

Die Online-Gründung der GmbH

GmbH goes digital: Zeitaufwand reduzieren,
Rechtssicherheit bewahren



Mandanten-Informationen

Die Online-Gründung der GmbH

Editorial

Welche Defizite Deutschland im Bereich Digitalisierung hatte und teilweise auch noch hat, haben uns die letzten Monate schmerzlich vor Augen geführt. Einen wichtigen Schritt in Richtung Digitalisierung hat nun der Gesetzgeber nach langem Zögern und vielen Bedenken getan und das „Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie“ (DiRUG) verkündet (BGBl I 2021, S. 3338 ff.).¹

Das Verfahren gilt für alle Bar-Gründungen von GmbHs und haftungsbeschränkten UGs. Die Gründung mit Sacheinlagen ist aktuell noch ausgeschlossen. Es existiert aber bereits ein neues Gesetzesvorhaben. Der Entwurf für ein „Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG)“ wurde vom Bundeskabinett beschlossen. Dieses neue Gesetz soll das DiRUG ergänzen. Anteile können aber nach wie vor nicht online übertragen werden. Die Änderungen durch das DiREG sollen – wie auch das DiRUG – größtenteils bereits ab dem 01.08.2022 in Kraft treten.

Aber auch bei einer Online-Gründung muss in Deutschland zur Rechtssicherheit weiterhin ein Notar² eingeschaltet werden. So soll das aus anderen Ländern bekannte „Company Hijacking“, also die missbräuchlichen Eintragungen neuer Gesellschafter oder Geschäftsführer, auch weiterhin erfolgreich vermieden und die Verlässlichkeit der Handelsregisterinformationen beibehalten werden.

Die Beurkundung soll auf ein reines Online-Verfahren verlagert werden. Der Notar soll über eine Video-Konferenz mit dem Bürger eine Online-Beurkundung durchführen können. Hierzu hat die Bundesnotarkammer bereits ein Portal entwickelt, das es ermöglicht, die Gründer zu beraten und zugleich zu identifizieren (<https://www.online-verfahren.notar.de>).

¹ Alle genannten Vorschriften beziehen sich auf die jeweils ab 01.08.2022 gültige Fassung (DiRUG).

² In dieser Publikation wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der Regel das generische Maskulinum verwendet. Die verwendete Sprachform bezieht sich auf alle Menschen, hat ausschließlich redaktionelle Gründe und ist wertneutral.

Hinweis

Da die Online-Gründung der GmbH gegenüber der herkömmlichen Gründung lediglich digitale Besonderheiten umfasst wird im Rahmen dieser Mandanten-Information die Gründung einer GmbH oder haftungsbeschränkten UG dargelegt. Die jeweiligen „digitalen“ Neuerungen werden an der entsprechenden Stelle besonders hervorgehoben.

1 Die GmbH und die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG)

An den Grundsätzen der Rechtsformen hat sich auch durch die Möglichkeit der Online-Gründung nichts geändert. Eine GmbH ist und bleibt also eine Kapitalgesellschaft, deren Haftung beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen (Mindestkapital: 25.000 Euro) ist. Die GmbH kann „konventionell“ mit Bar- oder Sachmitteln oder mit einer Mischung aus beiden gegründet werden.

Online-Gründung:

Online-Gründungen sind – aktuell noch – lediglich bei Bargründung erlaubt (§ 2 Abs. 3 GmbHG). Gründungen durch Sacheinlage sind momentan online nicht möglich, was aber mit dem geplanten „Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (Di-REG)“ möglich werden soll.

Eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG) ist bis auf wenige Ausnahmen eine „ganz gewöhnliche“ GmbH mit allen(!) Rechten und Pflichten für Gesellschafter und Geschäftsführer. Wenn also im Folgenden „nur“ von der GmbH gesprochen wird, dürfen Sie – es sei denn, es werden Ausnahmen genannt – auch davon ausgehen, dass die Ausführungen zur GmbH auch für die UG gelten.

2 Überblick über die Gründung einer GmbH/UG

Die Gründung einer Kapitalgesellschaft, und damit einer GmbH und UG, ist formgebunden. Sie muss über einen Gesellschaftsvertrag erfolgen, der notariell zu beurkunden ist.

Online-Gründung:

Bei einer Online-Gründung kann die notarielle Beurkundung – sofern es nach aktuellem Stand noch keine Gründung mit Sacheinlagen ist – auch durch eine Videokonferenz (§§ 16a – 16e Beurkundungsgesetz) erfolgen (§ 2 Abs. 3 GmbHG). Die teilnehmenden Gesellschafter können ihre Beschlüsse mit einer qualifizierten elektronischen Signatur „unterschreiben“.

Eine qualifizierte elektronische Signatur (QES) ersetzt die handschriftliche Unterschrift bei digitalen Prozessen. Mit einer QES können (elektronische) Dokumente rechtsverbindlich signiert werden. Dies ist auch dann möglich, wenn der Prozess als solches – wie etwa die Gründung einer GmbH – Schriftform erfordert. Es gibt verschiedene Anbieter. Achten Sie auf deren Seriosität. Im Zweifel sprechen Sie Ihren Steuerberater an.

Der Gesellschaftsvertrag, auch Satzung genannt, muss bestimmte Mindestangaben enthalten, die im Gesetz (konkret: in § 3 GmbHG) stehen.

Die Satzung wird – in aller Regel vom Notar zusammen – mit der von ihm und den Gesellschaftern unterzeichneten Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) elektronisch beim Handelsregister eingereicht. Die Satzung wird ins Handelsregister eingetragen und kann dort von jedermann eingesehen werden.

Online-Gründung:

Bei einer Online-Gründung muss der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) oder der Notar (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) die Gesellschafterliste nicht persönlich unterschreiben. Sie kann auch mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden (§ 40 GmbHG).

den.

Alle weiteren Regelungen des GmbHG über die Organisation des Unternehmens sind kein zwingendes Recht, sondern sog. dispositives Recht, können also folglich abgeändert werden. Dann gilt

Hinweis

Wenn Sie keine speziellen Anforderungen haben, dann können Sie Ihre Satzung sehr kurz halten oder – wenn die Voraussetzungen gegeben sind – einfach nach Musterprotokoll gründen. Denn wenn Sie nichts vereinbaren, gilt das Gesetz. Sie brauchen es also nicht nochmals abzuschreiben. Es gilt so oder so.

das, was zwischen den Gesellschaftern vereinbart worden ist. Und zwar nach innen wie nach außen. Und nur das, was in der Satzung steht, gilt.

Bei GmbHs und haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaften gibt es neben der notariellen Beurkundung die Möglichkeit, nach Musterprotokoll zu gründen. Das Musterprotokoll ist als Anlage zum GmbH-Gesetz veröffentlicht. Wer nach Musterprotokoll gründet, darf kein bisschen davon abweichen. Jede individuelle Regelung muss notariell beurkundet werden. Auch das Musterprotokoll muss vom Notar unterzeichnet werden. Da er hier aber „nur“ prüfen muss, ob die Voraussetzungen alle erfüllt sind, geht es erstens schneller und kostet zweitens weniger als die Beurkundung einer individuellen Satzung.

Online-Gründung:

Die Gründung nach Musterprotokoll ist auch im Online-Verfahren in einer Videokonferenz möglich (§ 2 Abs. 3 Satz 3 GmbHG). Die entsprechenden Protokolle wurden als Anlage 2 sowohl für die Gründung einer Einpersonen- als auch einer Mehrpersonengesellschaft mittels Videokommunikation dem GmbH-Gesetz beigelegt.

Anzuraten ist eine Gründung nach Musterprotokoll bei Einpersonen-Gründungen, weil bei diesen die Gefahr der Meinungsverschiedenheit als „gering“ angesehen werden darf, oder wenn es schnell gehen soll. Ist die GmbH oder haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft erst einmal gegründet und eingetragen, können die Geschäfte ohne Haftungsrisiken für die Gesellschafter getätigt werden.

Und die Satzung kann dann in aller Ruhe individuell geändert werden. Voraussetzung, die $\frac{3}{4}$ -

Online-Gründung:

Bei einer Online-Gründung einer GmbH sind aktuell noch Sacheinlagen verboten, es muss eine reine Barmittel-Gründung sein (§ 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Das DiREG wird dies aber ändern. Bei einer haftungsbeschränkten UG aber bleibt die Gründung gegen Sacheinlagen verboten.

Gesetz sein wird, was voraussichtlich ebenfalls zum 01.08.2022 der Fall sein wird. Nach aktueller Gesetzeslage kann eine Satzungsänderung aber noch nicht im Online-Verfahren durchgeführt werden. Sprechen Sie Ihren Steuerberater auf diese Problematik und den jeweils aktuellen Stand der Gesetzgebung an.

Mehrheit wird erreicht und man ist bereit, die Satzungsänderung, die auch notariell beurkundet werden muss, zu bezahlen.

3 Die rechtlichen Besonderheiten einer GmbH

Eine GmbH ist eine Gesellschaft, deren Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist.

Das GmbHG schreibt eine Mindestkapitalausstattung 25.000 Euro für GmbHs vor (§ 5 GmbHG). Bei haftungsbeschränkten UGs darf das Stammkapital (auch gezeichnetes Kapital genannt), zwischen 1 Euro und 24.999 Euro jeden Betrag ausmachen.

Die GmbH kann und darf erst dann zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden, wenn ein Viertel der Stammeinlagen eingezahlt ist, mindestens jedoch 12.500 Euro (§ 5 GmbHG). Das Stammkapital einer GmbH muss nicht ganz oder auch nur teilweise in Geld erbracht werden. Jede Kapitaleinlage kann also auch als Sacheinlage erbracht werden. Dabei sind der Fantasie, was als Sacheinlage dienen kann, keine Grenzen gesetzt. Angefangen von Autos, über Betriebs- und Geschäftsausstattungen, über Forderungen, über PC oder EDV-Anlagen, über Grundstücke bis hin zu ganzen Unternehmen reicht die Palette dessen, was als Sacheinlage erbracht werden kann.

Der Geschäftsanteil ist der Anteil des Gesellschafters am Reinvermögen der GmbH. Dabei werden auch die stillen Reserven und Schulden berücksichtigt. Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters

steht in direkter Verbindung zu seiner Stammeinlage. Anstatt von Anteilen spricht man oft auch von einer „Beteiligung“.

Die Erfüllung der entsprechend übernommenen (Zahlungs-)Verpflichtung wird Einlage genannt. Eine Mindesteinlage beträgt 1.000 Euro, von der Stammeinlage muss ein Viertel einbezahlt sein. Die Einlage muss nicht zwingend bar geleistet werden, auch Sachwerte wie ein Pkw oder die Büro-

Hinweis

Bei einer Sacheinlage muss der Wert des eingebrachten Gegenstandes dem tatsächlichen Wert entsprechen. Das muss über einen Sachgründungsbericht nachvollziehbar gemacht werden. Es geht nicht, dass der „Uralt-PC“ mit seinem Anschaffungswert von vor 10 Jahren angesetzt wird. Hat das Registergericht aufgrund der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen erhebliche Zweifel an der Höhe des angegebenen Werts, wird es weitere Unterlagen anfordern. Wenn es aber keine Anhaltspunkte für eine erhebliche Überbewertung gibt, muss das Registergericht auch nicht nachforschen, ob nicht doch eine solche wesentliche Überbewertung vorliegt.

einrichtung sind möglich.

Die Haftung des Gesellschafters ist auf den Wert seiner Stammeinlage bzw. den Wert seines Geschäftsanteils begrenzt. Das heißt aber auch, dass der Gesellschafter dann, wenn er seinen Anteil noch nicht voll einbezahlt hat, die ausstehenden Einlagen noch bezahlen muss, und zwar auch dann, wenn die GmbH selbst schon insolvent ist.

Der Gesellschaftsvertrag kann über die Stammeinlage hinaus eine Nachschusspflicht vorsehen.

Eine GmbH kann zu den verschiedensten Zwecken errichtet werden. Es ist noch nicht einmal notwendig – wenn auch wohl meistens der Fall – dass sie zu wirtschaftlichen Zwecken gegründet wird.

Eine GmbH kann von nur einer einzigen Person (Ein-PersonenGmbH) gegründet werden. Nach oben sind – außer vom gesunden Menschenverstand und der Praktikabilität der notwendigen Formalien – der Gesellschafterzahl keine Grenzen gesetzt.

Die Gründung erfolgt über einen Vertrag, der entweder Gesellschaftsvertrag oder Satzung genannt wird. Der GmbH-Gesellschaftsvertrag muss von einem Notar beurkundet werden und von allen Gesellschaftern unterzeichnet sein (§ 2 GmbHG). Hat die GmbH nur einen Gesellschafter, unter-

Online-Gründung:

Bei einer Online-Gründung kann die notarielle Beurkundung – sofern es aktuell noch keine Gründung mit Sacheinlagen ist – auch durch eine Videokonferenz (§§ 16a – 16e Beurkundungsgesetz) erfolgen (§ 2 Abs. 3 GmbHG). Die teilnehmenden Gesellschafter können ihre Beschlüsse mit einer qualifizierten elektronischen Signatur „unterschreiben“.

schreibt natürlich nur dieser den Gesellschaftsvertrag.

Die GmbH-Gründung muss im Handelsregister eingetragen werden. Sobald die notariell beglaubigte Urkunde vorliegt, reichen die GmbH-Geschäftsführer diesen Gesellschaftsvertrag zusammen mit ihrer Bestellung dem Handelsregister zur Eintragung ein.

4 Der Weg zur GmbH und die Haftung in den jeweiligen Gründungsstufen

Eine GmbH entsteht mit der Eintragung ins Handelsregister. Die Wirkung der Eintragung ins Handelsregister ist konstitutiv, sie begründet die Kaufmannseigenschaft. Dann wird auch erst die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern gegenüber wirksam.

Hat die GmbH schon vor ihrer Eintragung ins Handelsregister – aber immerhin schon mit geschlossenem Gesellschaftsvertrag – die Geschäfte aufgenommen, spricht man von einer Vor-GmbH oder einer Vorgesellschaft. Üblich ist, dass in solchen Fällen auf den Geschäftspapieren zwar schon die Firmenbezeichnung „GmbH“ steht, aber mit dem Zusatz „i.Gr.“ oder ausgeschrieben „in Gründung“ versehen. Die Vor-GmbH ist rechtsfähig, d. h. sie ist handlungs-, haftungs- und konkursfähig. Wichtig ist: Bei der Vor-GmbH gilt die sog. Handelndes-Haftung. Das heißt: Bis die GmbH im Handelsregister eingetragen ist, haften die Gesellschafter oder Geschäftsführer, die für die GmbH gehandelt haben, mit ihrem Privatvermögen.

Bis zu dem Moment, zu dem eine GmbH oder Unternehmergesellschaft erfolgreich gegründet, also ins Handelsregister eingetragen worden ist und die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen allgemein, also allen Gläubigern gegenüber greift, sind mehrere Stadien zu durchlaufen.

Ausgehend von der Rechtsgemeinschaft der Gründer sind vor der Eintragung und damit der erfolgreichen Gründung der GmbH in das Handelsregister zwei Stufen der Gründung zu unterscheiden:

1. Stufe: Die Vorgründungsgesellschaft

2. Stufe: Die Vor-GmbH

Eine dritte Möglichkeit – praktisch auf der „Überholspur“ für alle, denen die beiden ersten Stufen mit zu vielen Risiken belastet sind und die keine Zeit haben, diese Gründungsstadien zu durchlaufen – ist der Kauf einer auf Vorrat gegründeten GmbH oder der Mantelkauf. In diesen Fällen wird eine bereits „fix und fertige“ GmbH erworben (Share-Deal, Anteilskauf). Es muss dann, um für die Bedürfnisse der Gründer zu passen, lediglich die Satzung geändert werden. Dies erfordert zwar auch eine notarielle Beurkundung, aber der Schutz der auf das Gesellschaftsvermögen beschränk-

Online-Gründung:

Notariell zu beurkundende Satzungsänderungen sind ebenfalls in Videokonferenzen möglich, sofern sie einstimmig sind und wenn das DiREG in Kraft getreten sein wird. Sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater, wann dies der Fall ist.

ten Haftung ist von Anfang an gegeben.

4.1 Die Vorgründungsgesellschaft

Eine Vorgründungsgesellschaft ist eine Gesellschaft zwischen den zukünftigen Gründern einer GmbH vor Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags. Sie entsteht, wenn die Gesellschafter der künftigen GmbH sich darüber einig sind, schon für die Gesellschaft tätig zu werden, noch bevor der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet wird.

Gründer können sowohl natürliche als auch juristische Personen oder rechtsfähige Personenvereinigungen sein.

Durch die einvernehmliche Tätigkeit entsteht eine Gesellschaft, eben die Vorgründungsgesellschaft. Eine Vorgründungsgesellschaft ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR oder BGB-Gesellschaft, §§ 705 ff. BGB). Falls die spätere GmbH ein Handelsgewerbe betreiben soll, ist die Vor-

Hinweis

Sowohl bei einer GbR als auch bei einer OHG kommt ein Gesellschaftsvertrag formfrei zu Stande. Das heißt, es muss kein schriftlicher Vertrag geschlossen werden, damit eine (Vorgründungs-)Gesellschaft zu Stande kommt.

gründungsgesellschaft eine Offene Handelsgesellschaft (OHG, §§ 105 ff. HGB).

Dient die Vorgründungsgesellschaft lediglich dazu, die GmbH vorzubereiten, ist sie mit Abschluss des notariellen GmbH-Gesellschaftsvertrags beendet. Sie wird nicht mehr benötigt, ihr Zweck ist erfüllt. Es besteht jedoch keine Identität zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH und der GmbH. Die Vorgründungsgesellschaft wächst also nicht kontinuierlich in die Vor-GmbH hinein, wie diese dann nach der Eintragung in die GmbH hineinwächst. Deshalb geht das Vermögen der Vorgründungsgesellschaft nicht automatisch auf die GmbH über. Die Aktiva, d. h. die Vermögensgegenstände des Gesellschaftsvermögens, müssen einzeln übertragen werden,

ebenso die Passiva, d. h. die Gesellschaftsschulden. Hier muss jeweils eine Schuldübernahme erfolgen.

Online-Gründung:

Die Grundsätze der Vorgründungsgesellschaft werden nicht durch die Möglichkeit der Online-Gründung berührt.

4.2 Die Vor-GmbH

Gründung einer GmbH bedeutet, dass die Gesellschafter sich über den Gesellschaftsvertrag (= die Satzung) einig werden, dass sie einen entsprechenden Beschluss fassen.

Online-Gründung:

Der Gründungsakt kann ab dem 01.08.2022 auch digital erfolgen (§ 2 Abs. 2 GmbHG).

Der Gründungsakt muss notariell beurkundet werden.

Die notarielle Beurkundung geschieht regelmäßig in Form einer Gründungsurkunde. Sie besteht aus dem Errichtungsbeschluss, dem der Gesellschaftsvertrag, die Satzung, als Anlage beigefügt wird, dem Protokoll der ersten Gesellschafterversammlung, auf der die Geschäftsführer bestellt werden, und dem Hinweiskatalog des Notars. Mit der notariellen Beurkundung entsteht eine Gründungsgesellschaft (§§ 2, 3 GmbHG). Damit ist die Vor-GmbH, eine GmbH in Gründung (GmbH i.Gr.) errichtet worden. Sie ist eine Art „Durchgangsstation“, d. h. sobald die GmbH ins Handelsregister eingetragen ist, geht das Vermögen (Aktiva) und die Schulden (Passiva) der Vor-GmbH automatisch, also ohne, dass es besonderer Übertragungen oder Schuldübernahmen bedarf, auf die GmbH über. Die Vor-GmbH endet, wenn ihr Zweck erfüllt ist.

Hinweis

Wird eine Vor-GmbH – aus welchen Gründen auch immer – nicht ins Handelsregister eingetragen, fällt sie zurück in das Stadium GbR oder OHG.

Die Vor-GmbH ist noch keine juristische Person (§ 13 GmbHG). Das wird sie erst mit Eintragung ins Handelsregister. Aber schon als Vor-GmbH kann sie im eigenen Namen Rechte erwerben und Pflichten begründen. Sie kann auch unter ihrem Namen klagen und verklagt werden.

Das Stammkapital kann nicht rechtswirksam vor der Anmeldung der GmbH geleistet werden (OLG Oldenburg vom 17.07.2008 – 1 U 49/08; für eine Kapitalerhöhung BGH vom 15.03.2004 – II ZR 210/01). Eine Stufen- oder Sukzessivgründung ist unzulässig (§§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 8 Abs. 1 Nr. 3, 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

4.3 Gesellschafterhaftung in der Vor-GmbH

Dass die Gesellschafter der Vor-GmbH dann nicht mehr haften, wenn sie ihre Einlage geleistet haben und sie dem Geschäftsführer zur freien Verfügung steht, ist gesetzlich nicht geregelt. Das wiederum heißt, dass die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG nicht „eins-zu-eins“ auf die Vor-GmbH angewendet werden kann. Ob und in welcher Höhe die Vor-GmbH-Gesellschafter haften, hängt von der Eintragung der GmbH ins Handelsregister ab. Hier sind vier Fallkonstellationen denkbar:

1. Erfolgreiche Eintragung (→Kapitel 4.3.1),
2. Änderung des Unternehmensgegenstandes vor Eintragung (→Kapitel 4.3.2),
3. Gescheiterte Eintragung (→Kapitel 4.3.3),
4. Aufgegebene Eintragung (→Kapitel 4.3.4).

4.3.1 Erfolgreiche Eintragung der GmbH

Wird die GmbH ins Handelsregister eingetragen, geht ihr Aktiv- und Passiv-Vermögen der Vor-GmbH auf sie über, ohne dass es besonderer Übertragungen bedürfte. Wichtig dabei ist, dass das Stammkapital der GmbH im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung nicht geschmälert worden sein darf. Es muss also punktgenau den Betrag umfassen, der in der Satzung als Stammkapital angegeben worden ist. Dies wird dadurch erreicht, dass die Gesellschafter der Vor-GmbH für die entstandenen Anlaufverluste anteilig im Zuge einer Innenhaftung gegenüber der GmbH haften (Unterbilanzhaftung). Und zwar schon dann, wenn sie ihren Geschäftsanteil bereits eingezahlt haben.

4.3.2 Änderungen des Unternehmensgegenstandes vor Eintragung

Für die Gründer einer GmbH ist es wichtig zu dokumentieren, dass der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand auch tatsächlich verwirklicht werden soll. Denn rechtlich liegt eine wirtschaftliche Neugründung vor, wenn der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand vor Eintragung fallen gelassen und stattdessen eine völlig neue Geschäftstätigkeit aufgenommen wird. Eine wirtschaftliche Neugründung begründet eine Unterbilanzhaftung der Gesellschafter.

4.3.3 Gescheiterte Eintragung

Ist die Eintragung der Vor-GmbH ins Handelsregister gescheitert, haften die Gesellschafter der Vor-GmbH für Verluste, die die Bilanz nach dem Verbrauch des Stammkapitals noch ausweist (Verlustdeckungshaftung). Auch hier handelt es sich wie bei der Unterbilanzhaftung um eine anteilige Innenhaftung jedes Gesellschafters gegenüber der Vor-GmbH. Bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH findet keine Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter statt. Die Gläubiger können also nicht auf das Privatvermögen eines Gesellschafters, sondern lediglich auf das Vor-GmbH-Vermögen zugreifen. Ausnahmen:

- bei einer Einpersonen-Gründung haftet der Gesellschafter den Gläubigern persönlich,
- bei Vermögenslosigkeit (bereits) der Vor-GmbH haften die Gesellschafter den Gläubigern gesamtschuldnerisch. Die Gesellschafter haften somit bei Handlungsunfähigkeit der Vor-GmbH, wenn also kein Geschäftsführer vorhanden ist,
- ist nur ein Gläubiger vorhanden, haften (auch) die Gesellschafter in einer Vor-GmbH.

4.3.4 Aufgegebene Eintragung

Wird die Eintragung der Vor-GmbH ins Handelsregister nicht ernsthaft betrieben, fällt sie zurück in die Form einer GbR oder OHG. Es handelt sich um eine „unechte Vor-GmbH“. Die Gesellschafter haften persönlich und solidarisch. Selbst dann, wenn die Gesellschaft schon als „GmbH i.Gr.“ im Geschäftsverkehr aufgetreten ist, gibt es bei aufgebener Eintragungsabsicht keine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen.

Die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung greifen nur dann, wenn die Vor-GmbH ihre Geschäftstätigkeit sofort beendet, nachdem sie die Absicht, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, aufgegeben hat.

Online-Gründung:

Die Grundsätze der Vor-GmbH werden durch die Möglichkeit der Online-Gründung nicht berührt.

5 Vorratsgründung/Mantelkauf

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.

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.

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 zeitaufwändige, heute etwas schnellere, aber oft immer noch nicht

schnell genug empfundene Gründungsverfahren abzukürzen und vor allem dabei die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH zu vermeiden.

Bei der Vorratsgründung wird weiter unterschieden in die „offene Vorratsgründung“ und die „verdeckte Vorratsgründung“. Eine offene Vorratsgründung liegt vor, wenn in der Satzung der GmbH der Unternehmensgegenstand mit „Verwaltung des eigenen Vermögens“ angegeben wird. Diese Vorgehensweise ist zulässig!

Wird dagegen ein fiktiver Unternehmensgegenstand angegeben, der in absehbarer Zeit überhaupt nicht verwirklicht werden wird, spricht man von einer verdeckten Vorratsgründung. In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass eine Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG erhoben wird, die dann ihrerseits wieder zur Nichtigkeit der Gründung nach § 397 FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) führen würde.

Wer eine Vorrats-GmbH 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 es 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 (BGH vom Beschluss vom 09.12.2002 – II ZB 12/02 und vom 18.01.2010 – II ZR 61/09).

Online-Gründung:

Der Gesellschafterwechsel und/oder die Änderungen der Satzung können aktuell noch nicht in einer Videokonferenz mit dem Notar erfolgen. Der Referentenentwurf des DiREG sieht nicht vor, dass Anteilsübertragung nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG in den Anwendungsbereich der Videokommunikation fallen. Sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater, ob sich dies im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geändert hat.

Auch (einstimmige) Satzungsänderungen werden erst mit dem Inkrafttreten des DiREG online durchgeführt werden können.

6 Die Formalien bei Gründung einer GmbH

Eintragungen durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) erfolgen – gegenüber früher – deutlich schneller. Die zur Gründung der GmbH erforderlichen Unterlagen werden grundsätzlich elektronisch beim Registergericht eingereicht, das dann unverzüglich über die Anmeldung entscheidet und die übermittelten Daten unmittelbar in das elektronisch geführte Register übernehmen kann.

Bei Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist, wird das Eintragungsverfahren vollständig von der verwaltungsrechtlichen Genehmigung abgekoppelt. Das betrifft zum Beispiel Handwerks- und Restaurantbetriebe oder Bauträger, die eine gewerberechtliche Erlaubnis brauchen.

Online-Gründung:

Das Handelsregistergericht kann nunmehr Nachweise, etwa insbesondere Einzahlungsbelege eines in der Europäischen Union niedergelassenen Finanzinstituts oder Zahlungsdienstleisters, verlangen (§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

Bei Sacheinlagen wird die Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Frage beschränkt, ob eine nicht unwesentliche Überbewertung vorliegt. Dies entspricht der Rechtslage bei der Aktiengesellschaft. Nur bei entsprechenden Hinweisen kann damit künftig im Rahmen der

Online-Gründung:

Bei Online-Gründungen sind aktuell noch keine Sachgründungen möglich (§ 2 Abs. 3 GmbHG). Das soll sich mit dem Inkrafttreten des DiREG ändern.

Gründungsprüfung eine externe Begutachtung veranlasst werden.

6.1 Überblick über die Gründungsmodalitäten

Eine GmbH erfolgreich zu gründen, ist der erste und wichtigste Schritt ins unternehmerische Leben. Die nächste Herausforderung ist, die GmbH erfolgreich zu führen. Dazu muss sich nicht nur die Geschäftsführung, sondern müssen sich auch die Gesellschafter im Klaren sein, dass es nicht geht ohne „Papierkram“, ohne „Schreibtischarbeit“, ohne Gesetzestreue („Compliance“). Ein wichtiger Punkt darf ebenfalls nicht verschwiegen werden. Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ist „nur“ wichtig gegenüber Geschäftspartnern. Banken oder anderen Kreditgebern verlangen in aller Regel eine Bürgschaft des oder der Gesellschafter und meist auch von deren (Ehe-)Partnern, teilweise sogar von deren Kindern. Damit ist die Haftungsbeschränkung der GmbH gegenüber Fremdkapitalgebern praktisch aufgehoben.

Wege zur GmbH im Überblick:			
Gründungsstadium	Name	Anmerkungen	Haftung
1. Entschluss zur Gründung	Vorgründungs-gesellschaft	BGB-Gesellschaft; bei Handelsgeschäft OHG	volle Haftung der Gesellschafter
2. Entwurf eines Gesellschaftsvertrags		Kein automatischer Übergang auf Vor-GmbH oder GmbH	
3. notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags	Vor-GmbH	Eine Vor-GmbH hat die gleiche Rechtspersönlichkeit wie die GmbH; Geschäftsführer darf für die Vor-GmbH Gründungsgeschäfte sowie mit Zustimmung der Gesellschafter auch andere Geschäfte vornehmen.	Unbeschränkte Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter bis zur Eintragung, danach Vorbelastungshaftung (Haftung für vor Eintragung durch Aufnahme des Geschäftsbetriebs verlorenes Stammkapital). Grundsätzlich muss zuerst ein Titel gegen Vor-GmbH erwirkt werden. Ausnahmsweise kann auch direkt gegen Gesellschafter vorgegangen werden. Außerdem Handelndenhaftung (meist Geschäftsführer)
4. Bestellung der Organe		Geschäftsführer, ggf. Aufsichtsrat, Beirat	
5. Aufbringen des Stammkapitals		Vom Stammkapital muss mindestens ein Viertel, mindestens aber 12.500 Euro sofort aufgebracht werden; Sacheinlagen nur sofort, in voller Höhe und mit Sachgründungsbericht	
6. Anmeldung zur		Belege über die obigen	

Wege zur GmbH im Überblick:			
Gründungsstadium	Name	Anmerkungen	Haftung
Eintragung beim Handelsregister		Voraussetzungen und Unterschriften der Geschäftsführer sind beizufügen	
7. Eintragung im (elektronischen) Handelsregister	GmbH	Entstehungszeitpunkt der GmbH als juristischer Person	Nur noch in Ausnahmefällen Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten, Haftung der Geschäftsführer bei Pflichtverletzungen

6.2 Der Gesellschaftsvertrag

Keine Gesellschaft, also auch keine GmbH, kann ohne Vertrag gegründet werden. Der Vertrag unterliegt gesetzlichen Formvorschriften, d. h. er muss notariell beurkundet werden. Dies ist so für beide Arten von Gesellschaftsverträgen, dem individuellen und dem nach Musterprotokoll, die es seit dem Inkrafttreten des MoMiG gibt.

Online-Gründung:

Die Musterprotokolle wurden als Anlage 2 zum GmbHG der Online-Gründung angepasst. Natürlich aber besteht nach wie vor die Möglichkeit, eine GmbH oder haftungsbeschränkte UG nach Musterprotokoll in einer Präsenzveranstaltung mit dem Notar zu gründen.

Individueller Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag, die Satzung ist der „Papier gewordene“ Gesellschafter-Wille. Das GmbH-Recht ist in weiten Teilen dispositiv, kann also durch die Satzung abgeändert werden. Ändert die Satzung das Gesetz nicht, ist dies gültig. Deshalb ist es wenig sinnvoll, das Gesetz abzuschreiben.

Änderungen des Gesellschaftsvertrags bedürfen eines Gesellschafterbeschlusses mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit (alternativ: satzungsgemäße Mehrheit) und müssen ins Handelsregister eingetragen werden.

Die Satzung einer GmbH enthält nach § 3 GmbHG mindestens folgende Angaben:

- Firma und Sitz der Gesellschaft (statutarischer Sitz/Satzungssitz; Verwaltungssitz),
- Gegenstand des Unternehmens,
- den Betrag des Stammkapitals sowie die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt.

Soll die GmbH auf eine gewisse Zeit beschränkt sein oder sollen den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden, so bedürfen auch diese Bestimmungen der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag.

Empfehlenswert sind weitere Regelungen zu Nachschüssen, zum Geschäftsjahr, zu Informationsrechte der Gesellschafter sowie deren Verschwiegenheitspflichten, zur Geschäftsführung, zum Jahresabschluss und Lagebericht sowie Ergebnisverwendung, zur Verwendung der Gesellschaftsmittel und -gewinne, zu Gesellschafterversammlung und -beschlüssen, zu Gesellschafterwettbewerbsverboten, zur Veräußerung und Belastung von Geschäftsanteilen, zur Einziehung von Geschäftsanteilen, zur Kündigung, zu Auflösung und Abwicklung sowie zu Bekanntmachungen der Gesellschaft.

6.3 Gründung nach Musterprotokoll

Für unkomplizierte Standardgründungen, also einer Bargründung unter höchstens drei Gesellschaftern – gleichgültig, ob natürliche oder juristische Personen – und höchstens einem Geschäftsführer, gibt das GmbH-Gesetz Gründungswilligen ein Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a GmbHG) an die Hand. In diesem Musterprotokoll sind Satzung, also der GmbH-Gesellschaftsvertrag, die Geschäftsführerbestellung und die Gesellschafterliste zusammengefasst. Das Musterprotokoll kann auch für Satzungsänderungen verwendet werden.

Die Musterprotokolle sind Anlagen zum GmbHG.

Online-Gründung:

Musterprotokolle für Online-Gründungen sind die Anlage 2 zum GmbHG.

7 Geschäftsführung

Gemäß § 6 Ab. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG kann jemand, der den letzten fünf Jahren vor der Anmeldung als Geschäftsführer unter anderem wegen der §§ 265b – 266a Strafgesetzbuch (StGB) verurteilt worden ist, kein Geschäftsführer einer GmbH sein. Bei seiner Eintragung ins Handelsregister muss der designierte Geschäftsführer versichern, dass keine solche Ausschlussgründe – egal, ob im In- oder im Ausland begangen – vorliegen.

Online-Gründung:

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) wurde ein grenzüberschreitender Informationsaustausch über disqualifizierte Geschäftsführer eingeführt. So soll die Berücksichtigung inländischer Bestellungshindernisse für die Bestellung von GmbH-Geschäftsführern in anderen Mitgliedstaaten der EU oder Vertragsstaaten des EWR ermöglicht und umgekehrt auch in Deutschland die Berücksichtigung von Bestellungshindernissen oder entsprechenden Informationen aus anderen Mitgliedstaaten oder Vertragsstaaten erleichtert werden.

8 Gesellschafterliste und Transparenzregister

Nur derjenige gilt als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist (§ 16 GmbHG). Es ist die Aufgabe des GmbH-Geschäftsführers dafür zu sorgen, dass die Liste erstens fehlerfrei erstellt und zweitens dem Handelsregister zur Aufnahme zugeleitet wird.

Die Gesellschafterlisten können dem Handelsregister elektronisch übermittelt werden. Die Aufnah-

Online-Gründung:

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) bedarf es keiner separaten Bekanntmachung von Registereintragungen in einem Bekanntmachungsportal mehr. Die Eintragungen in den Registern werden zukünftig dadurch bekannt gemacht werden, dass sie in dem jeweiligen Register erstmalig (online) zum Abruf bereitgestellt werden (§ 10 HGB).

me ins Handelsregister erfolgt dann binnen kurzer Zeit.

Eine Gesellschafterliste ist dann im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner bzw. den sog. Sonderband der Papierregister aufgenommen ist.

Gewährleistet ist die zeitnahe Information der Geschäftsführer über die Veränderung auch in den Fällen, in denen gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG der Notar zur Erstellung und Einreichung der Liste verpflichtet ist. Der Grund dafür ist, dass der Notar zusammen mit der Einreichung der Liste zum Handelsregister eine einfache Abschrift der Liste an die Gesellschaft zu übermitteln hat.

GmbH-Geschäftsführer sind wegen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht gehalten, entdeckte Fehler in der Gesellschafterliste gegenüber dem Handelsregister zu korrigieren.

Der eintretende Gesellschafter erhält einen Anspruch darauf, in die Liste eingetragen zu werden. Wer als (Neu-)Gesellschafter nicht in die Gesellschafterliste eingetragen ist und/oder wenn die Liste

nicht ins Handelsregister aufgenommen wird, dem bleibt die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt. Denn erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister kommt ihm gegenüber der Gesellschaft die Gesellschafter-Stellung zu.

In der Gesellschafterliste sind die Geschäftsanteile durchgehend zu nummerieren (§ 8 Abs. 1 GmbHG). Die Nummerierung vereinfacht die eindeutige Bezeichnung eines Geschäftsanteils. So werden Anteilsübertragungen leichter.

Ist eine unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben, so gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber gegenüber als richtig. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Eintragung zwar weniger als drei Jahre unrichtig, die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten aber zuzurechnen ist.

Wenn man früher in ein „offizielles“ Register, wie z. B. das Handelsregister, eingetragen war, musste man sich nicht nochmals in das Transparenzregister eintragen lassen. Das hat sich geändert. Nach der nunmehrigen Fassung des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes (TraFinG) (BGBl 2021 I, S. 2083 ff.) ist die Meldung für alle Gesellschaften verpflichtend. Das Transparenzregister wurde zum „Vollregister“. Nunmehr muss jede GmbH ihre wirtschaftlich Berechtigten ermitteln und zum Transparenzregister melden.

Wirtschaftlich Berechtigter ist grundsätzlich jede natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % der GmbH-Anteile oder der Stimmrechte einer Gesellschaft hält oder auf vergleichbare Weise Kontrolle über die betreffende Gesellschaft ausübt. Gibt es bei einer GmbH keine solche Person, sind grundsätzlich die Mitglieder der Geschäftsführung (= „fiktiv wirtschaftlich Berechtigte“) anzugeben. Damit muss bei jeder personellen Veränderung in der Geschäftsführung oder bei den eintragungspflichtigen Daten (z. B. Wohnort oder Nachname) die Eintragung im Transparenzregister aktualisiert werden.

Grundsätzlich gilt: Sämtliche Eintragungen im Transparenzregister müssen aktuell gehalten werden. Änderungen müssen also umgehend gemeldet werden.

9 Offenlegung von Jahresabschlüssen

GmbH-Geschäftsführer haben – je nach Größenklasse der GmbH (§ 267 HGB) – den festgestellten oder gebilligten Jahresabschluss, den Lagebericht, die Erklärungen nach § 264 Absatz 2 Satz 3 und § 289 Absatz 1 Satz 5 und den Bestätigungsvermerk oder den Vermerk über dessen Versagung in deutscher Sprache offenzulegen (§ 325 Abs. 1 Nr. 1 HGB). Bislang waren die Unterlagen elektronisch beim Betreiber des Bundesanzeigers in einer Form einzureichen, die ihre Bekanntmachung ermöglicht.

Mit dem DiRUG wird das System zur Offenlegung von Rechnungslegungsunterlagen umgestellt. Die Unterlagen sind nicht mehr länger beim Betreiber des Bundesanzeigers zur Bekanntmachung einzureichen, sondern sind unmittelbar der das Unternehmensregister führenden Stelle zur Einstellung in das Unternehmensregister zu übermitteln (§ 325 HGB).

Kleinstgesellschaften (§ 267a HGB) müssen auch nach dem neuen Recht nur die Bilanz übermitteln. Dabei können sie die Einstellung in das Unternehmensregister durch dauerhafte Hinterlegung verlangen.

Ulf Schmitt & Partner mbB, E.T.A.-Hoffmann-Str. 3, 96047 Bamberg

Telefon: 0951 980 440, Telefax: 0951 980 4450

E-Mail: info@steuerkanzlei-schmitt.de, Internet: www.steuerkanzlei-schmitt.de

Ulf Schmitt & Partner mbB, E.T.A.-Hoffmann-Str. 3, 96047 Bamberg

Telefon: 0951 980 440, Telefax: 0951 980 4450

E-Mail: info@steuerkanzlei-schmitt.de, Internet: www.steuerkanzlei-schmitt.de