



SEMINARE STEUERN + FINANZEN  
H.a.a.S. GmbH

# LESEPROBE

## **GMBH AKTUELL: RECHT FÜR STEUERBERATER UND WIRTSCHAFTSPRÜFER**

**April 2018**

Henning Schröder, Betriebswirt (BA), Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, Hannover

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der H.a.a.S. GmbH Seminare und Vortrag finden Sie unter [www.haas-wir-steuern.de](http://www.haas-wir-steuern.de). Die Seminare inkl. Arbeitsunterlagen werden von qualifizierten Referenten sorgfältig vorbereitet und durchgeführt. Sowohl die Referenten als auch die H.a.a.S. GmbH Seminare und Vortrag übernehmen jedoch keine Haftung für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit in Bezug auf die Tagungsunterlagen oder die Durchführung des Seminars.

Sollten die Inhalte dieses Seminars bzw. der Seminarunterlage für steuerliche und/oder rechtliche Planungen, Gestaltungen o.ä. verwendet werden, übernehmen wir keine Haftung für sich daraus eventuell ergebende Schäden gleich welcher Art.

Diese Unterrichts- und sonstigen Materialien unterliegen dem Urheberrecht, sodass jede Art der Weitergabe ohne ausdrückliche Genehmigung des Herausgebers untersagt ist.

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>§ 1 Rechtsformwahl</b> .....	8
1.	Grundlagen .....	8
2.	Haftungsverhältnisse .....	8
3.	Kapitalaufbringung .....	8
4.	Steuerrecht.....	8
5.	Mitbestimmung .....	9
6.	Unterscheidung GmbH - AG.....	9
<b>II.</b>	<b>§ 2 Gründung einer GmbH</b> .....	10
1.	Gründung einer GmbH .....	10
2.	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) .....	11
3.	Umwandlung .....	13
<b>III.</b>	<b>§ 3 Gestaltung des Gesellschaftsvertrages</b> .....	17
1.	Grundlagen .....	17
2.	Firma.....	18
3.	Sitz.....	18
4.	Gegenstand des Unternehmens.....	19
5.	Stammkapital .....	19
6.	Verfügung über Geschäftsanteile .....	20
7.	Nachfolgeregelungen .....	21
8.	Dauer und Geschäftsjahr.....	21
9.	Gesellschafterversammlung .....	22
10.	Geschäftsführung und Vertretung.....	25
11.	Wettbewerbsverbot .....	26
12.	Beirat und Aufsichtsrat .....	28
13.	Jahresabschluss und Ergebnisverwendung.....	30
14.	Verdeckte Gewinnausschüttung .....	32
15.	Einziehung von Geschäftsanteilen .....	32
16.	Kündigung und sonstiges Ausscheiden von Gesellschaftern .....	35
17.	Entgelt bei Einziehung oder Kündigung .....	36
18.	Gerichtsstand/Schiedsgericht/Mediation.....	38
19.	Güterstandsklausel.....	40
20.	Gründungskosten .....	40

<b>IV.</b>	<b>§ 4 Gesellschafterwechsel und Anteilsübertragung</b> .....	41
1.	Bedeutung der Gesellschafterliste .....	41
2.	Einziehung .....	45
3.	Erwerb eigener Anteile .....	48
4.	Austritt .....	49
5.	Kündigung .....	50
<b>V.</b>	<b>§ 5 Geschäftsführer</b> .....	51
1.	Bestellung .....	51
2.	Anstellung .....	56
<b>VI.</b>	<b>§ 6 Finanzierung der GmbH</b> .....	58
1.	Kapitalaufbringung .....	58
2.	Kapitalerhaltung .....	63
3.	Cash Pooling .....	64
4.	Steuerrechtliche Organschaft .....	65
5.	Gesellschafterdarlehen .....	68
6.	Mitarbeiterbeteiligungen .....	72
7.	Stille Gesellschaft .....	72
8.	Betriebsaufspaltung .....	73
<b>VII.</b>	<b>§ 7 Gesellschafterversammlung</b> .....	74
1.	Zuständigkeiten .....	74
2.	Einladung .....	75
3.	Teilnahme .....	76
4.	Stimmrechte .....	77
5.	Feststellung von Gesellschafterbeschlüssen .....	79
6.	Informationsrechte des Gesellschafters .....	80
7.	Anfechtung von Beschlüssen .....	81
8.	Haftung wegen fehlerhafter Leitung der Gesellschafterversammlung .....	81

---

<b>VIII.</b>	<b>§ 8 GmbH in Krise und Liquidation</b> .....	82
1.	Löschung wegen Vermögenslosigkeit .....	82
2.	Liquidation.....	83
3.	Insolvenzverfahren .....	87
4.	Insolvenzplanverfahren .....	90
5.	Steuerrechtliche Aspekte des Insolvenzverfahrens .....	91
6.	Gesellschafterhaftung .....	91
<b>IX.</b>	<b>§ 9 Auslandsgesellschaften</b> .....	92
1.	Probleme der Auslandsgesellschaft.....	93
2.	Behandlung bestehender Auslandsgesellschaften .....	95



## **Einführung**

Die GmbH ist (zusammen mit der GmbH & Co. KG) die bei mittelständischen Unternehmen am meisten verbreitete Rechtsform.<sup>1</sup> Ihr Vorteil wird vor allem in der Haftungsbeschränkung gesehen. Dabei sind jedoch gerade bzgl. der Kapitalaufbringung und -erhaltung besondere rechtliche Vorgaben zu beachten.

Das GmbHG wurde zuletzt durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mit Wirkung zum 01.11.2008 grundlegend reformiert.

Das vorliegende Skript erläutert die wesentlichen Aspekte der GmbH mit den gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Bezügen. Auf die Unterschiede zur GmbH & Co. KG wird an einigen Stellen eingegangen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> zu empirischen Daten *Kornblum*, GmbHR 2015, 687; *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2014, 12

<sup>2</sup> zur historischen Entwicklung der GmbH & Co. KG: *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169

## I. § 1 Rechtsformwahl

### 1. Grundlagen

Bei der Entscheidung, in welcher Rechtsform ein Unternehmen organisiert werden soll, sind folgende Entscheidungsparameter zu berücksichtigen:

- Haftungsverhältnisse,
- Organisation,
- Kapitalaufbringung,
- Steuern und sonstige Kosten,
- Publizität,
- Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

### 2. Haftungsverhältnisse

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

Bei der Beratung mittelständischer Unternehmen stellt sich meist die Alternative zwischen der Personengesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG und der Kapitalgesellschaft in Form einer GmbH.

Wesentliches Merkmal der GmbH ist, dass die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist (§ 13 GmbHG). Von diesem Grundsatz gibt es nur wenige Ausnahmen. In der Gründung der GmbH haften die Handelnden nach § 11 GmbHG bis zur Eintragung der Gesellschaft. Ferner haften die Gesellschafter für eine ordnungsgemäße Aufbringung und die Erhaltung des Stammkapitals. Darüber hinaus gibt es die Haftung für den sog. Existenzvernichtenden Eingriff.<sup>1</sup>

### 3. Kapitalaufbringung

Bei der Frage der Kapitalaufbringung geht es um die Frage, wie sich das Unternehmen Eigen- und Fremdkapital beschaffen kann. Eine Beschaffung von Eigenkapital über die Börse ist allein für die Aktiengesellschaft (oder KGaA) möglich.

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

### 4. Steuerrecht

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

- Personengesellschaften zahlen selbst auf ihren Gewinn keine Ertragsteuern (Einkommensteuer). Der Gewinn wird vielmehr dem jeweiligen Gesellschafter als Einkommen zugerechnet. Dieser hat ihn dann zu versteuern.
- Kapitalgesellschaften zahlen auf ihren Gewinn Körperschaftsteuer (und Gewerbesteuer). Die Gesellschafter zahlen erst dann Einkommensteuer, wenn der Gewinn von der Gesellschaft an die Gesellschafter ausgeschüttet wird (z. B. durch Zahlung einer Dividende bei der Aktiengesellschaft). Um eine steuerrechtliche Benachteiligung der Kapitalgesellschaften zu vermeiden erfolgt die Besteuerung bei den Gesellschaftern nach dem Teileinkünfteverfahren, wonach nur 60 % des Ertrages zu versteuern sind.

---

<sup>1</sup> BGH-Urteil vom 09.02.2009, II ZR 292/07, GmbHR 2009, 601 („Sanitary“); BGH-Urteil vom 16.07.2007, II ZR 3/04 (TRIHOTEL)



Eine GmbH ist dort steuerpflichtig, wo der Ort der geschäftlichen Oberleitung liegt. Verfügt die GmbH über mehrere Geschäftsführer, die tatsächlich ungefähr gleichwertige Beiträge zur Geschäftsführung von verschiedenen Orten aus leisten, so bestehen mehrere Orte der Oberleitung. Hinsichtlich der Gewerbesteuer ist dann eine Aufteilung vorzunehmen.<sup>1</sup>

Welche Rechtsform steuerrechtlich von Vorteil ist, kann nur im Einzelfall festgestellt werden. Generell lässt sich aber sagen, dass die steuerlichen Differenzen hier im Regelfall nicht entscheidend sind.

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

Bei Kapitalgesellschaften kann es von Vorteil sein, angefallene Gewinne zu thesaurieren und die steuerliche Belastung damit in die Zukunft zu verlagern.

## 5. Mitbestimmung

Eine Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung ist durch das Drittelbeteiligungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz nur bei Kapitalgesellschaften vorgesehen (siehe Zusammensetzung des Aufsichtsrates bei der AG). Um eine Mitbestimmung zu vermeiden, bietet sich für größere Unternehmen die Möglichkeit der Organisation als Personengesellschaft oder die „Flucht“ in ausländische Rechtsformen.<sup>2</sup>

## 6. Unterscheidung GmbH - AG

Die GmbH ist - ebenso wie die AG - eine juristische Person. Sie unterscheidet sich von der AG in drei wesentlichen Punkten:

- Die Regelungen des AktG sind grundsätzlich zwingend (§ 23 Abs. 5 AktG). Bei der Gestaltung der Satzung kann vom Gesetz nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Im Gegensatz dazu ist das GmbHG grundsätzlich dispositiv. Vom Gesetz kann also immer abgewichen werden, wenn nicht ausdrücklich eine zwingende Regelung vorliegt.
- Nur bei der AG ist ein Aufsichtsrat zwingend vorgesehen. Bei einer GmbH ist dieses Organ nur dann vorhanden, wenn die Satzung dies ausdrücklich bestimmt oder wenn die Gesellschaft mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.
- Bei einer AG ist der Anteilshandel über die Börse grundsätzlich möglich. Aktien werden formfrei übertragen. Bei der GmbH unterliegt jede Anteilsübertragung der Beurkundungspflicht.

<sup>1</sup> BFH-Urteil vom 05.11.2014, IV R 30/11

<sup>2</sup> zu entsprechenden Vermeidungsstrategien vgl. *Olbertz/Sturm*, GmbHR 2014, 1254

## **II. § 2 Gründung einer GmbH**

### **Einführung**

Der „Weg in die GmbH“ kann durch sehr verschiedene Instrumentarien gegangen werden:

Neben „normaler“ Neugründung steht die Aktivierung einer inaktiven Gesellschaft (sog. Mantelgesellschaften) sowie die Umwandlung zur Verfügung. Einen Sonderfall stellt die Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) dar.

### **1. Gründung einer GmbH**

Die Gründung einer GmbH kann in drei Phasen eingeteilt werden:

- Vorgründungsgesellschaft,
- Vor-GmbH,
- Eingetragene GmbH.

Von einer Vorgründungsgesellschaft spricht man, wenn sich mehrere Parteien mit dem Ziel, später eine GmbH zu gründen zusammenschließen. Dies geschieht meist formlos, gelegentlich auch durch Abschluss einer Absichtserklärung. Rechtlich handelt es sich bei einer Vorgründungsgesellschaft um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach den §§ 705 ff. BGB. Ausnahmsweise kann auch eine OHG vorliegen, wenn die Gesellschaft bereits in diesem Stadium einen Gewerbebetrieb unterhält.

Eine Vor-GmbH liegt vor, wenn der Gesellschaftsvertrag (Satzung) notariell beurkundet worden ist und die Gesellschaft noch nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist. Rechtlich handelt es sich um eine Gesellschaft sui generis („eigener Art“). Sie geht mit der Eintragung mit allen Rechten und Pflichten auf die später eingetragene GmbH über. Bei der Gründung einer GmbH können sich die Gesellschafter im Notartermin durch Vollmachten vertreten lassen.<sup>1</sup>

Rechtlich entsteht die GmbH erst mit der Eintragung im Handelsregister.

#### **a) Vorgründungsgesellschaft**

Eine Vorgründungsgesellschaft ist ein Zusammenschluss der künftigen Gesellschafter mit dem Ziel der Errichtung einer GmbH. Ob und in welchem Umfang ein solcher Zusammenschluss erforderlich ist, ist eine Frage des Einzelfalles.

In der Phase der Vorgründungsgesellschaft besteht die unbeschränkt Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB (analog).

Grundsätzlich kann ein Gesellschafter hinsichtlich seiner Beratungsleistungen für die Gründung einer noch nicht bestehenden GmbH keinen Vorsteuerabzug geltend machen. Das gilt insbesondere dann, wenn es nach der Beratung nicht zur Gründung der GmbH kommt.<sup>2</sup>

#### **b) Vor-GmbH**

Nach § 2 Abs. 2 GmbHG ist die Unterzeichnung der Gründungssatzung durch einen Bevollmächtigten nur aufgrund einer notariellen Vollmacht zulässig. Eine Gründung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, dessen Erklärung dann nachgenehmigt wird, ist damit ausgeschlossen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> zu den Problemen möglicher Mängel der Vollmacht vgl. *Stenzel*, GmbHR 2015, 567

<sup>2</sup> BFH-Urteil vom 11.11.2015, V R 8/15

<sup>3</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 01.12.2016, 20 W 198/15; zur Möglichkeit der elektronischen Gründung vgl. *Teichmann*, GmbHR 2018, 1