

Rechtsanwalt u. Steuerberater Jochen Jungbluth\*

# Anstoß-Finanzierung

## GmbH-Reform: Kapitalaufbringung durch Bar- und Sachgründung

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist am 1.11.2008 in Kraft getreten. Es hat über alle Lebensstadien der GmbH wichtige Deregulierungen mit einem entsprechenden Attraktivitätsgewinn der Rechtsform gegeben. Besonderes Augenmerk wurde hierbei auf die Beschleunigung und Vereinfachung der Gründung der GmbH gelegt. Neben der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als „kleiner“ GmbH wurden vielfach Erleichterungen im Bereich der Kapitalaufbringung und -erhaltung mit erheblicher praktischer Bedeutung eingeführt. Der Bereich der Kapitalaufbringung soll nachfolgend erläutert werden.

### Stichworte:

Gesellschaftsvertrag / Stammkapital / Bargründung / Einpersonen-Gründung / Sachgründung / verdeckte Sachgründung / Hin- und Herzahlen / Geschäftsanteile / Sicherheitsleistung / steuerneutrale Einbringung / Realisierung.

### Bargründung: Erleichterungen


Das Stammkapital der GmbH muss weiterhin **mindestens 25.000 €** betragen. Die Vorschläge zu einer Reduzierung des gesetzlichen Mindestkapitals, beispielsweise auf 10.000 €, konnten sich nicht durchsetzen. Insoweit steht die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zur Verfügung.

Das Stammkapital musste bisher, wenn die GmbH mindestens zwei Gesellschafter hatte, nur zur Hälfte erbracht werden. Eine Ausnahme galt bei der **Einpersonen-Gründung**; hier musste das Stammkapital vollständig eingezahlt oder hinsichtlich des nicht aufgebrauchten Teils eine Sicherheit, z.B. in Gestalt einer Bankbürgschaft, an die Gesellschaft geleistet werden. Zur „Umgehung“ wurden häufig Treuhänder eingesetzt.

Diese Sonderregelung ist entfallen. Auch der **Alleinründer** einer GmbH muss jetzt – ebenso wie bei der Mehrpersonen-Gründung – nur noch **die Hälfte des Stammkapitals** leisten; eine **Sicherheit** für den Restbetrag ist **nicht** mehr erforderlich. Dies gilt auch bei einer Vereinigung der Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters innerhalb von drei Jahren nach Eintragung der GmbH ins Handelsregister.

### Formulierungsvorschlag für den Gesellschaftsvertrag:

„Der Geschäftsanteil in Höhe von 25.000 € ist in Geld zu leisten und zur Hälfte sofort zur Zahlung fällig. Der Restbetrag ist nach Anforderung durch die Geschäftsführung, die hierzu eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf, zur Zahlung fällig.“

 Auch bei einer Einmann-GmbH, die **vor** Inkrafttreten des MoMiG errichtet wurde, ist die Sicherheitsleistung für die hälftige Resteinlage nicht mehr erforderlich.



Bei bestehenden Einmann-GmbHs kann die Sicherheitsleistung für die hälftige Resteinlage an den Gesellschafter zurückgewährt werden. Gegebenenfalls muss die Regelung über die Einforderung der Resteinlage in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.

### Nachweis der Bareinlage

Die Geschäftsführer müssen weiterhin die Einzahlung der Bareinlagen gegenüber dem Registergericht – mit den bekannten Sanktionen bei Unrichtigkeit – versichern. Das Registergericht muss dem nicht glauben. Nach dem MoMiG kann das Registergericht bei **erheblichen Zweifeln** an der Richtigkeit der Versicherung **Nachweise** verlangen. Als solche kommen vor allem Belege über die Einzahlung der Bareinlage auf das Bankkonto der Gesellschaft in Betracht.



Die Praxis der Registergerichte ist unterschiedlich. Häufig wird die Einzahlung bei der Gründung einer Einpersonen-GmbH oder durch ausländische Gesellschafter bzw. Gesellschafter mit Wohnsitz im Ausland angezweifelt. Zur Beschleunigung der Bargründung empfiehlt sich hier die **sofortige Einreichung der Zahlungsbelege**.

### Sachgründung: Teilweise Entschärfung

#### ● Offene Sachgründung

Die Einbringung von Sachen und Rechten zur Aufbringung des Stammkapitals ist nach wie vor „umständlich“. Der Gegenstand der Sacheinlage und der hierfür übernommene Geschäftsanteil müssen im Gesellschaftsvertrag **offengelegt** werden. Zudem haben die Gesellschafter einen **Sachgründungsbericht** zu erstellen, in dem die Angemessenheit der Sacheinlagen und die hierfür wesentlichen Umstände zu dokumentieren sind.

Das Registergericht prüft die **Werthaltigkeit der Sacheinlage** überschlägig (Schlüssigkeitsprüfung); das Gericht kann die Eintragung der GmbH im Handelsregister jetzt aber nur noch ablehnen, wenn die Sacheinlage „nicht unwesentlich“ überbewertet wurde. Bewertungsunsicherheiten geringer Bandbreite hindern die Eintragung nicht mehr.

Als Sacheinlage können beispielsweise auch Anteile an einer anderen GmbH oder einer GmbH & Co. KG – d.h.

\* Der Autor ist als Rechtsanwalt und Steuerberater in Köln tätig.

die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH und die Kommanditanteile an der KG – eingebracht werden.


### ● Verdeckte Sachgründung

Die strengen Anforderungen an eine Sachgründung legen es nahe, diese durch eine Bargründung zu „verschleiern“.

#### Beispiel:

*Zwei Gesellschafter gründen eine GmbH und zahlen ihre Bareinlage von jeweils 50.000 € in voller Höhe ein. Danach verkauft und übereignet ein Gesellschafter der GmbH Anlagevermögen im Wert von 30.000 € und erhält hierfür einen Kaufpreis von 40.000 €. Anschließend wird die GmbH im Handelsregister eingetragen.*

Es liegt nach altem wie nach neuem Recht eine **verdeckte Sacheinlage** vor. Das MoMiG nimmt eine solche tatbestandsmäßig entsprechend der BGH-Rechtsprechung an, „wenn die Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist“ (§ 19 Abs. 4 GmbHG).

 Ausnahmen von der verdeckten Sacheinlage werden **nur in engen Grenzen** angenommen. In Betracht kommen sog. Verkehrsgeschäfte, z.B. der Kauf von „Umlaufvermögen“ vom Gesellschafter, welches die GmbH im normalen Umsatzgeschäft regelmäßig an ihre Kunden weiterveräußert.


Das MoMiG **entschärft** die Rechtsfolgen. Früher waren Kaufvertrag und Übereignung unwirksam mit der Folge, dass eine Rückabwicklung kompliziert war und eine Heilung erhebliche formale und bewertungsmäßige Hürden überwinden musste. Nach dem MoMiG bleiben die Verträge wirksam. Die Bareinlage ist zwar weiterhin zu erbringen, wird aber **mit der Kaufpreiszahlung verrechnet**, mithin wirtschaftlich erstattet. Damit wird der Kaufgegenstand in Höhe seines Werts anstelle der Bareinlage („**an Erfüllung statt**“) geleistet. Die Anrechnung erfolgt mit der Eintragung der GmbH im Handelsregister, und zwar **automatisch**, ohne dass es einer Willenserklärung der Parteien bedarf.

Bleibt der Wert der Sacheinlage hinter der Bareinlage zurück, so wird der GmbH wirtschaftlich Vermögen entzogen. Insoweit ist die Bareinlage weiterhin zu leisten.


#### Lösung:

*10.000 € wurden als Bareinlage geleistet. Der Wert des Kaufgegenstands betrug 30.000 € gegenüber einer Kaufpreiszahlung von 40.000 €. Mithin sind noch 10.000 € als Bareinlage nachzuleisten.*

Die gleichen Rechtsfolgen gelten, wenn das Kaufgeschäft erst nach Eintragung der Gesellschaft, aber im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Gründung stattfindet. Hier gelten die BGH-Regeln weiter, wobei die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind (Regelzeitraum sechs Monate).

 Für die Anrechnung ist der Wert des Kaufgegenstands zum Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung bzw. bei späterem Transfer zu diesem Zeitpunkt maßgeblich. Die Werthaltigkeit muss der **Gesellschafter nachweisen**.

Die verdeckte Sacheinlage wird damit in gewisser Weise „planbar“, vor allem, wenn sie noch vor der Eintragung der GmbH ins Handelsregister erfolgt und der Wert des transferierten Sachgegenstands eindeutig nachgewiesen werden kann.

 Die Anrechnungslösung erfasst auch **Altfälle**, die weder durch ein Gerichtsurteil noch durch eine Vereinbarung nachgebessert wurden. Daher empfiehlt sich umso mehr, die seinerzeitige Werthaltigkeit des transferierten Sachgegenstands nachträglich zu dokumentieren.

Sollte das Kaufgeschäft schon vor Anmeldung zum Handelsregister erfolgt sein, kann der Geschäftsführer letztlich die Erbringung der Bareinlage nicht versichern. Auf die Anrechnung kann er sich nicht beziehen, da diese erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam wird. Bei **falschen Angaben** kann sich der Geschäftsführer **strafbar** machen. Der Registerrichter kann auch bei Werthaltigkeit des transferierten Gegenstands die Eintragung der GmbH ablehnen.


### Hin- und Herzahlen nicht unbedingt schädlich

#### Beispiel:

*Der Gesellschafter erbringt bei Gründung der GmbH eine Bareinlage von 10.000 € an die Gesellschaft. Die GmbH gewährt ihm denselben Betrag anschließend als Darlehen. Hierüber bestand schon vor der Einlage Einvernehmen.*


Es liegt ein sog. „**Hin- und Herzahlen**“ vor. Hiervon geht das MoMiG aus, „wenn vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden ist, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und nicht als verdeckte Sacheinlage zu beurteilen ist“ (§ 19 Abs. 5 GmbHG).

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Bareinlage wirksam geleistet wurde und damit das Hin- und Herzahlen rechtlich anerkannt wird. Dies ist nur dann der Fall, „wenn die Leistung“ – im Beispielsfall das Darlehen – „durch einen **vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt** ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann.“ Verdeckte Sacheinlagen fallen mithin nicht hierunter und folgen zwingend den oben beschriebenen Regeln.

 Ein Hin- und Herzahlen liegt **nicht** vor, wenn die Darlehensforderung nur eingebucht wird, aber weder die Einlage noch das Darlehen selbst gezahlt wird, d.h. der Gesellschafter von vornherein die Mittel zurückbehält. In einem solchen Fall ist eine solche „Heilung“ nicht möglich.

Für die Anerkennung muss vor allem der Rückzahlungsanspruch vollwertig sein, und zwar im **Zeitpunkt der Darlehensgewährung**. Spätere Abwertungen sind irrelevant, können aber eine Haftung der Geschäftsführer wegen

verspäteter Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs auslösen. **Vollwertigkeit** bedeutet letztlich jederzeitige Durchsetzbarkeit und Realisierbarkeit der Forderung in objektiver Hinsicht unabhängig von der Forderungsbewertung im Jahresabschluss. Nur bei **werthaltiger Besicherung** dürfte dies unproblematisch sein. Eine fehlende Verzinsung wiederum dürfte die Anerkennung nicht gefährden, kann aber eine Haftung der Geschäftsführer auslösen.

 Eine Sicherheit dürfte nur dann entbehrlich sein, wenn sichergestellt ist, dass der Gesellschafter die GmbH regelmäßig umfassend über seine Vermögens- und Liquiditätsverhältnisse informiert.


Der Rückgewähranspruch muss zudem **jederzeit fällig** sein. In der Praxis bedeutet das, dass der Gesellschafter die Mittel jederzeit so vorhalten muss, dass er sie sofort begleichen kann.

Um eine Anerkennung des Hin- und Herzählens zu erreichen, empfiehlt sich eine entsprechende Ergänzung der Anmeldung zum Handelsregister, da gesetzlich (§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG) diese Pflicht.

#### Formulierungsvorschlag:

„Die Bareinlage des Gesellschafters (Name) auf die Geschäftsanteile mit den Nrn. ... wird (wurde) aufgrund einer bereits getroffenen Vereinbarung in Höhe von ... € als Darlehen an den Gesellschafter zurückgewährt am (Datum). Der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft ist vollwertig und kann durch fristlose Kündigung seitens der Gesellschaft jederzeit fällig gestellt werden.“

Auch **Altfälle** des Hin- und Herzählens können aufgrund des MoMiG nachträglich zulässig sein, wenn hierüber weder ein Gerichtsurteil noch eine nachbessernde Vereinbarung vorliegt.

 Eine **hinreichende Dokumentation** ist auch hier wichtig. Diese kann beispielsweise auch dadurch erfolgen, dass der Gesellschafter zunächst die erhaltenen Mittel an die Gesellschaft – wie eine Bareinlage – zurückgewährt, um sie sich anschließend unter Beachtung der weiteren gesetzlichen Anforderungen wieder als Darlehen zurückgewähren zu lassen.

### Steuerliche Zusammenhänge bei Sacheinlagen in Form von Betriebsvermögen


Die ertrag- und verkehrsteuerlichen Belastungen sollten insbesondere **beachtet** und **ggf. gestaltet** werden, wenn die Sacheinlage aus einem anderen Betriebsvermögen des Gründungsgesellschafters übertragen wird.

#### Beispiel:

*Die A-GmbH mit mehreren Geschäftsbetrieben gründet eine Tochter-GmbH und gliedert in diese einen Geschäftsbetrieb im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge aus.*


In bestimmten Fällen besteht die Wahl zwischen einer ertragsteuerneutralen Behandlung und einer ganz oder

teilweise steuerpflichtigen Realisierung der – z.B. aus Abschreibungen entstandenen – **stillen Reserven**. Zur Steuerermüdung sollten die eingebrachten **Wirtschaftsgüter** regelmäßig mit dem **Buchwert**, d.h. nicht zum Zwischenwert oder gemeinen Wert, angesetzt werden.

 Ein solches **Wahlrecht** besteht, wenn ein Betrieb oder Teilbetrieb im ertragsteuerlichen Sinne oder ein Anteil an einer Personengesellschaft (Mitunternehmeranteil) transferiert wird; auch die Einbringung von Geschäftsanteilen an einer GmbH ist steuerneutral möglich, wenn hierdurch eine Mehrheitsbeteiligung an dieser entsteht. **Handelsbilanziell** können abweichende Werte, d.h. auch der Verkehrswert, angesetzt werden, ohne dass dies die steuerliche Behandlung berührt.

Voraussetzung ist aber stets, dass die Einbringung durch **Sacheinlage** erfolgt, d.h. **offen** neue Geschäftsanteile an der übernehmenden GmbH, beispielsweise im Rahmen der Gründung, gewährt werden. Die **Steuerneutralität** dürfte mithin **bei einer verdeckten Sacheinlage** weiterhin **nicht erreichbar** sein.

Beachtet werden sollte, dass bei einer Einbringung unter dem gemeinen Wert im Falle einer Realisierung – beispielsweise durch späteren Verkauf der eingebrachten Wirtschaftsgüter – innerhalb einer 7-jährigen Sperrfrist eine **Nachversteuerung droht**; allerdings wird pro gehaltenes Jahr 1/7 des Realisierungsgewinns steuerfrei gestellt (Abschmelzungsmodell).

 Eine – ggf. auch nur teilweise – Realisierung der stillen Reserven durch Ansatz des **gemeinen Werts** bzw. eines **Zwischenwerts** kann sich empfehlen, wenn die einbringende Gesellschaft über Verlustvorträge verfügt, die mit ihrem Einbringungsgewinn verrechnet werden können. Vorteil ist, dass die übernehmende Gesellschaft dann aufgrund des höheren Wertansatzes über höheres Abschreibungsvolumen verfügt.

Häufig fällt bei der Sacheinlage **Umsatzsteuer** an. Werden Immobilien oder eine **mindestens 95%-Beteiligung** an einer GmbH mit Immobilien durch Sacheinlage auf die Übernehmer-GmbH übertragen, fällt **Grunderwerbsteuer** an (3,5% des Verkehrswerts).

### Fazit

Die Bar- und Sachgründung einer GmbH ist **leichter** geworden. Die „Verschleierungsfälle“ von Sachgründung sowie Hin- und Herzählungen werden weniger sanktioniert und sind besser plan- und gestaltbar. Auf die Einhaltung der gesetzlichen Formalien muss aber genau geachtet werden. Die steuerlichen Zusammenhänge sollten stets beachtet werden.

#### ► Weiterführende Quellen:

- Dornbusch, *Die GmbH-Gründung nach der GmbH-Reform 2008*, S. 13 ff., VSRW-Verlag 2008
- Eßers/Kis-Sira, *MoMiG-Synopse: Vergleich der Reform mit dem früheren GmbH-Recht, GmbH-Stpr. 2/2009*, S. 48