

Haftungsrisiken bei der Gründung / Liability Risks During Incorporation

Wichtiger Hinweis: Die in dieser Erläuterung dargestellten (rechtlichen) Aspekte dienen nur der allgemeinen Information, sind nicht abschließend und können eine umfassende rechtliche, steuerrechtliche oder sonstige Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Das Problem

Die Gründung einer GmbH oder einer UG (haftungsbeschränkt) in Deutschland erfordert die Einbindung einer Notarin¹ und nimmt bis zur erforderlichen Eintragung im Handelsregister eine gewisse Zeit in Anspruch. Gründerinnen wollen aber oftmals direkt nach dem Besuch bei der Notarin mit ihrem Start-up "loslegen" und am Rechtsverkehr teilnehmen. Weitere (ähnliche) Themen ergeben sich, wenn die Gründerinnen ihre Beteiligung am Start-up nicht direkt als natürliche Personen halten, sondern über eine sog. Founder Holding. Oftmals wollen die Gründerinnen dann nur einmal zur Notarin und in einem Termin sowohl ihre Founder Holdings gründen als auch direkt im Anschluss die Founder Holdings direkt die eigentliche Start-up-Gesellschaft gründen lassen.

Wenngleich dies juristisch möglich ist und in der Praxis nach unserer Erfahrung auch durchaus vorkommt, birgt das "Loslegen vor Eintragung im Handelsregister" gewisse Risiken, über die sich Gründer im Klaren sein sollten.

Ein wenig Dogmatik zur Einordnung

Mit der erstmaligen notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH / UG bzw. der notariellen Beurkundung des Gründungsprotokolls entsteht eine Vorform der GmbH / UG, die als "**Vor-Gesellschaft**" (oder auch Vor-

Important Notice: The (legal) concepts and aspects outlined in this memorandum are provided for general information purposes only; they are not exhaustive, and cannot substitute comprehensive legal, tax and other advice in the individual case.

The Issue

The incorporation of a limited liability company ("**GmbH**") or a UG (*haftungsbeschränkt*) ("**UG**") in Germany requires the involvement of a notary and takes a certain amount of time until the required registration with the commercial register (*Handelsregister*). However, founders often want to "get started" with their start-up immediately after the visit to the notary and participate in legal transactions. Similar questions arise when the founders do not hold their shares in the start-up directly as natural persons, but via a so-called founder holding. In such cases, the founders often prefer to visit the notary only once and incorporate their founder holdings in one appointment and then immediately thereafter have the founder holdings directly incorporate the actual start-up company.

While this is legally possible and, in our experience, does happen in practice, "getting started before registration in the commercial register" involves certain risks that founders should be aware of.

A (tiny) law lesson for your background

With the initial notarization of articles of association of a GmbH or UG / an incorporation protocol, a preliminary form of the GmbH / UG is created, which is referred to as a "**Pre-company**" (also Pre-GmbH / UG). It is an affiliation of individuals

¹ Wir verwenden in dieser Darstellung aus Gründen der besseren Lesbarkeit einheitlich die weibliche Form, welche alle Geschlechter einbeziehen soll.

GmbH / UG) bezeichnet wird. Es handelt sich um eine Personenvereinigung eigener Art. Befindet sich eine Gesellschaft in diesem Stadium, ist dies zu kennzeichnen, indem ihrer Firma "in Gründung" (abgekürzt: "i. G.") angefügt wird. Zur Klarstellung: Die GmbH / UG als solche entsteht mit erstmaliger Eintragung in das Handelsregister. Die Vor-Gesellschaft wird sodann automatisch zur GmbH / UG, welche in die Rechte und Pflichten der Vor-Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge eintritt.

Allerdings ist bereits die Vor-Gesellschaft teilweise rechtsfähig und kann, vertreten durch die Geschäftsführung (oder andere Vertreter), Trägerin von Rechten und Pflichten werden. Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (einer der Hauptvorteile von einer GmbH / UG) tritt allerdings erst mit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (im Folgenden vereinfacht: "**Eintragung**") ein; erst dann erwächst die Vor-Gesellschaft in eine GmbH / UG. Davor haften die Geschäftsführerinnen und Gesellschafterinnen grundsätzlich persönlich und unbegrenzt. Aus diesem Grund ist von einer "**Vorzeitigen Geschäftstätigkeit**" (d. h. Tätigkeit vor Eintragung) grundsätzlich abzuraten. Ausnahmen bilden sog. "**Gründungsgeschäfte**", die notwendig sind, um die Voraussetzungen einer Eintragung der Gesellschaft zu schaffen (insbesondere die notarielle Beurkundung und die Eröffnung eines Bankkontos, auf das die Gründungsgesellschafterinnen das Stammkapital einzahlen können). Um dennoch Rechtsgeschäfte vor der Eintragung abzuschließen zu können, ohne sich einem Haftungsrisiko auszusetzen, kann die Vor-Gesellschaft erwägen, diese Rechtsgeschäfte unter der aufschiebenden Bedingung abzuschließen, dass die Eintragung erfolgt (d. h. das Rechtsgeschäft soll die Gesellschaft nicht binden, bevor die Eintragung erfolgt ist). Es ist allerdings zu beachten, dass die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführerinnen

of its own kind. If a company is at this stage, this is to be indicated by adding "*in Gründung*" (abbreviated: "i. G.", which translates to "in incorporation") to its name (*Firma*). For clarification: The GmbH / UG as such comes into existence with the first registration in the commercial register. The Pre-company then automatically becomes a GmbH / UG, which enters into the rights and obligations of the pre-company by way of universal succession.

However, already the Pre-company has partial legal capacity and, represented by the managing directors (or other representatives), can become the bearer of rights and obligations. However, the limitation of liability to the company's assets (one of the main benefits of a GmbH / UG) does not come into effect until the company is registered with the commercial register (*Handelsregister*) (hereinafter simplified: "**Registration**"); only then does the Pre-company switch into a GmbH / UG. Prior to this, the managing directors and shareholders are generally personally liable to the full extent. For this reason, "**Premature Business Activity**" (*i.e.*, activity before Registration) is generally not advisable. Exceptions to this are so-called "**Incorporation Transactions**", which are necessary to create the prerequisites for Registration (in particular notarization and the opening of a bank account into which the founding shareholders can pay the share capital). In order to still be able to prepare further steps before Registration without incurring unreasonable risks, the Pre-company can consider concluding legal transactions expressly subject to the condition precedent (*aufschiebende Bedingung*) of the Registration being achieved (*i.e.*, the transaction shall not bind the company before Registration). Please note, however, that the managing directors' power of representation generally will not encompass such acts exceeding Incorporation Transactions without prior authorization by the

ohne die Zustimmung der Gesellschafterinnen regelmäßig keine Rechtsgeschäfte umfasst, die über Gründungsgeschäfte hinausgehen. In jedem Fall sollte die Vor-Gesellschaft (in diesem Stadium) Rechtsgeschäfte ausdrücklich als "GmbH i. G." / "UG (haftungsbeschränkt) i. G." (siehe oben) abschließen und ihre Vertreterinnen sollten ausdrücklich klarstellen, dass sie im Namen der Vor-Gesellschaft handeln.

Dies vorausgeschickt, geben wir im Folgenden einen kurzen Überblick, welche Haftungsrisiken im Stadium der Vor-Gesellschaft bestehen können.

Strafbarkeit falscher Versicherung

Die Geschäftsführerinnen werden (in der Regel bereits bei der notariellen Beurkundung) die Handelsregisteranmeldung unterzeichnen und darin versichern, dass:

- (a) ein bestimmter Betrag auf jeden Geschäftsanteil und damit ein bestimmter Betrag insgesamt an die Gesellschaft gezahlt wurde;
- (b) der Betrag sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung befindet und nicht zurückgewährt wurde oder wird; und
- (c) das Vermögen der Gesellschaft – mit Ausnahme des nach dem Gesellschaftsvertrag übernommenen Gründungsaufwandes (bei EUR 25.000,00 Stammkapital meist EUR 2.500,00) – nicht mit Verbindlichkeiten vorbelastet ist.

Diese Handelsregisteranmeldung wird die Notarin zurückhalten und erst an das Registergericht übermitteln, wenn die Geschäftsführerinnen sie dazu auffordern und ihr die Einzahlung des Stammkapitals bestätigen. Wenn die in der Handelsregisteranmeldung versicherten Tatsachen im Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht unrichtig sind, können sich die Geschäftsführerinnen strafbar machen. Die Geschäftsführerinnen sollten also darauf achten, dass sich das Stammkapital

shareholders. In any event, the Pre-company should (at this stage) expressly act as "GmbH i. G." / "UG (haftungsbeschränkt) i. G." (see above) and the representatives should clearly state that they are acting in the name of the Pre-company.

That being said, in the following we provide a brief overview of what liability risks may exist at the Pre-company stage.

Criminal Liability for a False Insurance

The managing directors will (generally already at the notarization) sign the commercial register application and assure in it that:

- (a) a certain amount has been paid on each share and therefore a certain amount in total has been paid to the company;
- (b) the amount is finally at the free disposal of the managing directors and has not been or will not be returned; and
- (c) the assets of the company – with the exception of the incorporation expenses assumed under the articles of association (in the case of EUR 25,000.00 share capital mostly EUR 2,500.00) – are not pre-encumbered with liabilities.

The notary will withhold this commercial register application and only forward it to the registration court when the managing directors request him or her to do so and confirm that the share capital has been paid in. If the facts assured in the commercial register application are incorrect at the time of receipt by the court, the managing directors may be liable to criminal prosecution. The managing directors should therefore ensure that the share capital is actually at their free disposal

tatsächlich in Höhe des versicherten Betrags in ihrer freien Verfügung befindet und das Gesellschaftsvermögen nicht über den spezifizierten Gründungsaufwand hinaus belastet ist, wenn sie die Übermittlung der (unkorrigierten) Handelsregisteranmeldung veranlassen. Diesen Zustand müssen die Geschäftsführerinnen dann aufrechterhalten, bis die Handelsregisteranmeldung bei Gericht eingegangen ist.

Handelndenhaftung vor Eintragung

Die Geschäftsführerinnen haften überdies nach § 11 Abs. 2 GmbHG persönlich gegenüber Dritten für alle Rechtsgeschäfte, die sie vor Eintragung der Gesellschaft im Namen der Gesellschaft vornehmen ("**Handelndenhaftung**"). Vertragspartnerinnen der Gesellschaft können die Geschäftsführerinnen daher so in Anspruch nehmen, als hätten diese im eigenen Namen gehandelt. Die Handelndenhaftung greift dagegen nicht bei gesetzlichen Verbindlichkeiten, d.h. bei nicht abgeführten Steuern, Abgaben, Gebühren und (Sozialversicherungs-) Beiträgen. Mit der Eintragung erlischt grundsätzlich die Handelndenhaftung. Die Vertragspartnerinnen können dann nur noch die Gesellschaft in Anspruch nehmen, auch in Bezug auf vor der Eintragung eingegangene Verbindlichkeiten. Dagegen bleibt die Handelndenhaftung bestehen, soweit die Geschäftsführerinnen ihre Vertretungsmacht überschritten haben. Die Handelndenhaftung bleibt ferner in allen Fällen bestehen, in denen es – aus welchen Gründen auch immer – nicht zur Eintragung kommt. Den Geschäftsführerinnen stehen bei einer Inanspruchnahme aus der Handelndenhaftung zwar grundsätzlich Regressansprüche gegen die Gesellschaft zu, die Gesellschaft muss diese aber in finanzieller Hinsicht auch erfüllen können (dies ist bei Start-ups in der Gründungsphase oftmals nicht der Fall). In persönlicher Hinsicht ist ferner zu berücksichtigen, dass die Handelndenhaftung sowohl für Geschäftsführerinnen greift als auch für alle Personen, die wie solche

in the insured amount and that the company's assets are not encumbered beyond the specified incorporation expenses when they arrange for the (uncorrected) commercial register application to be submitted. The managing directors must then maintain this state until the commercial register application has been received by the court.

Liability when acting before Registration

Pursuant to sec. 11 para. 2 German Limited Liability Companies Act (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), the managing directors are also personally liable towards third parties for all legal transactions which they undertake in the name of the company prior to Registration of the company ("**Agent Liability**", *Handelndenhaftung*). Contractual partners of the company can therefore make claims against the managing directors as if they had acted in their own name. In contrast, the Agent Liability does not apply in the case of statutory liabilities, *i.e.*, due to non-payment of taxes, levies, fees and (social security) contributions. The Agent Liability generally ceases to apply with Registration, also for liabilities incurred prior to the Registration. The contractual partners can then only assert claims against the company. On the other hand, the Agent Liability remains in force insofar as the managing directors have exceeded their power of representation. Furthermore, the Agent Liability remains in force in all cases in which – for whatever reason – Registration does not take place. In principle, the managing directors are entitled to recourse against the company in the event of a claim under the Agent Liability, but the latter must also be able to meet such recourse claims in financial terms (which is often not the case at a start-up during its founding phase). From a personal point of view, it should also be taken into account that the Agent Liability applies both to managing directors and to all persons

tätig werden. Das bedeutet, dass die Handelnhaftung mithin unabhängig von der Wirksamkeit der Bestellung zur Geschäftsführerin ist.

Verlustdeckungshaftung und Unterbilanzhaftung als Gesellschafterin

Für die gründenden Gesellschafterinnen wirkt sich die fehlende Haftungsbeschränkung vor Eintragung in zwei Formen potenzieller Haftung aus: der sog. Verlustdeckungshaftung und der Unterbilanzhaftung. Hierbei geht es um die Haftung als Gesellschafterin, die neben und unabhängig von der Haftung als Geschäftsführerin steht.

Soweit das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur Abdeckung der Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft ausreicht, müssen die Gesellschafterinnen der Gesellschaft die Fehlbeträge erstatten ("**Verlustdeckungshaftung**"). Dies gilt unabhängig davon, ob sie ihre Einlage bereits erbracht haben oder nicht.

Wenn die Gesellschafterinnen (nachweisbar) der vorzeitigen Geschäftstätigkeit widersprochen hatten und sich die Geschäftsführung darüber hinwegsetzte, ist die Verlustdeckungshaftung auf die von den Gesellschafterinnen versprochene Einlage beschränkt.

Ansonsten ist ihre Haftung gegenüber der Vor-Gesellschaft unbeschränkt und jede Gesellschafterin kann von der Vor-Gesellschaft (bzw. indirekt und in Ausnahmefällen sogar direkt von einer Gläubigerin) entsprechend ihrer Beteiligung (*pro rata*) in Anspruch genommen werden. Allerdings besteht für die Mitgesellschafterinnen eine Ausfallhaftung, sofern ein Haftungsanspruch gegen eine Gesellschafterin nicht durchsetzbar ist. Sachlich umfasst die Verlustdeckungshaftung sämtliche Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft, also rechtsgeschäftliche ebenso wie gesetzliche, etwa insbesondere die Verbindlichkeiten gegenüber den Sozialversicherungsträgern auf Abführung der Sozialversicherungsbeiträge.

who act as such. This means that the Agent Liability is therefore independent of the effectiveness of the appointment as managing director.

Loss Cover Liability and Adverse-Balance Liability as Shareholder

For the founding shareholders, the absence of limited liability prior to Registration leads to the following two types of potential liability: the so-called "Loss Cover Liability" and the "Adverse-Balance Liability". This concerns liability as a shareholder, which stands alongside and independently of the liability as a managing director.

If the company's assets are no longer sufficient to cover the liabilities of the Pre-company, the shareholders must refund the shortfall to the company ("**Loss Cover Liability**", *Verlustdeckungshaftung*). This applies regardless of whether or not they have already paid their contribution.

If the shareholders (provably) objected to the Premature Business Activity and the managing directors disregarded such objection, the Loss Cover Liability is limited to the contribution promised by the shareholders.

Otherwise, their liability towards the Pre-company is unlimited and each shareholder can be held liable by the Pre-company (resp. indirectly and in exceptional cases even directly by a creditor) corresponding to their shareholding (*pro rata*). However, the co-shareholders bear a deficiency liability if a liability claim against a shareholder cannot be enforced. The Loss Cover Liability includes all liabilities of the predecessor Pre-company, *i.e.*, both legal and statutory liabilities, such as in particular the liabilities to the social security institutions for the payment of social security contributions.

Um die Verlustdeckungshaftung auszuschließen, könnte allenfalls mit den Geschäftspartnerinnen der Vor-Gesellschaft – sofern diese sich hierauf einlassen – eine individuelle Haftungsbeschränkung vereinbart werden.

Wenn die Eintragung scheitert und der Geschäftsbetrieb sofort eingestellt wird, bleibt es bei der Verlustdeckungshaftung. Wird der Geschäftsbetrieb ohne Beabsichtigung der Eintragung fortgeführt, bilden die Gesellschafterinnen von diesem Zeitpunkt an eine Personengesellschaft und haften persönlich (keine beschränkte Haftung).

Wenn die Vor-Gesellschaft eingetragen und damit zu einer GmbH / UG wird, wandelt sich die Verlustdeckungshaftung zu einer Vorbelastungs- oder auch "**Unterbilanzhaftung**" in Bezug auf die vor Eintragung erwirtschafteten Verluste. Konkret bedeutet dies, dass die Gesellschafterinnen der Gesellschaft so viel Kapital zur Verfügung stellen müssen, wie erforderlich ist, damit die Gesellschaft das im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Stammkapital erreicht. Der Umfang der Haftung der einzelnen Gesellschafterinnen richtet sich grundsätzlich nach dem aufgrund ihrer Einlageverpflichtung geschuldeten Kapitalbetrag. Da die Unterbilanzhaftung aber insgesamt die volle Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung sicherstellen soll, haften die Gesellschafterinnen auch für die nicht-aufbringbaren Differenzbeträge ihrer Mit-Gesellschafterinnen. Die oben angesprochene anteilige Haftung läuft bei Geltung der Unterbilanzhaftung somit ins Leere.

Die Verlustdeckungshaftung und die Unterbilanzhaftung bilden somit ein einheitliches Konzept der Gründerhaftung. Welche Haftungsform zum Tragen kommt hängt davon ab, ob die Gesellschaft eingetragen wird.

In order to exclude the Loss Cover Liability, an individual limitation of liability could be agreed with the business partners of the Pre-company, provided that they agree to such limitation.

If the Registration fails and the business operation is immediately discontinued, the Loss Cover Liability remains. If the business operation is continued without the intention of Registration, the shareholders form part of a civil law partnership and are personally liable as partners (no limited liability applying).

If the Pre-company is registered and thereby becomes a company, the Loss Cover Liability switches into the so-called "**Adverse-Balance Liability**" (*Vorbelastungshaftung* or *Unterbilanzhaftung*) with regard to the losses generated prior to Registration. This effectively means that the shareholders have to make available to the company any capital that is required for reaching the statutory capital set-out in the company's articles of association. The extent of the individual shareholders' liability is generally determined by the amount of capital owed on the basis of their contribution obligation. However, since the Adverse-Balance Liability is generally intended to ensure the full capitalization of the company at the time of registration, the shareholders are also liable for the differential amounts that cannot be raised from their co-shareholders. The above-mentioned pro rata liability thus runs into the void if the Adverse-Balance Liability applies.

Loss Cover Liability and Adverse-Balance Liability thus form a uniform concept of founder's liability. Which form of liability is applied depends on whether the company is ultimately registered.

Zusammenfassung

Geschäftsführerinnen und Gesellschafterinnen sollten bei allen Handlungen und Maßnahmen Vorsicht walten lassen, welche sie für ihre Founder Holding oder das Start-up vornehmen wollen, bevor die jeweilige Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist. Insbesondere, wenn Verbindlichkeiten begründet werden sollen, ist Vorsicht geboten, sofern diese über reine Gründungsgeschäfte hinausgehen. Der Vollständigkeit halber: Es ist zu beachten, dass auch nach der Eintragung bestimmte Pflichten gegenüber Geschäftsführerinnen, sonstigen Vertreterinnen und auch Gesellschafterinnen fortbestehen, die eine weitere (persönliche) Haftung begründen können.

*Für weitere Informationen verweisen wir auf die **Orrick Legal Ninja Series** – unsere ständig wachsende Sammlung an Praxisleitfäden zum kostenlosen Download unter:*

<https://www.orrick.com/de-DE/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS>.

Summary

Managing directors and shareholders should be cautious with regard to all actions and measures they intend to take for their founder holding or start-up before the respective company has been registered with the commercial register. In particular, if liabilities are to be created, caution is required if these go beyond mere founding transactions. For the sake of completeness: Please be aware that following Registration certain duties and obligations continue to apply with regard to managing directors, other agents, and also shareholders, which can further give rise to (personal) liability.

*For further information please also see the **Orrick Legal Ninja Series** – our growing library of practical guides that can be downloaded for free under:*

<https://www.orrick.com/en/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS>.