

Rechtsformen für Social Enterprises

Ein Ratgeber zu Rechtsformen und Gemeinnützigkeit von
Social Enterprises



Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
Einleitung	3
Für wen dieser Ratgeber gedacht ist.....	3
Warum es diesen Ratgeber braucht	3
Terminologie.....	3
Kriterien der Entscheidungsfindung im Überblick	5
1. Übersicht verschiedener Rechtsformen	13
2. Vor- und Nachteile der gängigsten Rechtsformen	14
2.1 GmbH und gGmbH	14
2.2 UG und gUG	18
2.3 Eingetragener Verein (e. V.)	20
2.4 Eingetragene Genossenschaft (eG)	22
2.5 Stiftung.....	24
2.6 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	27
2.7 Einzelunternehmen	28
3. Erlangen der Gemeinnützigkeit.....	29
3.1 Grundlegende Voraussetzungen für den Erhalt von Steuerbegünstigungen.....	29
3.2 Begriff der Gemeinnützigkeit im engeren Sinne.....	32
3.3 Erlangung und Aberkennung der Steuerbegünstigung.....	33
3.4 Folgen der Anerkennung der Gemeinnützigkeit	35
4. Gründung einer gemeinnützigen Gesellschaft in fünf Schritten	35
4.1 Vorüberlegungen.....	36
A) FIRMIERUNG.....	36
B) PERSONELLE STRUKTUREN.....	36
c) Einholen ggf. erforderlicher Genehmigungen	36
4.2 Erstellen eines Gesellschaftsvertrages und Abstimmung mit dem Finanzamt.	36
4.3 Notarielle Beurkundung der Gründung.....	37
4.4 Kontoeröffnung und Einzahlung des Stammkapitals.....	37
4.5 Anmeldung zum Handelsregister, Anmeldung der GmbH beim Gewerbeamt, Steuerliche Anmeldung	37
Impressum	38
Über SEND.....	38
Über die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH	38
Über die Autor:innen.....	39
Kontakt	39



Einleitung

Für wen dieser Ratgeber gedacht ist

Dieser Ratgeber wendet sich an alle, die selbst gründen möchten oder Gründer:innen beraten. Zielgruppen sind (nicht abschließend) Gründungsberater:innen in:

- Industrie- und Handelskammern
- Technologie- und Innovationszentren
- Gründungsbüros an Hochschulen
- Forschungs- und Transfereinrichtungen
- Startercentern
- Inkubatoren und Akzeleratoren
- kommunale Wirtschaftsförderungen
- Genossenschaftsverbände
- freie Gründungsberater:innen
- und natürlich: Social-Enterprise-Gründer:innen

Warum es diesen Ratgeber braucht

Immer mehr Gründer:innen möchten nicht (nur) profitorientiert gründen, sondern auch eine gesellschaftliche Verantwortung übernehmen. Ein Teil von ihnen möchte explizit eine gesellschaftliche Herausforderung auf unternehmerische Art und Weise lösen; andere wollen im Zuge einer Gründung eine starke Werteorientierung verankern und Aspekte der sozialen wie ökologischen Nachhaltigkeit im Blick behalten.

Dieser gesellschaftliche Fokus in der Herangehensweise wirft bisweilen Fragen und Hürden auf, die bei einer klassischen Gründung nicht vorkommen. Insbesondere die Frage nach der passenden Rechtsform für das Social Enterprise stellt sich für viele Gründer:innen als sehr komplex heraus. „Ist Gemeinnützigkeit das Richtige für meine Organisation? Wie will ich die Eigentümerstruktur aufstellen? Wie kann ich meine ideellen Werte auch mittels einer Rechtsform festschreiben?“ sind Überlegungen, die viele Social Entrepreneurs beschäftigen. Mit diesem Ratgeber wollen wir Ihnen die wichtigsten Fragen beantworten.

Terminologie

Wie in vielen neuen Bereichen haben auch die Aktiven in unserem Sektor lange um Begrifflichkeiten gerungen. Uns ist bewusst, dass die aus dem Englischen stammenden Bezeichnungen etwas sperrig und gewöhnungsbedürftig wirken mögen.

Die Bezeichnungen „Sozialunternehmertum“, „Sozialunternehmer“ und „Sozialunternehmen“ werden oft synonym verwendet und sind nicht ganz falsch, beziehen sich aber vor allem auf Aktivitäten im sozialen Sektor.

Social Enterprises bearbeiten jedoch nicht nur soziale Herausforderungen, sondern auch ökologische (und kulturelle, persönliche, etc.). Das englische „social“ entspricht nicht 1:1 dem



deutschen „sozial“, sondern auch „gesellschaftlich“. Aus diesem Grund haben wir uns entschieden, die weitreichenderen Termini aus dem Englischen zu verwenden.

- ◆ Social Entrepreneurship für eine auf die Lösung gesellschaftlicher Herausforderungen ausgerichtete Herangehensweise,
- ◆ Social Entrepreneur(s) für die Personen, die diese umsetzen (also die Gründer:innen) und
- ◆ Social Enterprise für die Organisation, die daraus resultiert.



Kriterien der Entscheidungsfindung im Überblick¹

Der deutsche Gesetzgeber bietet eine Vielzahl an Rechtsformen an, die sich aber in vielen Kriterien wesentlich voneinander unterscheiden. Andere als die im Gesetz ausdrücklich geregelten Rechtsformen sind nicht zulässig. Auch eine Kombination von einzelnen Rechtsformen ist bis auf wenige Ausnahmen nicht möglich. Die Anzahl der nach deutschem Recht zulässigen Rechtsformen ist abschließend geregelt (sog. Numerus Clausus der Rechtsformen).²

Keine Rechtsform erfüllt alle Kriterien gleichermaßen und es gibt auch kein Patentrezept bei der Wahl der Rechtsform. Für eine sachgerechte Rechtsformwahl ist aber von grundlegender Bedeutung, dass bei den Beteiligten Klarheit über die Anforderungskriterien bzw. die kennzeichnenden Charakteristiken der verschiedenen Rechtsformen und deren Gewichtung besteht, um anhand der persönlichen Verhältnisse und Vorhaben die passende Rechtsform finden zu können. Es ist stets eine Frage des Einzelfalls, welche Rechtsform zum individuellen Gründungsteam passt. Bei der Entscheidungsfindung sind folgende Kriterien üblicherweise von entscheidungserheblicher Bedeutung:

Checkliste: Kriterien der Rechtsformwahl	
✓	Haftung der Gründer:innen
✓	(Start-)Kapitalaufbringung
✓	Image, Unternehmenszweck
✓	Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten
✓	Besteuerung
✓	Publizitätspflichten
✓	Übertragbarkeit der Gesellschafter:innenstellung
✓	Gemeinnützigkeit

¹ Dieser Beitrag stammt von Rechtsanwalt und VC-Experte Philipp Glock und Rechtsanwältin Ema Burić, beide sind Rechtsanwälte der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Frankfurt am Main. Beide beraten bundesweit Start-ups, Gründer:innen und Investoren und engagieren sich als Jurymitglieder, Gutachter und Speaker in der Start-up-/VC-Szene. Die Darstellung stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar, so dass keine Haftung für den Inhalt übernommen wird. Rechts- und Steuerberatung hat individuell unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage einer Mandatsvereinbarung zu erfolgen.

² Mutter/Müller, in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019, § 1 Rechtsformen, Rn. 1.



✓ Größe des Gesellschafter:innenkreises
✓ Flexibilität der Vertragsgestaltung
✓ Beteiligung von Investoren

a) Haftung der Gründer:innen (Umfang/ Begrenzung)

Der Umfang und die Beschränkung der persönlichen Haftung der Gründer:innen für Verbindlichkeiten des Social Enterprises ist üblicherweise eines der erheblichsten Entscheidungskriterien bei der Rechtsformwahl.

Es stehen für die Gründer:innen Rechtsformen zu Wahl, welche die persönliche Haftung der Gründer:innen für Verbindlichkeiten des Social Enterprises ausschließen. Gläubigern des Social Enterprises steht bei diesen Rechtsformen ausschließlich das Gesellschaftsvermögen und nicht das Privatvermögen der Gründer:innen zur Befriedigung zur Verfügung. Andere Rechtsformen bieten keine Haftungsbeschränkung, so dass die einzelnen Gründer:innen für Verbindlichkeiten des Social Enterprises mit ihrem gesamten Privatvermögen haften.

Soll eine persönliche Haftung der Gesellschafter:innen ausgeschlossen werden, kommen bevorzugt die sog. Körperschaften in Betracht. Hierzu gehört u. a. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Aktiengesellschaft (AG). Bei beiden Gesellschaften haftet den Gläubiger:innen gegenüber grundsätzlich nur die Gesellschaft selbst, nicht aber die Gesellschafter:innen persönlich. Auch beim eingetragenen Verein (e. V.) – dem Grundtyp der Körperschaft – haften die Mitglieder nicht persönlich, sondern es steht Gläubiger:innen lediglich das Vereinsvermögen zur Verfügung. Zu einer persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten des Social Enterprises kommt es bei den Körperschaften nur in absoluten Ausnahmefällen.

Keine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen sieht beispielsweise die Einzelunternehmung, die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) vor.

Haftungsrisiken können je nach Unternehmensgegenstand vielfältig sein. Ferner scheitern viele Unternehmensgründungen. Es ist daher empfehlenswert, eine haftungsbeschränkende Rechtsform zumindest in Betracht zu ziehen. Nur diese Rechtsformen gewährleisten, dass die Gründer:innen im Falle des Scheiterns des Social Enterprises ohne persönliche finanzielle Konsequenzen das Projekt abschließen und ein neues Projekt unbelastet beginnen können.

b) (Start-)Kapitalaufbringung

Ein weiterer wichtiger Aspekt bei der Rechtsformwahl ist die Finanzierung und Kapitalaufbringung. Es stehen den Gründer:innen Rechtsformen zur Verfügung, deren Gründung zwingend das Einbringen eines festgelegten Geld- oder Vermögenswerts erfordert, während wiederum andere Rechtsformen ohne Startkapital gegründet werden dürfen.

Bei den sog. Kapitalgesellschaften dienen strenge Regelungen zur Kapitalaufbringung und -erhaltung dem Gläubiger:innenschutz und sollen einen Ausgleich dafür bieten, dass



ausschließlich das Gesellschaftsvermögen haftet und nicht die Gründer:innen persönlich.³ Die haftungsbeschränkenden Kapitalgesellschaften, wie die GmbH und die AG, setzen daher ein gewisses Stamm- bzw. Grundkapital voraus. Bei der GmbH etwa muss das Stammkapital mindestens EUR 25.000 betragen. Bei der Anmeldung zum Handelsregister muss allerdings lediglich die Hälfte des Mindeststammkapitals eingezahlt werden. Der restliche Teil des Stammkapitals kann zu einem beliebigen Zeitpunkt nach Wahl der Gründer:innen eingezahlt werden. In der Praxis führt es oft dazu, dass de facto nur EUR 12.500 in die GmbH eingezahlt werden. Wer die EUR 25.000 bzw. EUR 12.500 bei der Gründung nicht aufbringen kann, die GmbH aber grundsätzlich als Rechtsform bevorzugt, der kann auch auf die günstigere Unterform der GmbH, die Unternehmergesellschaft (UG), zurückgreifen. Bei der UG ist ein Stammkapital von lediglich EUR 1 notwendig. Nachteilig an dieser Rechtsform ist aber, dass aufgrund des geringen Mindestbetrags Gläubiger:innen gegenüber keine „Seriositätsschwelle“ erreicht sein dürfte.⁴ Dazu liegt bei einer Unterkapitalisierung schnell eine Insolvenz wegen Überschuldung vor.

Dem Recht der Personengesellschaften hingegen ist die Kapitalaufbringungsverpflichtung fremd. Bei der GbR, oHG, KG, Partnerschaft und Stillen Gesellschaft gibt es keine gesetzlich verankerte Verpflichtung zur Aufbringung eines bestimmten Kapitals. Begründet ist dies dadurch, dass die Gesellschafter:innen einer Personengesellschaft, bei der KG zumindest die Komplementäre, den Gläubigern der Gesellschaft unbeschränkt und unmittelbar persönlich haften, so dass aus Gläubiger:innenschutzgründen keine Kapitalaufbringungsverpflichtung notwendig ist.

c) Image, Unternehmenszweck

Je nach Unternehmenszweck spielt auch das Image der Rechtsform eine entscheidende Rolle bei der Rechtsformwahl. Ist das Image von Bedeutung, so wird die GmbH gerne gewählt, da sie als Rechtsform weite Bekanntheit genießt und eine große Professionalität ausstrahlt.⁵

Die UG hingegen wird häufig als nicht ganz so seriös wahrgenommen und hat ein geringes Renommee. So hat sich auch etwa die Rechtsform der gUG im Gemeinnützigkeitsbereich gegen die etablierte „gGmbH“ in der Praxis nicht durchsetzen können, wohl weil ihr mangelnde Seriosität zum Vorwurf gemacht wird.⁶

Auch kann der verfolgte Zweck wegweisend für die Wahl der passenden Rechtsform sein. So können manche Gesellschaften nur zu bestimmten Zwecken gegründet werden (z. B. OHG und KG nur für handelsgewerbliche und vermögensverwaltende Zwecke). Wenn steuerbegünstigte, insbesondere gemeinnützige Zwecke verfolgt werden sollen, kommen nur Körperschaften i.S.d. § 51 Abs. 1 S. 2 AO als mögliche Rechtsformen in Frage. Hierunter sind Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen im Sinne des

³ *Schüppen*, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, § 2 Vergleich der Aktiengesellschaft mit der GmbH, Rn. 26.

⁴ zitiert nach *Schwaiger*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 2 Gründung und Kapitalaufbringung, Rn. 95; vgl. *Ulmer/Casper*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 5 Stammkapital; Geschäftsanteil, Rn. 13.

⁵ *Gilberg*, in: Die Gemeinnützige GmbH in der notariellen Praxis, RNotZ 2020, 193, 196.

⁶ *R. Wallenhorst* in Wallenhorst/Halaczinsky Kap. A Rz. 72.; *Freitag*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 8a, Rn. 1 ff.



Körperschaftsteuergesetzes zu verstehen, insbesondere die in § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG genannten (also unter anderem e. V., Stiftung, GmbH, AG).⁷

d) Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten

Den Gesellschafter:innenn jeder Rechtsform stehen grundsätzlich Anteile am erwirtschafteten Gewinn zu. Auch ein etwa erzielter Verkaufserlös (Exit) durch den Verkauf aller Anteile am Unternehmen steht den Gesellschafter:innenn zu. Dies gilt allerdings nicht für gemeinnützige Organisationen im Sinne der Abgabenordnung.

Gemeinnützigen Social Enterprises ist es zwar nicht untersagt, Gewinne zu erzielen und auszuschütten. Die von gemeinnützigen Social Enterprises erzielten Überschüsse müssen aber zur Förderung eines bestimmten Zwecks verwendet werden.⁸ Gewinne von gemeinnützigen Gesellschaften dürfen ausschließlich dem gemeinnützigen Zweck der Gesellschaft zugutekommen. Ist die Intention der Gründer:innen, ein Unternehmen aufzubauen und es anschließend für sich gewinnbringend zu verkaufen, so kann keine gemeinnützige Gesellschaft errichtet werden.

e) Besteuerung

Die Frage der Besteuerung spielt bei der Rechtsformwahl ebenfalls eine bedeutende Rolle. Die Struktur und Höhe der Steuerbelastung hängen von der Rechtsform des Unternehmens ab. Grundlegende Unterschiede bestehen insbesondere zwischen der Besteuerung von Einzelunternehmen und Personengesellschaften (z. B. GbR, OHG) und der Besteuerung von Kapitalgesellschaften (z. B. GmbH, AG).⁹ Die Besteuerungsunterschiede können auch nicht durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages angepasst werden.¹⁰

Personengesellschaften sind zwar Schuldner der Gewerbesteuer und der Umsatzsteuer,¹¹ sie unterliegen aber weder der Körperschaftssteuer noch sind sie als solche Steuersubjekt der Einkommenssteuer, da § 1 EStG ausschließlich auf natürliche Personen abstellt. Vielmehr kommt das sog. Transparenzprinzip zum Tragen. Nach dem Transparenzprinzip werden erzielte Einkommen der Personengesellschaft den Gesellschafter:innen als originär eigene Einkünfte zugerechnet. Die Besteuerung mit der Einkommenssteuer erfolgt somit ausschließlich auf Ebene der Gesellschafter:innen der Personengesellschaft.¹² Auch beim Einzelunternehmer werden die zugewiesenen Gewinne als Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit dem jeweiligen persönlichen Steuersatz besteuert.¹³

Körperschaften sind über die gesamte Breite des Steuerrechts subjektiv steuerpflichtig. Im Bereich der Ertragssteuern besteht für die Körperschaft – neben der Gewerbesteuer, die von

⁷ Gersch, Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 51 Allgemeines, Rn. 4.

⁸ Stock: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 441.

⁹ Schiffers, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Aufl. 2020, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 64.

¹⁰ M.Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbH-Gesetz, 6. Auflage 2017, Einleitung – Anhang, Rn. 42.

¹¹ Kahle, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Aufl. 2020, § 7 Besteuerung von Personengesellschaften, Rn. 18.

¹² Kahle, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Aufl. 2020, § 7 Besteuerung von Personengesellschaften, Rn. 2, Rn. 8.

¹³ Büsching, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 30.



Handelsgesellschaften immer zu entrichten ist – als besondere Steuer auch die Körperschaftssteuer.¹⁴

Anders als bei Personengesellschaften unterliegen die Gewinne von Kapitalgesellschaften nach dem sog. Trennungsprinzip zunächst der Körperschaftssteuer und fallen folglich zunächst bei der Gesellschaft an. Erst im Falle einer Ausschüttung werden die Gewinne bei ihren Anteilseignern versteuert (Einkommens- oder Körperschaftssteuer).¹⁵ Es kommt folglich zu einer zweifachen Besteuerung.

Gemeinnützige Körperschaften können von zahlreichen Steuerentlastungen profitieren.

f) Publizitätspflichten

Die Anforderungen an den Jahresabschluss sind ebenfalls abhängig von der Rechtsform und Größe des Unternehmens. Personengesellschaften unterliegen grundsätzlich nur den geringen Anforderungen der §§ 238 bis 263 HGB, d. h. es ist nur eine rudimentäre Gliederung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung vorgegeben. Es ist weder ein Anhang noch ein Lagebericht aufzustellen, noch bestehen Prüfungs- und Publizitätspflichten. Bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, bei denen nicht wenigstens eine natürliche Person persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet (insb. die GmbH & Co. KG, bei welcher die Haftung durch das Gesellschaftsvermögen der Komplementär-GmbH begrenzt ist), gelten hingegen deutlich strengeren Regeln (§§ 264 bis 289 f HGB). Kleine Einzelunternehmen mit geringen Umsatzerlösen und Jahresüberschüssen sind (wahlweise) gemäß § 241a HGB komplett von der kaufmännischen Buchführung und Erstellung eines Jahresabschlusses befreit. Die Anforderungen an die Rechnungslegung sind wiederum nach Größenklassen abgestuft (eine Umschreibung der Größenklassen ist in § 267 HGB geregelt). So müssen etwa kleine Kapitalgesellschaften keinen Lagebericht erstellen und können die Bilanz mit einem deutlich verkürzten Gliederungsschema aufstellen. Ferner besteht für sie auch keine Pflicht zur Jahresabschlussprüfung.¹⁶

Fragen der Publizität sind insbesondere relevant, wenn Zuschüsse und Spenden von Dritten erlangt werden sollen. Social Entrepreneurs hingegen, die nicht auf Fremdmittel angewiesen sind, dürften regelmäßig Rechtsformen mit geringen Publizitätspflichten bevorzugen, da mit diesen nicht nur Kosten, sondern ggf. auch die öffentliche Offenlegung der Unternehmensfinanzen umgangen werden können.¹⁷

¹⁴ *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 33.

¹⁵ *Kahle*, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Aufl. 2020, § 7 Besteuerung von Personengesellschaften, Rn. 1.

¹⁶ *Schiffers*, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Aufl. 2020, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 68.

¹⁷ vgl. *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 446.



g) Übertragbarkeit der Gesellschafter:innenstellung

Die generelle Zulässigkeit der Übertragbarkeit und die Art und Weise der Übertragbarkeit der Gesellschafter:innenstellung ist bei den Rechtsformen unterschiedlich geregelt.

Während Gesellschafter:innenrechte bei einer GmbH vom Grundsatz her veräußert und abgetreten werden können, was sowohl für eine Übertragung unter Lebenden als auch von Todes wegen gilt, können die Mitgliedschaftsrechte von einem Vereinsmitglied nicht auf Dritte übertragen werden. Die Mitgliedschaft im Verein entsteht durch Eintritt und endet regelmäßig durch Austritt oder Tod des Vereinsmitglieds. Von Vorteil ist hierbei aber, dass von Gesetzeswegen keine besondere Form an den Ein- und Austritt von Vereinsmitgliedern gestellt wird, so dass dies in der Regel rasch und unproblematisch erfolgen kann.¹⁸

Zur Übertragung der Geschäftsanteile an einer GmbH ist die notarielle Beurkundung erforderlich, was wiederum Kosten verursacht. Geschäftsanteile können grundsätzlich frei veräußert werden, es sei denn, sog. Vinkulierungsklauseln sind in der Satzung geregelt. Bei Personengesellschaften ist es hingegen genau andersherum. Zur Übertragung ist grundsätzlich die Zustimmung aller Gesellschafter:innen notwendig, wobei abweichende Bestimmungen (z. B. Mehrheitsbeschluss), im Gesellschaftsvertrag zulässig sind.¹⁹ Eine notarielle Beurkundung ist grundsätzlich nicht erforderlich.

Personengesellschaften sind grundsätzlich vom Gesellschafter:innenbestand abhängig. Allerdings kann durch entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages auch bei diesen vorgesehen werden, dass alte Gesellschafter:innen aus- und neue Gesellschafter:innen eintreten können, ohne den Bestand der Gesellschaft infrage zu stellen.²⁰ Hierfür bedarf es aber ausdrücklicher Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

h) Gemeinnützigkeit

Bei jeder Rechtsform ist immer die Mission der Social Enterprise zu beachten. Falls Spenden oder Fördergelder einen wichtigen Teil der Einkommensstruktur darstellen ist, ist oft die Anerkennung der Gemeinnützigkeit bzw. die Verfolgung von steuerbegünstigten Zwecken notwendig.

Alle gemeinnützig anerkannte Gesellschaften können Spenden sammeln, Spendenquittungen ausstellen und profitieren von diversen Steuerbegünstigungen.

Der Gemeinnützigkeitsstatus besitzt ferner eine Art „staatliches Gütesiegel“ für die Förderungswürdigkeit der Organisation, da die Finanzverwaltung laufend überwacht, ob die satzungsmäßigen und tatsächlichen Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit vorliegen. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit von Social Enterprises verschafft diesen gegenüber potenziellen Förderern und ehrenamtlichen Helfern ein höheres Vertrauen. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit erleichtert folglich Kooperationen mit anderen gemeinnützigen Einrichtungen, eröffnet den Zugang zu Fördermitteln und steigert die Bereitschaft zu freiwilligem Engagement.²¹

¹⁸ *van Randenborgh*, Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 10.

¹⁹ *Büsching*, Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl. Rn. 231.

²⁰ *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.

²¹ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerliche Förderung der Gemeinnützigkeit, Rn. 1.49.



Allerdings hat auch die Anerkennung des Gemeinnützigkeitsstatus eine Kehrseite. So bedeutet der Gemeinnützigkeitsstatus zugleich, dass das Unternehmen den Vorgaben des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts unterworfen ist. Es müssen satzungsmäßige Voraussetzungen beachtet werden und auch die tatsächliche Geschäftsführung muss stets den Anforderungen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts entsprechen.²²

i) Größe des Gesellschafter:innenkreises

Bei den Gründer:innen sollte ferner hinterfragt werden, wie viele Gesellschafter:innen an dem Unternehmen langfristig partizipieren sollen.

Personengesellschaften eignen sich aufgrund ihrer Strukturmerkmale, insbesondere wegen der persönlichen Haftung und dem Prinzip der Selbstorganschaft, primär für einen kleinen Kreis von Beteiligten, die aktiv an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mitwirken wollen.²³ Auch die GmbH ist eher auf einen beschränkten Personenkreis ausgelegt, wohingegen die AG oder der Verein grundsätzlich auf eine Vielzahl von Aktionären bzw. Mitgliedern ausgerichtet ist.

Während die meisten Körperschaften keine Mindestanzahl an Mitglieder bedürfen und bereits mit einem Mitglied gegründet werden können, bedarf der e. V. mindestens sieben Mitglieder. Eine Stiftung hingegen hat gar keinen Mitgliederbestand. Ein Einzelunternehmer agiert ebenfalls stets allein.

j) Flexibilität der Vertragsgestaltung

Das Gesetz setzt der Privatautonomie und der Gestaltungsfreiheit des Verhältnisses der Gesellschafter:innen untereinander gewisse Grenzen, die je nach Rechtsform unterschiedlich eng sein können. Während das Personengesellschafts- und GmbH-Recht den Gesellschafter:innenn eine größere Gestaltungsfreiheit ermöglicht, herrscht im Aktienrecht zum Schutze der Anleger der sog. Grundsatz der Satzungsstrenge.

Zu beachten ist ferner, dass der Gesellschaftsvertrag in der Praxis von enormer Bedeutung ist. Durch interessengerechte Gestaltung des Gesellschaftsvertrages können Gesellschaften gleicher Rechtsform faktisch ganz unterschiedlich ausgestaltet sein.²⁴

Ist das Erlangen der Gemeinnützigkeit erwünscht, muss der Gesellschaftsvertrag aber dergestalt ausgestaltet sein, dass sämtliche Merkmale der Gemeinnützigkeit erfüllt sind. Der Gesellschaftsvertrag muss der in der Anlage 1 zu § 60 AO abgebildeten Mustersatzung entsprechen.²⁵ In der Praxis empfiehlt es sich daher, die einzelnen Aspekte der Gemeinnützigkeit möglichst nahe an dem Wortlaut des Gesetzestextes und der Mustersatzung zu formulieren.

k) Beteiligung von Investoren

Gründer:innen sind oftmals auf Kapitalgeber:innen angewiesen. Doch die klassischen Investor:innen beteiligen sich üblicherweise nur an Gesellschaften mit bestimmten

²² *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerliche Förderung der Gemeinnützigkeit, Rn. 1.51

²³ *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.

²⁴ *Mutter/Müller*, in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019, § 1 Rechtsformen, Rn. 2.

²⁵ *Ines Heß*, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 53 2020, Stand: 1.4.2020, Gemeinnützigkeit, Rn. 20.



Rechtsformen. Da die nachträgliche Änderung der Rechtsform nur mit hohem Aufwand möglich ist, sollte dies auch bereits bei der Gründung berücksichtigt werden.

Die klassischen (VC-)Investoren:innen beteiligen sich ausschließlich an Kapitalgesellschaften wie der UG, der GmbH und der AG. Hintergrund dieser bewussten Entscheidung ist u. a. die Haftungsbegrenzung, die Rolle als reiner Kapitalgeber ohne Verpflichtung zur Mitarbeit und die Einwirkungsmöglichkeiten.

In Personengesellschaften und gemeinnützige Social Enterprises werden klassische (VC-)Investor:innen in der Regel nicht investieren. Da die Gewinne der gemeinnützigen Gesellschaften ausschließlich ihrem Zweck zugutekommen dürfen, sind gemeinnützige Social Enterprises als Investmentobjekt nicht geeignet.



1. Übersicht verschiedener Rechtsformen

Anhand der im Überblick aufgeführten²⁶ Kriterien kann die Entscheidungsfindung betreffend die auf das Vorhaben passende Rechtsform erheblich erleichtert werden.

Bei der Wahl der Rechtsform ist insbesondere die Unterscheidung zwischen Personengesellschaften und Einzelunternehmen einerseits und Körperschaften andererseits bedeutend.

→ Beispiele von Social Enterprises samt derer Rechtsformen finden Sie auf der Mitgliederseite von SEND: send-ev.de/netzwerk/mitglieder

Diese Rechtsformen können wie folgt eingeteilt werden:²⁷

Personengesellschaften	Körperschaften
Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), auch BGB-Gesellschaft genannt	Verein
Offene Handelsgesellschaft (OHG)	GmbH / UG
Kommanditgesellschaft (KG)	Aktiengesellschaft (AG) / „kleine“ AG
Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	Societas Europaea (SE)
Mischformen wie GmbH / UG & Co. KG oder GmbH & Co. KGaA	Stiftung
Partnerschaftsgesellschaft (PartG / PartGmbH)	eingetragene Genossenschaft (eG)
Partenreederei	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)

²⁶ *Siehe:* Kriterien der Entscheidungsfindung im Überblick S. 6 ff.

²⁷ Übersicht soll einen Überblick verschaffen und ist nicht abschließend; vgl. *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 18.



2. Vor- und Nachteile der gängigsten Rechtsformen

Nach einer aktuellen Umfrage des [Deutschen Social Entrepreneurship Monitors](#) gehören die nachfolgend genannten Rechtsformen zu den am häufigsten von Social-Entrepreneurs gewählten Rechtsformen. Wobei Spitzenreiter, der eingetragene Verein (e. V.), die GmbH und die gGmbH waren.²⁸

Nachfolgend werden die gängigsten Rechtsformen und deren Charakteristika für Social Enterprises dargestellt und deren Vor- und Nachteile gegenübergestellt. Die Darstellung beschränkt sich auf die gängigsten Rechtsformen für Social Enterprises. Weitere Rechtsformen, wie die Offene Handelsgesellschaft (OHG), Kommanditgesellschaft (KG), oder Aktiengesellschaft (AG), werden vorliegend nicht dargestellt, da diese aktuell nur sehr selten in der Praxis von Social Entrepreneurs genutzt werden.

2.1 GmbH und gGmbH

A) CHARAKTERISTIKA

Die GmbH hat sich in der Praxis im Gemeinnützigkeitsrecht in den letzten Jahren verstärkt etabliert.²⁹

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft, welche ein Stammkapital von mindestens EUR 25.000 (§ 5 Abs. 1 GmbHG) aufweisen muss. Hiervon sind bei der Gründung mindestens EUR 12.500 aufzubringen. Das Stammkapital kann bar oder in Sachwerten erbracht werden. Die Erbringung in Sachwerten ist allerdings mit erheblichem Aufwand verbunden. In vielen Fällen ist ein kostenintensives Gutachten eines Wirtschaftsprüfers zum Nachweis der Werthaltigkeit der einzubringenden Sache erforderlich. In der Regel werden Gründer:innen daher die Einlage in bar erbringen. Die effektive Aufbringung des Stammkapitals und seine Erhaltung ist ein elementares Erfordernis und Kennzeichen der GmbH und wird durch strenge Vorschriften abgesichert und von den Registergerichten kontrolliert.³⁰

Weiteres charakteristisches Merkmal der GmbH ist die grundsätzliche Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Den Gesellschaftsgläubiger:innen gegenüber haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur die Gesellschaft selbst mit dem dort vorhandenen Gesellschaftsvermögen. Eine Haftung der Gründer:innen mit deren Privatvermögen ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die Gründer:innen haften mit ihrem Privatvermögen nur, wenn eine persönliche Bürgschaft abgeben oder einer Schuld des Social Enterprises ausdrücklich vertraglich beigetreten wurde und wenn Gründer:innen die grundsätzliche Haftungsbeschränkung der GmbH (zum Beispiel aufgrund sog. Vermögensvermischung) aktiv missbrauchen.

Die Verwaltung der GmbH obliegt den Geschäftsführer:innen und der Gesellschafter:innenversammlung.³¹ Geschäftsführer:innen müssen nicht zwingend Gesellschafter:innen sein (sog. Grundsatz der Fremdorganschaft).³² Die Geschäftsführer:innen kann bei Verletzung ihrer Pflichten eine persönliche Haftung treffen. Dazu stehen

²⁸ Einzelheiten hierzu im dem DSEM 2019, S. 20.

²⁹ R. Wallenhorst, in: Wallenhorst/Halaczinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 7. Auflage 2017, Kapitel C. Grundsätze der Gemeinnützigkeit, Rn. 7b.

³⁰ Fleischer, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 11.

³¹ St. Oppenländer, in: Oppenländer/Trölitze, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Auflage 2020, § 3 Rechtsformwahl, Rn. 12.

³² St. Oppenländer, in: Oppenländer/Trölitze, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Auflage 2020, § 3 Rechtsformwahl, Rn. 12.



Gesellschafter:innen bei gerichtlichen Auseinandersetzungen nicht als Zeugen zur Verfügung, da sie nach der Zivilprozessordnung wie die Partei selbst behandelt werden. Daher sind die Gesellschafter:innen des Social Enterprises mit Bedacht auszuwählen. Nicht alle Gründer:innen sollten auch zugleich die Aufgabe der Gesellschafter:innen übernehmen.

Im GmbH-Recht besteht durch den Grundsatz der Weisungsabhängigkeit der Gesellschafter:innen eine weitgehende Eingriffsbefugnis der Gesellschafter:innen. Der Gesellschafter:innen ist verpflichtet, Weisungen der Gesellschafter:innenversammlung zu befolgen. Ferner können Gesellschafter:innen – die wiederum durch Gesellschafter:innenbeschluss ernannt werden – jederzeit ohne wichtigen Grund von der Gesellschafter:innenversammlung abberufen werden, sofern nicht die Satzung einen wichtigen Grund für die Abberufung voraussetzt.³³ Letztlich sind die Gesellschafter:innen einer GmbH die maßgeblichen Entscheidungsträger:innen für alle wesentlichen Fragen betreffend die Geschäftspolitik, Struktur und Organisation der Gesellschaft.³⁴

Die GmbH ist eine Handelsgesellschaft i.S.d. Handelsgesetzbuchs. Der GmbH (nicht jedoch den einzelnen Gesellschafter:innen) kommt folglich kraft Rechtsform automatisch die Kaufmannseigenschaft³⁵ zu. Diese gesetzliche Fiktion betreffend die Kaufmannseigenschaft der GmbH erstreckt sich auch auf Gesellschaften, die keine Unternehmenstätigkeit ausüben oder als „Non-profit“- GmbH als gemeinnützig i.S.d. §§ 51 ff. AO deklariert wurden.³⁶ Aufgrund der Einordnung der GmbH als Formkaufmann unterliegt diese vollumfänglich den Rechnungslegungsvorschriften des HGB (§§ 238 ff., 264 ff. HGB) und ist zur Buchführung und Bilanzierung verpflichtet.³⁷

Bei der GmbH besteht in Bezug auf das Innenverhältnis eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. Die Gründer:innen können daher das interne Verhältnis zueinander relativ frei, unter Beachtung nur weniger gesetzlicher Vorgaben, regeln.³⁸ So sind klassische „Start-up-Regelungen“, beispielsweise zum Vesting³⁹, zu Mitverkaufsrechten und -pflichten und zur Übertragung von IP-Rechten, unproblematisch zulässig. In der Regel werden die Gründer:innen solche Regelungen aber eher in separaten, nicht öffentlich im Handelsregister einsehbaren, schuldrechtlichen Verträgen (sog. Gesellschafter:innenvereinbarung oder Shareholder Agreement) und nicht im für jedermann abrufbaren Gesellschaftsvertrag vereinbaren.

Eine GmbH ist kapitalistisch ausgerichtet, was sich dadurch zeigt, dass grundsätzlich nicht nach Köpfen, sondern nach Kapitalanteilen abgestimmt wird. So gewährt das GmbH-Recht für jeden Euro am Stammkapital der GmbH eine Stimme.⁴⁰ Das GmbH-Recht ist aber

³³ *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 139.

³⁴ Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 14.

³⁵ Beim Begriff des "Kaufmanns" handelt es sich um einen Rechtsbegriff, den wir uns aus Wiedererkennungsgründen entschieden haben nicht genderneutral auszudrücken.

³⁶ *Fleischer*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 15.

³⁷ *Fleischer*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 16.

³⁸ St. Oppenländer, in: Oppenländer/Tröltzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 3 Rechtsformwahl, Rn. 13.

³⁹ Start-ups leben von Gründer:innen und deren Know-how. Sog. Vesting-Klauseln sollen deshalb verhindern, dass die Gründer:innen sich nach dem Investment zurückziehen indem die Gründer:innen verpflichtet werden, dass sie ihren Gründer:inneneinsatz für eine bestimmte Dauer aufrecht erhalten. Stellen die Gründer:innen ihre Tätigkeit für das Unternehmen ein, verlieren sie nach den üblichen Vesting-Regelungen auch ihre Anteile am Unternehmen.

⁴⁰ *Fleischer*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 29.



weitgehend dispositiv, d. h. die gesetzlichen Regelungen sind nicht zwingend und können von den Gesellschafter:innenn durch deren Gesellschaftsvertrag abbedungen werden. Aufgrund der weitgehenden Satzungsfreiheit kann auch diese Stimmverteilung (ebenso wie die Gewinnverteilung) von den Gründer:innen abweichend geregelt werden.

Die Übertragung von Anteilen an der GmbH bedürfen der notariellen Beurkundung und zumeist auch der Zustimmung der übrigen Gesellschafter:innen.

Die GmbH ist eine vorzugswürdige Rechtsform, wenn der Kreis der Gesellschafter:innen klein und geschlossen bleiben soll, das Innenverhältnis der Gründer:innen sehr individuell ausgestaltet werden soll und ein möglichst weitgehender Ausschluss der persönlichen Haftung der Gründer:innen beabsichtigt ist.

B) GEMEINNÜTZIGKEIT

Ist die Anerkennung der Gemeinnützigkeit einer GmbH zum Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister nachgewiesen, kann diese unter dem Rechtsformzusatz „gGmbH“ auftreten, solange die Voraussetzungen der §§ 51-68 AO erfüllt sind, worauf später im Beitrag noch ausführlich eingegangen wird.⁴¹

Die gGmbH oder auch Non-Profit-GmbH genannt, bildet keine gesellschaftsrechtliche Sonderform der GmbH, sondern unterliegt vielmehr grundsätzlich den allgemeinen Regeln des GmbH-Rechts.⁴²

Die Satzung einer gGmbH muss aber neben den allgemeinen handelsrechtlichen Vorgaben auch den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Dabei ist der Gegenstand der Gesellschaft auf den (gemeinnützigen) Gesellschaftszweck abzustimmen. Die Bestimmungen in der Mustersatzung in Anlage 1 zu § 60 AO müssen sich im Gesellschaftsvertrag wiederfinden und sollten idealerweise wörtlich wiedergegeben werden. Auch die tatsächliche Geschäftsführung muss auf die ausschließliche und unmittelbare Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke gerichtet sein. Erst vor kurzem wurde aufgrund des Jahressteuergesetzes 2020 in § 60a Abs. 6 AO die bislang geltende Verwaltungsauffassung gesetzlich verankert, dass die Finanzämter im Feststellungsverfahren nicht nur die geltende Satzung, sondern auch die tatsächliche Geschäftsführung dahingehend, ob dieses den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften entspricht, zu prüfen haben.⁴³

C) VORTEILE

Die Rechtsform der GmbH ist mit diversen Vorteilen verknüpft. Die Vorteile der GmbH und der gGmbH unterscheiden sich aber in einigen Punkten. Nachfolgend werden zunächst die Vorteile dargestellt, die beiden Rechtsformen zugutekommen:

Einer der bedeutendsten Vorteile ist die Begrenzung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Ferner können bei der Gründung auch Sacheinlagen eingebracht werden und die Gründung ist auch durch lediglich eine Person möglich.

Des Weiteren können die kapitalgebenden Gesellschafter:innen laufend auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen, ohne für die Gesellschaft selbst tätig sein zu müssen.⁴⁴

⁴¹ Siehe Kapitel 3.1 zu den einzelnen Voraussetzung für das Erlangen der Gemeinnützigkeit.

⁴² *Fleischer*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 1 Rn. 28.

⁴³ *Kirchhain*: Im Zweiten Anlauf durch die Hintertür: Umfassende Änderungen für gemeinnützige Organisationen und deren Förderer durch das JStG 2020, in: DStR 2021, 129, 138.

⁴⁴ *R. Wallenhorst*, in: Wallenhorst/Halacinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 7. Aufl. 2017, Kapitel A. Verein, Stiftung, Juristische Person des öffentlichen Rechts, Rn. 7e.



Die Gesellschaft ist dauerhaft der Willensbildung der Gesellschafter:innen / Gründer:innen unterworfen.

Die GmbH ist ferner gekennzeichnet durch eine Zweckoffenheit (vgl. § 1 GmbHG); wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche Zwecke sind zulässig. Die Gesellschafter:innen einer GmbH (nicht der gGmbH) können sowohl den Gesellschaftszweck jederzeit ändern als auch die GmbH auflösen.⁴⁵

Für die GmbH ist ferner eine große Gestaltungs- bzw. Satzungsfreiheit kennzeichnend. Die interne Organisation der GmbH richtet sich primär nach deren Gesellschaftsvertrag. Der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages sind nur vereinzelt Grenzen durch gesetzliche Vorschriften oder unverzichtbare körperschaftliche Prinzipien gesetzt, so dass der Zuschnitt auf individuelle Bedürfnisse der Gesellschafter:innen nahezu beliebig möglich ist,⁴⁶ (die gGmbH hingegen ist an die Regelungen der AO gebunden, so dass sie ihren Gesellschaftszweck und ihre Satzung nicht beliebig ändern kann. Verstößt die Gesellschaft hierdurch gegen Regelungen des Gemeinnützigkeitsrechts, droht der Verlust des Gemeinnützigkeitsstatus).

Bei der gGmbH handelt es sich um eine anerkannte Rechtsform für Non-Profit-Organisationen, bei welcher die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke durch den Firmenzusatz „gGmbH“ nach außen hin in Erscheinung tritt und so Verbrauchern und Geschäftspartnern gegenüber direkt erkennbar ist.

Wie auch andere gemeinnützige Körperschaften ermöglicht die Anerkennung des Gemeinnützigkeitsstatus der gGmbH die Annahme von Spenden, einer Vielzahl von Förderungen sowie die Ausstellung von steuerwirksamen Spendenbescheinigungen den Spendern gegenüber. Auch von diversen Steuerbegünstigungen kann die gGmbH profitieren, wie etwa der Befreiung von Körperschafts- und Gewerbesteuer.⁴⁷

D) NACHTEILE

Die Gründung einer GmbH ist mit Aufwand und Kosten verbunden. So muss die Gründung der GmbH notariell beurkundet und im Handelsregister eingetragen werden. Die Kosten für den Gesellschaftsvertrag hängen davon ab, ob bestehende Vorlagen übernommen oder ob eine umfangreiche anwaltliche Beratung erfolgt. Die Gebühren für den Notar richten sich nach dem Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG). Die Höhe der Kosten für die Beurkundung und Anmeldung richten sich dabei nach dem Gegenstandswert der Gesellschaft, der Gesellschafter:innenzahl und danach, wie viele Dokumente der Notar selbst erstellt. Regelmäßig kann für die Gründung einer GmbH von einem mittleren drei- bis niedrig vierstelligem Betrag ausgegangen werden. Auch die Abtretung von Geschäftsanteilen bedarf notarieller Beurkundung und der Eintragung im Handelsregister und ist folglich mit Aufwand und Gebühren verbunden.

Ferner ist ein Stammkapital von mindestens EUR 25.000 notwendig, welches mindestens hälftig bei der Gründung eingezahlt werden muss.

⁴⁵ St. Oppenländer, in: Oppenländer/Trölitze, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung 3. Auflage 2020, § 3 Rechtsformwahl, Rn. 11.

⁴⁶ St. Oppenländer, in: Oppenländer/Trölitze, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung 3. Auflage 2020, § 3 Rechtsformwahl, Rn. 13.

⁴⁷ Siehe unten unter 3.4.



Das Vermögen der Gesellschafter:innen ist strikt von dem Vermögen der GmbH zu trennen. Bei Verstößen gegen Pflichten aus dem GmbHG ist eine Gesellschafter:innenhaftung mit deren privatem Vermögen möglich.

Die GmbH obliegt den handelsrechtlichen Buchführungs-, Bilanzierungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten.

Ist der Gemeinnützigkeitsstatus der GmbH nicht anerkannt, ist die Annahme von Spenden und Ausstellung von Spendenbestätigungen nicht möglich.

Ferner dürfte die Verwendung der Rechtsform „GmbH“ anders als etwa die „gGmbH“ eine im Non-Profit-Bereich störende wirtschaftliche Ausrichtung vermuten lassen.⁴⁸

Ist der Gemeinnützigkeitsstatus der GmbH anerkannt, muss die gGmbH aber auch die Gemeinnützigkeitskriterien bedienen und weist insoweit auch durch die Anerkennung der Gemeinnützigkeit bestehende Nachteile auf. So muss die Gemeinnützigkeit bei der Gründung präzise herausgearbeitet und in der Satzung verankert werden, die Mittel der gGmbH dürfen nur für die in der Satzung festgelegten Zwecke verwendet und die Bildung von Rücklagen ist nur im Rahmen der satzungsmäßigen Aufgaben der gGmbH erlaubt. Ferner ist die Höhe der Gehälter für Gesellschafter:innen limitiert. Insbesondere um eine verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden, dürfen die Gehälter nicht zu hoch ausfallen. Aufgrund des mit der Gemeinnützigkeit einhergehenden Gebots der Selbstlosigkeit⁴⁹ ist es untersagt, den Mitgliedern sowie den Gesellschafter:innenn einer gGmbH Gewinnanteile oder sonstige Zuwendungen auszuschütten, § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO.

2.2 UG und gUG

A) CHARAKTERISTIKA

Die UG ist eine GmbH und keine gesonderte Rechtsform. Für die UG gilt folglich das allgemeine GmbH-Recht, soweit nicht § 5a GmbHG etwas anderes bestimmt.⁵⁰ Gleiches gilt auch für die Vor- und Nachteile der GmbH, so dass insoweit auf die obigen Ausführungen verwiesen wird.

Wichtiges Kennzeichen der UG im Vergleich zur GmbH ist das Ausreichen eines Stammkapitals von nur EUR 1 und die in § 5a Abs. 3 GmbHG geregelte sog. Thesaurierungspflicht. So kann die UG zwar einerseits nur mit einem Mindeststammkapital von EUR 1 ausgestattet werden, sie ist aber, solange ihr Stammkapital nicht den für die GmbH erforderlichen Betrag von EUR 25.000 erreicht, verpflichtet, jeweils ein Viertel des um den Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in Bilanz in die gesetzliche Rücklage einzustellen. Hierdurch soll ein Anwachsen der Eigenkapitalausstattung erreicht werden.⁵¹ Ferner sind Sacheinlagen bei der Gründung der UG, anders als bei der GmbH, ausgeschlossen.

⁴⁸ R. Wallenhorst, in: Wallenhorst/Halacinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 7. Aufl. 2017, Kapitel A. Verein, Stiftung, Juristische Person des öffentlichen Rechts, Rn. 71.

⁴⁹ Näheres hierzu unter 3.1 (2. Selbstlosigkeit).

⁵⁰ Seebach: Die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) in der notariellen Praxis (RNotZ 2013, 261, 262).

⁵¹ Servatius, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 5a Rn. 21.



B) GEMEINNÜTZIGKEIT

Es war eine Zeit lang umstritten, ob eine als gemeinnützig anerkannte UG (haftungsbeschränkt) den Rechtsformzusatz „gUG“ führen darf.⁵² Der Bundesgerichtshof hat aber nunmehr entschieden, dass dieser Rechtsformzusatz zulässig ist.⁵³ Die Finanzbehörden folgen dieser Entscheidung.

Die oben beschriebene Pflicht zur Rücklagenbildung schließt die Gemeinnützigkeit nicht aus. Gegen das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung für steuerbegünstigte Zwecke⁵⁴ wird hierdurch nicht verstoßen.⁵⁵ Allerdings wird es – trotz Mindeststammkapitales von EUR 1 – regelmäßig erforderlich sein, durch gesellschaftsvertragliche oder schuldrechtliche Nebenleistungspflicht weitere Zuwendungen zu leisten, da das Finanzamt ausreichende Erträge zur Satzungszweckverwirklichung einfordern wird.⁵⁶

C) VORTEILE

Auch bei der UG und gUG gibt es z. T. unterschiedliche Vorteile.

Ein bedeutender Vorteil (sowohl der UG als auch gUG) gegenüber der GmbH ist die geringere Einlagepflicht. Die UG kann wie eingangs beschrieben bereits mit einem Stammkapital von EUR 1 gegründet werden. Üblicherweise beträgt das Stammkapital aber mindestens EUR 300. Sie kommt also insbesondere dann in Betracht, wenn die Gesellschaft mit wenig Kapital gegründet werden soll, das eher schlechte Image der UG beim konkreten Unternehmenszweck keine Rolle spielt, aber dennoch ein Ausschluss der persönlichen Haftung der Gründer:innen angestrebt wird.

Wird die Gemeinnützigkeit anerkannt, ist die gUG steuerlich bevorteilt, kann Spenden und viele Förderungen annehmen und steuerwirksame Spendenbescheinigungen ausstellen.

Durch die Möglichkeit, den Rechtsformzusatz „gUG“ führen zu können, wird die Gemeinnützigkeit des Unternehmens auch nach außen kenntlich gemacht, was sich positiv auf die Förderung durch Dritte auswirken dürfte.

D) NACHTEILE

Die UG wird als weniger seriös empfunden als die normale GmbH. Insbesondere die zwingende Bezeichnung als „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ erscheint insgesamt wenig attraktiv und dürfte sich in der Praxis als Nachteil dieser Rechtsform erweisen.⁵⁷

Ohne die Anerkennung der Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke können auch die entsprechenden Steuervorteile nicht in Anspruch genommen werden.

Die Nachteile der gUG entsprechen den üblichen Nachteilen aller gemeinnützigen Körperschaften. Hierzu zählen etwa die Ausschüttungsbeschränkungen und die strikte Einhaltung der steuerrechtlichen Vorgaben.

⁵² vgl. Ausführungen in *Heinze*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 4 Firma, Rn. 18a.

⁵³ BGH, Beschluss vom 28.4.2020 – II ZB 13/19, in: NJW 2020, 2035.

⁵⁴ Näheres hierzu unter 3.1 (2. Selbstlosigkeit).

⁵⁵ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.11.

⁵⁶ *Müller*, in: Hannes, Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2017, C. 3.04 Gemeinnützige GmbH, Rn. 29.

⁵⁷ *Wachter*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 4 Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), Rn. 150 f.



2.3 Eingetragener Verein (e. V.)

A) CHARAKTERISTIKA

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) unterscheidet grundsätzlich zwischen Vereinen mit ideellen Zwecken (sog. Idealverein oder nicht wirtschaftlicher Verein) und solchen mit wirtschaftlichen Zielsetzungen (sog. Wirtschaftlicher Verein). Des Weiteren wird danach unterscheiden, ob der Verein rechtsfähig ist oder nicht.

Der rechtsfähige (Ideal-)Verein (§§ 21 ff. BGB) und der nichtrechtsfähige Verein (§ 54 BGB) werden im gemeinnützigen Sektor am häufigsten als Organisationsform genutzt.⁵⁸

Die Mitgliedschaft in einem (Ideal-)Verein ist kein Vermögensrecht, welches den Mitgliedern Rechte am Vereinsvermögen vermittelt, sondern ein Personenrechtsverhältnis. Wenn ein Mitglied aus dem Verein ausscheidet, stehen ihm – anders als bei der GmbH – grundsätzlich keine Abfindungsansprüche zu.⁵⁹ Der Verein ist – was für Körperschaften typisch ist – auf Mitgliederwechsel angelegt bzw. ein vom Wechsel der Mitglieder unabhängiger Zusammenschluss von Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Der Verein ist geeignet zur Organisation größerer Mitgliederzahlen und theoretisch für einen unbegrenzten Kreis von Mitgliedern geeignet. Die Mitgliedschaft entsteht durch Beteiligung an der Vereinsgründung oder durch späteren Eintritt. Der Beitritt richtet sich nach der Vereinssatzung, in der Beschränkungen zur Mitgliedsaufnahme geregelt sein können. Zuständig für die Willensbildung im Verein ist die Mitgliederversammlung. Der Vorstand hingegen ist das bestimmende Organ, welches für Alltagsgeschäfte bevollmächtigt ist.⁶⁰

Beim Verein können die Vereinsmitglieder den Vorstand durch Beschluss ernennen oder abwählen. Der Vereinsvorstand ist weisungsgebunden. Anders als bei der GmbH ist die Möglichkeit der Einflussnahme eines Gesellschafter:innens unabhängig von dem Umfang seiner Beteiligung. Jedem Vereinsmitglied fällt eine Stimme zu, sog. Prinzip der Stimmgleichheit. Da es typischerweise mehr Vereinsmitglieder als GmbH-Mitglieder gibt, ist die Beschlussfassung folglich schwerfälliger. Dadurch kommt dem Vorstand eine größere Unabhängigkeit zu, was zu einer geringeren Kontrolldichte führt. Die Struktur des Vereins kann beliebig gestaltet werden und weitere Gremien wie Beiräte, Ausschüsse, Aufsichtsräte können neben der Mitgliederversammlung mit unterschiedlichen Aufgaben ausgestattet werden. Allerdings gilt auch hier der Grundsatz der Verbandsautonomie. Die Entscheidungsgewalt darf nicht uneingeschränkt auf Nicht-Vereinsmitglieder übertragen werden.⁶¹

Gesetzlich ist in § 56 BGB eine Mindestmitgliederzahl für den Verein vorgesehen. Danach bedarf der Verein mindestens sieben Mitglieder, um im Vereinsregister eingetragen werden zu können.

⁵⁸ Hüttemann in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.31; vgl auch Priemer/Krimmer, Labigne, in: ZiviZ-Survey 2017, S. 10.

⁵⁹ van Randenborgh, Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 10.

⁶⁰ Stock: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 446.

⁶¹ van Randenborgh, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 15.



B) GEMEINNÜTZIGKEIT

Der überwiegende Teil aller Vereine ist steuerbegünstigt anerkannt.⁶² Nichtwirtschaftliche Vereine sind aber nicht per se gemeinnützig.⁶³ Die Vereine müssen, wie andere Körperschaften auch, steuerbegünstigte Zwecke verfolgen, um steuerbegünstigt zu sein.

Gemeinnützige Vereine unterliegen grundsätzlich den regulären Vorschriften zum Vereinsrecht in den §§ 21 ff. BGB. Darüber hinaus müssen aber auch steuerliche Vorgaben des Gemeinnützigkeitsrechts eingehalten werden, damit ein Verein als steuerbegünstigt anerkannt wird.⁶⁴

C) VORTEILE

Der Gründungsaufwand für den Verein ist gering. Es wird weder ein Mindestkapital vorausgesetzt, noch ist eine formalisierte Abschlussprüfung vorgeschrieben.⁶⁵ Trotz des geringen Gründungsaufwands bringt der Verein alle Vorteile einer Körperschaft mit sich (etwa den Ausschluss der persönlichen Haftung der Vereinsmitglieder und der Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel).⁶⁶

Der Verein kann für jeden gesetzlich zulässigen Zweck⁶⁷ gegründet werden.⁶⁸ (Ideal-)Vereine widmen sich im Allgemeinen kulturellen, wohltätigen, sportlichen oder geselligen Zwecken. Werden gemeinnützige Zwecke verfolgt und anerkannt, können Vereine von zahlreichen Steuerbefreiungen und -vergünstigungen profitieren. Gemeinnützige Zwecke liegen vor, wenn die Tätigkeit des Vereins darauf ausgerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Häufig stellt der nichtwirtschaftliche Zweck, den der Verein verfolgt, zugleich einen steuerbegünstigten (gemeinnützigen) Zweck dar. Ferner kommt der Verein in den Fällen der Anerkennung der Gemeinnützigkeit leichter in den Genuss öffentlicher Fördermittel.⁶⁹

Anders als Körperschaften des Handelsrechts unterliegen Vereine nicht den strengen Regelungen zur Mindestkapitalausstattung, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung und sie unterliegen nur sehr eingeschränkten Buchführungs-, Bilanzierungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten.⁷⁰

Beim Verein ist der Mitgliederwechsel unkompliziert und kann rasch vollzogen werden. Die Rechtsform des Vereins wird deshalb insbesondere dann relevant sein, wenn eine Vielzahl von Mitgliedern gewünscht ist oder aber der Mitgliederbestand öfters gewechselt werden soll.⁷¹

⁶² Röcken: Entwicklung de Vereinsrechts, in: MDR 2019, 1105, 1105.

⁶³ Westermann, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 21, Rn. 6b.

⁶⁴ Hüttemann in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.38.

⁶⁵ van Randenborgh, Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 10.

⁶⁶ Schwarz van Berk/Köner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Auflage 2021, § 3 Nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Verein, Rn. 8.

⁶⁷ „Zwecke“ sind dann gesetzlich unzulässig, wenn gesetzliche verbotene Tätigkeiten ausgeführt werden (z. B. Straftaten).

⁶⁸ Stock: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 446.

⁶⁹ Knof, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 12 Strategische Vorüberlegungen, Rn. 17.

⁷⁰ Schwarz van Berk/Köner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Auflage 2021, § 3 Nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Verein, Rn. 9 f.

⁷¹ van Randenborgh, Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 10.



D) NACHTEILE

Die wirtschaftliche Betätigung von eingetragenen Vereinen ist nur in engen Grenzen zulässig. So ist die Errichtung eines eingetragenen Vereins zum Zwecke eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gem. § 22 BGB nicht zulässig, wenn der Organisation eine speziellere körperschaftliche Rechtsform (etwa die AG, GmbH oder Genossenschaft) zumutbar ist.⁷² Gemeinnützige Vereine müssen gemeinnützige Zwecke verfolgen.

Vorstandsmitglieder sind grundsätzlich unentgeltlich für den Verein tätig, sofern die Satzung nicht etwas anderes bestimmt. Die Vergütung ist somit nur zulässig, wenn dies in der Satzung vereinbart ist. Ferner ist die Tätigkeitsvergütung des Vorstands gemeinnützigkeitsrechtlich nur zulässig, wenn dies in der Satzung ausdrücklich zugelassen ist und zudem keine unverhältnismäßig hohe Vergütung beansprucht wird (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 AO).

Bei gemeinnützigen Vereinen gelten grundsätzlich die gleichen Nachteile wie auch bei anderen gemeinnützigen Körperschaften. Es müssen insbesondere die steuerlichen Vorgaben des Gemeinnützigkeitsrechts eingehalten werden.

2.4 Eingetragene Genossenschaft (eG)

A) CHARAKTERISTIKA

Die eG wird im Non-Profit-Bereich kaum verwendet,⁷³ weshalb sie hier nur kurz dargestellt wird.

Die eingetragene Genossenschaft ist eine Körperschaft. Als Rechtsform kommt sie für kleinere und mittlere Unternehmen in Betracht. Die eingetragene Genossenschaft ist auf Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Selbstverwaltung ihrer Mitglieder ausgerichtet.⁷⁴ Gerade aufgrund dieser Ausrichtung auf Individualinteressen kann es bei der Anerkennung der Gemeinnützigkeit von Genossenschaften zu Schwierigkeiten kommen, da die Gemeinnützigkeit auf die Förderung der Allgemeinheit ausgerichtet ist, § 52 Abs. 1 S. 1 AO.

Gemäß § 4 GenG bedarf die eG mindestens drei Mitglieder.

Die eG fördert den eigenen Erwerb und die eigene Wirtschaft ihrer Mitglieder durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die eG kann etwa Produkte, die ihre Mitglieder benötigen, zentral beschaffen oder ihren Mitgliedern Finanzierungshilfen zur Verfügung stellen. Bei der eG handelt es sich um eine juristische Person, deren Verhältnisse zwingend durch das Genossenschaftsgesetz (GenG) reguliert sind und bei welcher für Verbindlichkeiten der eG den Gläubiger:innen gegenüber nur die Gesellschaft haftet. Neue Mitglieder dürfen der eG beitreten.⁷⁵

Notwendige Organe der eG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Generalversammlung.⁷⁶

⁷² Schwarz van Berk/Könen, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Auflage 2021, § 2 Begriff und Rechtsnatur des Vereins, Rn. 10.

⁷³ R. Wallenhorst, Wallenhorst/Halaczinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften 7. Auflage 2017, Kapitel A. Verein, Stiftung, juristische Person des öffentlichen Rechts, Rn. 74.

⁷⁴ Bartone in: Steuerberater Rechtshandbuch, 155. Lieferung 2020, I. Grundlagen, Rn. 2.

⁷⁵ Büsching, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 49.

⁷⁶ Bartone, in: Steuerberater Rechtshandbuch, 155. Lieferung 2020, I. Grundlagen, Rn. 19.



Eine Mindesteinlage ist bei der Gründung nicht vorgeschrieben.

B) GEMEINNÜTZIGKEIT

Auch Genossenschaften können gemeinnützig sein. Die Hürde dürfte aber in der Einhaltung des Selbstlosigkeitsgebots liegen, da Genossenschaften regelmäßig auf die Förderung eigenwirtschaftlicher Vorteile der Mitglieder ausgerichtet sein dürften.⁷⁷

Der Firmierung einer gemeinnützigen Genossenschaft mit „geG“ steht § 3 GenG entgegen, wonach zur Kennzeichnung der Rechtsform lediglich die Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft“ oder die Abkürzung „eG“ zulässig ist. Eine dem § 4 S. 2 GmbHG vergleichbarer Regelung, welche die Verwendung des Buchstabens „g“ (für „gemeinnützig“) als Firmenbestandteil erlaubt, existiert für die Genossenschaft eben nicht.⁷⁸

C) VORTEILE

Anders als bei Kapitalgesellschaften ist für die eG kein gesetzliches Mindestkapital vorausgesetzt. Es ist allerdings möglich, das Mindestkapital in der Satzung der Höhe nach festzulegen und die Art der Berechnung vorzugeben.⁷⁹

Gemäß § 2 GenG haftet, ab Eintragung der Genossenschaft, für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft den Gläubiger:innen gegenüber nur das Vermögen der Genossenschaft.

Ist die Genossenschaft als gemeinnützig anerkannt, kann sie grundsätzlich von den gleichen damit einhergehenden Vorteilen profitieren, wie auch andere gemeinnützige Körperschaften.

D) NACHTEILE

Der Zweck der Genossenschaft muss unmittelbar und hauptsächlich darauf gerichtet sein, ihre Mitglieder hinsichtlich ihres Erwerbs, ihrer Wirtschaft oder hinsichtlich ihrer sozialen oder kulturellen Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern.⁸⁰ Somit ist die Rechtsform nicht für jeden Geschäftszweck uneingeschränkt geeignet. Bei gemeinnützigen Genossenschaften müsste die gemeinschaftliche Tätigkeit ferner als sog. Zweckbetrieb qualifiziert werden.⁸¹ Der Zweckbetrieb wird in § 65 AO definiert. Danach können bestimmte erwerbswirtschaftliche Betätigungen, die in einem engen Zusammenhang mit der gemeinnützigen Tätigkeit stehen, steuerlich begünstigt werden.⁸²

Genossenschaften haben ferner zwar eine offene Mitgliederzahl (§ 1 Abs. 1 GenG), bieten aber keine Möglichkeit, dass einem Genossen oder einer Gruppe eine beherrschende Rolle eingeräumt wird.⁸³ Folglich gibt es eine geringere Entscheidungsfreiheit einzelner Mitglieder.

⁷⁷ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.86.

⁷⁸ *Althanns* in: Althanns/Buth/Leißl, Genossenschafts-Handbuch, § 1 GenG Wesen der Genossenschaft, Rn. 136.

⁷⁹ *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich, 4. Aufl. 2012, GenG § 8a Rn. 1.

⁸⁰ *Geibel*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, GenG § 1 Wesen der Genossenschaft, Rn. 3.

⁸¹ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.86.

⁸² *Schauhoff*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 7 Finanzierung der gemeinnützigen Tätigkeiten, Rn. 83.

⁸³ *Plöb*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 5 Bedeutung der Rechtsform für die Nachfolge, Rn. 146.



2.5 Stiftung

A) CHARAKTERISTIKA

Stiftungen können in unterschiedlichen Formen (privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich) und zu jedem legalem Zweck errichtet werden. Die meisten Stiftungen werden in privatrechtlicher Form errichtet und dienen gemeinnützigen Zwecken. In Deutschland sind rund 95 % der Stiftungen gemeinnützige Stiftungen bürgerlichen Rechts.⁸⁴ Nachfolgend wird lediglich auf rechtsfähige Stiftungen bürgerlichen Rechts Bezug genommen.

Die Stiftung ist eine juristische Person, die mit ihrem Vermögen einem durch die / den Stifter:in gesetzten Stiftungszweck dient. Gesetzliche Regelungen zur Stiftung (bürgerlichen Rechts) finden sich in den §§ 80 ff. BGB und in den Stiftungsgesetzen der Länder. Im Wesentlichen ist das Vereinsrecht anwendbar, vgl. § 86 BGB. Die Stiftung hat keine Mitglieder oder Anteilseigner:innen, sondern Begünstigte, die vom Stifter bestimmt werden.⁸⁵

Die Stiftung hat regelmäßig eine Satzung, in welcher die Zwecke und die Art ihrer Verwirklichung geregelt ist. Für die Durchführung des Stiftungsgeschäfts ist der Vorstand der Stiftung verantwortlich. Die Befugnisse und Pflichten des Stiftungsvorstand entsprechen denen des Vereinsvorstands.⁸⁶ Der Vorstand ist das einzige Organ der Stiftung und leitet diese eigenverantwortlich. Satzungsmäßig können aber auch weitere Organe und Gremien (etwa ein Kuratorium) eingerichtet werden. Es gibt zwar eine staatliche Stiftungsaufsicht, diese reduziert sich aber regelmäßig auf die Prüfung weniger grundsätzlicher Gesichtspunkte und bezieht das Tagesgeschäfts nicht mit in die Prüfung ein. Der Stiftungsvorstand ist folglich weitaus unabhängiger als die Gesellschafter:innen einer GmbH oder Vereinsvorstände.

Eine Stiftung ist insbesondere dann die prädestinierte Rechtsform, wenn es den Gründer:innenn darauf ankommt, den Bestand der Institution und ihre Zwecksetzung auf Dauer – evtl. über den Tod der / des Stifter:in hinaus – sicherzustellen.⁸⁷ Daneben gibt es aber auch Stiftungen, die ihr Vermögen nach und nach aufbrauchen (sog. Verbrauchsstiftungen).

In Stiftungen werden häufig Geldvermögen oder Gesellschaftsanteile eingebracht. Die der Stiftung hierdurch zukommenden Erträge können dann z. B. für Förderungen kultureller oder wissenschaftlicher Belange verwendet werden.⁸⁸

B) GEMEINNÜTZIGKEIT

Für das Erlangen der Gemeinnützigkeit ist es nicht entscheidend, ob die Stiftung über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (rechtsfähige oder selbstständige Stiftung) oder nicht (nichtrechtsfähige Stiftung). Entscheidend ist vielmehr, ob tatsächlich eine eigenständige Vermögensmasse besteht, die Steuersubjekt sein kann. Letzteres ist der Fall, wenn zu einem eigenen Stiftungsvermögen ein Stiftungsgeschäft des Stifters mit festgelegtem Stiftungszweck und mit vorgegebener Organisation besteht.⁸⁹

⁸⁴ Henssler/Strohn GesR/Schlüter, 5. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 1.

⁸⁵ *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 48.

⁸⁶ *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.

⁸⁷ *Gilberg*: Die gemeinnützige GmbH in der notariellen Praxis, in: RNotZ 2020, 193, 197.

⁸⁸ *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 48.

⁸⁹ *R. Wallenhorst*, in: Wallenhorst/Halacinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher



Gemeinnützige Stiftungen müssen neben den Vorschriften des Stiftungszivilrechts auch die steuerlichen Gemeinnützigkeitsvoraussetzungen befolgen. Insbesondere ist die satzungsmäßige Gemeinnützigkeit, §§ 59, 60 AO und eine Vermögensbindungsklausel (§ 61 Abs. 1 AO) erforderlich. Im Übrigen gelten im Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht einige Sonderregelungen für alle Arten von gemeinnützigen Stiftungen. Relevant sind insoweit der erhöhte Sonderausgabenabzug für Zuwendungen in den Vermögensstock einer Stiftung (§ 10b Abs. 1a EStG, § 9 Nr. 6 Satz 3 GewStG), die Ausnahmeregelung betreffend die Versorgung des Stifters und seiner Angehörigen (§ 58 Nr. 6 AO), die Ansparrücklage (§ 62 Abs. 4 AO) sowie die rückwirkende Erbschaftsteuerbefreiung nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 ErbStG.⁹⁰

C) VORTEILE

Für die Stiftung sprechen insbesondere subjektive Wertvorstellungen. Vielfach wird schon rein begrifflich mit der Stiftung „Gutes tun“ und „Gemeinnützigkeit“ verbunden. Das ehrenamtliche Engagement für eine Stiftung dürfte sich folglich leichter vermitteln lassen als die Tätigkeit für eine gGmbH, so dass auch das Spendenaufkommen von Stiftungen ungleich höher sein dürfte als bei gGmbHs.⁹¹

Eine Stiftung hat im Vergleich die höchste „Bestandsgarantie“ gegenüber anderen Rechtsformen, da es keine Mitglieder- oder Gesellschafter:innenversammlung gibt, die den Zweck ändern oder die Auflösung der Stiftung beschließen könnte.⁹²

Die Stiftung ist die einzige Körperschaft, die ohne Verlust der „Gemeinnützigkeit“ bis zu einem Drittel ihres Einkommens an die / den Stifter:in und seine nächsten Angehörigen auskehren kann, § 58 Nr. 6 AO. Dafür muss sich der Stifter seines eingebrachten Vermögens aber auch wirtschaftlich völlig entäußern.⁹³

Ein weiterer Vorteil der gemeinnützigen Stiftung gegenüber anderen Rechtsformen liegt darin, dass die Stiftung in der Anfangsphase in größerem Umfang steuerunschädliche Rücklagen bilden darf (§ 62 Abs. 4 AO). Ferner spricht für die Stiftung die Möglichkeit des sog. erweiterten steuerlichen Spendenabzugs, wenn die / der Initiator:in einer gemeinnützigen Organisation plant, an diese Großspenden vorzunehmen. Sie ist als Rechtsform somit wegen der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Zuwendungen insbesondere dann interessant, wenn ein:e Gründer:innen einen gemeinnützigen Rechtsträger mit erheblichen Vermögen ausstatten möchte.⁹⁴

D) NACHTEILE

Die Errichtung einer Stiftung bringt einen relativ hohen Gründungsaufwand mit sich. Die Stiftung bedarf der behördlichen Erlaubnis.⁹⁵ Die Genehmigungspraxis bei der Errichtung einer Stiftung ist restriktiv und folglich mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.⁹⁶

Körperschaften, 7. Aufl. 2017, Kapitel A. Verein, Stiftung, Juristische Person des öffentlichen Rechts, Rn. 36.

⁹⁰ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.68 ff.

⁹¹ *van Randenborgh*, Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage 2010, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 5 f.

⁹² *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.

⁹³ *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.

⁹⁴ *Gilberg*: Die gemeinnützige GmbH in der notariellen Praxis (RNotZ 2020, 193, 196).

⁹⁵ *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 48.

⁹⁶ *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.



Die Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung setzt ferner – wie bei der GmbH-Gründung – ein gewisses Mindestkapital voraus.⁹⁷ Das Mindestkapital ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, es richtet sich aber danach, mit welchem Betrag nach Ansicht der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde eine Erfüllung des Stiftungszwecks aus den Erträgen der Stiftung als gesichert erscheint.⁹⁸ Eine Vielzahl von Stiftungsbehörden bewertet hierbei auch eine Vermögensausstattung von unter EUR 100.000 als Unterkapitalisierung.⁹⁹ Allerdings sind die Anforderungen an die Mindestkapitalausstattung abhängig vom jeweiligen Stiftungszweck. So wird bei Unternehmensstiftungen aus Gesichtspunkten des Gläubiger:innenschutzes etwa ein höheres, bei Bürgerstiftungen hingegen ein geringeres Mindestkapital notwendig sein.¹⁰⁰

Die Stiftung unterliegt, in weit größerem Umfang als andere Rechtsformen, der staatlichen Aufsicht. Die staatliche Aufsicht besteht sowohl bei der Gründung als auch bei laufenden Geschäften. Auch bei wichtigen wirtschaftlichen Entscheidungen kann eine Zustimmungspflicht bestehen.¹⁰¹

Handelt es sich um eine gemeinnützige Stiftung, sind ferner die Voraussetzungen des Gemeinnützigkeitsrechts zu beachten.

E) EXKURS BÜRGERSTIFTUNG

Neben den genannten Stiftungen gibt es noch die sog. Bürgerstiftung, welche soziale und kulturelle Belange in einem bestimmten regional oder lokal begrenzten Tätigkeitsbereich fördert.¹⁰² Sie stellt ein aktuelles Phänomen dar, was immer mehr an Ansehen gewinnt mit bereits aktuell über mehr als 400 Bürgerstiftungen in Deutschland. Sie ist zurückzuführen auf das amerikanische Vorbild der „community foundation“.¹⁰³ Sie wird „von Bürger:innen für Bürger:innen“ gegründet und soll frei von politischen und staatlichen Einflüssen sowie deren einzelnen Stifter:innen sein.¹⁰⁴ Ziel ist es, ein möglichst breites Spektrum an gemeinnützigen Projekten und Initiativen anzustoßen und zu fördern. Durch einen meist sehr weit gefassten Förderungszweck innerhalb der Satzung soll einem großen Kreis von Bürger:innen die Gelegenheit geboten werden, wenn auch nur mit kleinen Beträgen, sich an vielen sozialen und kulturellen Projekten beteiligen zu können.¹⁰⁵ Dies spiegelt sich auch in den Anforderungen an das Mindestkapital wieder. Bei einer Bürgerstiftung wird von einem „dynamischen Vermögensaufbau“ gesprochen. Dies bedeutet, dass das Vermögen, mit welchem die verfolgten Zwecke ermöglicht werden sollen, nicht bereits zu Beginn der Tätigkeit vorliegen muss, sondern vielmehr erst durch Akquisition von Zustiftungen aufgebaut

⁹⁷ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerbegünstigte Körperschaften, Rn. 2.8

⁹⁸ *Gilberg* in: Die gemeinnützige GmbH in der notariellen Praxis (RNotZ 2020, 193, 197).

⁹⁹ *Schlüter/Stolte*, in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 96 (hiervon ausgenommen ist die Bürgerstiftung).

¹⁰⁰ *R. Wallenhorst*, in: Wallenhorst/Halacinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 7. Aufl. 2017, Kapitel A. Verein, Stiftung, Juristische Person des öffentlichen Rechts, Rn. 42.

¹⁰¹ *Stock*: Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, in: NZG 2001, 440, 447.

¹⁰² Vgl. auch die vom Arbeitskreis Bürgerstiftungen des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen verabschiedeten „Merkmale einer Bürgerstiftung“, www.stiftungen.org.

¹⁰³ *Schlüter*, Bürgerstiftungen – eine neue Form bürgerschaftlichen Engagements auf kommunaler Ebene, in: Deutsche Verwaltungspraxis 2001, S. 1.

¹⁰⁴ *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht 3. Auflage 2016 Rn. 67.

¹⁰⁵ Vgl. *Graf Strachwitz* in Bertelsmann Stiftung, HdB Stiftungen, 1998, 125 (140 f.), *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 3. Auflage 2016 Rn. 69.



wird.¹⁰⁶ Durch einen vom Bundesverband Deutscher Stiftungen bestimmten Merkmalskatalog ist eine Bürgerstiftung gegeben, wenn die Arbeit gemeinnützig, durch eine Mehrzahl von Stifter:innen errichtet, wirtschaftlich, politisch und konfessionell unabhängig, geografisch begrenzt tätig, auf Kapitalzuwachs durch Zustiftungen, Projektspenden und unselbstständige Stiftungen angelegt sowie durch eine transparente Arbeit unter aktiver Teilnahme der Stifter:innen geprägt ist.¹⁰⁷ Die Bürgerstiftung ist bereits aus sich selbst heraus gemeinnützig. Als eine auf die Förderung von sozialen Belangen gerichtete Rechtspersönlichkeit ist die Gemeinnützigkeit Grundvoraussetzung für die Bürgerstiftung.

2.6 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

A) CHARAKTERISTIKA

Die GbR oder auch BGB-Gesellschaft genannt, wird auch als „Mutter der Personengesellschaften“ bezeichnet. Sie wird bereits durch Zusammenschluss mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks begründet, ohne dass es hierfür besonderer Formalitäten oder eines Vertrages bedarf. Demnach sind Gründungsteams in der Regel – oft ohne dies zu wissen und zu beabsichtigen – ab dem ersten Tag der Zusammenarbeit eine GbR (sog. Vorgründungsgesellschaft), jedenfalls bis das Team formal eine Gesellschaft (z. B. eine GmbH) gründet. Mit formaler Gründung der Gesellschaft löst sich die GbR automatisch auf. Zu beachten ist, dass die GbR nicht in der formal gegründeten Gesellschaft (z. B. einer GmbH) aufgeht. Es handelt sich um zwei verschiedene Gesellschaften. Hat das Gründungsteam also vor der formalen Gründung ihrer Gesellschaft etwa IP-Rechte geschaffen, z. B. eine App programmiert, so liegen die Rechte nicht bei der formal gegründeten Gesellschaft, sondern noch bei der Vorgründungsgesellschaft bzw. deren Gesellschafter:innenn persönlich. Etwaige Rechte und Vertragsverhältnisse aus der Zeit vor der formalen Gründung der Gesellschaft sind daher per gesondertem Rechtsgeschäft zu übertragen. Hierbei können ggf. negative steuerliche Folgen eintreten.

Die Rechtsverhältnisse der GbR werden durch das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) geregelt. Das Vermögen der GbR ist ein Gesamthandsvermögen, d. h. alle Gesellschafter:innen können nur gemeinschaftlich über das Gesellschaftsvermögen verfügen. Die Gesellschafter:innen einer GbR sind keine Kaufleute im Sinne des HGB, so dass keine Möglichkeit zu einer Handelsregistereintragung besteht.¹⁰⁸

Oft macht es für ein Gründungsteam Sinn, für die ersten Prototypen „nur“ unter der Rechtsform einer GbR zu handeln. Sobald das Gründungsteam aber formal eine Gesellschaft gründet, ist das Erfordernis der Übertragung von Vermögenswerten, wie IP-Rechten, und von Vertragsverhältnissen und die steuerliche Folge der Übertragung zu beachten. Demnach sollte das Gründungsteam die formale Gründung der beabsichtigten Gesellschaft nicht zu lange hinausschieben.

B) VORTEILE

Kaum bzw. sehr geringer Gründungsaufwand sind eine der Vorteile. Eine GbR kann bereits durch schlüssiges Handeln oder durch mündliche Absprache gegründet werden. Ein schriftlicher Vertrag ist nicht erforderlich. Allerdings empfiehlt sich stets ein GbR-Vertrag, der jedenfalls die wesentlichsten Punkte (Rechte, Pflichten, Anteilsverteilung, Stimmrechte etc.)

¹⁰⁶ *Weitemeyer* in: Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2018 § 80 Rn. 232.

¹⁰⁷ *Weitemeyer* in: Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2018 § 80 Rn. 226.

¹⁰⁸ *Volgl*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 53, Stand 01.04.2020, Personengesellschaften, Rn. 4.



beinhaltet. Dies gilt selbst dann, wenn die GbR nur als Vorgründungsgesellschaft bis zur formalen Gründung der Zielgesellschaft (z. B. eine GmbH) betrieben werden soll.

Die GbR kann ferner ohne jegliches Startkapital gegründet werden.

C) NACHTEILE

Wesentlicher Nachteil der GbR ist die persönliche Haftung der Gesellschafter:innen mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten des Social Enterprises.

Da es sich bei GbR um eine Personengesellschaft handelt, kann diese ferner auch nicht steuerbegünstigte Zwecke verfolgen und infolgedessen auch nicht von Steuerbegünstigungen profitieren.

2.7 Einzelunternehmen

A) CHARAKTERISTIKA

Ein Einzelunternehmen kommt nur in Betracht, wenn lediglich eine Person ein Unternehmen betreiben möchte.¹⁰⁹ Diese Rechtsform eignet sich insbesondere zum Einstieg.

B) VORTEILE

Die / der Einzelunternehmer*in selbst entscheidet darüber, wie viel Startkapital sie / er aufbringt und über sämtliche Belange des Unternehmens. Die Gründung ist einfach gelagert. Sie ist günstig und formlos. Erforderlich ist lediglich die Anmeldung beim Finanz- und Gewerbeamt.¹¹⁰ Sofern ein kaufmännischer Betrieb geführt wird, ist dazu die Einzelunternehmung im Handelsregister anzumelden. Dann firmiert der Einzelunternehmer als eingetragener Kaufmann (eK).

C) NACHTEILE

Wesentlicher Nachteil ist die fehlende Haftungsbeschränkung. Die / der Einzelunternehmer*in haftet unbeschränkt und unmittelbar auch mit ihrem / seinem Privatvermögen.

Ferner kann die / der Einzelunternehmer*in auch nicht steuerbegünstigte Zwecke verfolgen und infolgedessen nicht von den Steuerbegünstigungen profitieren.

¹⁰⁹ *Büsching*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rechtsformwahl, Rn. 18.

¹¹⁰ Gemäß § 14 GeWO ist jede Person, die kein Freiberufler ist und gewerblich tätig sein will und damit eine Gewinnabsicht verfolgt, verpflichtet ein Gewerbe anzumelden. Die Gewerbebeantragung ist folglich erforderlich beim Kleingewerbetreibenden, Kaufmann (e.K), UG oder der 1-Personen-GmbH.



3. Erlangen der Gemeinnützigkeit

Rund die Hälfte aller Social Enterprises werden als gemeinnützige Organisationen gegründet. Im gemeinen Sprachgebrauch spricht man von gemeinnützigen Organisationen, wenn diese steuerbegünstigte Zwecke, mithin gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke, verfolgen und daher steuerliche Vergünstigungen in Anspruch nehmen können. Demnach werden oftmals Organisationen, welche beispielsweise aufgrund ihrer kirchlichen Zwecke steuerbegünstigt sind, dennoch als gemeinnützige Organisation bezeichnet. Aus steuerlicher Sicht ist aber zwischen der Gemeinnützigkeit im engeren juristischen Sinne und dem im Sprachgebrauch verwendeten umfassenderen Sinne zu differenzieren.

Gemeinnützigkeitsrechtliche Vergünstigungen können nur Körperschaften i.S.d. Körperschaftssteuergesetzes (KStG) in Anspruch nehmen. Ausgenommen sind somit natürliche Personen und Personengesellschaften.¹¹¹ Davon abgesehen ist die Gemeinnützigkeit aber an keine bestimmte Rechtsform gebunden.¹¹² Da das Gemeinnützigkeitsrecht eher selten Inhalt der konventionellen Gründungen ist, wollen wir es hier genauer betrachten.

3.1 Grundlegende Voraussetzungen für den Erhalt von Steuerbegünstigungen

Um Steuerbegünstigungen aufgrund der Verfolgung gemeinnütziger Tätigkeiten erhalten zu können, muss ein Social Enterprise folgende grundlegende Voraussetzungen erfüllen:

- Es muss eine Körperschaft sein, die
- selbstlos (§ 55 AO),
- ausschließlich (§ 56 AO),
- und unmittelbar (§ 57 AO),
- gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt¹¹³

Die gemeinnützigen Tätigkeiten im engeren Sinne müssen ferner darauf gerichtet sein, die Allgemeinheit zu fördern, § 52 Abs. 1 S. 1 AO.¹¹⁴

A) VORLIEGEN EINER KÖRPERSCHAFT

Bei dem Social Enterprise müsste es sich um eine Körperschaft im Sinne des Steuerrechts handeln. Alle Körperschaften im Sinne des Steuerrechts – hierzu zählen die nicht rechtsfähigen und die rechtsfähigen Vereine und Stiftungen, GmbHs, Aktiengesellschaften und Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts – können derart ausgestaltet werden, dass sie die für die Steuerbegünstigung erforderlichen Voraussetzungen erfüllen.¹¹⁵

B) SELBSTLOSIGKEIT

Das Tatbestandsmerkmal der Selbstlosigkeit verbietet der Körperschaft in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – z. B. gewerbliche oder sonstige Erwerbszwecke – zu verfolgen (§ 55 Abs. 1 S. 1, 1 HS AO) und erfordert zudem, dass die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr.

¹¹¹ Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 51 Allgemeines, Rn. 4.

¹¹² von Holt/Koch, Gemeinnützige GmbH, 3. Aufl., Rn. 2, Rn. 193.

¹¹³ Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 51 Allgemeines, Rn. 3; von Holt/Koch, Gemeinnützige GmbH, 3. Aufl., Rn. 193 ff.

¹¹⁴ siehe dazu unter 2.3.

¹¹⁵ von Holt/Koch, Gemeinnützige GmbH, 3. Aufl., Rn. 2, Rn. 193.



1-5 AO erfüllt sind. Diese zusätzlichen Voraussetzungen betreffen die Mittelverwendung sowie Leistungen an Mitglieder und andere Personen.¹¹⁶

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO dürfen Mittel nur für satzungsmäßige Zwecke verwendet werden. Ferner dürfen die Mitglieder der Körperschaft keine offenen oder verdeckten Gewinnausschüttungen und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen erhalten.¹¹⁷ Der Status der Gemeinnützigkeit lässt daher keinerlei Gewinnausschüttungen an ihre Mitglieder bzw. Gesellschafter:innen zu. Auch ist es der Körperschaft nach § 55 Abs.1 Nr. 1 AO untersagt, Mittel zugunsten von politischen Parteien zu verwenden.

Des Weiteren ist in § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO festgelegt, dass die Mitglieder der Körperschaft nach ihrem Ausscheiden oder bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer gelisteten Sacheinlagen zurückerhalten dürfen. Das Erzielen eines sog. Exiterlöses, wie in der Venture-Capital-Szene üblich, ist damit bei gemeinnützigen Gesellschaften nicht möglich.

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO dürfen keine Personen durch Ausgaben, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden. Hiervon erfasst sind nicht nur fremde Dritte, sondern auch Vereinsmitglieder oder Organmitglieder von Stiftungen und Kapitalgesellschaften.¹¹⁸

In § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO ist der sog. Grundsatz der Vermögensbindung niedergelegt. Dieser soll sichern, dass auch bei der Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder bei Wegfall der bisherigen gemeinnützigen Zwecke das Vermögen nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet wird.¹¹⁹

§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AO regelt die zeitnahe Mittelverwendung. Die Mittel der Körperschaft sollen zeitnah verwendet werden. Hiervon ist auszugehen, wenn die Körperschaft die in einem Geschäftsjahr zugeflossenen, freien Mittel, spätestens in den auf den Zufluss folgenden zwei Kalender- oder Wirtschaftsjahren für satzungsmäßige Zwecke verwendet hat. Für kleinere Körperschaften, deren jährliche Einnahmen EUR 45.000 nicht übersteigen, wird aber seit dem 29.12.2020 eine Ausnahme gemacht. So ist in § 55 Abs. 1 Nr. 5 S. 4 AO nunmehr geregelt, dass kleinere Körperschaften nicht der zeitnahen Mittelverwendung unterliegen.

Aufgrund der Gesetzesformulierung „*nicht in erster Linie*“, ist der Körperschaft nicht generell verboten, eigenwirtschaftliche Zwecke zu verfolgen. Der wirtschaftliche Eigennutz darf aber nicht in den Vordergrund treten.¹²⁰ Auch hier empfiehlt es sich im engen Austausch mit dem zuständigen Sachbearbeiter des Finanzamts zu stehen.

Der § 55 AO verbietet der Körperschaft ferner nicht nur, sich selbst in erster Linie zu begünstigen und ein eigenes Einkommen der Körperschaft zu erwirtschaften, sondern auch mittelbar oder unmittelbar die (eigen-)wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder bzw. Gesellschafter:innen zu fördern.¹²¹

¹¹⁶ Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 55 Selbstlosigkeit, Rn. 1.

¹¹⁷ Koenig, in: Koenig AO, 3. Aufl. 2014, AO § 55 Selbstlosigkeit, Rn. Rn. 15 ff.

¹¹⁸ Pauli, in: Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, 3. Aufl., AO § 55 Selbstlosigkeit, Rn. 27.

¹¹⁹ Pauli, in: Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, 3. Aufl., AO § 55 Selbstlosigkeit, Rn. 30.

¹²⁰ Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 55 Selbstlosigkeit, Rn. 2.

¹²¹ Koenig, in: Koenig AO, 3. Aufl. 2014, AO § 55 Selbstlosigkeit, Rn. 11.



C) AUSSCHLIEßLICHKEIT

Ausschließlichkeit ist nach § 56 AO gegeben, wenn eine Körperschaft „nur“ ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt.

Die Körperschaft darf hierbei auch mehrere steuerbegünstigte Zwecke nebeneinander verwirklichen, ohne dass hierdurch die Ausschließlichkeit verletzt wird. Diese verschiedenen steuerbegünstigten Zwecke müssen sich aber zwingend und eindeutig aus der Satzung ergeben.¹²²

Das Gesetz enthält auch einige Ausnahmen von der Ausschließlichkeit etwa in § 58 AO, wo steuerlich unschädliche Betätigungen geregelt sind. So ist etwa nach § 58 Nr. 6 AO der Stiftung gestattet, bis zu einem Drittel ihres Einkommens zum angemessenen Unterhalt der / des Stifter:in und ihrer / seiner nächsten Angehörigen, der Grabpflege und der Andenkenehrung zu verwenden.¹²³

Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (§ 14 AO), also eine selbstständige wirtschaftliche, über die Vermögensverwaltung hinausgehende Tätigkeit zur Einnahmeerzielung, ist grundsätzlich von § 56 AO nicht verboten. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb darf aber nicht faktisch zu einem weiteren Zweck der steuerbegünstigten Körperschaft werden.

Sollte der Grundsatz der Ausschließlichkeit verletzt werden, entfallen die Steuerbegünstigungen.¹²⁴

D) UNMITTELBARKEIT

Unmittelbare Zweckverfolgung bedeutet, dass die Körperschaft selbst, ohne dass andere Aktivitäten oder Personen zwischengeschaltet werden, ihre steuerbegünstigten Zwecke verwirklichen muss (§ 57 Abs. 1 S. 1 AO). Unter bestimmten Umständen kann das Handeln einer Hilfsperson wie eigens Wirken der Körperschaft zugerechnet werden. Hierbei muss die Hilfsperson aber u. a. nach den Weisungen der Körperschaft tätig werden und die Körperschaft muss laufend das Handeln der Hilfsperson beeinflussen können.¹²⁵ Nach der Neuregelung in § 57 Abs. 3 AO verfolgt eine Körperschaft ihre steuerbegünstigten Zwecke ferner auch dann unmittelbar im Sinne des § 57 Abs. 1 S. 1 AO, wenn sie satzungsgemäß durch planmäßiges Zusammenwirken mit mindestens einer weiteren Körperschaft, die im Übrigen die Voraussetzungen der §§ 51 bis 68 AO erfüllt, einen steuerbegünstigten Zweck verwirklicht. Umfasst sind demnach auch alle Handlungen, die auf die Kooperation mit einer weiteren steuerbegünstigten Körperschaft angelegt sind, um die eigenen steuerbegünstigten Zwecke zu verwirklichen.¹²⁶ Ferner ist durch den neuen § 57 Abs. 4 AO auch das Halten und/oder Verwalten einer Beteiligung an einer steuerbegünstigten Körperschaft als eine unmittelbare Zweckverfolgung einzuordnen.

5. VERFOLGUNG STEUERBEGÜNSTIGTER ZWECKE

Steuerbegünstigte Zwecke sind

- gemeinnützige Zwecke gemäß § 52 AO,
- mildtätige Zwecke nach § 53 AO, und

¹²² BMF BStBl. 2002 I 867.

¹²³ Koenig, in: Koenig AO, 3. Aufl. 2014, AO § 58, Rn. 14.

¹²⁴ Gersch, in Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 56 Ausschließlichkeit, Rn. 1 f.

¹²⁵ Pauli, in: Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, 3. Auflage 2018, AO § 57 Unmittelbarkeit, Rn.1 ff.

¹²⁶ Koenig/Koenig, 4. Aufl. 2021, AO § 57 Rn. 9.



- kirchliche Zwecke nach § 54 AO.

Die Abgabenordnung enthält in den §§ 52, 53 und 54 einen Katalog von steuerbegünstigten Zwecken. Der Begriff der steuerbegünstigten Zwecke entspricht den der gemeinnützigen Zwecke im weiteren Sinne. Detailfragen können mithilfe des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung (AEAO) beantwortet werden. In der AEAO wird z. T. der Standpunkt der Finanzverwaltung wiedergegeben als auch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zusammengefasst.¹²⁷ Die AEAO ist daher für jede*n Berater*in eine wichtige Hilfestellung.

Gemäß § 59 AO wird die Steuervergünstigung gewährt, wenn sich aus der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung ergibt, dass die Körperschaft einen Zweck, der den Anforderungen der §§ 52 bis 55 AO entspricht, verfolgt und dass dieser Zweck ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird. Ferner muss die Geschäftsführung diese Satzungsbestimmungen auch umsetzen und den sich daraus ergebenden Zweck auch tatsächlich verfolgen. Es ist daher nicht ausreichend, wenn die Satzung einen steuerbegünstigten Zweck vorsieht, dieser aber nicht wie niedergeschrieben von der Organisation bzw. deren Geschäftsleitung gelebt wird.

§ 59 AO konstituiert also die Mindestanforderungen an eine Satzung, wenn Steuervergünstigungen gem. §§ 51 ff. AO gewährt werden sollen. Die Regelung ist aber nicht abschließend. Sie wird z. B. durch § 61 AO, der die satzungsmäßige Vermögensbindung betrifft, ergänzt. Hiernach muss eine Körperschaft für den Fall der Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder bei Wegfall ihres Zwecks zwingend in der Satzung niederlegen, welchem konkreten steuerbegünstigten Zweck verbleibende Mittel nach der Abwicklung der Geschäfte zugeführt werden sollen. Der Zweck, für den dieses Vermögen vorgesehen ist, muss durch Satzungslektüre erkennen lassen, dass es sich um einen steuerbegünstigten Zweck handelt. Entspricht die Satzung nicht den erforderlichen Anforderungen, kann die Steuerbegünstigung bereits deshalb versagt werden.¹²⁸

In der Anlage 1 zu § 60 AO ist eine Mustersatzung für gemeinnützige Organisationen enthalten. Die Satzung der Körperschaft muss den Festlegungen der in Anlage 1 (zu § 60 AO) abgebildeten Mustersatzung entsprechen.

Es empfiehlt sich bei Gründung eines gemeinnützigen Social Enterprises, aber auch bei späteren Satzungsänderungen, die Satzung noch vor Beschlussfassung dem zuständigen Finanzamt zur Durchsicht vorzulegen. In der Regel sind die Sachbearbeiter des Finanzamts bereit, die Satzung noch vor formaler Einreichung mit den Gründer:innenn zu besprechen. Hierdurch können etwaige Verstöße und Schwierigkeiten im förmlichen Verfahren umgangen werden.¹²⁹

3.2 Begriff der Gemeinnützigkeit im engeren Sinne

Steuerbegünstigte Zwecke umfassen die Förderung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke. Da in der Praxis die gemeinnützigen Zwecke am relevantesten sein dürften, wird nachfolgend auf diese sog. gemeinnützigen Zwecke im engeren Sinne eingegangen.

¹²⁷ *Reinke/Schmidl*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 98 Besteuerung, Rn. 2 ff.

¹²⁸ *Gersch*, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 59, Rn.1 und in § 61, Rn. 1; BFH Beschl. v. 7.2.2018 – V B 119/17 (BFH/NV 18, 544).

¹²⁹ *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Grundsätze des Gemeinnützigkeitsrechts, Rn. 4.125.



Gemäß der Definition in § 52 Abs. 1 S. 1 AO ist ein Zweck gemeinnützig (im engeren Sinne), wenn die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos gefördert werden soll.

In dem Katalog des § 52 Abs. 2 AO werden die der Förderung der Allgemeinheit dienenden und damit gemeinnützigen Zwecke grundsätzlich abschließend aufgelistet.¹³⁰ Dort sind u. a. aufgeführt die Förderung von Wissenschaft und Forschung, Jugend- und Altenhilfe, Umweltschutzes, Bildung und Erziehung, Kunst und Kultur, Sport oder der Religion. Neu hinzugekommen sind im Zuge des Jahressteuergesetzes 2020¹³¹ u.a. die Klarstellung, dass von der Förderung des Umweltschutzes auch die Förderung des Klimaschutzes erfasst ist, die Förderung der Hilfe für Menschen, die aufgrund ihrer geschlechtlichen Identität oder ihrer geschlechtlichen Orientierung diskriminiert werden und die Förderung des Freifunks.

Wegen des abschließenden Charakters des Katalogs und der Tatsache, dass die Auffassung darüber, was als gemeinnützig anerkannt werden kann, Wandlungen unterworfen ist, gibt es eine sog. Öffnungsklausel. So gewähren § 52 Abs. 2 S. 2 und 3 AO die Anerkennung auch solcher Zwecke als gemeinnützig, die die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO zwar erfüllen, jedoch nicht unter den Katalog des § 52 Abs. 2 Nr. 1–26 AO fallen.¹³² Anzuerkennen sind dabei Zwecke, die der Gemeinwohlförderung in ähnlicher Weise wie die statuierten Katalogzwecke dienen. Zuständig für die Anerkennung solcher neuer, steuerbegünstigter Zwecke ist jeweils eine von den obersten Finanzbehörden der Länder bestimmte Stelle. Trotz des Wortlauts der Regelung („kann“) hat die Finanzverwaltung hierbei aber kein Ermessen oder Beurteilungsspielraum. Lehnt die Finanzbehörde die Anerkennung eines neuen steuerbegünstigten Zweckes ab, kann die betroffene Körperschaft diese Entscheidung vollumfänglich durch Verpflichtungsklage angreifen und überprüfen lassen.¹³³

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Allgemeinheit“ wird im Gesetz nicht positiv definiert. Vielmehr erfolgt eine negative Abgrenzung. Die Förderung der Allgemeinheit liegt nicht vor, wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugutekommt, fest abgeschlossen ist, wie dies beispielsweise bei der Zugehörigkeit zu einer Familie oder zur Belegschaft eines Unternehmens der Fall ist, oder wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugutekommt, dauernd nur klein sein kann.¹³⁴ Letzteres wird insbesondere angenommen, wenn eine gemeinnützige Körperschaft zwar in erster Linie ihren Mitgliedern nutzt, wegen hoher Aufnahmegebühren und Mitgliederbeiträge jedoch vielen Interessenten verwehrt wird und folglich die Höhe von Beiträgen eine Repräsentation der Allgemeinheit im Mitgliederbestand nicht mehr gewährleisten kann.¹³⁵

3.3 Erlangung und Aberkennung der Steuerbegünstigung

Nach § 60a AO gibt es ein spezielles Verfahren zur Anerkennung der Satzungsmäßigkeit. Die Gemeinnützigkeit wird durch die Finanzverwaltung entweder auf Antrag der Körperschaft

¹³⁰ siehe Ziff. 2 der AEAO zu § 52 AO.

¹³¹ JStG 2020 vom 21.12.2020 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 65, Seite 3096), in Kraft getreten am 29.12.2020.

¹³² Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 52 Gemeinnützige Zwecke, Rn. 55.

¹³³ Koenig, in: Koenig AO, 3. Aufl. 2014, AO § 52 Gemeinnützige Zwecke Rn. 67.

¹³⁴ Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 52 Gemeinnützige Zwecke, Rn. 2.

¹³⁵ vgl. BFH Urteil vom 13.8.1997 – I R 19 /96, in: DStR 1997, 1679, 1680 (Golfclub); Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 52 Gemeinnützige Zwecke, Rn. 6.



oder von Amts wegen bei der Veranlagung zur Körperschaftssteuer festgestellt. Der Antrag kann hierbei auch formlos gestellt werden.¹³⁶

Ob die Gemeinnützigkeit einer Körperschaft anerkannt wird, hängt davon ab, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen den Vorschriften der AO entsprechen.

Der Entwurf der Satzung der Körperschaft sollte mit dem zuständigen Finanzamt abgestimmt werden, damit die Satzung nicht kurz nach Gründung geändert werden muss, was wiederum Aufwand und Gebühren verursachen würde.¹³⁷ Dieser Praxistipp sollte den Gründer:innern in jedem Fall nahegelegt werden.

Bei Neugründung von Körperschaften überprüft das Finanzamt die Satzung dahingehend, ob eine Körperschaft tatsächlich einen steuerbegünstigten Zweck verfolgt. Wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, erteilt das Finanzamt einen Bescheid (sog. Feststellung der satzungsmäßigen Voraussetzung der Gemeinnützigkeit). Erst nach dieser Feststellung können an die Körperschaft steuerbegünstigte Spenden gezahlt werden und die Körperschaft ist berechtigt entsprechende Spendenbescheinigungen nach § 50 EStDV zu erteilen.¹³⁸

Im Feststellungsverfahren gemäß § 60a AO wird nur die Satzung der Gesellschaft geprüft. Der neue § 60a Abs. 6 AO stellt aber nunmehr klar, dass wenn bis zum Zeitpunkt des Erlasses des erstmaligen Körperschaftssteuerbescheids oder Freistellungsbescheids bereits Erkenntnisse vorliegen, dass die tatsächliche Geschäftsführung gegen die satzungsmäßigen Voraussetzungen verstößt, die Feststellung nach § 60 a AO abzulehnen ist.

Der Feststellungsbescheid wird von Amtswegen vom Finanzamt aufgehoben, wenn nach Erlass des Bescheids gemeinnützigkeitsschädliche Änderungen der Satzung vorgenommen wurden. Die Aufhebung erfolgt mit Wirkung zu dem Zeitpunkt, an dem die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist (d. h. rückwirkend). Fehler, die bei der Rechtsanwendung erfolgt sind, etwa durch fehlerhafte Annahme des Finanzamts, der Satzungszweck sei einem steuerbegünstigten Tatbestand zuzuordnen, können nach § 60a Abs. 5 AO nur für die Zukunft, d. h. mit Wirkung ab dem Kalenderjahr, das auf die Bekanntgabe des Aufhebungsbescheids folgt, geändert werden. Dies ist durch den Vertrauensschutz zu begründen, der insoweit geschaffen wurde und zu berücksichtigen ist.

¹³⁹

Endgültig entschieden wird über die Steuerfreiheit jedoch erst im Veranlagungsverfahren für die jeweilige Steuer und den jeweiligen Steuerabschnitt durch sog. Freistellungsbescheid des zuständigen Finanzamts. Es gibt somit kein gesondertes Verfahren, in dem die Körperschaft als solche als gemeinnützig anerkannt wird, sondern die Entscheidung über die Gemeinnützigkeit trifft das zuständige Finanzamt im jeweiligen Veranlagungsverfahren durch einzelne Steuerbescheide. In diesem Verfahren ist die tatsächliche Geschäftsführung (§ 63 AO) zu überprüfen. Die formelle Gemeinnützigkeit hingegen steht auf der Grundlage des

¹³⁶ Ines Heß, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 53 2020, Stand: 01.04.2020
Gemeinnützigkeit, Rn. 2.

¹³⁷ vgl. Knof, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 12 Strategische Vorüberlegungen, Rn. 18.

¹³⁸ Ines Heß, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 53 2020, Stand: 01.04.2020
Gemeinnützigkeit, Rn. 3 f.

¹³⁹ Gersch, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, AO § 60a, Rn. 15f. ;Reinke/Schmidl, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 98 Besteuerung, Rn. 144.



Feststellungsbescheids nach § 182 Abs. 1 AO fest. Ein die Steuerbefreiung ablehnender Steuerbescheid ist auch anfechtbar, wenn die Steuer mit Null festgesetzt wurde.¹⁴⁰

3.4 Folgen der Anerkennung der Gemeinnützigkeit

Zu den wichtigsten Folgen der Anerkennung der Gemeinnützigkeit gehören die steuerrechtlichen Entlastungen und Vorteile für Unternehmen, die gemeinnützige Zwecke verfolgen.

Das deutsche Steuerrecht knüpft in Einzelsteuergesetzen eine Vielzahl von Steuerbefreiungen und Steuerermäßigungen an die Gemeinnützigkeit:

Die Steuervorteile bestehen regelmäßig in der Befreiung von der Körperschafts- (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 S.1 KStG), der Gewerbe- (§ 3 Nr. 6 S. 1 GewStG) und Grundsteuer (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b) GrStG) und im Falle von Zuwendungen von der Erbschaft- und Schenkungsteuer (§ 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b) und Nr. 17 ErbStG). Ferner sind bei bestimmten Leistungen die Umsatzsteuersätze ermäßigt.¹⁴¹

Daneben sind nebenberufliche Tätigkeiten von Mitarbeitern gemeinnütziger Social Enterprises steuerlich durch Freibeträge bevorteilt (§ 3 Nr. 26, 26a EStG).¹⁴²

Darüber hinaus haben auch Dritte Vorteile von der Anerkennung der Gemeinnützigkeit, da Zuwendungen zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke als Sonderausgabe steuerlich geltend gemacht werden können. So können Spender:innen ihre Spenden an gemeinnützige Organisationen von der Einkommen- (§ 10 b Abs. 1 S. 1 EStG), Körperschafts- (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG) und der Gewerbesteuer (§ 9 Nr. 5 GewStG) abziehen.¹⁴³

Daneben haben gemeinnützige Körperschaften auch Vorteile nichtsteuerlicher Art. Darunter etwa das Recht zur Durchführung von Spendensammlungen.¹⁴⁴ Und es können Zuwendungsbestätigungen an Spender ausgestellt werden, § 63 Abs. 5 AO.

Nachteile des Gemeinnützigkeitsstatus sind hingegen die Einschränkung auf ausschließlich gemeinnützige Zwecke, die ständige Kontrolle der zweckmäßigen Mittelverwaltung durch die Finanzverwaltung, sowie die Bindung des durch das Social Enterprise geschaffenen Vermögens an die gemeinnützigen Zweckverwirklichungen.¹⁴⁵

4. Gründung einer gemeinnützigen Gesellschaft in fünf Schritten

Nachfolgend stellen wir am Beispiel der gemeinnützigen GmbH dar, wie die Gründung einer gemeinnützigen Gesellschaft in der Praxis erfolgt.

¹⁴⁰ *Reinke/Schmidl*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 98 Besteuerung, Rn. 145 ff.; *Schlüter*: Die gemeinnützige GmbH, in: GmbHR 2002, 535, 535.

¹⁴¹ hierzu ausführlich *Hüttemann* in: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Steuerliche Förderung der Gemeinnützigkeit, Rn. 1.26 ff.

¹⁴² *Schauhoff*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. Grundlegung, Rn. 37.

¹⁴³ *Ritter*, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, § 55 Gemeinnützige Aktiengesellschaft, Rn. 7.

¹⁴⁴ *Gilberg*: Die gemeinnützige GmbH in der notariellen Praxis (RnotZ 2020, 193, 194).

¹⁴⁵ *Schauhoff*: Begründung und Verlust des Gemeinnützigkeitsstatus, in: DStJG 26, 2003, 133, 134.



4.1 Vorüberlegungen

Zunächst sollten die notwendigen Vorüberlegungen getroffen werden, bevor mit der Gründung begonnen wird. Hierbei ist insbesondere auf die Firmierung, die personellen Strukturen und das Einholen von ggf. erforderlichen Genehmigungen Wert zu legen.

A) FIRMIERUNG

Die GmbH benötigt einen Namen, die sog. Firma. Der gewünschte Name sollte am besten von der IHK geprüft werden. Die Vorprüfung durch die IHK ist kostenlos und kann regelmäßig online beantragt werden.

Daneben empfiehlt sich auch die Einsichtnahme ins Online-Markenregister (DPMA) und eine ausführliche Internetrecherche auf gleich oder ähnlich klingende Bezeichnungen und Marken, um eine spätere Abmahnung zu verhindern. Im Übrigen richtet sich die Firmierung einer gemeinnützigen GmbH nach allgemeinen Regeln (§ 4 GmbHG). D. h. der Name darf weder irreführend sein, noch darf es zur Verwechslung mit ähnlichen oder gleich lautenden Unternehmen kommen können. Die Gesellschaft muss die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die Abkürzung „GmbH“ und kann, soweit sie gemeinnützig ist, auch „gGmbH“ lauten oder die ausgeschriebene Form „gemeinnützige“ mit abgekürztem oder ausgeschriebenem Rechtsformzusatz enthalten.¹⁴⁶

B) PERSONELLE STRUKTUREN

Bei einer GmbH ist mindestens ein:e Gesellschafter:innen zu bestellen, sodass es notwendig ist, sich im Vorfeld Gedanken darüber zu machen, wer hierzu geeignet ist und das Unternehmen angemessen nach außen repräsentieren kann. Da den Gesellschafter:innen diverse Rechte aber auch Pflichten treffen, welche auch zu einer persönlichen Haftung führen können, sollte die Übernahme des Gesellschafter:innenpostens gut durchdacht sein.

Weiter bedarf es einer Entscheidung über die einzelnen Beteiligungsquoten innerhalb des Unternehmens. Dabei stellt sich die Frage, welche Gründer:innen welchen Anteil am Unternehmen halten und welche Stimm- und Entscheidungsrechte die Gründer:innen haben.

c) Einholen ggf. erforderlicher Genehmigungen

Des Weiteren müssten gegebenenfalls erforderliche Genehmigungen eingeholt werden.

Notwendige Auskünfte hierzu erteilen Handwerkskammern, Gewerbeämter, Bau- oder Gesundheitsämter. Sofern zusätzliche Genehmigungen erforderlich sein sollten, müssen diese jedenfalls vor der Gewerbeanmeldung eingeholt werden.

4.2 Erstellen eines Gesellschaftsvertrages und Abstimmung mit dem Finanzamt.

Jede GmbH benötigt einen Gesellschaftsvertrag. Die richtige Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist hierbei von herausragender Bedeutung, da neben den allgemeinen Erfordernissen auch die Voraussetzungen für die Gemeinnützigkeit vorliegen müssen. Es ist empfehlenswert, bereits im Vorfeld der Beurkundung den Gesellschaftsvertrag mit dem Finanzamt abzustimmen. Der Gesellschaftsvertrag einer gemeinnützigen GmbH muss, neben den in § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 GmbHG vorgeschriebenen Mindestinhalt (z. B. Angaben zur Firma, Sitz und Stammkapital), auch weitere Bestimmungen enthalten. Die Bestimmungen in der Mustersatzung in Anlage 1 zu § 60 AO müssen im Gesellschaftsvertrag idealerweise wörtlich wiedergegeben werden. So muss der Unternehmenszweck gemeinnützig ausgestaltet sein,

¹⁴⁶ *Altmeyen*, in: *Altmeyen, GmbHG*, 10. Aufl. 2021, § 4, Rn. 21.



die Grundprinzipien der ausschließlichen und unmittelbaren Zweckverfolgung, gemeinnützigen Mittelverwendung und der satzungsmäßigen Vermögensbindung sollten in dem Gesellschaftsvertrag manifestiert werden. Auch die Gewinnverwendung sollte hinsichtlich der in engen Grenzen zulässigen Rücklagenbildung ausdrücklich an die Vorgaben des § 62 AO geknüpft werden, welcher die Voraussetzungen für einzelne Arten von Rücklagen benennt.¹⁴⁷ Das Finanzamt prüft nämlich die Einhaltung der satzungsmäßigen Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung und stellt diese in einem Bescheid gesondert fest § 60a Abs. 1 AO.

4.3 Notarielle Beurkundung der Gründung

Dann ist ein Termin bei der / dem Notar:in zu vereinbaren. In dem Termin werden die Gründungsurkunde und der Gesellschaftsvertrag von der / dem Notar:in vorgelesen. Die Gesellschafter:innen unterschreiben dann die Gründungsdokumentation vor der / dem Notar:in. Dazu ist eine Handelsregisteranmeldung zu unterzeichnen, welche jedoch erst nach Kontoeröffnung und Zahlung des Stammkapitals (nach nachfolgender Ziff. 4.4.) durch die / den Notar:in eingereicht wird.

4.4 Kontoeröffnung und Einzahlung des Stammkapitals

Als nächsten Schritt müssen die Gesellschafter:innen ein Geschäftskonto auf die gGmbH eröffnen und das Mindestkapital (dieses beträgt bei der Gründung EUR 12.500) einzahlen. Für die Kontoeröffnung ist regelmäßig eine beglaubigte Ausfertigung des Gesellschaftsvertrages mitzubringen, so dass diese in der Regel erst nach dem Notartermin erfolgen kann.

4.5 Anmeldung zum Handelsregister, Anmeldung der GmbH beim Gewerbeamt, Steuerliche Anmeldung

Ist die Einzahlung des Stammkapitals erfolgt, meldet die / der Notar:in die GmbH-Gründung beim Handelsregister an, indem sie / er dem zuständigen Amtsgericht die Handelsregisteranmeldung übermittelt.

Die Bearbeitungsdauer des Amtsgerichts beläuft sich regelmäßig auf einige Tage. Dann wird die / der Notar:in, welche:r die Unterlagen eingereicht hat, über die erfolgte Eintragung informiert.

In der Zeit zwischen der notariellen Beurkundung und der tatsächlichen Eintragung firmiert die GmbH mit dem Zusatz in Gründung („GmbH i.G.“).

Nun müssen die Gründer:innen die Gewerbeanmeldung bei der zuständigen Gemeinde (entsprechend dem Sitz der GmbH) vollziehen. In vielen Städten und Gemeinden kann die Gewerbeanmeldung auch online erfolgen, andernfalls muss der Gesellschafter:innen oder ein:e Bevollmächtigte:r persönlich beim Gewerbeamt erscheinen.

Als bald nach der Gründung bekommen die Gründer:innen vom zuständigen Finanzamt einen mehrseitigen Fragebogen zur steuerlichen Erfassung zugesendet, welcher ausgefüllt, eigenhändig unterschrieben und innerhalb eines Monats an das Finanzamt übermittelt werden muss.

¹⁴⁷ Helm/Haaf, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, Prinz/Winkeljohann, 6. Aufl. 2021, § 24 Die Gemeinnützige GmbH, Rn. 13f.



Impressum

Der Ratgeber „Rechtsformen für Social Enterprises“ wird herausgebracht vom Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland e.V. in Kooperation mit der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Der Text wurde erstellt von Rechtsanwalt Philipp Glock und Rechtsanwältin Ema Buric von der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH und kuratiert durch Michael Wunsch und Birgit Heilig vom Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland. Die Erarbeitung des Ratgebers erfolgte im Projekt "Fit für Sozialunternehmen", gefördert durch die KfW Stiftung.

Über SEND

Das Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschlands (kurz SEND) ist angetreten, um Social Enterprises zu vernetzen, zu stärken und ihnen eine gemeinsame Stimme zu geben. SEND baut wichtige Brücken zur Politik, Zivilgesellschaft und klassischen Wirtschaft, um positiven Wandel in unserer Gesellschaft voranzutreiben und die Rahmenbedingungen für soziale Innovationen zu verbessern.

send-ev.de

Über die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Luther ist eine der führenden Wirtschaftskanzleien in Deutschland. Mit rund 420 Rechtsanwält:innen und Steuerberater:innen berät die Full-Service-Kanzlei in allen Gebieten des deutschen und internationalen Wirtschaftsrechts. Im Beratungsfeld Start-up-/Venture Capital berät Luther Start-ups von der Gründung bis zum Exit bei allen sich stellenden juristischen Themen. Das Team besteht aus bestens vernetzten Anwält:innen und Steuerberater:innen an zehn Standorten in Deutschland, die über langjährige Erfahrung in diesem Bereich verfügen. Luther hat nicht nur besonderes Know-how in den Bereichen Gesellschaftsrecht und Finanzierung, sondern auch in den meist Hand in Hand gehenden Fragen zum Kartellrecht (Fusionskontrolle), IP/IT-Recht, Datenschutz, Arbeitsrecht und Steuerrecht und kann so branchenspezifisch auf den Punkt beraten.

Luther ist Gründungsmitglied von unyer (www.unyer.com), einer globalen Organisation führender Professional Services Firms, die exklusiv miteinander kooperieren.



Über die Autor:innen



Philipp Glock
Rechtsanwalt, Partner
Mobil: 0152 – 016 24619
E-Mail: philipp.glock@luther-lawfirm.com



Ema Burić
Rechtsanwältin, Senior Associate
Mobil: 0152 – 016 24671
E-Mail: ema.buric@luther-lawfirm.com

Kontakt

Michael Wunsch: michael.wunsch@send-ev.de

Birgit Heilig: birgit.heilig@send-ev.de

Philipp Glock: philipp.glock@luther-lawfirm.de

Ema Burić: ema.buric@luther-lawfirm.de

