragraph 5a GmbH-Gesetz ist eine Art Einstieg in eine richtige GmbH. Die Firmierung muss entweder mit dem

Rechtsformzusatz »Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)« oder »UG (haftungsbeschränkt)« erfolgen. Das Wort »haftungsbeschränkt« darf nicht abgekürzt werden, sondern muss immer voll ausgeschrieben werden. »UGmbH« oder »UGhb« sind also unzulässige Firmierungen.

Eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG) ist eine »ganz gewöhnliche« GmbH mit allen(!) Rechten und Pflichten für Gesellschafter und Geschäftsführer. Zur Gründung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft brauchen Sie nur einen Euro. Sie können aber auch bis zu 24 999 Euro Stammkapital vereinbaren. Das aber wäre aus zweierlei Sicht Nonsens, denn erstens könnten Sie mit nur einem Euro mehr eine richtige GmbH gründen. Und zweitens brauchen Sie bei einer richtigen GmbH nur 12 500 Euro auf das Stammkapital einzubezahlen. Zur Handelsregistereintragung kann die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft erst dann angemeldet werden, wenn das vereinbarte Stammkapital (zwischen einem Euro und 24 999 Euro) in voller Höhe einbezahlt ist.

Die Unternehmergesellschaft darf ihre Gewinne nicht voll ausschütten. Sie muss jeweils ein Viertel des Jahresüberschusses, der um einen möglichen Verlustvortrag aus dem Vorjahr gemindert worden ist, in eine Rücklage einstellen. Diese Rücklage darf nur(!) zur Kapitalerhöhung (aus Gesellschaftsmitteln; Paragraph 57c GmbH-Gesetz) verwendet werden. Wer gegen diese Vorschrift verstößt, dessen Jahresabschluss ist nichtig. Und ein Ergebnisverwendungsbeschluss ist wegen der Nichtigkeit des Jahresabschlusses ebenfalls nichtig.



Es bleibt natürlich auch dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft unbenommen, sich für seine Tätigkeit entlohnen zu lassen.

Erst wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital so weit erhöht hat, dass es den Betrag des Mindeststammkapitals nach Paragraph 5 Absatz 1 GmbH-Gesetz erreicht hat, und(!) dieses Stammkapital ins Handelsregister eingetragen ist, gilt die Pflicht zur Bildung der gesetzlichen Rücklage nicht mehr. Die Gesellschaft kann die Rücklage in Stammkapital umwandeln, aber sie muss es nicht.

Wie sie das Mindeststammkapital erbringt, ob durch »Ansparen« von Eigenmitteln in der Rücklage (Paragraph 57c GmbH-Gesetz) und anschließender Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder durch Einlagen der Gesellschafter, ist gleichgültig.

Auch eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft kann den Gründungsaufwand übernehmen.



Die Grenze für den von der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwand ist »recht klar«: das Stammkapital selbst. Übersteigen die von der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft zu übernehmenden Gründungskosten das Stammkapital, dann ist die Gesellschaft schon pleite (wegen Überschuldung), noch bevor sie ins Handelsregister eingetragen worden ist. Bei hohen Gründungskosten und niedrigem Stammkapital kann also nur ein Rat gegeben werden: Übernehmen Sie als Gründer den Gründungsaufwand selbst.

## Warum den Brexit fürchten? Die Limited (Ltd.)

Sie können natürlich auch eine ausländische Rechtsform für Ihr Unternehmen wählen und den Sitz dieser Gesellschaft in Deutschland haben. Das Ausland kennt ebenfalls Kapitalgesellschaften, deren Haftung auf ihr Betriebsvermögen beschränkt ist. Besonders bekannt ist die Private Limited Company britischen Rechts (Limited/Ltd.). Warum aber konnte sie so interessant werden? Früher konnte eine deutsche GmbH nur mit 25 000 Euro gegründet werden. Der Gründungsprozess als solcher dauerte teilweise recht lang. Eine Limited dagegen konnte schon damals mit einem Pfund Kapital gegründet werden. Weiterer Pluspunkt: Die Gründung war innerhalb von 24 Stunden möglich. Zumindest das Mindestkapital ist seit der Einführung der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft im Jahr 2011 kein Thema mehr.



Wer denkt, deutsche Handelsregistergerichte oder die deutsche Finanzverwaltung seien bürokratische Monster, die kein »Mitleid« mit »armen, gebeutelten« Gründern oder Jung-Unternehmern hätten, der kennt die englischen Gepflogenheiten nicht. Sie müssen peinlich(!) genau auf die vollständige, korrekte und fristgerechte Einreichung der Dokumente – selbstverständlich in Englisch und nach englischen Standards – achten. Wenn Sie das nicht tun, können – und werden – Sie mit einem Bußgeld bis zu 1 000 Pfund belegt werden. Wenn Sie dann immer noch »hartleibig« sind und nicht auf die Mahnungen reagieren, wird die Limited aus dem englischen Handelsregister gelöscht. Das Gesellschaftsvermögen fällt dann an den britischen Staat. Die für viele weitaus schlimmere Folge aber dürfte sein, dass Sie dann, wenn Sie alleine eine Limited gegründet hatten, in den Status eines Einzelunternehmers, oder wenn Sie zu mehreren die Limited gegründet haben, in den Status einer offenen Handelsgesellschaft fallen. In beiden Fällen heißt es: uneingeschränkte Haftung auch mit dem Privatvermögen.

Der Brexit – egal wann und wie er kommt – gefährdet allerdings die Existenz der aktuell schätzungsweise 8 000 bis 10 000 Limiteds mit Hauptverwaltung in Deutschland. Diese verlieren nach dem Brexit ihre Niederlassungsfreiheit und wahrscheinlich ihren Status als Kapitalgesellschaft, da Großbritannien dann Drittland sein wird.



Wer das Abenteuer liebt, der sollte ruhig jetzt noch eine Limited nach britischem Recht gründen. Ich(!) würde es nicht tun.

## Warum mehr Steuern zahlen als nötig? Die GmbH & Co. KG oder GmbH & Co. OHG

Bei einer Kommanditgesellschaft (KG) gibt es in der Regel einen Gesellschafter, der mit seinem gesamten Vermögen haftet, der aber natürlich, wenn er eine Kapitalgesellschaft ist, selbst bei unbeschränkter Haftung nur beschränkt haftet. Der unbeschränkt haftende Gesellschafter in der KG wird *Komplementär* oder *Vollhafter* genannt. Zusätzlich sind weitere Gesellschafter in der Gesellschaft, die aber nur mit dem Teil ihres Vermögens haften, den

sie der Gesellschaft als Einlage zur Verfügung gestellt haben. Diese Gesellschafter werden Kommanditisten oder Teilhaber genannt.

Gesellschafter der Kapitalgesellschaft und die Kommanditisten können sich aus demselben Personenkreis rekrutieren. Es ist sogar möglich, eine Ein-Personen-Kapitalgesellschaft & Co. KG zu gründen, in der die Kapitalgesellschaft nur einen einzigen Gesellschafter hat, der auch noch gleichzeitig Kommanditist in der KG ist.

Die GmbH & Co. KG ermöglicht eine flexible Eigenfinanzierung, weil »beliebig« viele Kommanditisten aufgenommen werden können. Deren Einlagenhöhe ist frei verhandelbar. Außerdem haben sie von Gesetzes wegen kein Mitspracherecht in der gewöhnlichen Geschäftsführung. Für das Handelsrecht gilt eine GmbH & Co. KG als Kapitalgesellschaft, wenn nicht mindestens eine natürliche Person neben der Kapitalgesellschaft Vollhafterin ist. Vermögend muss diese Person nicht sein, aber sie muss voll, also auch mit ihrem Privatvermögen, haften. Nur mit einer zusätzlichen natürlichen Person als Komplementärin gilt die Kapitalgesellschaft & Co. KG auch handelsrechtlich als Personengesellschaft und ist von den Bilanzierungs- und Offenlegungspflichten einer Kapitalgesellschaft befreit.

Die wichtigsten steuerlichen Vorteile einer GmbH & Co. KG gegenüber einer reinen GmbH:

- ✓ Die GmbH & Co. KG als steuerliche Personengesellschaft kennt keine verdeckte Gewinnausschüttung.
- ✓ Die GmbH & Co. KG hat bei der Gewerbesteuer einen Freibetrag von 24 500 Euro, die GmbH hat keinen Gewerbesteuerfreibetrag.

## Die Betriebsaufspaltung

Der für die meisten wohl wichtigste Grund für eine Betriebsaufspaltung ist, dass die handelnden Gesellschafter möglichst vermögenslos gestellt werden sollen. Eine mögliche Insolvenz soll auf die operative GmbH beschränkt werden. Mithilfe der auf die Besitzgesellschaft ausgelagerten Wirtschaftsgüter soll ein neues Unternehmen begonnen werden können.

Haben Sie schwäbische oder badische Vorfahren? Dann kennen Sie bestimmt den eiserenen Grundsatz: Grundstücke haben nichts im Betriebsvermögen verloren. Aber auch ohne solche Vorbelastungen durch Ahnen wird es Ihnen bestimmt einleuchten, dass ein Grundstück in aller Regel mehr wert ist als 25 000 Euro. Und Ihnen ist auch klar, dass es, wenn es erst einmal im Betriebsvermögen der GmbH ist, dann auch den Gläubigern haftet. Etwas »flapsiger« formuliert: Es ist dann weg!

Was also erscheint der sinnvollste Ausweg? Man behält das Grundstück im Privatvermögen und vermietet es an die GmbH. Das ist zulässig – rechtlich kein Problem. Aber Sie könnten steuerlich ein Problem kriegen, nämlich dann, wenn Sie nicht wissen, dass Sie möglicherweise mit der Vermietung oder Verpachtung eine *Betriebsaufspaltung* begründet haben. Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen sowohl eine sachliche/wirtschaftliche als auch eine personelle Verflechtung besteht. An dieser ständigen Definition der Rechtsprechung hat sich bis heute nichts geändert.

Eine *sachliche/wirtschaftliche Verflechtung* ist dann gegeben, wenn die Besitzgesellschaft eine oder mehrere *wesentliche Betriebsgrundlagen* an die Betriebskapitalgesellschaft überlässt. Ob die Überlassung gegen Entgelt erfolgt (Vermietung, Verpachtung, Leasing) oder unentgeltlich, ist für die Annahme einer Betriebsaufspaltung uninteressant.



Der Begriff »wesentliche Betriebsgrundlage« wird funktional gesehen. Das bedeutet, dass die Wirtschaftsgüter für die Fortführung des Betriebs prägend und unverzichtbar sein müssen.

Bei der personellen Verflechtung müssen die Personen, die hinter den beiden Gesellschaften stehen, einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben. Das wird unterstellt, wenn dieselbe Person oder Personengruppe ihren Willen in beiden Unternehmen durchsetzen kann.

Damit ist der Ausweg aus einer unfreiwilligen Betriebsaufspaltung klar: Unterschiedliche Beteiligungsquoten verhindern eine Betriebsaufspaltung.



Sie wollen alleine eine GmbH gründen. Ihnen gehört ein Grundstück. Darauf steht eine Lagerhalle, die Sie für Ihre GmbH nutzen wollen. Sie wollen aber das Grundstück nicht ins Betriebsvermögen der GmbH einlegen, sondern es ihr nur vermieten. Wenn Sie dies nun einfach so tun, begründen Sie – wahrscheinlich sogar unfreiwillig, aber nichtsdestotrotz – eine Betriebsaufspaltung. Der einfachste Ausweg: Sie gründen die GmbH nicht alleine, sondern zusammen mit einer anderen Person. Dann ist keine personelle Verflechtung gegeben und folglich auch keine Betriebsaufspaltung.

## Die Phase der Entscheidung: Will ich die GmbH alleine gründen?

Oscar Wildes Weisheit über die Ehe gilt auch für Gründungsvorhaben: »Die Gründung einer GmbH zu zweit (oder mehreren) ist der Versuch, gemeinsam wenigstens halb so glücklich zu werden, wie man allein gewesen wäre.«

Klar ist – außer Sie sind eine Person mit multiplen Persönlichkeiten –, dass man in aller Regel mit sich selbst keinen Streit bekommen kann. Aber man muss auch alles alleine »stemmen«, hat – außer man bezahlt dafür – weder fachliche noch finanzielle Hilfe, niemanden, der einen ergänzt und unterstützt.

### Herausforderung: Ich kenne meine Mit-Gründer gut

Sie kennen also Ihre »Buddies«, mit denen Sie zusammen Ihre GmbH gründen wollen, gut. Frage: Woher? Aus der Schule? Aus dem Studium? Von der Arbeit? Vom Sport?

Achtung, jetzt kommt »Küchentisch-Psychologie«: Wenn Sie Ihre potenziellen Mit-Gründer aus der Schule und aus dem Studium kennen, ist das schon mal gut, denn dann kennen Sie mit höchster Wahrscheinlichkeit »den ganzen Menschen«, also nicht nur dessen

»Sonntagsgesicht«, sondern halt auch, wie er montags »drauf ist«. Und wahrscheinlich haben Sie auch zusammen schon einige Dummheiten gemacht, aber Ihre Freundschaft hat dennoch gehalten – ein gutes Omen für ein weiteres gemeinsames Abenteuer: die Gründung Ihrer GmbH.

Egal wie – die Chemie zwischen Ihnen muss stimmen und Ihre Beziehung muss auch Stress aushalten können. Denn der bleibt nicht aus!

Aber neben der »persönlichen Eignung« Ihres Mit-Gründers sollten Sie auch dessen finanziellen Hintergrund nicht außer Acht lassen. Denn es gilt das »Musketier-Prinzip«: Sie haften für Ihre Mit-Gesellschafter, wenn diese ihre Stammeinlage – obwohl versprochen und beteuert – nicht beisteuern. In einer GmbH gilt das Prinzip der sogenannten *Ausfallhaftung*.



Ausfallhaftung bedeutet, dass ein GmbH-Gesellschafter die ausgefallene Stammeinlage eines anderen GmbH-Gesellschafters übernehmen muss. Denn egal wie: Die 25 000 Euro Stammkapital müssen »am Ende des Tages« zusammengekommen sein!

Zwar ist die Haftung in der GmbH beschränkt auf das Stammkapital, also auf mindestens 25 000 Euro. Die Haftung des einzelnen Gesellschafters ist beschränkt auf die von ihm übernommene Stammeinlage mit der Folge, dass er üblicherweise nicht mehr haftet, wenn er seinen Anteil voll einbezahlt hat. Aber:

Ist das Stammkapital (noch nicht voll) einbezahlt, sind die ausstehenden Stammeinlagen fällig oder werden fällig gestellt und kann derjenige Gesellschafter, der seinen übernommenen Anteil (noch) nicht (voll) einbezahlt hat, nicht leisten, müssen die anderen Gesellschafter für den Ausfall einstehen. Von dieser Ausfallhaftung gibt es keine Freistellung, weder durch Vertrag noch durch die Satzung. Die Ausfallhaftung ist ein Unterprinzip des *Gläubigerschutzprinzips* und damit unabdingbares GmbH-Recht. Wer der (drohenden) *Solidarhaftung* entgehen will, hat nur die Möglichkeit, selbst aus der GmbH auszutreten.



Gläubigerschutzprinzip bedeutet, dass jeder Gläubiger der GmbH darauf vertrauen darf, dass die GmbH mindestens das gesetzlich vorgeschriebene oder das in der Satzung vereinbarte Stammkapital als Gesellschaftsvermögen hat, das im Falle eines Falles haftet.



Solidarhaftung ist »ganz einfach« das »Musketier-Prinzip«: Einer für alle, alle für einen. Und wenn einer halt nicht zahlt, müssen die anderen für ihn mitzahlen.



Wer für die Einlage eines Mit-Gesellschafters eintreten muss, erwirbt natürlich eine Ausgleichsforderung gegenüber eben diesem. Und zwar auch dann, wenn der Betreffende zwischenzeitlich aus der GmbH ausgeschlossen wurde. Allerdings steht geradezu regelmäßig zu befürchten, dass die Ausgleichsforderung recht wertlos ist, da der »Zahlungsunwille« des Gesellschafters mit hoher Wahrscheinlichkeit auf mangelnde Liquidität zurückzuführen ist. Wäre er liquide gewesen, hätte er wahrscheinlich auch seine fällige Einlage bei der GmbH bezahlt. Nur in wenigen Fällen kann also ein Gesellschafter, der für den Ausfall eines anderen haftet, damit rechnen, dass er sein im Rahmen einer Ausfallhaftung bezahltes Geld wiedersieht.

Wer selbst nach der Leistung der eigenen Einlage über kein weiteres nennenswertes Vermögen verfügt, kann sich deswegen nicht von der Zahlungspflicht befreien lassen. In solchen Fällen droht sogar eine Pfändung. Diese Art des »Schuldenabstotterns« wird selbst dann in Kauf genommen, wenn sich die Zahlung auf diese Art und Weise über einen längeren Zeitraum hinzieht (Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 19.8.2004 – 18 W 29/04).

## Herausforderung: Alleine in meiner eigenen GmbH

Also: Sie dürfen eine GmbH alleine gründen – ob Sie das wollen(!) oder vom Finanziellen oder den Sachkenntnissen her können(!) ist eine ganz andere Sache. Denken Sie in diesem Fall nicht nur an das rechtlich notwendige Mindestkapital – ob nun 1 Euro oder 25 000 Euro ist meist von geringer Bedeutung –, denken Sie vielmehr an das wirtschaftlich notwendige Kapital, das in aller Regel deutlich höher ist als das rechtlich notwendige.

Eine Ein-Personen-GmbH ist rechtlich möglich. Wirtschaftlich gesehen sind Sie damit praktisch ein Einzelunternehmer, der alles selbst entscheiden kann, aber auch für alles selbst sorgen muss. Rechtlich aber hat die GmbH und damit Sie als ihr Geschäftsführer alle Pflichten, wie sie eine GmbH und ihr Geschäftsführer haben.

## Herausforderung: Ich brauche weitere Geldgeber

»Ich brauche mehr Geld!« ist nicht nur der Standardspruch eines konsumfreudigen Taschengeldempfängers, sondern häufig auch die Erkenntnis eines Gründers, der einen – bis auf die Finanzen – »perfekten« Businessplan erarbeitet hat. Die Frage, die sich anschließt, ist, um welche Art von Kapital es sich handeln soll, um Eigenkapital oder um Fremdkapital. Beides steht in der Bilanz auf der Passivseite (= Mittelherkunft, Finanzierung), muss aber – damit man überhaupt Fremdkapital erhält – eine gewisse vertikale Struktur aufweisen. Grundsätzlich gibt es zwei Regeln, die Ihnen überhaupt nicht gefallen werden: die 1:1-Regel und die 2:1-Regel. Die 1:1-Regel wird auch »goldene Finanzierungsregel« genannt. Sie besagt, dass das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital 1:1 betragen soll, dass also Ihre GmbH genauso viel Eigenkapital haben soll, wie sie Fremdkapital haben will. Die Realität ist meistens »silbern«, mit einer Eigenkapitalquote von 25 bis 30 Prozent gehört Ihre GmbH schon zu den sehr gut finanzierten deutschen Unternehmen. Dass die Finanzierung mit Fremdkapital so »beliebt« ist, liegt einerseits daran, dass die Eigenkapitalfinanzierung die teuerste Form der Finanzierung ist, da sie aus bereits versteuertem Einkommen erfolgt, des Weiteren an den angloamerikanischen Gepflogenheiten, Vermögen hauptsächlich über Schulden zu finanzieren, und drittens – but not least – am sogenannten »Leverage-Effekt«.



Als Leverage-Effekt (= Hebelwirkung) wird das Phänomen bezeichnet, dass steigender Einsatz von Fremdkapital die *Eigenkapitalrendite* einer Investition steigert, unter der Voraussetzung, dass überhaupt Gewinne erwirtschaftet werden und die Zinsen für das Fremdkapital niedriger sind als die realisierten Gewinne. Werden dagegen Verluste eingefahren, verkehrt sich die Hebelwirkung. Und das Unangenehme dabei: Die Schulden müssen dennoch weiter getilgt und mit Zinsen bedient werden.

Die 2:1 Regel wird häufig auch als Banker's Rule bezeichnet. Nach ihr soll das Verhältnis vom Eigenkapital zum Fremdkapital bei 2:1 liegen, das Eigenkapital sollte also doppelt so hoch sein wie das Fremdkapital. Die Banker's Rule kann in der aktuellen Zeit als »Banker's Dream« gelten.

## Fremdkapital beschaffen

Fremdkapital können Sie sich relativ leicht beschaffen – vorausgesetzt Sie haben ein gutes *Rating* bei der Bank oder dem Kreditinstitut.



Mit *Rating*, korrekter: Kredit-*Rating*, wird die Einstufung Ihrer Kreditwürdigkeit (= Bonität) bezeichnet. Jedes Finanzinstitut hat seine eigenen *Rating*-Regeln, die sich aus »harten«, also mit Zahlen untermauerten Daten, und aus »weichen« Faktoren, beispielsweise Ihrem Familienstand oder Ihrer Gesundheit, ergeben. Kein Kreditinstitut gibt seine *Rating*-Regeln öffentlich bekannt. Sie können also allenfalls erraten, weshalb Sie bei einer Bank mit Ihrem Kreditwunsch scheitern, bei der anderen aber angenommen werden.

Die wenigsten Fremdkapitalgeber werden Ihnen Kredite für Ihre GmbH ohne weitere Sicherheiten geben. Als Sicherheit kommt an allererster Stelle (neben dem Eigenkapital, das die GmbH hat) eine selbstschuldnerische Bürgschaft Ihrerseits in Betracht. Damit ist das »Schutzschild mbH« zumindest gegenüber der Bank ausgehebelt? Ihr Privatvermögen haftet? Richtig! Das genau ist ja das Ziel der Bank. Als weitere Sicherungsmaßnahme werden sich die Kreditgeber Vorrang vor anderen Gläubigern ausbedingen. Das heißt, bevor irgendein anderer Gläubiger, beispielsweise ein Lieferant, bedient wird, muss der Fremdkapitalgeber »sein Geld erhalten«.

## Eigenkapital beschaffen

Das Eigenkapital einer GmbH setzt sich wie folgt zusammen:

- I. Gezeichnetes Kapital (Stammkapital)
- II. Kapitalrücklage
- III. Gewinnrücklagen
  1. Gesetzliche Rücklage
  2. Rücklage für eigene Anteile
  3. Satzungsmäßige Rücklagen
  4. Andere Gewinnrücklagen
- IV. Gewinnvortrag/Verlustvortrag
- V. Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

## Stammkapitalerhöhung

Die Kapitalerhöhung ist eine Satzungsänderung und muss notariell beurkundet werden, bevor sie ins Handelsregister eingetragen wird. Eine Kapitalerhöhung kann für eine GmbH auf zweierlei Arten durchgeführt und notwendig werden, und zwar entweder durch Zuführung neuer finanzieller Mittel oder aus Gesellschaftsmitteln (was bei einer neu gegründeten GmbH eher nicht der Fall sein dürfte).

Bei der Kapitalerhöhung durch Zuführung neuer finanzieller Mittel wird nicht nur das Stammkapital, sondern auch das Eigenkapital der GmbH erhöht.

Die Kapitalerhöhung erfolgt durch Bildung neuer Geschäftsanteile. Die (neuen) Geschäftsanteile müssen nicht zum Nennbetrag ausgegeben werden. Mit einem Aufgeld (Agio) können beispielsweise stille Reserven oder offene Rücklagen ausgeglichen werden.



Es ist eine Plattitüde, dennoch kann man sie nicht genug betonen: Wenn ein neuer Gesellschafter dazukommt, ändert sich der prozentuale Anteil am Stammkapital der bestehenden Gesellschafter und damit auch deren Stimmrechte, falls die Satzung vorsieht, dass die Beteiligung oder die Kopfzahl für die Stimmrechte entscheidend ist. Es können halt nun mal »nur« 100 Prozent aufgeteilt werden. So kann aus einem bisherigen Mehrheits-Gesellschafter ein Minderheits-Gesellschafter werden. Das bringt nicht so sehr rechtliche, sondern weitaus häufiger psychologische Probleme mit sich, wenn man plötzlich nicht mehr »Herr im eigenen Haus« ist.



Auch wenn Gesellschafter im Erhöhungsbeschluss überstimmt wurden, führt dies zu einer Erhöhung ihrer Haftung, da sie im Hinblick auf das erhöhte Kapital genauso haften wie etwa neu eintretende Gesellschafter für die noch offenen Einlageschulden der Altgesellschafter (Paragraf 24 GmbH-Gesetz). Das kann für den Gesellschafter ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund sein.

Die Ausfallhaftung droht auch bei einer Kapitalerhöhung. Da bei einer Kapitalerhöhung das Stammkapital, das den Gläubigern haftet, aufgestockt wird, gelten exakt dieselben Regeln wie bei der erstmaligen Ausstattung der GmbH mit haftendem Kapital bei der Gründung.

## Genehmigtes Kapital

Nach Paragraf 55a GmbHG können auch GmbHs genehmigtes Kapital bilden. Beim genehmigten Kapital werden die GmbH-Geschäftsführer von den Gesellschaftern ermächtigt, innerhalb von höchstens fünf Jahren nach Eintragung der GmbH-Gründung oder der Satzungsänderung ins Handelsregister das Stammkapital der GmbH um insgesamt bis zu 50 Prozent des bei der Ermächtigung vorhandenen Stammkapitals zu erhöhen.

Mit dem Instrument des genehmigten Kapitals erübrigt sich bei absehbarem Kapitalbedarf ein neuer Kapitalerhöhungsbeschluss, der notariell beurkundet werden müsste.

In Bezug auf die Einlagenerbringung und -einforderung gelten die Regeln, wie sie auch bei der Kapitalerhöhung und Gründung gelten.

## Eigenkapitalerhöhung über Rücklagen

Die »vornehmste« Art, sich Kapital zu beschaffen, ist: Sie erwirtschaften Gewinn mit Ihrer GmbH und thesaurieren ihn, behalten ihn also in der GmbH und schütten ihn nicht an sich und die anderen Gesellschafter aus. Gesetzliche Rücklagen (vergleiche III.1 auf S. 44) hat eine GmbH nicht – wohl aber eine haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft.

Natürlich können Sie aber auch in der Satzung bestimmen, dass Gewinne in der und der Höhe nicht ausgeschüttet werden dürfen, sondern in das »Spardöschen« Rücklage eingestellt werden, um für finanziell »angespannte« Zeiten gewappnet zu sein.

## Stille Gesellschaft

Eine stille Gesellschaft ist eine gute Möglichkeit, sich Eigenkapital zu verschaffen, das benötigt wird, um beispielsweise weitere Kredite zu erhalten. Neben den fremden Dritten, die eine lukrativere Geldanlage suchen oder als »Start-up-Helfer« tätig sein wollen, ohne in der Öffentlichkeit in Erscheinung zu treten, sind auch eigene Gesellschafter mögliche stille Kapitalgeber ebenso wie eigene Mitarbeiter. Hier besteht zudem die Möglichkeit, fähige Mitarbeiter längerfristig an das Unternehmen zu binden, ohne dass sie nach außen als Unternehmer erscheinen.

*Stille Gesellschaften* sind in aller Regel Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR, BGB-Gesellschaften) und kommen in zwei Formen vor: der sogenannten typischen und der atypischen stillen Gesellschaft. Zivilrechtlich ist diese Unterscheidung weitgehend uninteressant, steuerlich dagegen von Wichtigkeit. Ein typischer stiller Gesellschafter erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen, ein atypischer stiller Gesellschafter hat eine Mitunternehmerstellung inne und bezieht folglich Einkünfte aus Gewerbebetrieb.



Eine stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei der sich eine – natürliche (in seltenen Fällen auch eine Personengesellschaft) oder juristische – Person als Gesellschafter so am Handelsgewerbe einer anderen natürlichen oder juristischen Person beteiligt, dass ihre Einlage gegen einen Anteil am Gewinn oder andere Rechte in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht.

Die stille Gesellschaft ist eine Innengesellschaft, tritt also nach außen nicht in Erscheinung; sie wird nicht ins Handelsregister eingetragen.

Die Einlage des stillen Gesellschafters kann aus Geld-, Sach-, Dienstleistungen, Rechten oder Ähnlichem bestehen. Es entsteht kein Gesellschaftsvermögen.

An einem Unternehmen können sich mehrere stille Gesellschafter beteiligen. Es bestehen dann ebenso viele voneinander unabhängige stille Gesellschaften, wie stille Gesellschafter vorhanden sind.

Die Rechtsgrundlage für die stille Gesellschaft bilden die Paragraphen 230 bis 236 Handelsgesetzbuch, ergänzt durch die Paragraphen 705 fortfolgende Bürgerliches Gesetzbuch über die GbR. Diese aber gelten nur, soweit sie das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen.

## Die Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil

Eine *Unterbeteiligung* ist eine Beteiligung an der Gesellschafterstellung eines anderen. Mit einer Unterbeteiligung können GmbH-Gesellschafter eine andere Person, nämlich den Unterbeteiligten, wirtschaftlich so stellen, als ob er einen Teil der Gesellschaftserstellung erwerben würde. Die Unterbeteiligung steht nicht im Gesetz. Aber sie ist im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit zulässig.

Wann sollten Sie eine Unterbeteiligung ins Auge fassen? Beispielsweise dann, wenn Sie selbst nicht genügend Geld haben, um die GmbH-Beteiligung einzuzahlen. Oder wenn Sie über nicht genügend finanzielle Mittel verfügen, um bei einer Kapitalerhöhung mitzumachen. Oder wenn Sie persönlich einen »Mentor« haben, der Ihnen bei Ihren ersten Schritten als Gründer sowohl finanziell als auch ideell helfen will, ohne dass die anderen Gesellschafter oder die »Außenwelt« davon erfährt. Eine weitere Überlegung – für Sie als Gründer aber wohl nur in den seltensten Fällen vorrangig – ist, dass Sie mit einer Unterbeteiligung die erzielten Gewinne auf Ihnen nahestehende Menschen, etwa Ihre Kinder, verlagern können, um so Steuern zu sparen.



Eine Unterbeteiligung an Ihrem GmbH-Anteil räumt nicht die GmbH ein, sondern Sie als Gesellschafter. Die GmbH muss davon auch nichts wissen – es sei denn, in der Satzung sind Unterbeteiligungen nur mit der Genehmigung der anderen Gesellschafter zulässig. Dann sollten Sie eine mögliche Unterbeteiligung offenlegen, um Ihren Mit-Gesellschaftern keinen (wichtigen!) Grund zu geben, Sie aus der GmbH zu »entfernen«.

Grundsätzlich sind beim Abschluss eines Unterbeteiligungsvertrags keine Formvorschriften zu beachten. Auch mündlich geschlossene Verträge über eine Unterbeteiligung sind rechtlich ohne Einschränkung gültig. Gleichwohl dürfte es sinnvoll sein, eine Unterbeteiligung schriftlich zu fixieren, um Nachweisschwierigkeiten mit dem Finanzamt aus dem Weg zu gehen.

Steuerlich wird unterschieden zwischen typischer und atypischer Unterbeteiligungsgesellschaft:

- ✓ Bei der typischen Unterbeteiligungsgesellschaft kann der Unterbeteiligte von dem Gewinnanteil, der dem Hauptbeteiligten zufließt, seinen Teil fordern. Wird die Unterbeteiligungsgesellschaft gekündigt, kann er seine Einlage zurückfordern.
- ✓ Eine atypische Unterbeteiligung liegt vor, wenn die vertragliche Gestaltung der Unterbeteiligung aus dem Unterbeteiligten einen »(Mit-)Unternehmer« macht, der unternehmerisches Risiko trägt. Es gibt keine festen Kriterien für diese Einschätzung, hier sind die Verhältnisse des Individualfalls zu betrachten.

Die Einkünfte, die einem typisch Unterbeteiligten zufließen, sind Einkünfte aus Kapitalvermögen nach Paragraph 20 Absatz 1 Nr. 4 Einkommensteuergesetz, obwohl dort nur von stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen die Rede ist.

## Welche Pflichten habe ich als GmbH-Gesellschafter?

Welche Pflichten Sie als GmbH-Gesellschafter freiwillig, also entweder in der Satzung oder in individuellen Verträgen mit Ihrer GmbH geregelt, übernehmen – oder sich dazu »breitschlagen« lassen –, ist Ihre Sache.

Als Gründer haben Sie vor allem zwei Pflichten, nämlich einmal die Satzung aufzusetzen und zweitens die von Ihnen übernommene Einlage auf ein GmbH-Konto so einzuzahlen, dass das Geld zur freien Verfügung des Geschäftsführers steht.

In einer laufenden GmbH haben Sie wenige gesetzliche Pflichten (Paragraf 46 GmbH-Gesetz). Folgendes müssen Sie als Gesellschafter bestimmen (und gegebenenfalls den Geschäftsführer entsprechend handeln lassen):

1. Die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses
  - a. Die Entscheidung über die Offenlegung eines Einzelabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards (Paragraf 325 Absatz 2a Handelsgesetzbuch) und über die Billigung des von den Geschäftsführern aufgestellten Abschlusses
  - b. Die Billigung eines von den Geschäftsführern aufgestellten Konzernabschlusses
2. Die Einforderung der Einlagen
3. Die Rückzahlung von Nachschüssen
4. Die Teilung, die Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen
5. Die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben
6. Die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung
7. Die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb
8. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat.

## Gesellschaftertreuepflichten und Wettbewerbsverbote

Nach einem Wettbewerbsverbot und einem Treuegebot für GmbH-Gesellschafter sucht man vergeblich im Gesetz. Die Rechtsprechung hat aber eine Treuepflicht für GmbH-Gesellschafter bejaht. Ein GmbH-Gesellschafter unterliegt gegenüber der GmbH einer besonderen Treuepflicht, die es ihm beispielsweise verbietet, besondere Kenntnisse aus der Gesellschafterstellung zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil zu nutzen. Dies vor allem dann, wenn die GmbH die Möglichkeit gehabt hätte, das Geschäft selbst mit Gewinn zu tätigen.

Die Verletzung der Treuepflicht begründet einen Schadenersatzanspruch der GmbH gegenüber ihrem Gesellschafter in Höhe des eingetretenen Vorteils.

Das Treuegebot gilt hauptsächlich für beherrschende Gesellschafter oder solche Gesellschafter, die einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben können. Aber auch Minderheits-Gesellschafter müssen das Treuegebot beachten, beispielsweise dann, wenn sie gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH sind. Die Treuepflicht ist jedoch unterschiedlich streng: Bei einer Familien-GmbH oder einer personalistischen GmbH (bei der es nur wenige GmbH-Gesellschafter gibt) sind die Treuepflichten höher anzusetzen als bei einer kapitalistischen GmbH, die viele Gesellschafter hat.



Das Wettbewerbsverbot für GmbH-Gesellschafter wird aus der Treuepflicht des Gesellschafters hergeleitet. Diese Ausprägungen sind nicht klar umrissen. Deshalb ist es besser, wenn ein gewünschtes Gesellschafterswettbewerbsverbot in der Satzung verankert wird.

Enthält die Satzung lediglich eine Öffnungsklausel, wird also »nur« die Möglichkeit dafür geschaffen, dass ein Wettbewerbsverbot mit einem oder mehreren oder allen Gesellschaftern gesondert vereinbart werden kann, dann muss ein Wettbewerbsverbot auch tatsächlich vereinbart werden.



In keinem Fall darf die Treuepflicht eines Gesellschafters so ausgelegt werden, dass einem Gesellschafter der Wettbewerb gegenüber der GmbH komplett untersagt wird. Dies würde gegen die Paragraphen 1, 25 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstoßen.

Ein Allein-Gesellschafter hat naturgemäß kein Wettbewerbsverbot. Mehrheits-Gesellschafter unterliegen der Treuepflicht. Sie müssen alles unterlassen, was der Gesellschaft unmittelbar Nachteile bringt oder bringen kann. Minderheits-Gesellschafter – vor allem in einer nicht personalistisch geprägten GmbH – können vollständig von einem Wettbewerbsverbot befreit sein.

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot muss, damit es wirksam ist, entweder in der Satzung niedergelegt sein oder in einem gesonderten Vertrag geregelt werden. Geschieht dies nicht, kann jeder Gesellschafter nach seinem Ausscheiden der GmbH Konkurrenz machen.

Ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot ist nur zulässig, wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht über die schützenswerten Interessen des Begünstigten (= die GmbH) hinausgeht und den Verpflichteten (= den Gesellschafter) nicht übermäßig einschränkt. Übermäßige Wettbewerbsverbote sind sittenwidrig (Paragraf 138 Bürgerliches Gesetzbuch) und damit nichtig (Oberlandesgericht München, Entscheidung vom 11.11.2010 – U (K) 2143/10).

## Die Insolvenzantragspflicht bei führungsloser GmbH

Hat die GmbH keinen Geschäftsführer (mehr) und weiß der Gesellschafter davon, ist er wie jeder andere Gesellschafter verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen (Paragraf 15a Absatz 3 Insolvenzordnung). Hintergrund dieser Regelung: Die GmbH soll sich nicht mehr vor der Insolvenzantragspflicht durch »Abtauchen« des oder der Geschäftsführer drücken können.

## Welche Rechte habe ich als GmbH-Gesellschafter?

Sie haben das Recht, zu Gesellschafterversammlungen eingeladen zu werden (ob Sie hingehen oder nicht, ist Ihre Angelegenheit), dort haben Sie ein Rederecht und ein Stimmrecht. Wieviel Ihre Stimme zählt, hängt von Ihrer Beteiligungshöhe oder den Regelungen in der Satzung ab.

Sie dürfen Beschlüsse für nichtig erklären lassen oder sie anfechten, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind.

Sie haben das Recht zu verlangen, dass der Geschäftsführer außerordentliche Gesellschafterversammlungen einberuft.

Die Gesellschafterversammlung (nicht der einzelne Gesellschafter) hat das Recht, Geschäftsführer – auch wenn diese selbst Gesellschafter sind – zu bestellen und auch wieder abzuberufen, anzustellen oder zu kündigen.

Die Gesellschafterversammlung (nicht der einzelne Gesellschafter) hat das Recht, der Geschäftsführung gegenüber Weisungen zu erteilen.

Die Gesellschafterversammlung (nicht der einzelne Gesellschafter) hat das Recht, dem Geschäftsführer die Entlastung zu verweigern, wenn dessen Geschäftsführung fehlerhaft war oder nicht zukunfts-trächtig ist. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer darf bei seiner eigenen Entlastung nicht mitstimmen.

Die Gesellschafterversammlung (nicht der einzelne Gesellschafter) hat das Recht, Geschäftsführungsressorts wirksam einzuteilen.

Jeder Gesellschafter hat Informationsrechte. Der Geschäftsführer muss ihm Rede und Antwort stehen (Auskunftsrecht) und Einsicht in die GmbH-Bücher und sonstige Unterlagen verschaffen.

Jeder Gesellschafter hat das Recht auf Gewinnausschüttungen, es sei denn, die Satzung macht hier Einschränkungen.

Die Gesellschafterversammlung darf von dem Gewinnverwendungsvorschlag, den der Geschäftsführer macht, wenn er den von ihm erstellten Jahresabschluss zur Feststellung vorstellt, abweichen und eine andere Verteilung beschließen, die der Geschäftsführer dann so wie beschlossen durchführen muss.

Ein Gesellschafter hat – vorbehaltlich einschränkender Regelungen in der Satzung – das Recht, über seine Anteile zu verfügen, sie also zu verkaufen, zu verschenken oder zu vererben, an wen immer er will.

Ein Gesellschafter hat – vorbehaltlich einschränkender Regelungen in der Satzung – das Recht, andere an seinem Anteil unterzubeteiligen oder ihnen einen Nießbrauch einzuräumen.

## Welche Pflichten und Rechte habe ich als GmbH-Geschäftsführer?

Die Antwort ist einfach: jede Menge – der unterschiedlichsten Art. Als GmbH-Geschäftsführer haben Sie – gleichgültig, ob Sie Gründer, Gesellschafter oder »Fremder« sind – einmalige Pflichten und wiederkehrende Pflichten, Sie haben zwingende Pflichten und solche, die Sie vertraglich eingehen können.

Ihre zwingenden Pflichten sind:

- ✓ Organschaftliche Vertretung der Gesellschaft
- ✓ Pflicht zur Buchführung und Erstellung des Jahresabschlusses
- ✓ Anmeldepflichten zum Handelsregister
- ✓ Erhaltung des Stammkapitals
- ✓ Zuführung zur Zwangsrücklage bei einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft

Ihre Grundpflichten sind:

- ✓ Geschäftsführung und Vertretung
- ✓ Beachtung der Beschränkungen der Geschäftsführung
- ✓ Beachtung der Beschränkungen bei In-sich-Geschäften (Paragraf 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Ihre allgemeinen Pflichten sind:

- ✓ Ordnungsmäßiges und planvolles Wirtschaften
- ✓ Zurverfügungstellung und laufende Anpassung der Infrastruktur
- ✓ Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns
- ✓ Beachtung der Treuepflichten
- ✓ Beachtung von Wettbewerbsverboten
- ✓ Beachtung der Verbote von Nebentätigkeiten
- ✓ Unterlassen von Geschäften auf eigene Rechnung

Ihre periodisch wiederkehrenden Pflichten sind:

- ✓ Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister
- ✓ Abgabe der Lohnsteuervoranmeldungen
- ✓ Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen

## 52 TEIL I Ein guter Plan: Ich will eine GmbH gründen

- ✓ Vorbereitung des Jahresabschlusses
- ✓ Vorbereitung der Gesellschafterversammlung
- ✓ Prüfung und Durchführung der Gesellschafterbeschlüsse
- ✓ Abgabe der Jahressteuererklärungen
- ✓ Veröffentlichung der Jahresabschlüsse je nach Größenklasse der GmbH

Ihre Daueraufgaben sind:

- ✓ Beobachtung der Konkurrenz
- ✓ Beobachtung des Wettbewerbs
- ✓ Laufende Überwachung der Liquidität und Finanzen
- ✓ Überwachung des Geschäftsverkehrs
- ✓ Überwachung der Richtigkeit der Gesellschafterliste
- ✓ Beachtung der allgemeinen Gesetzesänderungen
- ✓ Beachtung der die GmbH betreffenden Gesetzesänderungen

Ihre Sonderpflichten sind:

- ✓ Mitwirkung und Offenbarung bei steuerlichen Außenprüfungen
- ✓ Mitwirkung und Offenbarung bei Prüfungen der Sozialversicherungsträger
- ✓ Mitwirkung und Offenbarung bei Prüfungen des Zolls (Mindestlohn)
- ✓ Mitwirkung und Offenbarung bei Prüfungen von Berufsgenossenschaften/Gewerbeaufsichtsamt
- ✓ Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen
- ✓ Wahrung des Steuergeheimnisses

Ihre allgemeinen Sorgfaltspflichten sind:

- ✓ Pflicht zur rechtmäßigen und satzungsgemäßen Organisation der Gesellschaft
- ✓ Wahrung des Gesellschaftszwecks
- ✓ Sicherstellung der effizienten Entscheidungsfindung
- ✓ Umsetzen von Beschlüssen der Gesellschafter (Unternehmenspolitik)
- ✓ Durchführen von Beschlüssen der Gesellschafter (zum Beispiel Beachtung von zustimmungspflichtigen Geschäften oder Kompetenz- bzw. Ressortverteilung)
- ✓ Fachlich einwandfreie Unternehmensleitung
- ✓ Aufgabendelegation (Auswahl, Instruktion, Kontrolle)

Ihre speziellen Sorgfaltspflichten sind:

- ✓ Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters (Paragraf 43 Absatz 1 GmbH-Gesetz)
- ✓ Erhaltung des Stammkapitals (Paragraf 43 Absatz 3 GmbH-Gesetz)
- ✓ Vermeiden eines fehlerhaften Erwerbs eigener Anteile (Paragraf 43 Absatz 3 GmbH-Gesetz)
- ✓ Einberufung von Gesellschafterversammlungen (Paragraf 49 Absatz 1 GmbH-Gesetz)
- ✓ Informationspflicht (Paragraf 51a GmbH-Gesetz)
- ✓ Buchführungspflichten (Paragraf 41 GmbH-Gesetz)
- ✓ Keine Geschäftslagentäuschung (Paragraf 82 GmbH-Gesetz)
- ✓ Vollständiges und pünktliches Erfüllen der Steuerpflichten der GmbH (Paragraf 34 Abgabenordnung)
- ✓ Insolvenzantragspflicht (Paragraf 13 Insolvenzordnung)
- ✓ Keine Gläubigerbevorzugung in der Insolvenz (Paragraf 64 GmbH-Gesetz)

Ihre Befugnisse als GmbH-Geschäftsführer sind:

- ✓ Sie – und nur Sie – führen den laufenden Geschäftsbetrieb.
- ✓ Sie – und nur Sie – sind zur Vertretung der GmbH nach außen befugt.
- ✓ Sie dürfen auch ungewöhnliche Geschäfte tätigen (es sei denn, die Satzung oder Ihr Anstellungsvertrag schränkt Sie hier ein).
- ✓ Sie dürfen kündigen. Sie dürfen Ihr Amt niederlegen (allerdings nicht zur Unzeit, sonst machen Sie sich schadenersatzpflichtig und unter Umständen auch strafbar, beispielsweise dann, wenn Sie eine Insolvenz verschleppt haben).

Bei allen Tätigkeiten sind Sie natürlich an die Unternehmenspolitik gebunden, die in der Satzung niedergeschrieben ist oder sich in Gesellschafterbeschlüssen äußert, die Sie befolgen müssen, weil Sie in aller Regel weisungsgebunden sind.

Hat die GmbH mehrere Geschäftsführer, hat niemand Anspruch darauf, mit anderen Geschäftsführern gleichgestellt zu werden. Es gilt das Individualprinzip: Jeder ist sich selbst der Nächste.



Als (beherrschender) Gesellschafter-Geschäftsführer können (und dürfen) Sie sich die Geschäftsführung auf Lebenszeit einräumen. Ob das sinnvoll ist oder nicht, entscheiden Sie. Wenn Sie diese Regelung treffen wollen, dann sollten Sie sie in der Satzung verankern. Dann nämlich könnten Sie nur mit einer Satzungsänderung auch wieder aus der Geschäftsführung entfernt werden.

