

**Entwurf eines Gesetzes
für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
mit
gebundenem Vermögen**

vorgelegt von Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Arne von Freeden, LL.M.,

Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M.

und Prof. Dr. Rüdiger Veil

mit steuerlichen Begleitänderungen

vorgelegt von

Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., und Dr. Arne von Freeden, LL.M.

I. Wichtigste Neuerungen des vorliegenden Entwurfs im Überblick	6
1. Neue Bezeichnung: Gesellschaft mit gebundenem Vermögen	7
2. Zusätzliche Voraussetzungen für den Vermögensbindungsbeschluss	7
3. Verbesserte Absicherung der Vermögensbindung	8
4. Schutz der Gläubiger der Gesellschafter	10
II. Allgemeine Überlegungen zum Entwurf (Sanders)	11
1. Die Grundidee	11
a) Begrifflichkeiten	11
b) Vermögensbindung	12
c) Unternehmerische Motivation und Gewinnorientierung	13
d) Langfristige Selbständigkeit und Weitergabe des Unternehmens innerhalb einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“	16
2. Bedürfnis für eine neue Rechtsformvariante	18
3. Leitgedanken einer neuen Rechtsformvariante	20
4. Umsetzung im GmbHG	21
a) Dauerhafte Vermögensbindung	21
b) Absicherung der Vermögensbindung durch geeignete Governance	22
c) Intrinsisch motivierte Gesellschafter als Grundlage der GmbH-gebV	24
d) Offenheit für verschiedene Unternehmensziele	24
e) Gestaltungsfreiheit und zwingendes Recht	25
5. Steuerrechtliche Behandlung (Kempny)	26
III. Entwurf eines Gesetzes zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen im GmbHG (GmbHG-gebV)	28
Artikel 1	28
Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	28
1. § 9c Abs. 2 wird wie folgt geändert	28
§ 77a	29
§ 77b	29
§ 77c	30
§ 77d	31
§ 77e	32
§ 77f	32
§ 77g	32
§ 77h	33
§ 77i	33
§ 77j	34
§ 77k	35
§ 77l	35
§ 77m	36

§ 77n	36
§ 77o	36
§ 77p	37
Artikel 2	37
Änderung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes	37
Artikel 3	38
Änderung des Körperschaftsteuergesetzes	38
IV. Erläuterungen zum Gesetzestext im Einzelnen	39
1. Zur vorgeschlagenen Änderung von § 9c GmbHG	39
2. Zu § 77a Gesellschaft mit gebundenem Vermögen	39
a) Rechtsformzusatz	39
b) Zweck	39
c) Die Gesellschafter der GmbH-gebV	41
aa) Beschränkung des Kreises potentieller Gesellschafter	41
bb) Ausschluss potentieller Gesellschafter verfassungsrechtlich unbedenklich	43
cc) Beteiligung von Gesellschaftern, die § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV nicht entsprechen	43
d) Anwendbarkeit des GmbH-Rechts, Stimmrecht und Anteile	45
3. § 77b Herstellung der dauerhaften Vermögensbindung	46
a) Allgemeines	46
b) Der Vermögensbindungsbeschluss	46
aa) Absatz 1	46
bb) Absatz 2	47
c) Gläubigerschutz	48
4. Zu § 77c Übertragung und Vererbung von GmbH-gebV -Geschäftsanteilen	50
a) Allgemeine Überlegungen	50
b) Absatz 2 Übertragung unter Lebenden	51
aa) Allgemeines und Vinkulierung	51
bb) Halten eigener Anteile	52
cc) Gutgläubiger Erwerb	52
c) Absatz 3 Veräußerung zu einem über dem Nennwert liegenden Kaufpreis	53
d) Absatz 4 Nachfolge von Todes wegen	55
aa) Erben sind taugliche Gesellschafter und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden (Konstellation 1)	57
bb) Erben sind <i>keine</i> tauglichen Gesellschafter und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden (Konstellation 2)	58
cc) Erben sind taugliche Gesellschafter und neben ihnen sind <i>keine</i> weiteren Gesellschafter vorhanden (Konstellation 3)	58
dd) Erben sind <i>keine</i> tauglichen Gesellschafter und neben ihnen sind <i>keine</i> weiteren Gesellschafter vorhanden (Konstellation 4)	58
e) Ausschluss der Vererblichkeit in Absatz 4	58
aa) Tod eines Gesellschafters bei überlebenden Gesellschaftern	59
bb) Tod des letzten Gesellschafters	59

5. Zur Finanzverfassung in der GmbH-gebV	62
a) Allgemeine Überlegungen zur Finanzverfassung	62
b) Zu § 77d Aufbringen von Fehlbeträgen in der GmbH-gebV	63
c) Zu § 77e Unbeschränkte Nachschusspflicht in der GmbH-gebV	64
d) Zu § 77f Ergebnisverwendung in der GmbH-gebV	65
e) Zu § 77g Vermögensbindung	66
aa) Allgemeine Überlegungen	66
bb) Verdeckte Gewinnausschüttung	67
(1) Allgemeine Überlegungen	67
(2) Orientierung an § 30 Abs. 1 GmbHG	68
(3) Vollwertiger Gegenleistungsanspruch und Gesellschaftervergütung	69
(4) Darlehen, Cash-Pooling und Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 77h)	70
f) Zu § 77h Erstattung verbotener Zahlungen und Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers	71
aa) Erstattung verbotener Zahlungen	71
bb) Generell zum Geschäftsführer in der GmbH-gebV	72
cc) Zu § 77h Abs. 2 Anpassung der Haftung des Geschäftsführers	72
dd) Fälle im Einzelnen	72
Fall 1: Überhöhte Vergütung	73
Fall 2: Veräußerung von Unternehmensvermögen	73
Fall 3: Zuwendungen an persönlich nahestehende Dritte	73
Fall 4a: Zuwendungen an Schwestergesellschaft	74
Fall 4b: GmbH-gebV übernimmt die Verluste einer anderen Gesellschaft	75
6. § 77i Unternehmensverträge und Genussrechte	75
7. Absicherung der Vermögensbindung/Governance in der GmbH-gebV	77
a) Allgemeine Überlegungen	77
aa) Ansatz des geltenden GmbH-Rechts	77
bb) Herausforderungen der Governance in der GmbH-gebV	78
b) Mögliche Lösungen	79
aa) Verbindlicher Aufsichtsrat?	79
bb) Lösungen aus anderen Rechtsordnungen	80
cc) Der erste Entwurf: Prinzipiengeleitete Regelungstechnik	81
c) Lösungsvorschlag: Berichtspflicht mit externer Prüfung und Durchsetzung	81
aa) Vorschlag 1	82
(1) Wesentliche Regelungselemente	82
(2) Der Bericht über die Vermögensbindung	82
(3) Prüfung des Berichts durch den Wirtschaftsprüfer	83
(4) Auflösungsklage aufgrund der Verletzung der Vermögensbindung	84
(5) Die unabhängige Einrichtung gem. § 77j Abs. 4 GmbHG-gebV	85
bb) Lösungsvorschlag 2: Mitgliedschaft im Prüfverband	87
§ 77j Vorschlag 2	87
8. Zum Austritt und Ausschluss eines GmbH-gebV Gesellschafters und zur Einziehung von GmbH-gebV-Geschäftsanteilen	89
a) Allgemeine Überlegungen zum Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters und zur Einziehung von Geschäftsanteilen	89
b) Zu § 77k Anspruch auf Erstattung der Einlage	90

9. Zur Auflösung und Insolvenz der GmbH-gebV	92
a) Zu § 77l Auflösung der Gesellschaft und Erlösverwendung	92
aa) Allgemeine Überlegungen	92
bb) Anspruch auf den Liquidationserlös	94
b) Insolvenz der Gesellschaft	94
10. Insolvenz eines Gesellschafters und Pfändung eines Geschäftsanteils	97
a) Insolvenz des Gesellschafters	97
b) Zu § 77m Nr. 1 GmbHG-gebV Insolvenz eines VE-Gesellschafters	98
c) Zu § 77m Nr. 2 GmbHG-gebV Pfändung eines Geschäftsanteils	98
11. Zur Umwandlung	99
a) Die GmbH-gebV in der Umwandlung	99
aa) Zu § 77n Abs. 1 Anwendbarkeit des Umwandlungsgesetzes	99
bb) Zu § 77n Abs. 2 Abfindungsangebot im Verschmelzungsvertrag	100
cc) Zu § 77n Abs. 3 Vermögensübertragung bei der GmbH-gebV	102
dd) Zu § 77n Abs. 4 Grenzüberschreitende Verschmelzung einer GmbH-gebV	102
ee) Zu § 77m Abs. 5 Formwechsel	103
b) Zu § 77o Verschmelzung der GmbH-gebV	103
aa) § 77o Abs. 1 Nr. 1	103
bb) § 77o Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3	104
cc) § 77o Abs. 2	106
c) Zu § 77p Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) der GmbH-gebV	106
aa) § 77p Abs. 1	106
bb) § 77p Abs. 2	108
IV. Steuerliche Begleitänderungen im Zuge der Einführung einer Gesellschaft mbH mit gebundenem Vermögen (Kempny/von Freeden)	113
1. Zur Änderung des ErbStG	113
2. Zur Änderung des KStG	113
3. Änderung erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Erlasslage	113

Bei diesem Gesetzesentwurf mit Erläuterungen, vorgelegt von Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Arne von Freeden, LL.M., Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., Prof. Dr. Florian Mösllein, LL.M., Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. und Prof. Dr. Rüdiger Veil, handelt es sich um eine **Weiterentwicklung des Entwurfs „GmbH in Verantwortungseigentum“**, der im Juni 2020 der Öffentlichkeit vorgelegt und im Juli 2020 auf einer rechtswissenschaftlichen Konferenz diskutiert wurde.

Die Autorinnen und Autoren freuen sich über das große Interesse. Gerade die Reaktionen vieler Unternehmerinnen und Unternehmer zeigen, dass ein Bedarf für eine Rechtsform besteht, von der das vertrauenswürdige Signal ausgeht, das Unternehmen werde nicht aus einem Gewinninteresse der Gründerinnen und Gründer geführt. Das Projekt einer Reform des GmbH-Rechts steht im Kontext einer weltweiten Debatte um nachhaltiges Unternehmertum. Deshalb ist der Reformentwurf in Politik, Wissenschaft und Praxis auf positive Resonanz gestoßen.

Die im letzten halben Jahr erschienenen Fachbeiträge und rechtspolitische Stellungnahmen haben wichtige Anregungen dafür gegeben, die Regelungsvorschläge zu verbessern. Der nunmehr vorgelegte Entwurf berücksichtigt die sachliche Kritik. Die Autorinnen und Autoren sind insbesondere den Kolleginnen und Kollegen, die auf der Konferenz im Juli 2020 zu dem ersten Entwurf fundiert Stellung genommen haben, sehr dankbar.

Die Autorinnen und Autoren haben bei der Weiterentwicklung des Entwurfs erneut vom Dialog mit Unternehmerinnen und Unternehmern sowie der Stiftung Verantwortungseigentum profitiert. Der Entwurf eines Gesetzesvorschlags ist aber keine Auftragsarbeit. Es handelt sich um ein unabhängiges Forschungsprojekt der Autorinnen und Autoren.

Die Diskussion und konzeptionelle Erarbeitung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften erfolgte im Rahmen einer **Arbeitsgruppe mit den Mitgliedern** Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb (Universität zu Köln), Dr. Arne von Freeden, LL.M. (Flick Gocke Schaumburg), Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M. (Universität Bielefeld), Prof. Dr. Florian Mösllein, LL.M. (Philipps-Universität Marburg), Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. (Universität Bielefeld) und Prof. Dr. Rüdiger Veil (Ludwig-Maximilians-Universität München).

Die Formulierung und wesentliche Erarbeitung der **gesellschaftsrechtlichen Vorschriften und der Erläuterungen** erfolgte durch Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. Die Erläuterungen sollen die Überlegungen zu den Vorschriften deutlich machen. Sie erheben nicht den Anspruch einer umfassenden wissenschaftlichen Aufarbeitung.

Die Ausarbeitung der **steuerrechtlichen Vorschriften und Erläuterungen** erfolgte durch Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., und Dr. Arne von Freeden, LL.M.

Für wichtige Hinweise aus der Praxis und Vorschläge sei außerdem den Rechtsanwältinnen Uwe Müller (Winheller) und Tom Braegelmann (Schalast) gedankt.

I. Wichtigste Neuerungen des vorliegenden Entwurfs im Überblick

Die Mitglieder der akademischen Arbeitsgruppe haben sich intensiv mit der am ersten Entwurf geäußerten Anregungen und Kritik auseinandergesetzt.¹ Soweit sie kritische Anmerkungen für berechtigt hielten, haben sie sie aufgegriffen und den Entwurf insbesondere in folgenden Bereichen geändert:

- **1. Änderung der Bezeichnung zu „Gesellschaft mbH mit gebundenem Vermögen“**
- **2. Voraussetzungen für den Vermögensbindungsbeschluss, § 77b GmbHG-gebV**
- **3. Weitere Absicherung der Vermögensbindung und Verhinderung von Missbrauch durch**
 - Vorgaben zur **Unternehmensfinanzierung, § 77i GmbHG-gebV**
 - **Verbindliche Vorgaben zur Governance, § 77j GmbHG-gebV**. Es werden zwei Vorschläge unterbreitet:
 - Der erste Vorschlag fügt sich rechtssystematisch friktionslos in das GmbHG ein.

¹ U.a. Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer, NZG 2020, 1321; Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer, ZStV 2020, 201; Fischer/Fischer, BB 2020, 2122; Grunewald/Hennrichs, NZG 2020, 1201; Habersack, GmbHR 2020, 992; Hüttemann/Rawert/Weitemeyer, npoR 2020, 296 = FAZ v. 4.9.2020; Reiff, ZIP 2020, 1750; von Homeyer/Reiff, npoR 2020, 224; Weitemeyer, FS Hopt, 2020, S. 1419.

- Der zweite (in den Erläuterungen dargestellte) Vorschlag zeigt einen Weg auf, die Governance durch eine zwingende Mitgliedschaft in einem Prüfverband zu stärken. Er rekurriert auf Mechanismen und Institute des Genossenschaftsrechts.
 - Festlegung eines **erwerbswirtschaftlichen oder gemeinnützigen Gesellschaftszwecks**, § 77a Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV.
 - Vorschlag einer Regelung im Gesellschaftsvertrag zur **Verhinderung einer Anteilveräußerung über dem Nominalwert**, § 77c Abs. 2 S. 4 und 5 GmbHG-gebV.
 - **Verhinderung der Privatisierung des Liquidationserlöses**, § 77l Abs. 2 GmbHG-gebV.
- **4. Schutz der Gläubiger der Gesellschafter** durch Anspruch auf Sicherheitsleistung, § 77b Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV

1. Neue Bezeichnung: Gesellschaft mit gebundenem Vermögen

Die Mitglieder der Arbeitsgruppe haben sich entschlossen, die Kritik an der Bezeichnung **der Rechtsform** aufzugreifen. Die wissenschaftliche und politische Diskussion hat gezeigt, dass der im ersten Entwurf verwandte Begriff „Verantwortungseigentum“ Anlass zu Missverständnissen gibt. Es ist richtig, dass verantwortungsvolles Unternehmertum in vielen Rechtsformen praktiziert wird. Die nunmehr vorgeschlagene Bezeichnung **„Gesellschaft mit gebundenem Vermögen (GmbH-gebV)“** stellt die wesentliche Charakteristik der neuen Rechtsform unmissverständlich klar.²

2. Zusätzliche Voraussetzungen für den Vermögensbindungsbeschluss

Die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen kann bereits als solche gegründet werden. Wird der Beschluss zur dauerhaften Vermögensbindung später getroffen, ist von großer

² Die Arbeitsgruppe verwendet „Vermögensbindung“ und nicht „Kapitalbindung“, da der Begriff „Kapital“ im Gesellschaftsrecht eher mit dem Stamm- bzw. Mindestkapital in Verbindung gebracht wird.

Bedeutung, dass alle Gesellschafter diesem Schritt und in vollem Bewusstsein seiner weitreichenden Folgen zustimmen. Auch die Rechte der Arbeitnehmer³ müssen angemessen berücksichtigt werden. Um die Information der Arbeitnehmer sicherzustellen, hat der Entwurf inhaltliche Vorgaben an den Beschluss unter Anlehnung an das Umwandlungsrecht präzisiert.

3. Verbesserte Absicherung der Vermögensbindung

Die überarbeitete Fassung des Entwurfs sichert die Vermögensbindung durch zusätzliche Regelungen im Bereich **Unternehmensfinanzierung/Corporate Finance** und durch verbindliche Vorgaben zur **Governance** ab.

Damit reagiert der Entwurf auf die in der Diskussion geäußerte Kritik,⁴ die Absicherung der Vermögensbindung sei lückenhaft und die Rechtsform könne daher missbraucht werden. Bereits der erste Entwurf ging davon aus, dass die Vermögensbindung gegenüber dem allgemeinen GmbH-Recht einer besonderen Absicherung bedarf. Um einen Missbrauch der Rechtsform zu verhindern, sind Regelungen vorgesehen, bei deren Verletzung Schadensersatzansprüche entstehen. Damit diese nicht nur im Insolvenzfall vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden, sind wirksame **Governance-Mechanismen** erforderlich.

Der Entwurf schlägt einen **durch einen externen Wirtschaftsprüfer zu prüfenden Bericht zur Beachtung der Vermögensbindung** vor. Schwerwiegende Verletzungen der Vermögensbindung können die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben. Zur Stellung eines entsprechenden Antrags sind nicht nur die Gesellschafter berechtigt, sondern auch eine speziell zu diesem Zweck im Gesellschaftsvertrag zu benennende, unabhängige Einrichtung. Damit wird sichergestellt, dass auch in der Einpersonen-Gesellschaft ein Missbrauch der Gesellschaft verhindert wird. Dieser Vorschlag würde sich für systemkonforme Umsetzung im GmbHG eignen.

Der Entwurf legt in den Motiven allerdings auch den ersten Ansatz einer weitergehenden Lösung vor. Diese nutzt Instrumente des Genossenschaftsrechts, indem sie die Verpflichtung zur

³ Der Text verwendet im Folgenden im Interesse der besseren Lesbarkeit allein die männliche Form für Angehörige aller Geschlechter.

⁴ Etwa *Grunewald/Hennrichs*, NZG 2020, 1201 (1203 ff.); *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321 (1326 f.); *Habersack*, GmbHR 2020, 992 (994 ff.); *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer*, npoR 2020, 296 = FAZ v. 4.9.2020, S. 16.

Mitgliedschaft in einem Prüfverband vorsieht, von dem die Berichte regelmäßig zu prüfen sind. Eine solche Regelung würde sich allerdings in das GmbHG nicht friktionslos einfügen und käme eher in einem eigenen Statut für die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen in Betracht.

Der neue **§ 77i GmbHG-gebV** enthält gegenüber dem früheren Vorschlag **strengere Vorgaben für Unternehmensverträge und Genussrechte**. Während die Finanzierung der Gesellschaft am Markt unter Einsatz schuldrechtlicher gewinnbezogener Instrumente möglich bleibt, schränkt der Entwurf die Möglichkeiten für Gesellschafter ein, über schuldrechtliche Instrumente und Unternehmensverträge die Vermögensbindung zu umgehen. Die Angemessenheit von Vereinbarungen mit Dritten ist im Rahmen des nach **§ 77j GmbHG-gebV** verbindlichen Berichts zu prüfen.

Damit eine GmbH-gebV nicht zur zweckfreien Verwaltung eigenen Kapitals missbraucht werden kann, sieht **§ 77a Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV** vor, dass die Gesellschaft **einen erwerbswirtschaftlichen oder gemeinnützigen Zweck** verfolgen muss.

Zentral für die Konzeption der GmbH-gebV ist, dass die Gesellschafter das in der Gesellschaft gebundene Vermögen nicht persönlich für sich vereinnahmen können, sondern ihre Anteile als Treuhänder für die nächste (Unternehmer-)Generation halten. Eine **Veräußerung eines Geschäftsanteils zu einem Preis, der den Nennwert übersteigt**, kann insofern als problematisch angesehen werden. Gesellschaftern, die diese Einschätzung teilen, stellt der Entwurf in **§ 77c Abs. 3 GmbHG-gebV** eine Gestaltungsoption bereit, die solche Veräußerungen vermeidet und die Folgen eines Verstoßes regelt.

Damit auch im Fall der Liquidation das in der Gesellschaft gebundene Vermögen nicht von den Gesellschaftern vereinnahmt werden kann, sah bereits der erste Entwurf vor, dass der Liquidationserlös einer gemeinnützigen Einrichtung oder einer anderen Gesellschaft mit gebundenem Vermögen auszukehren sei. Zur **Absicherung dieser Auszahlung des Liquidationserlöses**, insbesondere im Fall einer Einpersonen-Gesellschaft, sieht der Entwurf in **§ 77k Abs. 2 und 3 GmbHG-gebV** einen eigenen Anspruch dieser Empfänger vor, dessen Erfüllung vor der Löschung anzuzeigen ist.

4. Schutz der Gläubiger der Gesellschafter

In der Diskussion um den ersten Entwurf wurde geltend gemacht, die Gründung einer entsprechenden Gesellschaft könne dazu dienen, Gläubigern der Gesellschafter Vermögen zu entziehen,⁵ weil diese über eine Pfändung des Gesellschaftsanteils – ebenso wenig wie der Gesellschafter selbst – auf das nun in der Gesellschaft gebundene Vermögen nicht zugreifen können. Zur Lösung dieses Problems sieht der Entwurf für die Gläubiger des Gesellschafters einen Anspruch auf Sicherheitsleistung vor, § 77b Abs. 5 GmbHG-gebV.

⁵ *Habersack*, GmbHR 2020, 992 (996); *Grunewald/Henrichs*, NZG 2020, 1201 (1204).

II. Allgemeine Überlegungen zum Entwurf (Sanders)

1. Die Grundidee

Der vorliegende Gesetzesentwurf mit Erläuterungen erarbeitet Vorschläge für eine Rechtsformvariante der GmbH, die einen rechtlichen Rahmen für Unternehmen mit einem treuhänderischen Unternehmensverständnis eröffnet.⁶ Unternehmer verstehen sich danach als Treuhänder, die das Unternehmen zwar leiten und entwickeln, es aber nicht als persönliches Vermögen, sondern für die nächste Generation halten. Mit der Rechtsformvariante soll zusätzlich zu den bereits vorhandenen Rechtsformen eine weitere Option zur Verfügung gestellt werden, mit der unternehmerische und gemeinnützige Projekte verwirklicht werden können. Eine Umsetzung des Vorschlags erweitert die Privatautonomie, indem eine weitere Gestaltungsmöglichkeit im Wettbewerb der Konzepte und Rechtsformen zur Verfügung gestellt wird.

Im Folgenden werden die den Gesetzesentwurf tragenden allgemeinen Überlegungen vorgestellt. Dabei wird weder der Anspruch einer umfassenden wissenschaftlichen Auseinandersetzung erhoben, noch erfolgt eine umfassende Auseinandersetzung mit der Diskussion des ersten Entwurfs. Beides bleibt einer wissenschaftlichen Publikation vorbehalten.

a) Begrifflichkeiten

Die Grundidee der Rechtsformvariante wurde unter dem Namen „Verantwortungseigentum“ auf Initiative der Stiftung Verantwortungseigentum bekannt, berücksichtigt aber zahlreiche Vorbilder im In- und Ausland und steht im Kontext der weltweiten Suche nach geeigneten Rechtsformen für nachhaltiges Unternehmertum. Dabei war und ist es für die Mitglieder der Arbeitsgruppe selbstverständlich, dass verantwortungsvolles Unternehmertum in vielen Formen gelebt wird. Um insoweit Missverständnisse zu vermeiden, wurde die Bezeichnung der vorgeschlagenen Rechtsformvariante in GmbH mit gebundenem Vermögen geändert.

Die Begrifflichkeiten seien kurz erklärt: „Verantwortungseigentum“, „Unternehmen in Verantwortungseigentum“ oder „treuhänderisches Unternehmen“ bezeichnen als Oberbegriffe eine besondere Form von Unternehmenseigentum, welche bisher mit verschiedenen

⁶ Vgl. im Überblick *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil*, GmbHR 2020, R228; *Sanders*, ZRP 2020, 140.

Konstruktionen umgesetzt wird. Im folgenden Text ist von „Unternehmen in Verantwortungseigentum“ und „treuhänderischen Unternehmen“ die Rede, wenn das Konzept allgemein erklärt wird. Treuhänderische Unternehmer üben die Leitungsmacht über ihr Unternehmen aus, doch haben sie keinen Zugriff auf den Unternehmensgewinn und das gebundene Vermögen.

„GmbH mit gebundenem Vermögen“, Gesellschaft mbH mit gebundenem Vermögen“, oder „Gesellschaft mit gebundenem Vermögen“ bezeichnet demgegenüber die in diesem Entwurf vorgeschlagene Rechtsformvariante der GmbH zur Umsetzung der Ideen des treuhänderischen Unternehmertums bzw. des Verantwortungseigentums im GmbHG.

b) Vermögensbindung

Das klassische Gesellschaftsrecht baut – vereinfacht formuliert – wesentlich auf der Idee auf, dass das Ziel unternehmerischen Handelns in der Gewinnerzielung für die Anteilseigner liegt.⁷ Eigentümer mit treuhänderischem Unternehmensverständnis verstehen sich demgegenüber als Treuhänder, die das Unternehmen in seiner Selbständigkeit erhalten und für zukünftige Generationen entwickeln möchten. Gewinne, die normalerweise durch Dividendenrechte und einen durch Verkauf realisierbaren erhöhten Unternehmenswert von den Gesellschaftern vereinnahmt werden können, bleiben jedoch langfristig im Unternehmen gebunden. Ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen hat damit Stimm- und Teilhaberechte, aber keine Ansprüche auf Gewinnausschüttung und Liquidationserlös. Dies soll Unternehmen vom Druck kurzfristiger Gewinnmaximierung im Interesse ihrer Gesellschafter befreien und dadurch nachhaltiges, zweckorientiertes Wirtschaften, beispielsweise auch im Interesse der Mitarbeitenden und der Umwelt, ermöglichen. Im Unterschied zu gesellschaftsrechtlichen Ansätzen, die nachhaltiges Unternehmertum über die Verpflichtung auf einen gemeinwohlorientierten Corporate Purpose erreichen wollen, schafft die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen andere Rahmenbedingungen, in denen langfristig orientiertes Wirtschaften nicht in

⁷ Dabei wird nicht verkannt, dass das deutsche Gesellschaftsrecht im Rahmen des frei bestimmbareren Gesellschaftszwecks durchaus auch die Förderung von Allgemeininteressen erlaubt, vgl. nur MüKoGmbHG/*Fleischer* 3. Aufl. 2019, GmbHG § 43 Rn. 13 ff.; Baumbach/Hueck/*Beurskens*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 43 Rn. 27 f. Auch für den Normalfall unternehmerischer Tätigkeit wird nachhaltige Wertschöpfung empfohlen, vgl. Präambel DCGK 2020.

Konflikt⁸ mit privaten Gewinninteressen tritt. Insofern steht der Gesetzesentwurf im Kontext der weltweiten Suche nach geeigneten Rechtsformen für nachhaltiges Unternehmertum.

c) Unternehmerische Motivation und Gewinnorientierung

Die Vermögensbindung und damit das Fehlen von Ansprüchen auf Dividende und Liquidationserlös provoziert die Frage nach den Anreizen für ein Engagement in einem solchen Unternehmen. Geht man davon aus, dass allein oder überwiegend ökonomischer Gewinn zu unternehmerischem Handeln motiviert, dann liegt es nahe, hier ein Fragezeichen zu setzen.⁹

Natürlich mag der extrinsische Anreiz, Gewinne zu erzielen, für die Gründung und den Betrieb eines Unternehmens eine Rolle spielen. Dennoch speist sich die Motivation nicht allein hieraus. Der Wunsch nach Reputationsgewinn, sozialer Anerkennung – und vor allem die Begeisterung zur Verwirklichung eigener Ideen¹⁰ – spielen eine zentrale Rolle. Dies sollte nicht überraschen. Persönliches Engagement, sei es im Beruf als Angestellter, Beamtin, Künstler, in der Politik oder in der Familie wird schließlich ebenfalls nicht allein durch die Aussicht auf persönlichen Gewinn motiviert. Auch die Leitung eines Museums, Vereins oder einer Stiftung¹¹ setzt voraus, dass Menschen sich einsetzen, obwohl sie keinen Gewinn, sondern nur Entlohnung zu erwarten haben. Empirische Untersuchungen aus der Verhaltensökonomik und Psychologie

⁸ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, Welche Rechtsform für verantwortliches Unternehmertum?, in: FAZ Einspruch v. 8.12.2020 (abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/welche-rechtsform-fuer-verantwortliches-unternehmertum-17090351.html>); alle Internetangaben zuletzt abgerufen am 04.02.2021); zum Corporate Purpose kürzlich: *Fleischer*, ZIP 2021, 5 ff.; in Bezug auf die AG s.a. *Habersack*, FS Windbichler, 2020, 707 ff.

⁹ Dies diskutieren *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321 (1326); *Habersack*, GmbHR 2020, 992 (994 f.); *Grunewald/Hennrichs*, NZG 2020, 1201 (1203).

¹⁰ Vgl. *Berthold/Kullas/Neumann*, Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge (99) 2007, 8 ff., online abrufbar unter <http://hdl.handle.net/10419/22339>; *Elfving/Brännback/Carsrud*, Toward A Contextual Model of Entrepreneurial Intentions, in: *Carsrud/Brännback*, Understanding the Entrepreneurial Mind, 2009, 23 ff., online abrufbar unter <https://content.schweitzer-online.de/>; *Murnieks/Koltz/Shepherd*, J. Organ. Behav. (41) 2020, 115 ff., online abrufbar unter <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/job.2374>; *Carsrud/Brännback/Elfving/Brandt*, Motivations: The Entrepreneurial Mind and Behavior, in: *Brännback/Carsrud*, Revisiting the Entrepreneurial Mind, International Studies in Entrepreneurship (35) 2017, 185 ff.; *Chen/Chang/Wang/Chen*, Entrepreneurship Research Journal, 2017, 20160001.

¹¹ Vgl. *Sandberg*, ZStV 2013, 97.

zeigen sogar, dass die stärkste Motivation bei allen Tätigkeiten, die kognitive Kapazitäten erfordern, die intrinsische Motivation ist und nicht extrinsische Anreize.¹²

Auch Anreize für die Gründung eines Unternehmens gehen über die alleinige Ausrichtung auf Gewinn hinaus. Der Einsatz aus der Begeisterung für die Verwirklichung eigener Ideen ist sogar zentrale Antriebsfeder unternehmerischen Handelns.¹³ Laut dem Deutschen Startup Monitor planen über 45 % der Gründer einen vollständigen Besitz/Erhalt der Unternehmensanteile, laut Global Entrepreneurship Monitor gründen nur 18 % der deutschen Gründer mit dem Ziel, ein hohes Einkommen bzw. großen Wohlstand zu erreichen.¹⁴ Insbesondere für Familienunternehmen, die für Gesellschaften mit treuhänderischem Unternehmensverständnis Vorbildcharakter haben, ist es in der ökonomischen Forschung anerkannt, dass diese nicht allein auf Gewinn ausgerichtet sind, sondern die Mehrung von „socio-emotional Wealth“ eine zentrale Rolle spielt.¹⁵

Für Unternehmensgründer schließen sich monetäre Anreize und intrinsische Motivation also keineswegs aus. Der deutsche Mittelstand hat mit langfristigem Erfolg beides vereinbart. Treuhänderisches Unternehmertum sieht sich in dieser Tradition. Auch wenn monetäre Anreize notwendigerweise begrenzt sind, sind sie in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen keineswegs ausgeschlossen. Gesellschafter bringen eine Einlage als Grundlage ihres Geschäftsanteils ein, die sie zurückerhalten, wenn sie die Gesellschaft verlassen oder diese aufgelöst wird. Mit dem möglichen Verlust der Einlage gehen sie ein finanzielles Risiko ein. Insofern lässt sich durchaus von einem Zusammenhang von Leitungsmacht und Haftung sprechen,

¹² Siehe etwa Frey, Markt Und Motivation: Wie ökonomische Anreize die (Arbeits-)Moral verdrängen, 1. Aufl. 1997, 20 ff.; Frey/Osterloh, Journal of Management Inquiry (14) 2015, 96 (101 ff.).

¹³ Vgl. Berthold /Kullas/Neumann, Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge (99) 2007, 10 f., online abrufbar unter <http://hdl.handle.net/10419/22339> (zuletzt geprüft am 05.06.2020); Carsrud/Brännback/Elfvig/Brandt, Motivations: The Entrepreneurial Mind and Behavior, in: Brännback/Carsrud, Revisiting the Entrepreneurial Mind, International Studies in Entrepreneurship (35) 2017, 185 ff.

¹⁴ Deutscher Startupmonitor 2020, 46 f. (abrufbar unter https://deutscherstartupmonitor.de/wp-content/uploads/2020/09/dsm_2020.pdf); Global Entrepreneurship Monitor Unternehmensgründungen im weltweiten Vergleich Länderbericht Deutschland 2019/20, 33 f. (abrufbar unter <https://www.rkw-kompetenzzentrum.de/gruendung/studie/global-entrepreneurship-monitor-20192020/>).

¹⁵ Näher zu diesem in der betriebswissenschaftlichen Literatur diskutierten Konzept der nicht-finanziellen Ziele von Unternehmerfamilien mit zahlreichen Nachweisen: Felden/Hack/Hoon, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, 49 ff.

auch wenn die Gesellschafter der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen – wie die Gesellschafter jeder anderen GmbH – nicht persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Überdies können sie für ihre Tätigkeit eine durchaus leistungsorientierte, angemessene Vergütung erhalten, die ihren Lebensunterhalt komfortabel sichert und Vorsorge für das Alter ermöglicht. Ehrenamtliche Tätigkeit wird keineswegs verlangt.

Eine Individualisierung des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens durch Ausschüttung der Gewinne und gewinnträchtigen Anteilsverkauf ist in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen allerdings nicht möglich. Daher ist eine Stellung als Gesellschafter in einer solchen Gesellschaft sicherlich nicht für jeden Unternehmer das Richtige. Dies nimmt der vorliegende Entwurf auch nicht für sich in Anspruch. Verantwortungsvolles, langfristig orientiertes Unternehmertum hat und braucht viele Gesichter. Der vorliegende Entwurf möchte daher die bereits bestehenden Rechtsformen um eine weitere Option für die Unternehmer bereichern, die ein treuhänderisches Unternehmensverständnis leben möchten.

Die durch die Vermögensbindung begrenzten monetären Anreize für Gesellschafter bedeuten allerdings keinesfalls, dass für Unternehmen in Verantwortungseigentum selbst Vermögen und Gewinn als Größe der Unternehmensentwicklung keine Rolle spielen und sie notwendig gemeinnützig tätig sind.¹⁶ Im Gegenteil treten Unternehmen, die mit Hilfe verschiedener rechtlicher Modelle bereits in diesem Sinne verfasst sind, in der Regel gewinnorientiert am Markt auf, wie beispielsweise Zeiss und Bosch. Der Gewinn eines Unternehmens ist

¹⁶ Für eine differenzierte Diskussion des Gewinnprinzips im unternehmerischen Kontext lohnt sich ein Blick in die Anfänge der modernen deutschen Betriebswirtschaftslehre. Erich Gutenberg differenziert zwischen der Gewinnmaximierung als einem langfristigen, abstrakten Ziel von Unternehmen in liberalen Wirtschaftssystemen auf der einen Seite, so wie es auch im „Wöhe“ – dem Standardwerk der deutschen Betriebswirtschaftslehre – seit der 1. Auflage definiert wird, und „der unübersehbaren Fülle individueller Motivationen, die zu unternehmerischer Betätigung in Wettbewerbssystemen stimulieren“ (*E. Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Erster Band, 1983, S. 466*). Es sollte also nicht die Gewinnorientierung von Unternehmen mit der individuellen Motivation von Unternehmern zu ihrem unternehmerischen Wirken gleichgesetzt werden. Diese Differenzierung ist für ein adäquates Begreifen unternehmerischer Wirklichkeit essentiell. Ob Unternehmen tatsächlich gewinnmaximierend handeln, ließe sich laut Gutenberg allerdings noch nicht einmal im Nachhinein überprüfen (ebd.). Vor diesem Hintergrund verwundert es auch nicht, dass die Verhaltensökonom Mark Armstrong und Steffen Huck in einer Studie zu dem Ergebnis kommen, dass Unternehmen regelmäßig nicht gewinnmaximierend agieren, unter anderem da dieses Optimierungsproblem viel zu komplex, unter der Annahme von Unsicherheit sogar unmöglich sei. Dass Gewinn unabhängig davon eine zentrale Bezugsgröße für Unternehmen ist und ihrem langfristigen Bestehen dient, bleibt davon unberührt. *E. Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Erster Band, 1983; Armstrong/Huck, Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer, CESifo Working Paper Series No. 2937, February 2010, online abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1553645>.*

unabhängig von der Motivation des individuellen Unternehmers eine zentrale Bezugsgröße für Unternehmen, einschließlich Unternehmen mit treuhänderischem Verständnis und Voraussetzung für ihr langfristiges Bestehen. Diese langfristige Orientierung ist ein Kernanliegen des Entwurfs.

d) Langfristige Selbständigkeit und Weitergabe des Unternehmens innerhalb einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“

Ziel der dauerhaften Vermögensbindung ist die Erhaltung und nachhaltige Entwicklung des selbständigen Unternehmens und seiner Werte über Generationen hinweg. Geschäftsanteile sollen nicht gewinnbringend veräußert, sondern an die nächste Generation aktiver Gesellschafter weitergegeben werden. Damit soll das Unternehmen auch vom Druck durch die Refinanzierung eines Veräußerungspreises befreit und Gewinne für die Unternehmensentwicklung erhalten werden.

Das Ziel der nachhaltigen Entwicklung des selbständigen Unternehmens bedeutet aber nicht, dass das Vermögen, Unternehmensteile oder andere Produktionsmittel der Gesellschaft mit verbundenem Vermögen nicht veräußert werden könnten. Vermögen soll nicht dauerhaft dem Markt entzogen werden. Eine Neuorientierung ist möglich und oft auch wünschenswert, um auf Veränderungen am Markt zu reagieren und einer neuen Generation von Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, eigene Ziele und Projekte mit dem nötigen Engagement zu verfolgen. Das Ziel ist daher nicht etwa die Perpetuierung des Unternehmens um jeden Preis, sondern die kontinuierliche Weiterentwicklung, wie es das sich ständig wandelnde Wirtschaftsleben erfordert. Insofern herrscht in der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen nicht etwa die „tote Hand“ der Gründergeneration, sondern die „lebendige Hand“ der Gesellschafter. Nicht zulässig ist allerdings die private Vereinnahmung der Verkaufserlöse aus Vermögensveräußerungen der Gesellschaft.

Grundlegend unterscheidet sich die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen auch vom Fideikommiß, einem unverkäuflichen und unpfändbaren Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit, mit dem bis zu seiner Abschaffung Anfang des 20. Jahrhunderts Adelige die Versorgung

ihrer Familien sicherten.¹⁷ Weder dient die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen der Absicherung einer Familie – dies ist vielmehr unzulässig – noch ist ihr Vermögen dem Zugriff der Gläubiger der Gesellschaft oder dem Markt entzogen. Außerdem ist die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen von den Gesellschaften jederzeit liquidierbar.

Die generationsübergreifende Ausrichtung von solchen treuhänderischen Unternehmen weist Gemeinsamkeiten mit Familienunternehmen auf.¹⁸ Bei Unternehmen in Verantwortungseigentum erfolgt die Nachfolge in die Kontrolle des Unternehmens allerdings nicht notwendig aufgrund der Angehörigkeit zu einer genetischen Familie. Vielmehr soll das Konzept gerade für Gesellschafter ohne eine biologische Familie geeignet sein, innerhalb derer das Unternehmen weitergegeben werden könnte. Die Stiftung Verantwortungseigentum spricht in diesem Zusammenhang von einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“. Auch wenn eine Nachfolge innerhalb einer Familie möglich und sinnvoll sein kann, soll nach dem Konzept der Stiftung Verantwortungseigentum nicht die Familienangehörigkeit als solche, sondern Kompetenz und die gemeinsame unternehmerische Vision mit „Schwestern und Brüdern im Geiste“¹⁹ Grundlage der Gesellschafterstellung sein. Auch finanzielle Mittel sollen nicht über eine Mitgliedschaft entscheiden. Die Vermögensbindung soll die Geschäftsanteile als Investitionsgegenstand unattraktiv machen, so dass sie zum Nominalwert weitergegeben werden können. Damit wird eine Weitergabe von Anteilen an fähige Personen unabhängig davon möglich, ob sie den höchsten Preis zahlen können.

Die Beurteilung von Kompetenz und persönlicher Passung in Nachfolgefragen ist in vielen Unternehmen eine zentrale Herausforderung. Für Unternehmen in Verantwortungseigentum kommt noch hinzu, dass die auf intrinsischer Motivation beruhende Stellung eines Gesellschafters ohne Dividendenerwartung eine besondere Identifikation mit dem treuhänderischen Unternehmensverständnis voraussetzt und nicht „jedermanns Sache“ ist. Umso wichtiger ist, dass die Gesellschafter frei sind, geeignete Personen auszuwählen, die ein solches

¹⁷ Jeweils mit Nachweisen: *Eckert*, Der Kampf um die Familienkommission in Deutschland, 1992, 23, 91 ff.; *Bayer*, Sukzession und Freiheit, 1999, 66 ff.

¹⁸ Vgl. eing. Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Kormann, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 33 ff.; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, 2015, S. 37 f.; *Mittelsten/Scheid*, FS Binz, 2014, 474 ff.; *Holler*, DStR 2019, 931 (932).

¹⁹ So die Formulierung der seinerzeitigen CDU-Vorsitzenden, Annegret Kramp-Karrenbauer, bei der Gründung der Stiftung Verantwortungseigentum am 25.11.2019.

Unternehmertum leben möchten und nicht durch Umgehungsstrategien zu konterkarieren suchen.

2. Bedürfnis für eine neue Rechtsformvariante

Eine wachsende Zahl von Unternehmern, die sowohl etablierte Familienunternehmen als auch junge Start-up-Unternehmen leiten, wollen ihre Unternehmen in „Verantwortungseigentum“ überführen.²⁰ Das große Interesse wurde beispielsweise im Oktober 2020 deutlich, als über 600 Unternehmer und Unternehmerinnen einen entsprechenden Aufruf an die Große Koalition richteten.

Für Unternehmen in Verantwortungseigentum gibt es in der deutschen Wirtschaft Vorbilder (u. a. Bosch, Zeiss, Alnatura, Globus). Diese Pioniere schufen zur Verwirklichung von Verantwortungseigentum hochkomplexe Stiftungs- und Gesellschaftskonstruktionen.²¹ Die dafür erforderlichen Konstruktionen verursachen jedoch Beratungsaufwand und Kosten.²² Für mittelständische Unternehmen und Start-up-Unternehmen ist dies nicht tragbar. Ganz abgesehen davon bestehen ganz erhebliche Unterschiede zwischen Stiftung und der hier vorgeschlagenen Gesellschaft mit gebundenem Vermögen. Stiftungen sind nicht als Unternehmensträger konzipiert, sondern dienen der dauerhaften Verwirklichung des Stiftungszwecks.²³ Die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen und ihr Unternehmen wird dagegen von ihren

²⁰ Vgl. *Stiftung Verantwortungseigentum*, Policy Brief, März 2020, 2, abrufbar unter https://www.stiftung-verantwortungseigentum.de/dist/download/Policy_Brief_Stiftung_Verantwortungseigentum_2020.pdf.

²¹ Vgl. dazu *Purpose Stiftung*, Verantwortungseigentum, 2017, 18 ff., abrufbar unter https://purpose-economy.org/content/uploads/purpose_book_de.pdf.

²² So fand das Institut für Demoskopie Allensbach in einer 2015 veröffentlichten Umfrage unter 359 größeren Familienunternehmen heraus, dass sich zwar 23 % eine Nachfolgeregelung über gemeinnützige Stiftungen äquivalent zu Bosch oder Zeiss vorstellen können, aber unter anderem aufgrund hoher Bürokratie, Inflexibilität und Kosten nur 1 % diese Lösungen umsetzen, vgl. *BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft*, Nachfolgeregelung in großen Familienunternehmen: Option Stiftungslösung?, 2015, 25 und 30, abrufbar unter <https://www.bdo.de/de-de/insights-de/weitere-veroeffentlichungen/studien/allensbach-studie-nachfolgeregelung-in-gro%C3%9Fen-fam>; a.A. *Schiffer/Pruns*, <https://www.stiftungsrecht-plus.de/gmbh-in-verantwortungseigentum-eine-alternative-zur-stiftung/>; *Burgard*, ZStV 2021, 1 (4 dortige Fn. 14), jedoch allein auf den Gründungsaufwand bezogen.

²³ Zum Problem der nach h.M. unzulässigen Selbstzweckstiftung in diesem Zusammenhang: *Rawert*, FS Crezelius, 2018, 87 ff.; *Hüttemann*, GS Schindhelm, 2009, 377 (378 ff.); *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, 2017, BGB § 80 Rn. 9; *MüKoBGB/Weitemeyer*, 8. Aufl. 2018, BGB § 80 Rn. 118; *BeckOK BGB/Backert*, 56. Ed. 1.11.2020, BGB § 80 Rn. 6; kritisch *Schiffer/Pruns*, ZStV 2012, 1 ff.; zur Ungeeignetheit der Stiftung näher *von Homeyer/M. Reiff*, npoR 2020, 224 (228 ff.); *Veith*, NPLY 2019, 15 (18 f.); a.A. *Burgard*, ZStV 2021, 1 ff., nach dem die Stiftung aber gemeinnützig sein müsste, um nicht der verbotenen Selbstzweckstiftung zu unterfallen.

Gesellschaftern aktiv geleitet und fortentwickelt und kann im Gegensatz zur Stiftung auch jederzeit aufgelöst und liquidiert werden.

Nach geltendem Recht ist es zwar zulässig, eine den Grundsätzen des Verantwortungseigentums weitgehend entsprechende Vermögensbindung durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag einer GmbH herzustellen. Aber selbst, wenn dabei vereinbart wird, dass diese Regelungen nur durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter geändert werden können, bieten solche Konstruktionen nicht die notwendige rechtliche Sicherheit,²⁴ sind kompliziert und juristischen Laien schwer vermittelbar. Die dauerhafte und unumkehrbare Vermögensbindung ist nach geltendem GmbH-Recht nicht möglich;²⁵ sie verstößt gegen den Grundsatz der Verbandsautonomie. Um den artikulierten Bedarf befriedigen zu können, ist daher eine gesetzliche Neuregelung erforderlich, die es den Gesellschaftern erlaubt, diese weitreichende Entscheidung in Ausübung ihrer Privatautonomie treffen zu können.²⁶

International lassen sich verschiedene Rechtsformen identifizieren, die nachhaltiges Unternehmertum ermöglichen möchten. In Dänemark wird Unternehmertum ohne Anteilseigner mit Gewinnerwartung erfolgreich von Unternehmen gelebt, die mehrheitlich von Stiftungen gehalten werden.²⁷ Andere Rechtsordnungen haben in den letzten Jahrzehnten Gesellschaftsformen entwickelt, die ein neues Unternehmensverständnis ermöglichen wollen.²⁸ Wie im Fall der US-amerikanischen Benefit Corporations oder der britischen Community Interest Company sind solche Gesellschaftsrechtsformen aber häufig auf einen besonders gemeinwohlförderlichen Zweck verpflichtet. Damit stellt sich das Problem, wie ein solcher Corporate Purpose gesellschaftsrechtlich konkret definiert und festgeschrieben werden kann und wie private

²⁴ Zu Zweifeln an der rechtlichen Wirksamkeit solcher Konstruktionen: *Weitemeyer*, FS Hopt, 2020, 1419, 1429.

²⁵ Siehe dazu auch *von Homeyer/M. Reiff*, npoR 2020, 224 (225 ff.); *Veith*, NPLY 2019, 15 (20 ff.).

²⁶ „Es gehört zu den Vorzügen des vorgestellten Konzeptes, dass es eine solche (Teil-)Erneuerung vollzieht, ohne die Privatautonomie zu beschränken – schließlich handelt es sich auch bei einer neuen Rechtsform bloß um eine zusätzliche Alternative im *numerus clausus* der Rechtsformen“, so zustimmend *von Homeyer/M. Reiff*, npoR 2020, 224 (232) unter vergleichenden Verweis auf *Reul*, DNotZ 2007, 184 (188): „In der legislativen Bereitstellung und Ausgestaltung dieser Organisationstypen liegt somit keine Beschränkung der Vereinigungsfreiheit, sondern vielmehr eine Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten“.

²⁷ Vgl. *Thomsen*, *The Danish Industrial Foundation*, 2017; diese Stiftungen stehen unter der Stiftungsaufsicht des Wirtschaftsministeriums.

²⁸ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* (80) 2016, 399 m.w.N.; *Möslein*, *ZRP* 2017, 175; *Fleischer*, FS Seibert, 2019, 219; *Segrestin/Hatchuel/Levillain*, *JBE* 2020, abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04439-y>; *Barisan/Hertslet*, *IWRZ* 2019, 256.

Gewinnerzielungsinteressen und die Verfolgung des gemeinnützigen Purpose für Geschäftsleiter und Shareholder in Einklang gebracht werden können.²⁹

Die British Academy verfolgt seit 2017 ein Forschungsprojekt zur „Future of the Corporation“.³⁰

Das deutsche Recht kann aus diesen Entwicklungen Anregungen und Inspiration gewinnen, doch müssen eigene Lösungen entwickelt werden, die sich in die Rahmenbedingungen des deutschen Wirtschaftslebens und der Strukturprinzipien des deutschen Gesellschaftsrechts einpassen, zu denen auch die Differenzierung zwischen Gesellschaftsrecht und steuerlichem Gemeinnützigkeitsrecht gehört. Der vorliegende Entwurf geht daher einen Weg, der sich von anderen Rechtsordnungen unterscheidet, der aber für die deutsche Rechtsordnung besser passt und Strahlkraft innerhalb Europas und der Welt entfalten könnte.

3. Leitgedanken einer neuen Rechtsformvariante

Es sollte daher eine **neue Rechtsformvariante der GmbH** geschaffen werden, die durch zwei Grundsätze geprägt ist:

- Erstens sollten **Gesellschaftskapital und Unternehmensgewinne dauerhaft gebunden** sein. Die Vermögensbindung ist durch eine **geeignete Governance** abzusichern. Eine Verpflichtung auf einen besonders gemeinwohlförderlichen, nachhaltigen **Zweck** soll nicht erforderlich sein.
- Zweitens sollte die Unternehmensverantwortung auf Ebene der Gesellschafter innerhalb einer engen **Gemeinschaft intrinsisch motivierter Gesellschafter** übergeben werden, die sich als **Treuhänder der nächsten Generation** verstehen und aktiv in das Unternehmen einbringen.

Die Umsetzung dieser Leitgedanken im GmbHG wird im Folgenden im Einzelnen erläutert.

²⁹ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, FAZ Einspruch vom 7.12.2020; eing. *Fleischer*, ZIP 2021, 5 (10 ff.).

³⁰ <https://www.thebritishacademy.ac.uk/programmes/future-of-the-corporation/>.

4. Umsetzung im GmbHG

Die **Umsetzung** der Idee des Verantwortungseigentums als **Rechtsformvariante im GmbHG** hat einige Vorteile. Die GmbH genießt als flexible Kapitalgesellschaft einen guten Ruf. Die enge Anbindung an das GmbH-Recht bedeutet, dass zur Lösung vieler allgemeiner Fragen des Kapitalgesellschaftsrechts auf erprobte Instrumente aufgebaut werden kann. So ist eine schlanke Umsetzung im bestehenden System des GmbH-Rechts möglich. Dazu gehören z. B. die Regeln der Kapitalaufbringung und der Rechte der Gesellschafter, einschließlich der Stimmrechte. Auch der Praxis erleichtert dies die Arbeit, da auf Erfahrungen von Rechtsprechung und Kautelarpraxis aufgebaut werden kann.

Allerdings unterscheiden sich die vorgelegten Regeln zur Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, zur Gewinnverwendung, Kapitalerhaltung, Liquidation, Governance und zum Umwandlungsrecht durchaus von denen der traditionellen GmbH. Denn die **GmbH mit gebundenem Vermögen**, im Folgenden auch **GmbH-gebV**, soll gegenüber einer GmbH wesentliche Besonderheiten aufweisen:

a) Dauerhafte Vermögensbindung

Insbesondere müssen Regelungen des GmbHG so angepasst werden, dass die **dauerhafte Bindung des Gesellschaftsvermögens**, leicht missverständlich³¹ auch als „asset lock“ bezeichnet, möglich wird. Der Entwurf legt ein System vor, mit dem die Gesellschafter dem Rechtsverkehr ein glaubhaftes und starkes Signal der dauerhaften Vermögensbindung aussenden können. Der Entwurf nimmt jedoch nicht für sich in Anspruch, jede denkbare Umgehung verhindern zu können. Zum einen, weil die Praxis des Gesellschafts- und Steuerrechts auch den Gesetzgeber immer wieder überrascht. Zum anderen setzt das System des GmbH-Rechts, in das sich dieser Entwurf einpassen soll, der Missbrauchsvermeidung gewisse Grenzen. Darauf gehen die

³¹ Da die Veräußerung von Vermögensgegenständen der Gesellschaft möglich bleibt, handelt es sich der Sache nach eher um einen capital lock als um einen (umfassenden) asset lock, vgl. *M. Reiff*, ZIP 2020, 1750 (Fn. 24).

Erläuterungen zu den Vorschriften genauer ein. Gegebenenfalls kann daher in der Zukunft die Schaffung einer eigenen Rechtsform außerhalb des GmbHG diskutiert werden.

Nach dem vorliegenden Entwurf haben Gesellschafter keinen Anspruch auf die Gewinne und das Vermögen der Gesellschaft weder im laufenden Unternehmen noch bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Nur die Einlage wird im Fall der Auflösung der Gesellschaft und bei Ausscheiden eines Gesellschafters erstattet. Umfangreiche Anpassungen sind daher mit Blick auf die **Regeln der Finanzverfassung** erforderlich. Besondere Bedeutung kommt den Regelungen zur Verhinderung verdeckter Gewinnausschüttungen zu. Hier wird auf die Regeln des GmbH-Rechts zur Kapitalerhaltung aufgebaut und diese durch verschärfte Rückforderungsansprüche und Regelungen zur Gewährleistung der Geltendmachung dieser Ansprüche ergänzt. Die Einhaltung dieser Vorschriften wird durch spezielle Vorschriften zur Governance (dazu sogleich) abgesichert.

Das geltende **Umwandlungs-** und **Konzernrecht** muss so ausgestaltet werden, dass die Vermögensbindung nicht durch die Umwandlung umgangen werden kann.

Die Vermögensbindung auf Gesellschafterebene durch Ausschluss von Gewinn- und Vermögensrechten bedeutet nicht, dass Gesellschaften mit gebundenem Vermögen sich allein über den eigenen Cashflow oder Fremdkapital finanzieren müssen. Insbesondere eigenkapitalähnliche schuldrechtliche **Finanzierungsformen** bleiben möglich. Allerdings muss durch geeignete Regelungen verhindert werden, dass die Gesellschafter über stille Beteiligungen und andere Instrumente die Gewinne der Gesellschaft vereinnahmen und so die Vermögensbindung umgehen.

b) Absicherung der Vermögensbindung durch geeignete Governance

Die zwingende Vermögensbindung hat zentrale Bedeutung für die **Governance-Struktur**, weil sie die Anreize der Beteiligten strukturell verändern. Dies ist in der Diskussion des ersten Entwurfs noch einmal deutlich geworden. Eine geeignete Governance muss Vorkehrungen dafür treffen, dass Gesellschafter, bei denen monetäre Anreize gegenüber der intrinsischen Motivation an Bedeutung gewonnen haben, die Vermögensbindung nicht umgehen. Wird die Vermögensbindung umgangen, so ist sicherzustellen, dass entsprechende Ersatzansprüche auch

tatsächlich geltend gemacht werden und dies nicht allein dem Insolvenzverwalter überlassen bleibt. Auch wenn die Gesellschaft keinerlei steuerliche oder sonstige Privilegien anstrebt, muss verhindert werden, dass Gesellschafter dem Ruf dieser Rechtsformvariante schaden, indem sie die Vermögensbindung gezielt umgehen.

Eine staatliche Aufsicht, vergleichbar der **Stiftungsaufsicht**, hält der Entwurf trotzdem nicht für erforderlich. Im Gegensatz zu einer Stiftung dient ein Unternehmen in Verantwortungseigentum nicht einem vom Gründer bestimmten Zweck, dessen Verwirklichung es zu überwachen gilt. Die Gesellschafter sind mit einer eigenen Einlage beteiligt, die sie im Fall ihres Ausscheidens erstattet erhalten. Sie gestalten unternehmerisch und tragen Verantwortung für Unternehmen, Mitarbeiter und Kunden, ebenso wie die Gesellschafter einer herkömmlichen GmbH, die keiner speziellen Aufsicht unterliegt, selbst wenn sie einen gemeinnützigen Zweck verfolgt.

Der Entwurf schlägt stattdessen andere Mechanismen vor, um die Einhaltung der Vermögensbindung durch gesellschaftsfremde Dritte überprüfen zu lassen. Grundlage ist die Erstellung eines jährlichen Berichts (§ 77j GmbH-gebV), in dem zu den verschiedenen Aspekten der Vermögensbindung umfassend zu informieren und der von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen ist, der nicht gleichzeitig als Abschlussprüfer der Gesellschaft tätig sein darf. Der entsprechende Prüfer ist spätestens nach fünf Jahren zu wechseln, um die Unabhängigkeit der Prüfung zu sichern.

Das Ergebnis des Prüfberichts ist auf der Homepage der Gesellschaft zu veröffentlichen, so dass Transparenz und damit auch öffentlicher Druck zur Einhaltung der Vermögensbindung erzeugt werden. Überdies kann die schwerwiegende Missachtung der Grundsätze der Vermögensbindung zur Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliches Urteil führen, §§ 60 Nr. 3, 61 GmbHG. Um sicherzustellen, dass ein entsprechendes gerichtliches Verfahren zur Not auch gegen den Willen der Gesellschafter eingeleitet wird, überträgt der Entwurf ein entsprechendes Klagerecht einer von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag zu benennenden, von ihnen unabhängigen Einrichtung.

Als Alternative, die sich allerdings in das geltende GmbH-Recht weniger gut einfügen würde, skizziert der Entwurf eine Orientierung am Genossenschaftsrecht mit der Pflichtmitgliedschaft

in einem Prüfverband vor, der die Berichte über die Einhaltung der Vermögensbindung in regelmäßigen Abständen zu überprüfen hat und bei Verstößen Maßnahmen bis zur Auflösung der Gesellschaft einleiten kann.

c) Intrinsisch motivierte Gesellschafter als Grundlage der GmbH-gebV

Die GmbH-gebV mit der Besonderheit der dauerhaften Vermögensbindung wird über die Generation der Gründer hinaus langfristig nur mit Gesellschaftern erfolgreich sein, die von dem Konzept des Verantwortungseigentums und der Vision des konkreten Unternehmens überzeugt sind. Die Stiftung Verantwortungseigentum spricht von der Weitergabe der Anteile innerhalb einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“.

Das Gesellschaftsrecht kann die Auswahl fähiger, werteorientierter Gesellschafter natürlich nicht garantieren. Bereits die Entscheidung, welche Werte und Fähigkeiten jeweils erforderlich sein sollen, muss den jeweiligen Gesellschaftern vorbehalten bleiben. Das Gesellschaftsrecht kann den Gesellschaftern aber die Kontrolle über den Kreis der Gesellschafter einräumen, damit sie die nach ihrer Überzeugung geeigneten Gesellschafter auswählen können. So können die Gesellschafter ihre „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ generationsübergreifend erhalten und entwickeln. Dafür trifft der Gesetzesentwurf besondere Regelungen zu **Eigenschaften und Auswahl der Gesellschafter**. Der Gesetzesentwurf begrenzt den Kreis möglicher Gesellschafter, sieht die Vinkulierung der Anteile vor und ermöglicht den Gesellschaftern, die Vererblichkeit der Anteile auszuschließen.

d) Offenheit für verschiedene Unternehmensziele

In anderen Rechtsordnungen wurden in den letzten Jahren neue Rechtsformen entwickelt, die eine Ausrichtung von Gesellschaften auf Zwecke erleichtern, die zwischen Gewinnerzielung und Gemeinwohlorientierung anzusiedeln sind.³² Nach dem vorliegenden Entwurf ist es jedoch **nicht erforderlich**, dass sich die Gesellschafter auf einen besonders

³² Vgl. *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ (80) 2016, 399 m.w.N.; *Möslein*, ZRP 2017, 175; *Fleischer*, FS Seibert, 2019, 219; *Segrestin/Hatchuel/Levillain*, JBE 2020, abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04439-y>; *Barisan/Hertslet*, IWRZ 2019, 256.

gemeinwohlförderlichen, nachhaltigen Zweck verpflichten, um eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen gründen zu können. Eine entsprechende Definition im Sinne eines „Gemeinnützigkeitsrechts-Light“ würde zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen. Für gemeinnützige Unternehmen bietet das Gemeinnützigkeitsrecht die richtigen Vorschriften, die nicht auf Unternehmen in Verantwortungseigentum passen, wenn sie gewinnorientiert am Markt agieren. Die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen bietet ein Rechtskleid für eine besondere Form von Unternehmenseigentum, stellt aber kein Siegel für besonders wertvolles Unternehmertum dar. Verantwortungsvolles Unternehmertum wird in verschiedener Weise in den traditionellen Rechtsformen gelebt. Vielmehr ist es den Gesellschaftern der GmbH-gebV überlassen, in den Grenzen des allgemeinen Rechts den von ihnen gewählten Zweck zu verfolgen. Die Rechtsform soll offen für alle Arten von Unternehmen sein, unabhängig davon, ob sie Suchmaschinen betreiben, Fenster bauen oder Schnürsenkel herstellen wollen.

Allerdings möchte der Entwurf sicherstellen, dass die offene Zwecksetzung nicht dazu führt, dass die GmbH-gebV zur reinen Vermögensverwaltung eingesetzt wird bzw. zu einem Zweck, der lediglich den Gesellschaftern selbst dient. Aus diesem Grund legt § 77a GmbHG-gebV fest, dass die Gesellschaft einen erwerbswirtschaftlichen oder ideellen Zweck verfolgt.

e) Gestaltungsfreiheit und zwingendes Recht

In der GmbH gilt der Grundsatz der Satzungsautonomie, § 45 GmbHG.³³ Zwingendes Recht dient im GmbH-Recht dem Gläubiger- und Minderheitenschutz, dem Mitbestimmungsrecht³⁴ und der Wahrung unverzichtbarer körperschaftlicher und GmbH-rechtlicher Prinzipien.³⁵

Nach dem hier vorgelegten Entwurf kann am Grundsatz der Gestaltungsfreiheit des GmbH-Rechts grundsätzlich festgehalten werden. Ausnahmen gelten für die Vorschriften, die den besonderen Charakter der GmbH-gebV gewährleisten.

Zwingend sind insbesondere die Vorschriften, die

³³ MüKoGmbHG/*Liebscher*, 3. Aufl. 2019, § 45 Rn. 2 ff.; MHLS/*Römermann*, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 45 Rn. 1.

³⁴ Die allgemeinen Vorgaben des Mitbestimmungsrechts finden uneingeschränkt Anwendung auf die GmbH-gebV.

³⁵ Vgl. statt vieler MüKoGmbHG/*Liebscher*, 3. Aufl. 2019, § 45 Rn. 58 ff.

- die dauerhafte Vermögensbindung gewährleisten, § 77a; § 77b, § 77f; § 77g; § 77h; § 77i; § 77j; § 77k; § 77l, § 77m ff. GmbHG-gebV
- das Gründungsrecht betreffen, § 77b GmbHG-gebV
- die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile einschränken oder die Vererbbarkeit betreffen, § 77c GmbHG-gebV
- den Kreis möglicher Gesellschafter bestimmen, § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV
- die Absicherung der Vermögensbindung über Governance-Instrumente sichern, § 77j GmbHG-gebV
- die Vorschriften des UmwG modifizieren, §§ 77n bis 77p GmbHG-gebV und
- den Abschluss von Unternehmensverträgen regeln, § 77i GmbHG-gebV.

Die im GmbHG geregelten dispositiven Rechte der Gesellschafter (vgl. §§ 46 bis 51 GmbHG) werden durch den Entwurf kaum berührt.

5. Steuerrechtliche Behandlung (Kempny)

Steuerlich soll die GmbH-gebV kein „Sparmodell“ sein. Sie soll keine zulasten des Fiskus gehenden Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Es geht also nicht um die Schaffung eines Präferenzregimes (wie etwa das der „steuerbegünstigten Zwecke“, insbesondere der „Gemeinnützigkeit“, nach §§ 51 ff. AO), sondern um eine der Besteuerung „normaler“ GmbHs entsprechende Behandlung.³⁶

Die Gründung einer GmbH-gebV soll beurteilt werden wie die einer „normalen“ GmbH, nicht wie die einer Stiftung, also kein erbschaft-(schenkung-)steuerbarer Vorgang sein. Auch die Auflösung soll den Regeln für die Besteuerung „normaler“ GmbHs folgen.

Die Gesellschaft selbst unterliegt wie „normale“ GmbHs namentlich der Körperschaft- und der Gewerbesteuer.

Die Gesellschafter einer GmbH-gebV beziehen regelmäßig keine Gewinnausschüttungen, da diese gesellschaftsrechtlich verboten sind. Geschieht dies dennoch (seien es offene, seien es

³⁶ Näher Kempny, DB 2021, 25; ders., <https://blog.handelsblatt.com/steuerboard/2020/12/11/falsche-argumente-zu-steuerrechtlichen-gesichtspunkten-des-politischen-streits-um-den-entwurf-einer-gmbh-mit-gebundenem-vermoegen/>.

verdeckte Gewinnausschüttungen), unterliegen die Zahlungen (Dividenden) nach den für „normale“ GmbHs geltenden Regeln der Ertragsbesteuerung, insbesondere gegebenenfalls der Einkommensteuer.³⁷ Entsprechendes gilt für von den Gesellschaftern bezogene Geschäftsführergehälter und dergleichen, die keine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen (also insbesondere angemessen sind).

Erwerbe und Veräußerungen von Anteilen an einer GmbH-gebV sollen ertrag- und erbschaft- (schenkung-)steuerlich behandelt werden wie Erwerbe und Veräußerungen „normaler“ GmbH-Anteile. Unentgeltliche Erwerbe von Anteilen an einer GmbH-gebV können – nach allgemeinen Regeln – unter die erbschaft- und schenkungsteuerlichen Begünstigungen für Unternehmenserwerbe (§§ 13a ff. ErbStG) fallen. Durch eine Ergänzung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes wird jedoch klargestellt, dass Einlagenerstattungen, die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters im gesellschaftsrechtlichen Teil des Entwurfs verschiedentlich vorgesehen sind (siehe § 77k GmbHG-gebV und all diejenigen Vorschriften, die darauf verweisen, etwa § 77c Abs. 3 bis 5 GmbHG-gebV), nicht (missbräuchlich) dazu genutzt werden können, schlichtes Geldvermögen an die Erbengeneration steuerbegünstigt „durchzuschleusen“.

Auch umsatz-, grund- und grunderwerbsteuerlich soll die GmbH-gebV keine Vergünstigungen genießen, sondern den allgemeinen Vorschriften unterliegen.

³⁷ Dass es für die Besteuerung unerheblich ist, ob ein Verhalten, welches den Tatbestand eines Steuergesetzes (etwa § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) erfüllt, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, entspricht den allgemeinen Regeln des Steuerrechts (siehe § 40 AO).

III. Entwurf eines Gesetzes zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen im GmbHG (GmbHG-gebV)

Artikel 1

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 9c Abs. 2 wird wie folgt geändert

am Ende von Ziff. 2 wird „oder“ gestrichen. Am Ende von Ziff. 3 wird unter Streichung des Punktes ein „, oder“ angefügt. Angefügt wird:

„4. Vorschriften verletzt, die in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen die Grundsätze der Vermögensbindung gewährleisten.“

§ 9c Absatz 2 bisherige Fassung	Entwurf
(2) Wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages darf das Gericht die Eintragung nach Absatz 1 nur ablehnen, soweit diese Bestimmung, ihr Fehlen oder ihre Nichtigkeit 1. Tatsachen oder Rechtsverhältnisse betrifft, die nach § 3 Abs. 1 oder auf Grund anderer zwingender gesetzlicher Vorschriften in dem Gesellschaftsvertrag bestimmt sein müssen oder die in das Handelsregister einzutragen oder von dem Gericht bekanntzumachen sind, 2. Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder 3. die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hat.	(2) Wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages darf das Gericht die Eintragung nach Absatz 1 nur ablehnen, soweit diese Bestimmung, ihr Fehlen oder ihre Nichtigkeit 1. Tatsachen oder Rechtsverhältnisse betrifft, die nach § 3 Abs. 1 oder auf Grund anderer zwingender gesetzlicher Vorschriften in dem Gesellschaftsvertrag bestimmt sein müssen oder die in das Handelsregister einzutragen oder von dem Gericht bekanntzumachen sind, 2. Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, 3. die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hat, <u>oder</u> <u>4. Vorschriften verletzt, die in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen die Grundsätze der Vermögensbindung gewährleisten.</u>

2. Nach Abschnitt 5 wird folgender Abschnitt eingefügt:

„Abschnitt 6: Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen

§ 77a

Gesellschaft mit gebundenem Vermögen

(1) ¹ Eine Gesellschaft, deren Vermögen nach den Vorschriften dieses Abschnitts dauerhaft gebunden ist, muss in der Firma ergänzend zu den nach § 4 und § 5a erforderlichen Angaben die Zusatzbezeichnung „mit gebundenem Vermögen“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieses Zusatzes führen. ² Die Gesellschaft verfolgt einen erwerbswirtschaftlichen oder gemeinnützigen Zweck.

(2) ¹ Gesellschafter kann nur eine natürliche Person, eine andere Gesellschaft mit gebundenem Vermögen oder ein Rechtsträger mit in gleicher Weise gesetzlich dauerhaft gebundenem Vermögen sein. ² Der Gesellschaftsvertrag kann außerdem bestimmen, dass Gesellschafter eine Personengesellschaft sein kann, deren Gesellschafter ausschließlich natürliche Personen sind. ³ Genügt ein Gesellschafter den Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 auch nach Setzung einer angemessenen Frist nicht, fallen seine Geschäftsanteile mit Ablauf der Frist der Gesellschaft zu. ⁴ § 77b Abs. 4 Satz 4 und 8 gilt entsprechend.

§ 77b

Herstellung der Vermögensbindung

(1) ¹ Die dauerhafte Vermögensbindung erfolgt entweder bei der Gründung der Gesellschaft oder durch notariell beurkundeten Beschluss sämtlicher Gesellschafter in einer Gesellschafterversammlung nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts (Vermögensbindungsbeschluss). ² Die dauerhafte Vermögensbindung kann weder aufgehoben noch eingeschränkt werden.

(2) ¹ In dem Vermögensbindungsbeschluss müssen mindestens bestimmt werden:

1. die Bindung des Gesellschaftsvermögens nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 77a bis 77o dieses Gesetzes;
2. die Begünstigten nach § 77l;
3. die letztübernehmende Person nach § 77c Abs. 5, falls der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass mit dem Tod eines Gesellschafters dessen Geschäftsanteil auf die Gesellschaft übergeht;
4. die unabhängige Einrichtung nach § 77j Abs. 4;

5. die Folgen der dauerhaften Bindung des Gesellschaftsvermögens für die Mitarbeiter und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.

² In dem Vermögensbindungsbeschluss muss auch der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen enthalten sein.

(3) Die Geschäftsführer haben den Gesellschaftern spätestens zusammen mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung, welche die dauerhafte Vermögensbindung beschließen soll, die dauerhafte Vermögensbindung als Gegenstand der Beschlussfassung in Textform auszuhändigen.

(4) Der Entwurf des Vermögensbindungsbeschlusses ist spätestens einen Monat vor dem Tag der Gesellschafterversammlung, welche die dauerhafte Vermögensbindung beschließen soll, dem zuständigen Betriebsrat der Gesellschaft zuzuleiten.

(5) ¹ Den Gläubigern eines Gründers oder Gesellschafters, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Gesellschaft oder des Beschlusses über die dauerhafte Vermögensbindung bekanntgemacht worden ist, ist, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung zu diesem Zweck melden, durch den Gründer oder Gesellschafter Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. ² Dieses Recht steht den Gläubigern nur zu, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die dauerhafte Vermögensbindung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird. ³ Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen.

§ 77c

Übertragung von Geschäftsanteilen

(1) § 15 Abs. 1 und 5 sowie § 18 Abs. 3 Satz 2 finden keine Anwendung.

(2) ¹ Geschäftsanteile können an andere Gesellschafter, an Dritte, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 erfüllen, oder, soweit noch mindestens ein weiterer Gesellschafter vorhanden ist, unter den Voraussetzungen des § 33 an die Gesellschaft selbst veräußert werden. ² Die Abtretung der Geschäftsanteile bedarf der Zustimmung der Gesellschafter. ³ Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Abtretung an weitere Voraussetzungen geknüpft werden.

(3) ¹ Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass Geschäftsanteile nur gegen Zahlung eines Betrags veräußert werden dürfen, der den Betrag nicht überschreitet, der im Fall des Austritts oder Ausschlusses aus der Gesellschaft gem. § 77k Abs. 1 zu zahlen wäre. ² Im Falle der Zuwiderhandlung steht der Mehrbetrag der Gesellschaft zu; er gilt als betrieblicher Ertrag und darf in keinem Fall an den Gesellschafter ausgezahlt werden. Der Anspruch ist vom Geschäftsführer geltend zu machen.

(4) ¹ Geschäftsanteile sind vererblich. ² Die Gesellschafter beschließen innerhalb von sechs Monaten nach Kenntnis vom Erbfall, ob sie dem Eintritt des Erben zustimmen. ³ Wird die

Zustimmung innerhalb der Frist des Satzes 2 verweigert oder nicht erteilt, fallen die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit der Verweigerung der Zustimmung bzw. mit Ablauf der Frist der Gesellschaft zu.⁴ Im Fall des Satzes 3 steht dem Erben ein Anspruch auf Erstattung der Einlage gemäß § 77k gegen die Gesellschaft zu.⁵ Bis zur Erteilung der Zustimmung nach Satz 2 haben die Erben kein Stimmrecht.⁶ Innerhalb der Frist des Satzes 2 hat die Gesellschaft den Erben den Erwerb der Geschäftsanteile gegen Erstattung der Einlage entsprechend § 77k anzubieten.⁷ Erfüllt einer der Erben die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 nicht, fällt der Geschäftsanteil unmittelbar der Gesellschaft zu.⁸ Erfüllen die Erben des letzten Gesellschafters die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 nicht, so haben sie die Geschäftsanteile entweder an einen oder mehrere Dritte, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 erfüllen, abzutreten oder die Gesellschaft innerhalb von sechs Monaten aufzulösen.⁹ Von den Sätzen 7 und 8 abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag sind unwirksam.

(5)¹ Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass mit dem Tod eines Gesellschafters dessen Geschäftsanteil auf die Gesellschaft übergeht.² Die Erben des Gesellschafters haben in diesem Fall einen Anspruch entsprechend § 77k gegen die Gesellschaft.³ Im Gesellschaftsvertrag ist mit deren Einverständnis eine letztübernehmende Person zu benennen, der im Fall des Versterbens des letzten Gesellschafters die Geschäftsanteile zufallen.⁴ Das nach Satz 3 erforderliche Einverständnis bedarf der notariellen Beurkundung.⁵ Ist eine letztübernehmende Person entgegen Satz 3 nicht benannt oder existiert diese im Zeitpunkt des Versterbens des letzten Gesellschafters nicht mehr, fällt der Anteil in den Nachlass.⁶ In den Fällen der Nachfolge nach den Sätzen 3 bis 5 gilt Absatz 4 Satz 8 entsprechend.

§ 77d

Aufbringung von Fehlbeträgen in der Gesellschaft

(1)¹ § 22 findet nur auf Rechtsvorgänger Anwendung, die im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils nach § 22 Abs. 4 die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 erfüllen.² Die §§ 23 und 24 finden keine Anwendung.

(2)¹ Die Gesellschafter beschließen, ob sie die Zahlung der nicht erfüllten Einlageverpflichtung nach Maßgabe des § 22 vom Rechtsvorgänger verlangen oder den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Anteile selbst aufbringen.² Der Gesellschaftsvertrag kann weitere Anforderungen an den Beschluss nach Satz 1 aufstellen.³ Soweit die Stammeinlage nicht von den Zahlungspflichtigen eingezogen werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen.⁴ Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.

(3)¹ Der Rechtsvorgänger erwirbt gegen Zahlung des rückständigen Betrages den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters.² Bringen die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag auf, fällt der Geschäftsanteil der Gesellschaft zu.

(4) Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind unwirksam, insbesondere können die Gesellschafter von der Zahlung der nicht erfüllten Einlagepflicht nicht befreit werden.

§ 77e

Unbeschränkte Nachschusspflicht

(1) § 27 Abs. 2 und 3 findet keine Anwendung.

(2) ¹ Der Geschäftsanteil fällt der Gesellschaft zu. ² Dieselbe ist befugt, den Anteil für eigene Rechnung unter Beachtung des § 77c Abs. 2 zu veräußern. ³ Der Anspruch des Gesellschafters auf Erstattung seiner Einlage entsprechend § 77k wird zur Deckung des rückständigen Nachschusses verrechnet. ⁴ Ein Überschuss steht dem Gesellschafter entsprechend § 77k zu.

§ 77f

Ergebnisverwendung

(1) § 29 Abs. 1, 3 und 4 sowie die §§ 57n und 58d finden keine Anwendung.

(2) ¹ Die Gesellschafter haben keinen Anspruch im Sinne des § 29 Abs. 1. ² Der Jahresüberschuss steht nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft zu. ³ Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind unwirksam.

(3) ¹ Unbeschadet des Absatzes 2 und des § 29 Abs. 2 können die Geschäftsführer mit Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Gesellschafter den Eigenkapitalanteil von Wertaufholungen bei Vermögensgegenständen des Anlage- und Umlaufvermögens in andere Gewinnrücklagen einstellen. ² Der Betrag dieser Rücklagen ist in der Bilanz gesondert auszuweisen; er kann auch im Anhang angegeben werden.

§ 77g

Vermögensbindung

(1) ¹ Die §§ 30, 31 Abs. 1 und 2 sowie § 32 finden keine Anwendung. ² § 31 Abs. 3 bis 6 findet im Rahmen des § 77h Abs. 1 entsprechende Anwendung.

(2) ¹ Das Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. ² Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. ³ Eine Vergütung, die Gesellschafter für ihre Dienste für die Gesellschaft vereinbaren, darf nicht unangemessen hoch sein. ⁴ Satz 1 ist nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

§ 77h

Erstattung verbotener Zahlungen und Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers

(1) Zahlungen, welche den Vorschriften der §§ 77f und 77g zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden.

(2) § 43 Abs. 3 Satz 1 gilt entsprechend, wenn den Bestimmungen der §§ 77f und 77g zuwider Zahlungen geleistet oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile erworben worden sind.

§ 77i

Unternehmensverträge und Genussrechte

(1) Eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen kann nicht sich nicht entsprechend § 291 AktG verpflichten, die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen zu unterstellen oder den Gewinn an einen anderen abzuführen.

(2) ¹ Eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen kann sich nicht entsprechend § 292 AktG verpflichten, ihren Gewinn zur Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns zusammenzulegen, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen oder den Betrieb ihres Unternehmens einem anderen zu verpachten oder sonst zu überlassen. ² Ein Vertrag über eine Gewinnbeteiligung mit Geschäftsführern oder mit einzelnen Arbeitnehmern der Gesellschaft ist kein Vertrag im Sinne des Satzes 1.

(3) Absatz 2 gilt nicht für Verträge, durch die sich eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen, der nicht Gesellschafter ist oder mit einem Gesellschafter verbunden ist.

(4) Ein Vertrag nach Absatz 3 wird nur mit Zustimmung der Gesellschafter wirksam. § 53 Abs. 2 und § 54 GmbHG gilt entsprechend.

(5) Absatz 4 gilt entsprechend für die Gewährung von Genussrechten.

(6) Verträge nach Absatz 3 und 5, die vor der Begründung der Vermögensbindung abgeschlossen wurden, bleiben wirksam.

§ 77j

Absicherung der Vermögensbindung

(1)¹ Der Geschäftsführer ist verpflichtet, den Gesellschaftern oder, wenn ein solcher vorhanden ist, dem Aufsichtsrat in den ersten drei Monaten eines jeden Geschäftsjahrs über die Einhaltung der Vermögensbindung nach den §§ 77c Abs. 3, 77f, 77g und § 77i und die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 77h im vergangenen Geschäftsjahr Bericht zu erstatten.² Der Bericht muss eine Stellungnahme zur Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung von Geschäften zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern und von Verträgen und Finanzierungen im Sinne von § 77i Abs. 3 und 5 im vergangenen Geschäftsjahr enthalten.³ Der Bericht muss alle wesentlichen Informationen enthalten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Vermögensbindung und die Angemessenheit der Geschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zu bewerten.⁴ Dabei sind auch Geschäfte mit Tochtergesellschaften zu berücksichtigen.

(2)¹ Der Bericht ist von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen, der nicht als Abschlussprüfer für die Gesellschaft tätig ist oder innerhalb der letzten drei Jahre tätig gewesen ist.² Die Prüfung darf nur in höchstens fünf aufeinanderfolgenden Jahren von demselben Prüfer durchgeführt werden.³ In kleinen Kapitalgesellschaften im Sinne des § 267 des Handelsgesetzbuches kann die Prüfung auch durch einen Steuerberater durchgeführt werden.⁴ Der Prüfer hat über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten.⁵ Er hat seinen Bericht zu unterzeichnen und den Gesellschaftern vorzulegen sowie der unabhängigen Einrichtung zuzuleiten; den Geschäftsführern ist vor der Zuleitung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist zu geben.⁶ Das Ergebnis der Prüfung ist auf der Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen.

(3)¹ Die Gesellschaft kann durch gerichtliches Urteil entsprechend § 60 Nr. 3 aufgelöst werden, wenn wegen grober Verletzung der Vermögensbindung wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind.² Dabei berücksichtigt das Gericht insbesondere, ob Ansprüche gemäß §§ 77c Abs. 3, 77h geltend gemacht worden sind.³ § 61 Abs. 2 gilt entsprechend.

(4)¹ Die Gesellschafter bestimmen im Gesellschaftsvertrag eine unabhängige, rechtsfähige Einrichtung, die aufgrund ihrer Satzung den Prinzipien des treuhänderischen Unternehmertums verpflichtet ist.² Für den Beschluss, mit dem nachträglich eine andere Einrichtung bestimmt wird, gelten §§ 53 und 54; der Beschluss darf nicht zur Unzeit getroffen werden.³ Der Geschäftsführer leitet der unabhängigen Einrichtung den jährlichen Bericht gemäß Absatz 1 und den Prüfbericht gemäß Absatz 2 unverzüglich nach Fertigstellung zu.⁴ Die unabhängige Einrichtung gemäß Satz 1 ist auf der Internetseite der Gesellschaft anzugeben.⁵ Die Einrichtung kann die Auflösungsklage nach Absatz 3 erheben.⁶ Die Einrichtung kann von den Geschäftsführern Auskunft und Einsicht in ihre Bücher verlangen.⁷ Diese Rechte hat sie auch gegenüber den Gesellschaftern, einem Konzernunternehmen und einem abhängigen

Unternehmen. ⁸ Die Einrichtung kann Ersatz ihrer Auslagen von der Gesellschaft verlangen; die Gerichtskosten einer Auflösungsklage trägt die Gesellschaft.

(5) Wird die Gesellschaft nach Absatz 3 aufgelöst, so erfolgt die Bestellung und Abberufung der Liquidatoren durch das Gericht.

§ 77k

Anspruch auf Erstattung der Einlage

(1) ¹ Mit dem Austritt oder dem Ausschluss aus der Gesellschaft oder im Falle der Einziehung nach § 34 Abs. 1 und 2 hat der Gesellschafter einen Anspruch auf Erstattung gegen die Gesellschaft in Höhe der von ihm geleisteten Einlage und sonstiger Zuzahlungen im Sinne des § 272 Abs. 2 Nummer 4 des Handelsgesetzbuchs. ² Die Vereinbarung eines Anspruchs auf Erstattung, die diesen Betrag überschreitet, ist insoweit unwirksam.

(2) ¹ Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an den Gesellschafter nicht gemäß Absatz 1 ausgezahlt werden. ² § 34 Abs. 3 gilt nicht.

(3) Die Rückzahlung der Einlage oder sonstiger Zuzahlungen nach dieser Vorschrift darf nur aufgrund Gesellschafterbeschlusses erfolgen.

§ 77l

Vermögensverteilung in der Liquidation

(1) § 72 findet keine Anwendung.

(2) ¹ Das Vermögen steht nach Erstattung der Einlagen und sonstiger Zuzahlungen entsprechend § 77k einer (oder mehreren) im Gesellschaftsvertrag zu benennenden anderen Gesellschaft mit gebundenem Vermögen oder Körperschaft mit vergleichbarer Vermögensbindung (Begünstigten) zu. ² Eine nachträgliche Änderung der Person des Begünstigten bestimmt sich nach den §§ 53 und 54. ³ Ist ein Begünstigter entgegen Satz 1 nicht benannt oder existiert dieser im Zeitpunkt der Liquidation nicht mehr, so steht der Anspruch dem Land zu, in dem die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen zuletzt ihren Sitz hatte.

(3) ¹ Den Begünstigten ist die Auflösung der Gesellschaft und die Anspruchsberechtigung auf einen Liquidationserlös durch den Geschäftsführer mitzuteilen. ² Auf Verlangen ist den Begünstigten Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu geben. ³ Die Mitteilung nach Satz 1 und die entsprechende Verteilung des Restvermögens ist dem Registergericht anzuzeigen.

§ 77m

Insolvenz eines Gesellschafters und Pfändung eines Geschäftsanteils

Die Gesellschaft kann den Geschäftsanteil einziehen oder verlangen, dass der Geschäftsanteil unter Einhaltung des § 77c Abs. 2 gegen Erstattung der Einlage entsprechend § 77k abgetreten werde, wenn

1. über das Vermögen des Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet, ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter nach Maßgabe des § 22 Abs. 1 der Insolvenzordnung bestellt wird, oder
2. die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil eines Gesellschafters betrieben wird und die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht binnen zweier Monate seit ihrem Beginn wieder aufgehoben werden.

§ 77n

Die GmbH-gebV in der Umwandlung

(1) Das Umwandlungsgesetz gilt für Gesellschaften mit gebundenem Vermögen, soweit die nachfolgenden Vorschriften nichts anderes bestimmen.

(2) § 29 Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes gilt mit der Maßgabe, dass bei der Beteiligung einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als übernehmender Rechtsträger keine angemessene Barabfindung anzubieten ist, sondern die Erstattung der Einlage gemäß § 77k.

(3) Eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen ist kein beteiligungsfähiger Rechtsträger im Sinne von § 175 Nummer 1 des Umwandlungsgesetzes.

(4) Eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen ist kein übertragender Rechtsträger im Sinne von § 122b Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes.

(5) Eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen ist kein formwechselnder Rechtsträger im Sinne von § 191 Abs. 1 Nummer 2 des Umwandlungsgesetzes.

§ 77o

Verschmelzung

(1) Eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen kann nur

1. mit einer anderen Gesellschaft mit gebundenem Vermögen verschmolzen werden,
2. als übernehmender Rechtsträger andere Rechtsträger aufnehmen oder
3. im Wege der Neugründung durch die Verschmelzung anderer Rechtsträger gegründet werden.

(2) Die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers müssen die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 erfüllen.

§ 77p

Spaltung

(1) ¹ Die Aufspaltung unter Beteiligung von Gesellschaften mit gebundenem Vermögen kann nur

1. zur Aufnahme, wenn die übernehmenden Rechtsträger Gesellschaften mit gebundenem Vermögen sind, oder
2. zur Neugründung, wenn ausschließlich Gesellschaften mit gebundenem Vermögen gegründet werden,

erfolgen.

² Die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers müssen die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 erfüllen.

(2) § 123 Abs. 2 des Umwandlungsgesetzes gilt mit der Maßgabe, dass übernehmende oder neu zu gründende Rechtsträger eine oder mehrere Gesellschaften mit gebundenem Vermögen sein müssen.“

3. Der bisherige Abschnitt 6 wird Abschnitt 7.

Artikel 2

Änderung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes

§ 13a Absatz 6 Satz 1 Nummer 4 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Februar 1997 (BGBl. I S. 378), das zuletzt durch Artikel 34 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3096) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„4. Anteile an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13b Absatz 1 Nummer 3 ganz oder teilweise veräußert; eine verdeckte Einlage der Anteile in eine Kapitalgesellschaft steht der Veräußerung der Anteile gleich, ebenso der Erhalt einer Zahlung im Sinne des § 77k des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; gleiches gilt, wenn die Kapitalgesellschaft innerhalb der Frist aufgelöst oder ihr Nennkapital herabgesetzt wird, wenn diese wesentliche Betriebsgrundlagen veräußert und das Vermögen an die Gesellschafter verteilt wird; Satz 1 Nummer 1 Satz 2 gilt entsprechend;“

Artikel 3

Änderung des Körperschaftsteuergesetzes

§ 27 Absatz 1 Satz 3 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3096) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Leistungen der Kapitalgesellschaft mit Ausnahme der Rückzahlung von Nennkapital im Sinne des § 28 Absatz 2 Satz 2 und 3 und von Zahlungen im Sinne des § 77k des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mindern das steuerliche Einlagekonto unabhängig von ihrer handelsrechtlichen Einordnung nur, soweit sie den auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs ermittelten ausschüttbaren Gewinn übersteigen (Einlagenrückgewähr).“

IV. Erläuterungen zum Gesetzestext im Einzelnen

Im Folgenden wird der Gesetzestext im Einzelnen erläutert. Um das schnelle Auffinden der Änderungen zu erleichtern, sind diese hellgrau unterlegt, soweit es sich nicht um reine Namensänderungen handelt.

1. Zur vorgeschlagenen Änderung von § 9c GmbHG

Die vorgeschlagene Nr. 4 statuiert Prüfungspflichten des Registergerichts, um sicherzustellen, dass der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Anforderungen genügt. Mit dieser Vorschrift würden die Prüfpflichten des Registergerichts in Bezug auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags erheblich erweitert.

2. Zu § 77a Gesellschaft mit gebundenem Vermögen

a) Rechtsformzusatz

Nach Absatz 1 ist dem Rechtsverkehr mittels eines Zusatzes zu erkennen zu geben, dass diese Gesellschaft nicht nur beschränkt haftet, sondern auch, dass ihr Vermögen dauerhaft gebunden ist. Im Folgenden verwendet der Entwurf die Kurzform „Gesellschaft mit gebundenem Vermögen“ ohne weitere Definition ebenso, wie das GmbHG einfach von „der Gesellschaft“ spricht. In den Erläuterungen wird die Gesellschaft mbH mit gebundenem Vermögen als GmbH-gebV abgekürzt. Vorschriften des Entwurfstextes werden als GmbHG-gebV kenntlich gemacht.

b) Zweck

§ 77a GmbHG-gebV enthält im Interesse einer schlanken Regelung keine Beschreibung des Telos dieser neuen Form der GmbH. Die folgenden Regelungen zur Gesellschaft mit gebundenem Vermögen sollen es erleichtern, ein Unternehmen nach den oben ausgeführten Leitideen des treuhänderischen Unternehmensverständnisses zu gründen und zu führen. Gesellschaftsanteile erlauben es den Gesellschaftern, eine gewisse Zeit Verantwortung für das Unternehmen zu tragen. Das Unternehmen wird in der Regel auf wirtschaftlichen Erfolg und

Gewinnerzielung ausgerichtet sein. Dieses Ziel ist jedoch von der persönlichen Motivation der Gesellschafter zu unterscheiden. Für ihre Arbeit im Unternehmen sollen Gesellschafter angemessen bezahlt werden. Anteile dienen aber nicht als Investitionsobjekt zur Erlangung von Dividenden aus dem Unternehmen oder zur Gewinnerzielung durch den Verkauf des Unternehmens. Antrieb ist in erster Linie die Begeisterung für die selbstbestimmte Verwirklichung der unternehmerischen Vision gemeinsam mit „Brüdern und Schwestern im Geiste“³⁸, nicht die Aussicht auf persönliche Gewinnerzielung durch den Verkauf des Unternehmens oder die Gewinnentnahme.

Eine Verpflichtung auf einen besonders gemeinwohlförderlichen Zweck, den die Gesellschafter mit dem von der Gesellschaft gehaltenen Unternehmen fördern wollen, ist im Gesetzesentwurf nicht vorgesehen. Vielmehr ist es den Gesellschaftern überlassen, in den Grenzen des allgemeinen Rechts einen von ihnen gewählten Zweck und Unternehmensgegenstand mit dem Unternehmen zu verfolgen. Dabei ist es – wie auch bei anderen Gesellschaften – durchaus möglich, besonders nachhaltige und gemeinwohlfördernde Zwecke zu verfolgen. Eine entsprechende Definition im Sinne eines „Gemeinnützigkeitsrechts-Light“ ist aber nicht beabsichtigt und würde zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen.

Die Arbeitsgruppe sieht jedoch das in der Kritik am ersten Entwurf geäußerte Risiko, eine GmbH-gebV könnte zur zweckfreien Verwaltung des eigenen Kapitals missbraucht werden, beispielsweise indem das Gesellschaftsvermögen allein der privaten Nutzung durch die Gesellschafter wenn auch zu einem marktgerechten Preis offensteht. In Reaktion auf diese Kritik sieht § 77a Abs. 1 S.2 GmbH-gebV vor, dass die Gesellschaft **einen erwerbswirtschaftlichen oder gemeinnützigen Zweck** verfolgen muss.

Dies bedeutet allerdings, dass eine GmbH-gebV nicht als Vorratsgesellschaft gegründet werden kann, da in diesem Fall die Verwaltung eigenen Vermögens zur offenen Vorratsgründung üblicherweise angegeben wird.³⁹ Dies ist jedoch hinzunehmen, da die Vermögensbindung bei der Nutzung einer Vorratsgesellschaft auch nach der Aktivierung beschlossen werden kann.

³⁸ So die Formulierung von Annegret Kramp-Karrenbauer bei der Gründung der Stiftung Verantwortungseigentum am 25.11.2019.

³⁹ M.w.N. Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Auflage 2020, GmbHG § 3 Rn. 79.

Eine Tätigkeit als Holdinggesellschaft oder Komplementärin einer KG⁴⁰ fielen nach hier vertretener Auffassung ebenso unter die Verfolgung eines erwerbswirtschaftlichen Zwecks, wie die Tätigkeit eines Unternehmens, das am Markt weniger mit dem Ziel auftritt Gewinn zu erwirtschaften, sondern das allein eine Kostendeckung anstrebt (Sozialunternehmen).

c) Die Gesellschafter der GmbH-gebV

aa) Beschränkung des Kreises potentieller Gesellschafter

Die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen kann nur mit geeigneten Gesellschaftern erfolgreich sein, die von der Idee des Verantwortungseigentums und der Vision des konkreten Unternehmens überzeugt sind.

Absatz 3 trifft daher nähere Voraussetzungen zu den Gesellschaftern der GmbH-gebV. Gesellschafter können nur natürliche Personen, andere Gesellschaften mit gebundenem Vermögen und Rechtsträger mit vergleichbarer gesetzlicher Vermögensbindung sein. Diese Beschränkung potentieller Gesellschafter beruht auf der von der Stiftung Verantwortungseigentum entwickelten Grundidee des aktiven, persönlich in der Gesellschaft engagierten und intrinsisch motivierten Gesellschafters „mit Gesicht“. Diese Einschränkung des Gesellschafterkreises führt zu verschiedenen Folgeänderungen insbesondere hinsichtlich der Übertragung und Vererbung von Gesellschaftsanteilen in § 77c GmbHG-gebV.

Dividendenrechte sind in der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen gesetzlich ausgeschlossen. Der Kreis der Gesellschafter wird ausdrücklich begrenzt, um den Anteilerwerb auch aus indirekten Gewinnerzielungsabsichten auszuschließen. Hintergrund der Überlegung waren für die Stiftung Verantwortungseigentum die Fälle, in denen ursprünglich nachhaltig ausgerichtete Unternehmen wie Ben & Jerry's erworben und die Geschäftspraxis und Unternehmenskultur nachhaltig durch eine neue Konzernmutter geändert wurde.⁴¹ Die GmbH-gebV soll nicht Tochtergesellschaft in einem Konzern mit einer Konzernmutter sein, die den Interessen gewinnorientierter Investoren verpflichtet ist.

⁴⁰ Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Auflage 2020, GmbHG § 1 Rn. 7

⁴¹ Vgl. Möslin/Mittwoch, RabelsZ (80) 2016, 399 (414) m.w.N.

Denkbare Gesellschafter sind neben natürlichen Personen und anderen GmbH-gebV jedoch beispielsweise Stiftungen, sowie ausländische Rechtsformen, die der GmbH-gebV im Hinblick auf die gesetzliche Vermögensbindung entsprechen. Damit wird eine potentiell europarechtswidrige Diskriminierung ausländischer Rechtsträger ausgeschlossen. Nicht erfasst sind dagegen Kapitalgesellschaften, selbst wenn Gewinnbezugsinteressen durch gesellschaftsrechtliche Regelungen ausgeschlossen sind, wie bei der gGmbH. Gesellschaftsvertragliche Regelungen können rückgängig gemacht werden, selbst wenn dies im Fall der gGmbH mit erheblichen steuerlichen Nachteilen verbunden ist. Solche Konstruktionen bieten nicht die notwendige Sicherheit einer dauerhaften gesetzlichen Vermögensbindung.

Satz 2 ermöglicht es den Gesellschaftern allerdings, Personengesellschaften als Gesellschafter der GmbH-gebV aufzunehmen, die lediglich natürliche Personen als Gesellschafter haben. Diese Ausnahmeregelung wurde von Unternehmen angeregt, um die möglichst einfache Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmen zu ermöglichen, wie beispielsweise im Fall der soulproducts GmbH, die insbesondere nachhaltige Trinkflaschen („soulbottles“) herstellt. Hier werden Mitarbeiter nach einer bestimmten Zeit Gesellschafter einer GbR, die Anteile an der GmbH hält. Durch die ohne weitere Formalitäten mögliche Beteiligung an der GbR ist mittelbar die Beteiligung der Mitarbeiter an der GmbH möglich. Durch die ausnahmslose Beschränkung der Gesellschafterstellung auf natürliche Personen würden solche Modelle unmöglich.

Zulässig sind jedoch ausschließlich Personengesellschaften mit natürlichen Personen als Gesellschafter, um auch indirekt nur Gesellschafter „mit Gesicht“ zu beteiligen. Die Regelung sieht allerdings nicht vor, GmbH-gebV oder andere Gesellschaften mit vergleichbarer Vermögensbindung als Gesellschafter der Personengesellschaften zuzulassen, die nach Satz 2 Gesellschafterinnen sein können. Andernfalls würde eine GmbH-gebV & Co. KG Gesellschafterin einer GmbH-gebV sein können und so auch Publikumspersonengesellschaften, die nicht dem Idealbild des Gesellschafters einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen entsprechen, die Gesellschafterstellung in einer GmbH-gebV offenstehen.

bb) Ausschluss potentieller Gesellschafter verfassungsrechtlich unbedenklich

Der Ausschluss juristischer Personen von einer Mitgliedschaft in einer GmbH-gebV ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Da es sich um eine neue Organisationsform handelt, besteht kein Vertrauensschutz für juristische Personen. Im Übrigen dürfte der Ausschluss juristischer Personen von der Stellung als Gesellschafter verfassungsrechtlich zulässig sein. Nach einer Entscheidung des BVerfG ist der Ausschluss juristischer Personen von der Bestellung zum Insolvenzverwalter mit dem Grundgesetz (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar und folglich verfassungsgemäß.⁴² Der Ausschluss juristischer Personen sogar von einer bestimmten beruflichen Tätigkeit wurde damit akzeptiert. Der vorliegende Entwurf schränkt die Möglichkeiten von juristischen Personen sogar noch deutlich weniger ein. Trotz des Ausschlusses von der Gesellschafterstelle in einer GmbH-gebV stehen juristischen Personen ausreichend andere Organisationsformen zur Verfügung.

Auch eine Privilegierung von Personengesellschaften, an denen ausschließlich natürliche Personen beteiligt sind, hat das BVerfG im Steuerrecht zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften akzeptiert.⁴³ Insofern dürfte es auch verfassungsrechtlich unproblematisch sein, dass im vorliegenden Entwurf Personengesellschaften allein mit natürlichen Gesellschaftern als Gesellschafter einer GmbH-gebV akzeptiert werden, um die einfache Beteiligung von Mitarbeitern zu ermöglichen.

cc) Beteiligung von Gesellschaftern, die § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV nicht entsprechen

Bei einer derartigen Einschränkung des Gesellschafterkreises sind Folgeprobleme zu lösen, die auftreten, wenn ein Gesellschafter beitrifft oder an der Gründung mitwirkt, der die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV nicht erfüllt. Weitere Fragen stellen sich, wenn ein Gesellschafter der GmbH-gebV seine Rechtsform ändert oder sich der Kreis der Gesellschafter der an einer GmbH-gebV beteiligten Personengesellschaft ändert. Rechtsprechung und Literatur zur fehlerhaften Gründung und zum fehlerhaften Beitritt⁴⁴ helfen nur bedingt weiter,

⁴² BVerfGE 141, 121 = NZG 2016, 471 Rn. 31 ff.

⁴³ BVerfGE 148, 217 = NZG 2018, 632 Rn. 112 ff.

⁴⁴ Die neuere Rechtsprechung wendet die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft allerdings nicht mehr auf den Erwerb eines Geschäftsanteils an einer GmbH an: BGH, NJW-RR 2015, 659 Rn. 15; vgl. auch Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 29 m.w.N.

weil hier jeweils nur die Wirksamkeit von Gründung bzw. Beitritt aufgrund von Willensmängeln als solche in Frage steht,⁴⁵ nicht die Fähigkeit, überhaupt Gesellschafter zu werden. Letzteres ist eine Besonderheit der GmbH-gebV. Diese Fragen regeln § 77a Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-gebV.

Die Mitwirkung an der Gründung und der Beitritt zu einer GmbH-gebV durch eine Person, die nicht die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV erfüllt, sind vor Invollzugsetzung nichtig, so wie ein mit einem Willensmangel oder gesetzlichem Verbot behafteter Beitritt;⁴⁶ die entsprechende Person wird nicht Gesellschafter. Das Registergericht hat die Eintragung gemäß § 9c GmbHG abzulehnen. Wird allerdings trotzdem eingetragen, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge.

Materielle Mängel bei der Gründung einer „normalen“ GmbH haben weder auf die Existenz der Gesellschaft noch die Gesellschafterstellung Einfluss.⁴⁷ § 77a Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-gebV zeigen, dass dies konsequenterweise auch für Gesellschafter gilt, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 S. 1 und 2 GmbHG-gebV nicht erfüllen. Für eine solche Lösung sprechen auch die vorgelegten Entwürfe zur Nachfolge von Todes wegen. § 77b Abs. 3 GmbHG-gebV geht davon aus, dass Gesellschaftsanteile im Erbgang einer Person zufallen können, die nicht Gesellschafter gemäß § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV sein darf. Hier beschränkt sich das Gesetz auf Ergebniskorrektur. Dies spricht dafür, dass auch Personen, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV nicht erfüllen, zunächst Gesellschafter werden und anschließend die Gesellschaft verlassen müssen. Eine solche Ergebniskorrektur passt damit sowohl auf Fehler bei der Gründung als auch auf den Fall, dass sich der Gesellschafterkreis einer Personengesellschaft nachträglich ändert, z. B. durch einen Erbfall oder im Wege einer Anteilsübertragung.

Die Sätze 3 und 4 relativieren nicht das Verbot, dass Personen, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-gebV nicht erfüllen, nicht Gesellschafter werden dürfen. Die Regelungen stellen sicher, dass Gesellschafter gegen Erstattung der Einlage die Gesellschaft verlassen, wenn die persönlichen Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt werden, wenn beispielsweise eine Personengesellschaft eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafterin aufnimmt. Der Verlust

⁴⁵ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 2 Rn. 44.

⁴⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 2 Rn. 40.

⁴⁷ Allg. Meinung m.w.N. Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 2 Rn. 43.

des Anteils steht nicht im Ermessen der Gesellschafter, sondern erfolgt unmittelbar mit Ablauf der Frist (vgl. zum Anfall kraft Gesetzes § 27 Abs. 3 GmbHG), wenn der entsprechende Gesellschafter die Voraussetzungen von § 77a Abs. 3 S. 1 und 2 GmbHG-gebV innerhalb einer angemessenen Frist nicht erfüllt. Denkbar ist z. B., dass die Personengesellschaft eine GmbH als Gesellschafterin ausschließt und so wieder die Voraussetzungen des § 77b Abs. 3 GmbHG-gebV gewährleistet. Die Verweise in § 77a Abs. 3 S. 4 GmbHG-gebV auf § 77b Abs. 3 S. 4 und 8 GmbHG-gebV regeln die Erstattung der Einlage und verhindern die Entstehung einer sog. Keinpersonen-Gesellschaft.⁴⁸

d) Anwendbarkeit des GmbH-Rechts, Stimmrecht und Anteile

Die Anwendbarkeit des allgemeinen GmbH-Rechts folgt aus der Stellung im GmbHG; eine ausdrückliche Verweisung ist nicht erforderlich. Damit sind die Grundstrukturen der GmbH mit den Organen der Gesellschafterversammlung und Geschäftsführer ebenso auf die GmbH-gebV anwendbar wie das Recht der Kapitalaufbringung, Rechte und Pflichten der Gesellschafter und Geschäftsführer sowie die Auseinandersetzung der Gesellschaft. Die Anwendbarkeit des allgemeinen GmbH-Rechts hat auch zur Folge, dass sich das Stimmrecht der Gesellschafter nach ihrer Einlage richtet, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist. Der Gesellschafter ist damit auch in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen durchaus mit eigenem Geld beteiligt und geht damit ein finanzielles Risiko ein. Dabei vermittelt die Einlage in der Gesellschaft Einfluss über das Stimmrecht, allerdings kein Recht auf die in der Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne. Die Gesellschafter der GmbH-gebV sind Gesellschafter mit Stimm- aber ohne Dividendenrecht.

Der Gesetzesentwurf schlägt keine Regeln zu stimmrechtslosen Anteilen mit Dividendenrechten vor, die als Instrument der Finanzierung diskutiert wurden. Mit dem Leitbild des selbstbestimmten Unternehmens in Verantwortungseigentum wäre eine Beteiligung von Investoren schwer vereinbar, auch wenn diese kein Stimmrecht erhalten. Außerdem würde es dem

⁴⁸ Zur Keinpersonen-GmbH: Vgl. Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 33 Rn. 19; MüKoGmbHG/Löwisch, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 33 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 60 Rn. 24; BeckOK GmbHG/Schindler, 46. Ed. 1.11.2020, GmbHG § 33 Rn. 82 m.w.N.; zum Begriff eing. Steding, NZG 2003, 57 (58).

Grundgedanken der dauerhaften Vermögensbindung widersprechen, wenn Anteile mit Dividendenrechte vorgesehen würden. Die Finanzierung der GmbH-gebV kann im Rahmen des § 77i GmbH-gebV über schuldrechtliche Instrumente erfolgen.⁴⁹

3. § 77b Herstellung der dauerhaften Vermögensbindung

a) Allgemeines

§ 77b GmbHHG-gebV regelt die Entstehung der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen durch Gründung oder Gesellschafterbeschluss. Der Entwurf geht von einer so großen Nähe zwischen GmbH und GmbH-gebV aus, dass der Vereinbarung der Vermögensbindung keinen Formwechsel darstellt. Gleichwohl ist die Arbeitsgruppe der Auffassung, dass der Beschluss, mit dem die Vermögensbindung unwiderruflich hergestellt wird, die Struktur einer herkömmlichen GmbH so stark verändert, dass besondere Instrumente zum Schutz der Beteiligten – Gesellschafter, Arbeitnehmer, Investoren und Gläubiger – erforderlich sind. Um dies zu gewährleisten, schlägt der Entwurf nicht nur – wie bereits in der ersten Fassung – einen Beschluss sämtlicher Gesellschafter vor, sondern lehnt sich an das Umwandlungsrecht an, insbesondere § 194 UmwG.

b) Der Vermögensbindungsbeschluss

aa) Absatz 1

§ 77b Abs. 1 S. 1 GmbH-gebV ordnet an, dass der Beschluss die Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. Dies dient dem Minderheitenschutz angesichts der tiefgreifenden und unwiderruflichen Wirkung des Beschlusses. Klarstellend ist die Pflicht der notariellen Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses aufgeführt. Diese ist wegen der notwendigen Satzungsänderung zwar bereits erforderlich, vgl. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHHG. Sie soll aber wegen der einschneidenden Bedeutung der dauerhaften Vermögensbindung und der der notariellen Beurkundung zugeschriebenen Warnfunktion an dieser Stelle genannt werden.

⁴⁹ Kritisch zum ersten Entwurf *M. Reiff*, ZIP 2020, 1750 (Fn. 41); *Burgard*, ZStV 2021, 1 (2).

Absatz 1 Satz 2 ordnet an, dass die Entscheidung, sich durch die Wahl der Rechtsform dieser Vermögensbindung zu unterwerfen, nicht wieder aufgehoben oder geändert werden kann. Diese dauerhafte und unwiderrufliche Vermögensbindung, ist ein wesentliches Charakteristikum der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen.

bb) Absatz 2

Der Gesellschaftsvertrag – die Vermögensbindung macht Änderungen des Vertrags einer bereits bestehenden Gesellschaft erforderlich – ist neu zu fassen und muss im Beschluss enthalten sein, Absatz 2 Satz 2. Für die Anmeldung und Eintragung des neuen Gesellschaftsvertrags beim Handelsregister gelten die allgemeinen Regeln, § 54 GmbHG.

Absatz 2 enthält Vorgaben zum Mindestinhalt des Vermögensbindungsbeschlusses. Dazu gehört nicht nur die Vermögensbindung (Nr.1) selbst, sondern auch die Begünstigten, denen im Fall der Liquidation der Gesellschaft das verbleibende Vermögen zusteht (Nr. 2). Machen die Gesellschafter von der Möglichkeit Gebrauch, die Vererblichkeit der Anteile gem. § 77c Abs. 5 GmbHG-gebV auszuschließen, so ist die letztübernehmende Person ebenfalls anzugeben (Nr. 3). Schließlich ist die Einrichtung anzugeben, an die die jährlichen Berichte zur Einhaltung der Vermögensbindung und die Prüfberichte des Wirtschaftsprüfers gem. § 77j GmbHG-gebV weiterzuleiten sind. Dieser kommt bei fortgesetzten Verletzungen der Vermögensbindung das Recht und die Pflicht zu, die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen zu beantragen (Nr. 4).

Schließlich muss der Beschluss Angaben zu den Folgen der dauerhaften Bindung des Gesellschaftsvermögens für die Mitarbeiter und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen machen (Nr. 5). Die Vermögensbindung bedeutet eine so tiefgreifende Veränderung in der Struktur der Gesellschaft, dass auch die Interessen der Mitarbeitenden berücksichtigt werden müssen. Dem Schutz der Mitarbeitenden dient außerdem die Information an den Betriebsrat nach Absatz 4.

Einen dem Umwandlungsbericht gem. § 192 UmwG vergleichbaren Bericht zum Vermögensbindungsbeschluss hält die Arbeitsgruppe nicht für erforderlich, weil es sich dabei um ein

Instrument des Minderheitenschutzes der Anteilseigner handelt.⁵⁰ Da aber dem Vermögensbindungsbeschluss alle Gesellschafter zustimmen müssen, ist ein solcher Schutz hier nicht erforderlich. Damit sich die Gesellschafter im Vorfeld entsprechend der Bedeutung des Beschlusses informieren und vorbereiten können, sind sie spätestens mit der Einberufung vom Beschlussgegenstand Vermögensbindung gemäß Absatz 3 zu unterrichten.

c) Gläubigerschutz

Absatz 3 dient dem Gläubigerschutz und löst die Fragen, die in der Diskussion um den ersten Entwurf angesprochen wurden.⁵¹

In diesem Zusammenhang bietet es sich an, kurz darauf hinzuweisen, dass die Gläubiger der Gesellschaft durch die Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung ebenso geschützt werden wie die einer traditionellen GmbH. Durch die Vermögensbindung kann sogar mehr Kapital zur Verfügung stehen.

Die Kritik bezog sich jedoch auf die Möglichkeiten der Gläubiger der Gesellschafter, Erfüllung für ihre Forderungen zu erhalten. In der Tat können die Gläubiger der Gesellschafter über eine Pfändung des Gesellschaftsanteils – ebenso wenig wie der Gesellschafter selbst – auf das in der Gesellschaft gebundene Vermögen zugreifen.⁵² Die Vermögensbindung ist Kern der Rechtsform, an dem auch in diesem Entwurf festgehalten wird. Verhindert werden muss allerdings, dass eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen gegründet wird, um Gläubigern der Gründer Vermögen zu entziehen.

Dazu lässt sich zunächst sagen, dass Vermögensübertragungen z. B. an nahestehende Verwandte, Ehepartner und Lebensgefährten mit dem Ziel der Gläubigerbenachteiligung kein neues Problem sind und durch die Regelungen des Anfechtungs- und Insolvenzrechts adressiert werden. Rechtsgeschäfte, die mit dem Ziel der Gläubigerbenachteiligung durchgeführt wurden, können beispielsweise innerhalb von zehn Jahren angefochten werden (§ 3 AnfG). Als eine solche Rechtshandlung dürfte man auch die Gründung einer GmbH-gebV oder die

⁵⁰ Vgl. Henssler/Strohn/Drinhausen/Kleinath, GesR, 5. Aufl. 2021, UmwG § 192 Rn. 1; Schmitt/Hörtnagl/Winter, 9. Aufl. 2020, UmwG § 192 Rn. 1.

⁵¹ Habersack, GmbHR 2020, 992 ff.

⁵² Vgl. Grunewald/Henrichs, NZG 2020, 1201 (1204).

Einbringung von Vermögen in die Gesellschaft verstehen können, wenn diese mit entsprechendem gläubigerbenachteiligenden Vorsatz erfolgt.⁵³ Für den Nachweis des Vorsatzes wäre gegebenenfalls die Kenntnis des Gesellschafters der Gesellschaft zuzurechnen.⁵⁴ Sollte ein solcher Vorsatz gleichwohl nicht nachweisbar sein, so kommt eine Anfechtung gemäß § 4 AnfG wegen einer unentgeltlichen Leistung des Schuldners/Gesellschafters an die GmbH-gebV in Betracht. Die Einbringung von Vermögen in eine Stiftung wird als eine unentgeltliche Zuwendung in diesem Sinne angesehen.⁵⁵ Auf das in eine GmbH-gebV eingebrachte Vermögen kann der Gesellschafter ebenso wie ein Stifter nicht mehr zugreifen, so dass es sich anbietet, die Vorschrift auch hier anzuwenden. Für Rechtshandlungen im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens gelten die Vorschriften der Insolvenzordnung, §§ 129 ff. InsO.

Zur weiteren Absicherung der Gläubiger der Gesellschafter sieht der Entwurf in § 77a Abs. 2 S. 3-5 GmbH-gebV für die Gläubiger einen Anspruch auf Sicherheitsleistung nach dem Vorbild des § 22 UmwG vor. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung kann in Bezug auf Forderungen geltend gemacht werden, die vor der Vermögensbindung gemäß § 77a Abs. 2 S. 1, 2 GmbH-gebV begründet worden sind. Entsprechend dem umwandlungsrechtlichen Vorbild ist Voraussetzung, dass der Gläubiger glaubhaft macht, dass durch die dauerhafte Vermögensbindung, genauer die Einbringung von Vermögen in die Gesellschaft mit dauerhafter Vermögensbindung, die Erfüllung der Forderungen des Gläubigers gefährdet wird. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen. Die Information im Wege der Bekanntmachung ist aus dem Umwandlungsrecht bereits bekannt und wird daher auch hier vorgeschlagen. Denkbar ist jedoch, dass eine Informationspflicht des Schuldners gegenüber seinen Gläubigern als vertragliche Nebenpflicht begründet werden kann.

Für Forderungen, die nach der Bekanntmachung der Eintragung der Vermögensbindung begründet worden sind, greift der Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht. Die Gläubiger müssen sich über die Vermögenssituation des Schuldners informieren und können nicht erwarten, dass sie zur Befriedigung ihrer Forderungen auf Vermögen zugreifen können, auf das der

⁵³ Rechtshandlungen in diesem Sinne werden weit verstanden und erfassen auch die Einbringung als Stammeinlage in eine Kapitalgesellschaft vgl. MüKoAnfG/*Kirchhof*, 1. Aufl. 2012, AnfG § 1 Rn. 14.

⁵⁴ Zur Zurechnung bei juristischen Personen im Anfechtungsrecht MüKoAnfG/*Kirchhof*, 1. Aufl. 2012, AnfG § 3 Rn. 39.

⁵⁵ *Knof/G. Roth*, KTS 2012, 163 (184 ff.); MüKoAnfG/*Kirchhof*, 1. Aufl. 2012, AnfG § 1 Rn. 60.

Gesellschafter selbst keinen Zugriff hat. Sie können durch Pfändung des Anteils immerhin die Einlage erhalten oder können natürlich nach den allgemeinen Vorschriften Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft – zum Beispiel auf Vergütung einer Geschäftsführertätigkeit, Forderungen aus Vermietung etc. – zur Befriedigung ihrer Forderungen einziehen.

4. Zu § 77c Übertragung und Vererbung von GmbH-gebV -Geschäftsanteilen

a) Allgemeine Überlegungen

Bereits betont wurde, dass der Erfolg der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen voraussetzt, dass die Gesellschafter von der Idee treuhänderischen Unternehmertums und dem konkreten Unternehmen überzeugt sind. Es genügt aber nicht, dass solche geeigneten Gesellschafter einmal gefunden werden. Die für Familienunternehmen zentralen Nachfolgefragen⁵⁶ stellen sich vielmehr auch für Unternehmen mit treuhänderischem Unternehmensverständnis. Die Erhaltung und Entwicklung der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ ist Voraussetzung dafür, dass Unternehmen in Verantwortungseigentum auch über die Generation der engagierten Gründer hinaus Bestand haben können. Um dies zu erleichtern, trifft der Entwurf Regelungen.

Gesellschaftsanteile einer GmbH sind gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG übertragbar und vererblich. Zur Erhaltung und Entwicklung der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ in der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen wird im vorliegenden Entwurf die Übertragung und Vererbung gegen den Willen der Gesellschafter vermieden. Daher schließt § 77c GmbHG-gebV die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 1 GmbHG aus und trifft neue Regelungen. Für die Übertragung der Geschäftsanteile werden in § 77c Abs. 2 GmbHG-gebV und für die Vererbung in § 77c Abs. 3 und 4 GmbHG-gebV Regelungen getroffen. Sowohl die Nachfolge unter Lebenden als auch von Todes wegen wird in der anwaltlichen Praxis insbesondere bei Familienunternehmen intensiv ausgestaltet. Die vorliegenden Vorschriften weisen eine große Nähe zu den Regelungen auf,

⁵⁶ Monographisch dazu *Viskorf*, Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung, 1. Aufl. 2020; *Koerberle-Schmidt/Unger*, Nachfolge im Familienunternehmen, 1. Aufl. 2019; *May/Bartels*, Nachfolge in Familienunternehmen, 1. Aufl. 2016; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, 2015, 169 ff.; *Klein*, Familienunternehmen, 3. Aufl. 2010, 313 ff.; *Hennerkes/Kirchdörfer/Lorz*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, § 35; allg. zu den Zielen einer Unternehmensnachfolge ausf. *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 11 ff.; zum Nachfolgeprozess eing. *Riedel/Riedel*, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2018, § 3.

die in vielen Familienunternehmen in der Satzung vorgesehen werden, um den Kreis der Gesellschafter auf geeignete Personen zu beschränken.⁵⁷ Der vorliegende Entwurf stellt solche Regelungen bereits als dispositives Recht zur Verfügung, um Beratungsaufwand und Kosten in der Gründung zu sparen.

Die Gesellschaftsanteile sind nach diesem Entwurf grundsätzlich vererblich, doch dürfen die Gesellschafter abweichende Regelungen nach Absatz 4 vornehmen und so die automatische Vererbung ausschließen. Folgeprobleme, wie sie insbesondere durch die Entstehung einer Keypersonen-Gesellschaft auftreten könnten, werden vermieden.

b) Absatz 2 Übertragung unter Lebenden

aa) Allgemeines und Vinkulierung

Die Gesellschafterstellung soll auf Erwerber übertragen werden können, die von den Gesellschaftern aufgrund gemeinsamer Werte und Fähigkeiten ausgewählt werden. Geschäftsanteile können deshalb an Personen übertragen werden, die bereits Gesellschafter sind. Aber auch die Gesellschaft selbst und Dritte, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV erfüllen, stellen geeignete Erwerber dar. Eine Übertragung aller Anteile an die Gesellschaft ist allerdings nicht zulässig, weil andernfalls eine Keypersonen-Gesellschaft entstünde.

Ein Gesellschafterbeschluss, der der Übertragung gemäß 77c Abs. 2 GmbHG-gebV an eine Person zustimmt, die nicht den Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV genügt, dürfte gemäß § 241 Nr. 3 AktG analog⁵⁸ wegen Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH-gebV nichtig sein. Überträgt ein GmbH-Gesellschafter einen Anteil, bedarf zum einen der Abtretungsvertrag gem. § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Form. Der notariellen Form bedarf gem. § 15 Abs. 4 GmbHG auch eine etwaige vertragliche Verpflichtung zur Übertragung des Anteils. Eine Änderung der Satzung ist hingegen nicht erforderlich. Dies gilt auch für die GmbH-gebV, vgl. Satz 3.

⁵⁷ Zu solchen Gestaltungsmöglichkeiten nur *Heckschen/Weitbrecht*, NZG 2019, 721 ff.; *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 ff.

⁵⁸ Zur allg. anerkannten analogen Anwendung der § 241 ff. AktG bei der GmbH siehe nur BGH, NZG 2008, 317 Rn. 22; *MüKoGmbHG/Wertenbruch*, 3. Aufl. 2019, GmbHG Anh. § 47 Rn. 1; jew. m.w.N.

§ 77c Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV enthält eine Vinkulierung als dispositive Regelung. Das Zusammenwirken in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen setzt ein vertrauensvolles Verhältnis unter den Gesellschaftern voraus. Werden Geschäftsanteile an einen Mitgesellschafter übertragen, ändern sich außerdem die Beteiligungsverhältnisse. In Familienunternehmen, die ein ähnlich enges Verhältnis zwischen den Gesellschaftern voraussetzen, wird daher die Vinkulierung der Anteile regelmäßig im Gesellschaftsvertrag vorgesehen.⁵⁹ Der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter bedarf einer einfachen Mehrheit. Es steht im Belieben der Gesellschafter, im Gesellschaftsvertrag ein höheres Quorum zu vereinbaren.

bb) Halten eigener Anteile

Eine GmbH kann eigene Anteile halten, vgl. § 33 GmbHG. Die Rechtsfolgen des Erwerbs der eigenen Anteile sind gesetzlich nicht geregelt. Die Gesellschaft wird nach h.M. Inhaberin der Geschäftsanteile, aber nicht Gesellschafterin.⁶⁰ Die Rechte aus den Geschäftsanteilen ruhen.⁶¹

Die Möglichkeit des Haltens eigener Anteile soll auch für Gesellschaften mit gebundenem Vermögen als Gestaltungsmöglichkeit bestehen bleiben. Auf diese Weise kann zum Beispiel die Einziehung vermieden oder die Übertragung an einen anderen Gesellschafter oder Dritten im Sinne des § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV hinausgezögert werden, wenn im Zeitpunkt der Übertragung kein geeigneter Erwerber vorhanden ist. § 33 GmbHG soll danach auch auf die GmbH-gebV Anwendung finden. In § 33 Abs. 3 GmbHG wird die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile auf Umwandlungsfälle ausgeweitet. In diesem Zusammenhang ist die Anpassung des UmwG gemäß §§ 77n ff. GmbHG-gebV zu beachten.

cc) Gutgläubiger Erwerb

Ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ist nach § 16 Abs. 3 GmbHG möglich.

⁵⁹ Mayer/Binz, NZG 2012, 201; Blasche, RNotZ 2013, 515.

⁶⁰ MüKoGmbHG/Löwisch, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 33 Rn. 119; Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 47 Rn. 46.

⁶¹ Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 33 Rn. 22; MüKoGmbHG/Löwisch, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 33 Rn. 119; Altmeppen, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 33 Rn. 31; Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 47 Rn. 46.

Maßgeblich ist nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG insbesondere, dass ein Nichtberechtigter als Inhaber des Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eingetragen ist.⁶²

Ein gutgläubiger Erwerb kann ebenso bei der Übertragung von GmbH-gebV-Geschäftsanteilen gemäß § 77c Abs. 2 GmbHG-gebV in Betracht kommen, wenn ein Nichtberechtigter, der als Inhaber des Geschäftsanteils der GmbH-gebV in der Gesellschafterliste eingetragen ist, handelt und § 16 Abs. 3 S. 2 bis 4 GmbHG nicht entgegenstehen. Die Interessen der GmbH-gebV sind dadurch geschützt, dass ein gutgläubiger Erwerb überhaupt nur in den Fällen möglich ist, in denen das Gesetz eine Übertragung zulässt. Insbesondere bedarf es nach § 77c Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV der Zustimmung der Gesellschafter. § 16 Abs. 3 GmbHG bedarf folglich keiner Änderung. Es sei ausdrücklich klargestellt, dass es hier um den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten geht. Nicht möglich ist der gutgläubige „Wegerwerb“ der dauerhaften Vermögensbindung.

c) Absatz 3 Veräußerung zu einem über dem Nennwert liegenden Kaufpreis

Zentral für die Konzeption der GmbH-gebV ist, dass Gesellschafter das in der Gesellschaft gebundene Vermögen nicht persönlich für sich vereinnahmen dürfen, sondern ihre Anteile als Treuhänder für die nächste Generation halten. Eine **Veräußerung eines Geschäftsanteils zu einem Preis, der den Nennwert übersteigt**, kann insofern als problematisch angesehen werden. Wird ein Kaufpreis für einen Geschäftsanteil bezahlt, der über dem liegt, was der Gesellschafter im Fall des Ausscheidens gem. § 77k GmbH-gebV beim Ausscheiden verlangen könnte, so lässt sich darin die Personalisierung des im Unternehmen gebundenen Werts sehen. Mehr noch, der Erwerb eines Anteils zu einem höheren Wert lässt befürchten, dass der Erwerber erwartet, dass sich die durch den höheren Kaufpreis vorgenommene Investition auszahlen wird, beispielsweise indem er die Vermögensbindung unterläuft, oder einen Konkurrenten verdrängt.

Die Veräußerung zu einem höheren als dem Nominalwert könnte gesetzlich untersagt werden. Eine solche Vorschrift würde die Vermögensbindung stärken.

⁶² Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 40 Rn. 31.

Die Arbeitsgruppe hat sich jedoch gegen ein verbindliches Verbot im Gesetzesentwurf entschieden, da sich ein solches nicht systemkonform in das geltende GmbHG einpassen würde und Folgefragen, etwa zum Charakter des Eigenkapitals, aufwerfen würde. Sollte die Regelungsinitiative einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen in einem eigenen Statut umgesetzt werden, könnte dieser Aspekt neu zu betrachten sein.

Der Entwurf möchte aber bereits einen Vorschlag aufnehmen, mit dem die Gesellschafter die Veräußerung über dem Nominalwert im Gesellschaftsvertrag untersagen und eine für diesen Fall gesetzlich vorgesehene Fehlerfolge herbeiführen können. Der Entwurf knüpft an die Rechtsprechung und Literatur zu Klauseln an, in denen Mitarbeiter oder Manager einen Gesellschaftsanteil praktisch als Treuhänder für die Zeit der Beschäftigung zum Nominalwert erhalten und diesen abschließend zum Nominalwert zurückübertragen, bzw. beim Ausscheiden nur eine entsprechend kleine Abfindung erhalten.⁶³ Weitere Beispiele finden sich bei der Verfolgung eines gemeinnützigen Zwecks durch die Gesellschaft.⁶⁴ Die Rechtsprechung hat in diesen Fällen eine Einschränkung der Abfindung und auch der Gegenleistung bei Veräußerung weitgehend akzeptiert, so dass sich die Aufnahme einer entsprechenden Gestaltungsoption in das geltende GmbH-Recht einpasst. Zwar könnte man die Gestaltung der Klauseln auch den Gesellschaftern selbst und ihren Beratern überlassen, doch können so verbleibende Zweifel an ihrer Wirksamkeit ausgeräumt und für die Gesellschafter ein Vereinfachungseffekt erreicht werden. Außerdem kommt der Regelung eine gewisse Signalwirkung zu.

Eine gesellschaftsrechtliche Regelung wirft Folgefragen auf, wenn ein Gesellschafter vertragswidrig den Anteil an einen Dritten veräußert. Der Entwurf geht von der Wirksamkeit des Vertrags mit dem erwerbenden Dritten aus, doch steht der Mehrbetrag der Gesellschaft, nicht dem Gesellschafter zu. Der Anspruch ist vom Geschäftsführer geltend zu machen. Es stellt sich ferner die Frage der Durchsetzung des entsprechenden Anspruchs, insbesondere in der Einpersonen-Gesellschaft. Zur Förderung der effektiven Durchsetzung der Forderungen der

⁶³ Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, Lorz/Pfisterer/Gerber/von Schorlemer, 1. Aufl. 2010, C. III. 3. § 9 Abs. 3; Kowalski/Bormann, GmbHR 2004, 1438 (1442); BFH, DStR 2020, 2119; BGH, NZG 2014, 820 Rn. 13; BGH, NZG 2005, 968; BGH, NZG 2005, 971; BGH, NJW 1997, 2592; OLG Hamm, GmbHR 1997, 942 (944).

⁶⁴ BGH, NZG 2014, 820 Rn. 13; BGHZ 135, 387 (390) = NZG 1998, 25.

Gesellschaft wird in § 77j GmbHG-gebV ein nunmehr verbindliches Governance-System vorgelegt.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, den der Gesellschaft zustehenden Mehrbetrag im Wege der Fiktion wie betrieblichen Ertrag zu behandeln, und betont, dass eine Auszahlung insbesondere an den Gesellschafter (Erwerber des Anteils) nicht erfolgen darf. Diskutiert wurde in der Arbeitsgruppe auch eine Einordnung als außerordentlicher Gewinn oder Kapitalrücklage. Die Regelung soll jedenfalls deutlich machen, dass es sich keinesfalls um eine Einlageleistung des Erwerbers handelt, die dieser gem. § 77k GmbHG-gebV bei einem Ausscheiden verlangen könnte. Derartige bilanzrechtliche Regelungen sind im GmbHG eher selten, sodass auch eine Regelung im HGB in Betracht käme. Doch gibt es auch Ausnahmen, beispielsweise in § 5a GmbHG, weshalb für den vorliegenden Vorschlag keine eigene Regelung für das HGB vorgelegt wird.

Die vorgesehene Fiktion betrifft nur die handels-, nicht auch die steuerbilanzielle Einordnung des der Gesellschaft zufließenden Mehrbetrags. Steuerbilanziell liegt eine Einlage vor. Dies bedarf keiner ausdrücklichen Klarstellung im Gesetzesentwurf, weil die eigenständige steuerrechtliche Würdigung des handelsrechtlichen Ergebnisses ohnehin in § 8 Abs. 1 S. 1 KStG i. V. m. §§ 5, 4 Abs. 1 EStG angeordnet ist und nach den Wertungen des Ertragsteuerrechts Vermögensmehrungen, die ihre Ursache im gesellschaftsrechtlichen Verhältnis zwischen dem Leistenden und der Gesellschaft haben, nicht steuerbar sind. Infolgedessen ist der Zufluss des Mehrbetrages steuerneutral. Wenn (verbotswidrigerweise) eine Auszahlung an den Gesellschafter erfolgte, richtete sich deren steuerliche Behandlung nach § 27 KStG, wobei ihr, da sie nicht unter § 77k GmbHG-gebV fiele, das Direktzugriffsprivileg nach Art. 3 des Gesetzesentwurfs nicht zuteilwürde.

d) Absatz 4 Nachfolge von Todes wegen

Die Geschäftsanteile der GmbH-gebV sind gemäß § 77c Abs. 4 S. 1 GmbHG-gebV grundsätzlich vererblich. Für die Nachfolge von Todes wegen wurden aber eigene Regelungen getroffen, mit denen die Grundsätze des Verantwortungseigentums auch in der Unternehmensnachfolge von Todes wegen gewahrt werden.

Die Bedeutung der Wahrung und Entwicklung der Gemeinschaft der Gesellschafter, die von der Stiftung Verantwortungseigentum als „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ bezeichnet wird, wurde bereits betont. Die Weitergabe von Geschäftsanteilen einer GmbH-gebV innerhalb einer genetischen Familie ist durchaus möglich und wird in vielen Fällen eine hervorragende Lösung für die GmbH-gebV darstellen. Möglich ist aber auch, dass der Erbe vom Konzept des treuhänderischen Unternehmertums oder dem Geschäftsmodell des Unternehmens nicht überzeugt ist und/oder die Gesellschafter mit dessen Eintritt nicht einverstanden sind, beispielsweise weil der Erbe nicht die ihrer Meinung nach erforderliche Kompetenz mitbringt. Der Stiftung Verantwortungseigentum war es daher wichtig, den Gesellschaftern die Möglichkeit zu eröffnen, den automatischen Übergang der Gesellschafterstellung durch den Erbgang auszuschließen.

Zur Vermeidung einer solchen Situation werden in Familienunternehmen in der Praxis umfangreiche Regelungen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen.⁶⁵ Der vorliegende Entwurf stellt solche Regelungen bereits als dispositives Recht zur Verfügung und vermeidet damit Kosten und Aufwand bei der Gründung. Der vorliegende Entwurf geht von der Annahme aus, dass der weitere Verbleib des Erben in der Gesellschaft vom Willen der Gesellschafter und des Erben abhängig sein soll. Spätestens sechs Monate nach Kenntniserlangung vom Erbfall soll aber Klarheit bestehen.

Weiterer Regelungsbedarf ergibt sich, wenn der Erbe, der Geschäftsanteile von Todes wegen erhält, kein tauglicher Gesellschafter einer GmbH-gebV gemäß § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV ist. Schließlich muss die Entstehung einer „Keinpersonen-Gesellschaft“ verhindert werden. Bei der Formulierung der Rechtsfolgen ist daher zu unterscheiden, ob neben den Erben noch weitere Gesellschafter vorhanden sind (da sonst das Problem der „Keinpersonen-Gesellschaft“ auftritt) und ob die Erben die Voraussetzungen als Gesellschafter der GmbH-gebV (§ 77a Abs. 2 GmbHG-gebV) erfüllen.

Damit sind **vier mögliche Konstellationen** zu gestalten:

⁶⁵ Dazu eing. *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, 1. Aufl. 2013, Rn. 5/15 ff.; *Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer/Scherer*, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 8 ff.

1. Erben sind taugliche Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV (+)) und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden.
2. Erben sind *keine* tauglichen Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV (-)) und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden.
3. Erben sind taugliche Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV (-)) und neben ihnen sind *keine* weiteren Gesellschafter vorhanden.
4. Erben sind *keine* tauglichen Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV (-)) und neben ihnen sind *keine* weiteren Gesellschafter vorhanden.

aa) Erben sind taugliche Gesellschafter und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden (Konstellation 1)

In der Konstellation 1 regelt der Gesetzesentwurf wiederum verschiedene Szenarien. Möchte der Erbe in der Gesellschaft verbleiben und sind die Gesellschafter mit dem Eintritt einverstanden, dann stimmen sie diesem innerhalb der Frist des § 77c Abs. 4 S. 2 GmbHG-gebV zu.

Verweigern die Gesellschafter die Zustimmung, so fällt der Geschäftsanteil der Gesellschaft unmittelbar mit dem verweigernden Beschluss zu (vgl. zum Anfall kraft Gesetzes § 27 Abs. 3 GmbHG). Treffen die Gesellschafter innerhalb der Frist keine Entscheidung, so fällt der Anteil mit Ablauf der Frist der Gesellschaft zu. Findet sich also keine Mehrheit für den Verbleib des Erben, muss dieser die Gesellschaft gegen Erstattung der Einlage verlassen. Durch den Ausschluss des Stimmrechts (Absatz 3 Satz 5) wird verhindert, dass der Erbe während der Schwebezeit Einfluss auf Gesellschaft und Unternehmen ausüben kann. Dies bedeutet einen Einschnitt in die Rechte als Gesellschafter, der sich aber auf einen überschaubaren Zeitraum beschränkt. Der Erbe und die Gesellschafter können sich jenseits der Regelung in Satz 2 und 3 auch darauf einigen, dass der Anteil nach den allgemeinen Regeln des § 77c Abs. 2 GmbHG-gebV an einen Gesellschafter, die Gesellschaft selbst oder einen Dritten abgetreten wird.

Der Erbe kann aber auch seinerseits einen Verbleib in der Gesellschaft ablehnen. Für diesen Fall hat die Gesellschaft den Erwerb des Anteils gemäß § 77c Abs. 4 S. 6 GmbHG-gebV gegen Erstattung der Einlage anzubieten. Vorbilder für diese Regelung finden sich im Umwandlungsrecht, z. B. § 29 Abs. 1 UmwG.

bb) Erben sind *keine* tauglichen Gesellschafter und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden (Konstellation 2)

Einzigste Option ist hier, dass der Erbe die Gesellschaft verlässt, weshalb der Anteil der Gesellschaft unmittelbar mit dem Erbfall zufällt, vgl. § 77c Abs. 4 S. 7 GmbHG-gebV.

cc) Erben sind taugliche Gesellschafter und neben ihnen sind *keine* weiteren Gesellschafter vorhanden (Konstellation 3)

Wollen die Erben des letzten Gesellschafters die Gesellschaft weiterführen, kann dies geschehen, ohne dass eine Zustimmung anderer Gesellschafter dafür erforderlich oder auch nur möglich wäre. Weitere Optionen sind eine Abtretung der Anteile oder eine Auflösung der Gesellschaft nach den allgemeinen Vorschriften. Es ist gemäß § 77c Absatz 2 Satz 1 GmbHG-gebV nicht zulässig, dass der einzige Gesellschafter die Anteile an die Gesellschaft überträgt, weil sonst eine „Keinpersonen-Gesellschaft“ entstehen würde.

dd) Erben sind *keine* tauglichen Gesellschafter und neben ihnen sind *keine* weiteren Gesellschafter vorhanden (Konstellation 4)

Hier muss der Anteil entweder abgetreten oder die GmbH-gebV aufgelöst werden, da kein gemäß § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV zulässiger Gesellschafter vorhanden ist, vgl. § 77c Abs. 4 S. 8 GmbHG-gebV.

e) Ausschluss der Vererblichkeit in Absatz 4

Die Aufhebung der automatischen Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen ist ein wesentliches Anliegen der Stiftung Verantwortungseigentum, da Personen nicht automatisch aufgrund einer Erbschaft in der GmbH-gebV Verantwortung und Kontrolle übernehmen können sollen.

Ein solcher Ausschluss der Vererblichkeit wirft allerdings Schwierigkeiten auf, weil damit innerhalb des Kapitalgesellschaftsrechts Neuland betreten wird und insbesondere die Entstehung einer „Keinpersonen-Gesellschaft“ verhindert werden muss. Daher hält der vorliegende

Entwurf in § 77c Abs. 4 GmbHG-gebV an der grundsätzlichen Vererblichkeit fest, ermöglicht es den Gesellschaftern aber, die Unvererblichkeit der Gesellschaftsanteile nach Absatz 5 zu vereinbaren. Wird diese Möglichkeit wahrgenommen, so wird die Gesellschaft insofern einer Personengesellschaft angenähert. Dies ist für eine Kapitalgesellschaft eine Neuheit, doch mit dem personalistischen Charakter⁶⁶ der GmbH vereinbar. Diese Regelung ist auch insofern weniger ungewöhnlich als es zunächst den Anschein haben mag, als in personalistischen GmbHs, insbesondere in Familienunternehmen, die Vererblichkeit der Gesellschaftsanteile durch die entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrags mit verschiedenen Klauseln im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Möglichen bereits jetzt stark gestaltet wird.⁶⁷

aa) Tod eines Gesellschafters bei überlebenden Gesellschaftern

Stirbt ein Gesellschafter unter der Geltung einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag in einer Situation, in der mindestens ein weiterer Gesellschafter überlebt, so geht der Anteil auf die Gesellschaft über. Die Erben erhalten die Einlage nach § 77k GmbHG-gebV erstattet.

bb) Tod des letzten Gesellschafters

Ist der Versterbende der letzte verbleibende Gesellschafter, so muss die Entstehung einer „Keinpersonen-Gesellschaft“ verhindert werden, die beim Ausscheiden des letzten Gesellschafters ohne Nachfolger entstünde.

Nach § 77c Abs. 4 S. 3 GmbHG-gebV ist für diesen Fall durch die Benennung einer letztübernehmenden Person im Gesellschaftsvertrag Vorsorge zu treffen. Dieser Person fällt im Fall des Versterbens des letzten Gesellschafters der letzte Anteil zu. Dogmatisch gesehen handelt es sich dabei um eine einverständliche Übertragung unter Lebenden auf den Todesfall außerhalb des Erbrechts. Man könnte es als eine Abtretung unter aufschiebender Bedingung verstehen, zu der die letztübernehmende Person mit der nach § 77c Abs. 4 S. 3 GmbHG-gebV

⁶⁶ Vgl. MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Aufl. 2018, GmbHG Einl. Rn. 37; *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, § 33 I. 2. b), S. 985.

⁶⁷ Vgl. MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Aufl. 2018, GmbHG Einl. Rn. 38 m.w.N.

erforderlichen Zustimmung ihr Einverständnis erteilt hat. Für eine solche Abtretung gibt es in der Kautelarpraxis Vorbilder.⁶⁸

Für die Benennung als letztübernehmende Person ist deren Einverständnis erforderlich. Die gemäß Satz 4 für die Zustimmung vorgesehene notarielle Form vermeidet Wertungswidersprüche mit § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG und erfüllt eine Beratungs- und Aufklärungsfunktion. Dass die entsprechende Klausel auch im Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden muss, passt außerdem wertungsmäßig zu den Formvorschriften des § 2301 BGB und des Erbvertrags gemäß § 2276 BGB.

„Person“ meint hier natürliche und juristische Personen, hier gilt also § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV nicht, so dass auch juristische Personen und damit „ewige“ Rechtsträger als letztübernehmende Person benannt werden können, die nicht durch potentiell schnelles Versterben eine häufige Neuregelung nötig machen. Das bedeutet freilich, dass hier für kurze Zeit eine juristische Person als Gesellschafter einer GmbH-gebV auftritt. Um dauerhaft juristische Personen als Gesellschafter zu verhindern, wird hier auf § 77c Abs. 3 S. 8 GmbHG-gebV verwiesen und damit verlangt, dass innerhalb von sechs Monaten ein neuer „natürlicher“ Gesellschafter gefunden oder die Gesellschaft aufgelöst wird.

Die letztübernehmende Person kann bei Erteilung der Zustimmung nicht wissen, ob und wann die Übertragung erfolgt. Sie ist, plakativ gesprochen, damit notwendig ein „Organ im Wartestand“ zwischen Gesellschafts- und Erbrecht. Diese langfristige Bindung der letztübernehmenden Person kann man als problematisch ansehen. Auch wenn die letztübernehmende Person nicht Gesellschafterin bleiben muss, kann die Übertragung der Gesellschaftsanteile zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem sie sich nicht mehr mit der Aufgabe identifiziert.

Nach dem obigen Entwurf steht es der letztübernehmenden Person aber trotzdem nicht frei, im Zeitpunkt des Todes des letzten Gesellschafters die Übertragung abzulehnen. Das Einverständnis ist unwiderruflich, um der Gesellschaft Planungssicherheit zu verschaffen, doch könnte ein Widerruf aus wichtigem Grund in Betracht kommen.⁶⁹

⁶⁸ Vgl. etwa *Perzborn*, RNotZ 2017, 405 (418); *Ivo*, ZEV 2006, 252 (255).

⁶⁹ So nimmt die Rechtsprechung bei unwiderruflichen Vollmachten eine Widerrufsmöglichkeit bei wichtigem Grund an: BGH, WPM 1985, 646 (647); BeckOK BGB/*Schäfer*, 56. Ed. 1.11.2020, BGB § 168 Rn. 26 m.w.N.; zu Stimmrechtsvollmachten: *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 47 Rn. 50.

Eine entsprechende Anwendung des Satzes 5 oder eine ausdrückliche Regelung nach einer Art „Ausschlagungsrecht“ wurde hier jedoch nicht vorgesehen. Dies würde die Konstruktion zu unsicher machen. Es ist nämlich anzunehmen, dass die Stellung als letztübernehmende Person in vielen Fällen über die Zeit „vergessen“ werden wird, so dass, wenn der Fall des Falles eintritt, die Versuchung groß ist, die einmal zugesagte Rolle nicht wahrzunehmen. Gesellschafter, die den Weg des § 77c Abs. 4 GmbHG-gebV wählen, müssen sich darauf verlassen, dass sie diesen Weg rechtssicher beschreiten können.

Ein Recht zur Ausschlagung steht der letztübernehmenden Person ebenfalls nicht zu, weil dies ein Instrument des Erbrechts ist. Im Erbrecht ist die Möglichkeit der Ausschlagung vorgesehen, weil der Zufall der Erbschaft kraft Gesetzes ohne den Willen des Erben erfolgt. Bei der Übertragung der Gesellschaftsanteile gemäß § 77c Abs. 4 GmbHG-gebV erfolgt aber eine einverständliche Übertragung unter Lebenden, wenn auch auf den Todesfall, außerhalb des Erbrechts.

Der Schutz der Rechte der letztübernehmenden Person kann der privatautonomen Gestaltung überlassen werden. Zwischen der letztübernehmenden Person und der Gesellschaft wird zumindest konkludent eine vertragliche Grundlage für die Übernahme der Aufgabe abgeschlossen werden, sei es ein Auftrag o. ä., aus der die Verpflichtung erwächst, die Rolle der letztübernehmenden Person zu übernehmen. Gegebenenfalls kann dafür auch ein Entgelt vereinbart werden. Bei der letztübernehmenden Person ist insofern ähnlich wie beim Geschäftsführer zwischen Anstellungsvertrag und Bestellung zum Organ zu unterscheiden. Vertraglich kann ein Kündigungsrecht der „Letztübernehmenden“ vereinbart werden, bei dessen Ausübung die Gesellschaft den Gesellschaftsvertrag ändern und die „Letztübernehmende“ entlassen muss. Sinnvollerweise sollte die GmbH-gebV in regelmäßigen Abständen (z. B. alle sieben Jahre) überprüfen, ob die letztübernehmende Person noch lebt/existiert und er/sie diese Rolle noch wahrnehmen möchte.

Satz 5 enthält eine Auffangregelung für den Fall, dass die Benennung einer letztübernehmenden Person entgegen der Pflicht in Satz 3 nicht erfolgt ist oder die letztübernehmende Person inzwischen verstorben oder aufgelöst worden ist. Variante 1 relativiert nicht die Pflicht in Satz 3, sondern trifft lediglich vorsorglich eine Regelung für den Fall, dass die Benennung nicht

erfolgt und durch das Registergericht nicht gerügt worden ist. In diesem Fall fällt der Geschäftsanteil in den Nachlass des Erben des verstorbenen Gesellschafters.

5. Zur Finanzverfassung in der GmbH-gebV

a) Allgemeine Überlegungen zur Finanzverfassung

In Bezug auf die Finanzverfassung der GmbH besteht ein gewisser Änderungsbedarf hinsichtlich der allgemeinen Regelungen zur Kapitalaufbringung. Allerdings ist eine tiefgreifende Anpassung der Vorschriften zur Kapitalerhaltung erforderlich.

Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung verlangt aus Gläubigerschutzgründen, dass das Stammkapital effektiv, also tatsächlich aufgebracht wird.⁷⁰ Regelungen zur Bewältigung von Umgehungsstrategien sind im Gründungsrecht in §§ 5, 7 Abs. 2 und 3, 9-9c, 19-25 GmbHG normiert. In Bezug auf die GmbH-gebV bedarf es hier grundsätzlich keiner Anpassung, denn auch hier muss das Stammkapital zum Schutz der Gläubiger effektiv aufgebracht werden.

Änderungen sind jedoch bei den Vorschriften über die Gewinnverwendung und Kapitalerhaltung, §§ 29 ff. GmbHG, vorzunehmen. Im Rahmen der Regelungen zur Ergebnisverwendung gemäß § 77f GmbHG-gebV ist die dauerhafte Vermögensbindung festzuschreiben. In einer traditionellen GmbH dienen die Regelungen zur Kapitalerhaltung der Erhaltung des Haftungsfonds zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft.⁷¹ Das Stammkapital dient sowohl als Haftungsfonds als auch als Betriebsvermögen. Die GmbH darf ihr Kapital einsetzen, um unternehmerische Ziele zu verfolgen. Das in § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG kodifizierte Ausschüttungsverbot bestimmt aber, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an Gesellschafter ausgeschüttet werden darf. Gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darf nur das ungebundene Vermögen ((Betrag des Nettovermögens) minus (Betrag des Stammkapitals)) an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Eine Umgehung dieser Vorschriften wird durch Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung verhindert.

⁷⁰ Vgl. Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, Rn. 604; Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 38 Rn. 4.

⁷¹ Baumbach/Hueck/Fastrich, 22. Aufl. 2019, GmbHG Einl. Rn. 7; MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 15.

Diese Regelungen passen nicht auf eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen. Ein Charakteristikum einer solchen Gesellschaft mit dauerhafter Vermögensbindung ist gerade, dass überhaupt keine Gewinne an Gesellschafter ausgeschüttet werden, unabhängig davon, ob die Auszahlung aus dem gebundenen oder ungebundenen Vermögen erfolgt. Gewinne sollen in der Gesellschaft verbleiben. Um die Umgehung des Verbots der Gewinnausschüttung in § 77f GmbHG-gebV zu verhindern, werden eigene Regelungen geschaffen. Dabei wird auf die Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung in § 30 Abs. 1 GmbHG und zur Erstattung verbotener Rückzahlungen in § 31 GmbHG in §§ 77g, 77h GmbHG-gebV aufgebaut.

b) Zu § 77d Aufbringen von Fehlbeträgen in der GmbH-gebV

Ist ein Geschäftsanteil gem. § 21 GmbHG wirksam kaduziert, wird der Kreis der Personen, die wegen der nicht erfüllten Einlageverpflichtung des ausgeschlossenen Gesellschafters haften, gem. § 22 GmbHG auch auf Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen ausgeweitet. In Bezug auf die GmbH-gebV ist problematisch, dass ein Rechtsvorgänger, der den rückständigen Betrag gezahlt hat, den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters nach § 22 Abs. 4 GmbHG kraft Gesetzes erwirbt.

Dieser gesetzliche Erwerb der Geschäftsanteile ist für die GmbH-gebV wohl nicht gewollt. Gesellschafter soll nur werden, wer den übrigen Gesellschaftern geeignet erscheint, Verantwortung für das Unternehmen zu übernehmen. Immerhin hat der Rechtsvorgänger als vorheriger Inhaber der Anteile der Gemeinschaft der Gesellschafter aber bereits angehört. Es muss aber gewährleistet werden, dass der Zeitpunkt des Erwerbs der Geschäftsanteile für die Beurteilung maßgeblich ist, ob ein potentieller Erwerber wieder in den Kreis der Gesellschafter aufgenommen werden kann.

Daher räumt die hier vorgeschlagene Änderung den Gesellschaftern ein Wahlrecht ein. Die Inanspruchnahme der Rechtsvorgänger nach Maßgabe des § 22 GmbHG ist möglich, wenn der Rechtsvorgänger im Zeitpunkt des Erwerbs des Anteils nach § 22 Abs. 4 GmbHG die Voraussetzungen des § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV erfüllt und die Gesellschafter beschließen, den Anspruch gegen diesen geltend zu machen. Dann kann dieser gegen Zahlung des rückständigen Betrages als Gesellschafter in die GmbH-gebV eintreten.

Beschließen die Gesellschafter aber, selbst den Fehlbetrag aufzubringen, so können sie verhindern, dass der Rechtsvorgänger wieder zur Gesellschaft stößt. Ist von den Zahlungspflichtigen die Zahlung dagegen nicht zu erlangen, so sind die Gesellschafter verpflichtet, den Fehlbetrag im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen. In diesem Fall wandelt sich das Wahlrecht in eine Zahlungsverpflichtung, um die vollständige Aufbringung des Stammkapitals zu gewährleisten. Die Geschäftsanteile erwerben wie auch in der GmbH nicht die Gesellschafter, sondern fallen der Gesellschaft zu.⁷²

§ 23 GmbHG sieht die Veräußerung des Geschäftsanteils im Wege der öffentlichen Versteigerung vor, wenn im Falle des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der Gesellschaft die Einlagepflicht nicht erfüllt worden ist und eine Zahlung von den Rechtsvorgängern nicht zu erlangen ist. Diese Regelung passt nicht für die GmbH-gebV und ihren personalistischen Zuschnitt. Somit findet § 23 GmbHG auf die GmbH-gebV keine Anwendung, § 77d Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV.

c) Zu § 77e Unbeschränkte Nachschusspflicht in der GmbH-gebV

Die Nachschusspflicht ist in den §§ 26-28 GmbHG geregelt. § 27 Abs. 1 GmbHG dient dem Schutz des GmbH-Gesellschafters in dem Fall, dass die Nachschusspflicht der Höhe nach unbeschränkt im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden ist und der Gesellschafter seiner Einlagepflicht nachgekommen ist. Dem Gesellschafter steht dann ein Preisgaberecht zu.⁷³ Gibt der Gesellschafter den Anteil preis, so kommt der GmbH in Bezug auf den Anteil ein Verwertungsrecht zu.

Gemäß § 27 Abs. 2 S. 1 GmbHG hat die Gesellschaft grundsätzlich den Geschäftsanteil im Wege der öffentlichen Versteigerung zu verkaufen. Diese Regelung passt nicht für die GmbH-gebV. Der Geschäftsanteil könnte von Dritten erworben werden, die die übrigen

⁷² Vgl. für die GmbH: MüKoGmbHG/Schütz, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 24 Rn. 72 f.; *Altmeyden*, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 24 Rn. 25.

⁷³ Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 27 Rn. 1 f.; MüKoGmbHG/Schütz, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 27 Rn. 1.

Gesellschafter nicht in ihrer Gemeinschaft sehen wollen. Daher ist für die Abtretung der Anteile ein Zustimmungsbeschluss gem. § 77c Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV vorgesehen.

Stellt der GmbH-gebV-Gesellschafter seinen Anteil gem. § 27 Abs. 1 GmbHG zur Verfügung, fällt der Geschäftsanteil der Gesellschaft zu, die diesen für eigene Rechnung veräußern kann. Dem Gesellschafter steht grundsätzlich ein Anspruch auf Erstattung der Einlage entsprechend § 77k GmbHG-gebV zu. Vorrangig ist aber zunächst der rückständige Nachschuss zu decken. Der verbleibende Überschuss gebührt dem Gesellschafter.

d) Zu § 77f Ergebnisverwendung in der GmbH-gebV

§§ 77f und 77g GmbHG-gebV sind zentrale Vorschriften zur Gewährleistung der charakteristischen dauerhaften Vermögensbindung.

Gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG beschließen die Gesellschafter über die Verwendung des Jahresüberschusses. In der GmbH hat jeder Gesellschafter einen Anspruch darauf, dass die Gesellschafterversammlung diesen Beschluss trifft.⁷⁴ Mit dem konkreten Beschluss entsteht dann ein Anspruch auf Auszahlung des Gewinns, vgl. § 29 Abs. 1 GmbHG. Dabei ist stets das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu beachten.

In einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen verbleibt der Gewinn aber in der Gesellschaft und darf nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. § 29 Abs. 1 und 3, § 32 GmbHG passen folglich nicht. § 29 Abs. 2 GmbHG gilt weiterhin, § 29 Abs. 4 GmbHG wird in § 77f Absatz 3 GmbHG-gebV angepasst. Die Regelungen des § 57n GmbHG, der die Gewinnbeteiligung neuer Geschäftsanteile nach einer Kapitalerhöhung regelt und des § 58d GmbHG, in dem die Zulässigkeit der Gewinnausschüttung nach einer Kapitalherabsetzung beschränkt wird, passen für die GmbH-gebV nicht.

§ 77f Abs. 2 S. 1 und 2 GmbHG-gebV machen ganz deutlich, dass ein Anspruch nach § 29 Abs. 1 GmbHG nicht besteht und Jahresüberschuss und Gewinnvortrag nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft zustehen. Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind unzulässig (Satz 3).

⁷⁴ Vgl. BeckOK GmbHG/Schindler, 46. Ed. 1.11.2020, § 46 Rn. 14 m.w.N.

Die im ersten Entwurf ausdrücklich erlaubten Ausschüttungen zu Spendenzwecken wurde in diesem Entwurf gestrichen. Eine Änderung in der Sache ist nicht beabsichtigt. Die Arbeitsgruppe hielt die Erwähnung jedoch für überflüssig, denn Spenden können jederzeit durch die Gesellschafter beschlossen werden.

In der Arbeitsgruppe wurde darüber hinaus die Frage diskutiert, ob Ausschüttungen zu gemeinnützigen Zwecken ausschließlich, bzw. zu einem erheblichen Teil nur an gemeinnützige Empfänger mit einer der GmbH-gebV vergleichbaren Vermögensbindung, wie z. B. Stiftungen geleistet werden sollten, da in anderen Fällen eine Privatisierung von Spenden nach Aufgabe der Gemeinnützigkeit denkbar sei. Die Arbeitsgruppe nahm vor einer solchen Regelung im Interesse einer schlanken Regelung zunächst Abstand.

e) Zu § 77g Vermögensbindung

aa) Allgemeine Überlegungen

§ 77g GmbHG-gebV sichert den Ausschluss von Gewinnausschüttungen in § 77f GmbHG-gebV zur Gewährleistung der dauerhaften Vermögensbindung ab. Hier wird auf die bekannte Struktur des § 30 GmbHG aufgebaut, so dass die Vorschrift jedem Kenner des GmbH-Gesetzes unmittelbar vertraut erscheint. In der Tat ist es so ermöglicht, an die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Prinzipien zu § 30 GmbHG anzuknüpfen. Dabei darf jedoch die unterschiedliche Zielrichtung beider Vorschriften nicht aus dem Blick verloren werden: Die Regelung des § 77g GmbHG-gebV dient der charakteristischen Vermögensbindung, nicht der Sicherung des Stammkapitals im Interesse des Gläubigerschutzes.⁷⁵ Damit geht § 77g GmbHG-gebV deutlich weiter als § 30 GmbHG, aber auch als § 57 AktG. Die effektive Durchsetzung von Ansprüchen gemäß § 77h GmbHG-gebV, die aus Verletzungen der Vermögensbindung folgen, wird nun durch § 77j GmbHG-gebV verbindlich sichergestellt.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass für den Verkauf von Unternehmensvermögen von zentraler Bedeutung durch die Gesellschaft keine besonderen Vorgaben bestehen. Die Vermögensbindung verhindert die Entnahme von Vermögen während der laufenden

⁷⁵ Vgl. dazu vertiefend m.w.N. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 45 ff.

Gesellschaft und in der Liquidation. Sie beschränkt nicht die Befugnisse der Gesellschafter, das Vermögen der Gesellschaft zu verwalten und zu veräußern. Der Verkaufserlös kommt der Gesellschaft zugute. Die analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH hat der BGH abgelehnt,⁷⁶ dies gilt auch für die GmbH-gebV. Wie in einer traditionellen GmbH kann ein Verkauf unter Wert allerdings eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers darstellen.⁷⁷

bb) Verdeckte Gewinnausschüttung

(1) Allgemeine Überlegungen

Um den für die GmbH-gebV charakteristischen Ausschluss von Ausschüttungen jeder Art an die Gesellschafter effektiv durchzusetzen, müssen Umgehungsstrategien in den Blick genommen werden.

Die Gesellschafter einer GmbH-gebV haben keinen legitimen direkten Zugriff auf das Vermögen, wie es die Gesellschafter einer traditionellen GmbH über Gewinnausschüttungen erlangen. Mehr noch, in einer traditionellen GmbH kann jede neue Generation von Gesellschaftern die Gesellschaft, an deren Erfolg sie nicht mehr glauben, liquidieren (vgl. §§ 60 ff. GmbHG) und so Zugriff auf ihr Vermögen gewinnen. Bei der GmbH-gebV besteht die Vermögensbindung aber auch in der Auflösung fort. Daher ist anzunehmen, dass in einer GmbH-gebV gerade in späteren Generationen, wenn die engagierten Gründer abgetreten sind, ein besonderes Gefährdungspotential für Umgehungsstrategien bestehen kann.

Ganz vermeiden können wird man eine Schädigung der GmbH-gebV durch ihre Gesellschafter ebenso wenig wie in anderen Gesellschaften, insbesondere in einer Einpersonen-GmbH. Auch durch das mangelnde Engagement lediglich desinteressierter Nachfolger kann ein Unternehmen geschädigt werden. Letztlich liegt der erfolgreiche Fortbestand eines Unternehmens in Verantwortungseigentum damit – wie bei jedem anderen Unternehmen – in den Händen derjenigen, die die Nachfolge gestalten und geeignete Nachfolger aussuchen. Für die gute Nachfolgeplanung durch die Gesellschafter wurden in § 77c Abs. 4 und 5 GmbHG-gebV die Grundlagen gelegt.

⁷⁶ BGH, NZG 2019, 505 Rn. 14 ff.

⁷⁷ Vgl. nur MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 43 Rn. 102.

Daneben sind aber angemessene Regelungen zur Sicherung der umfassenden Vermögensbindung in der GmbH-gebV erforderlich. Problematisch erweisen sich an dieser Stelle Geschäfte zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft, insbesondere überhöhte Vergütungen. Einerseits darf die Vermögensbindung nicht dazu führen, dass die Gesellschaft überhaupt keine Geschäfte mehr mit einem Gesellschafter tätigen kann. Andererseits muss verhindert werden, dass Gesellschafter das Verbot von Gewinnausschüttungen durch den Abschluss von Verträgen umgehen, die für die Gesellschaft wirtschaftlich nachteilig sind.⁷⁸ Das Problem verdeckter Gewinnausschüttungen ist damit unter anderen Vorzeichen auch für die GmbH-gebV zu lösen.

(2) Orientierung an § 30 Abs. 1 GmbHG

Durch die Orientierung von § 77g Abs. 2 GmbHG-gebV an § 30 GmbHG und § 57 AktG kann auf die umfangreiche Rechtsprechung und die Literatur zurückgegriffen werden, die zu beiden Vorschriften entwickelt wurde. Dies gilt insbesondere zur Frage, wann eine Auszahlung vorliegt und wie Zuwendungen an Dritte zu behandeln sind.⁷⁹ Zu einzelnen Beispielfällen vgl. die Anmerkungen zu § 77h GmbHG-gebV.

Der Regelungsvorschlag hat davon abgesehen, zu den im Zusammenhang mit § 30 GmbHG umstrittenen Fragen umfangreichere Regelungen vorzusehen. Denkbar wären beispielsweise Vorgaben zu Auszahlungen an dem Gesellschafter nahestehende Dritte unter Anlehnung an §§ 89 Abs. 3, Abs. 4; 115 Abs. 2 AktG oder § 138 InsO gewesen. Wie auch an anderer Stelle legt der Entwurf jedoch eine möglichst schlanke Regelung vor, die soweit als möglich auf das geltende GmbH-Recht aufbaut. Dabei soll nicht verkannt werden, dass in der Zukunft die Notwendigkeit von Rechtsprechung und Literatur erkannt werden mag, mit Blick auf die Besonderheiten der GmbH-gebV eigene Prinzipien herauszuarbeiten.⁸⁰

⁷⁸ Vgl. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 231.

⁷⁹ Vgl. nur die umfassenden Nachweise bei MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 126 ff.; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 14 ff.; Henssler/Strohn/*Fleischer*, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 3 ff.; *Altmeyen*, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 25 ff.

⁸⁰ Denkbar ist beispielsweise, dass die ganz h.M. (vgl. BGHZ 136, 125 (129 f.) = NJW 1997, 2599 (2600); Baumbach/Hueck/*Fastrich*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 67 m.w.N.), nach der allein der Verstoß gegen § 30 GmbHG nicht zur Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrags führt, im Rahmen des § 77f GmbHG-gebV zu überprüfen ist, weil Gewinnausschüttungen in der GmbH-gebV unabhängig von der finanziellen Situation der Gesellschaft nie zulässig sind.

(3) Vollwertiger Gegenleistungsanspruch und Gesellschaftervergütung

In Anlehnung an § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG⁸¹ sind gemäß § 77g Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV Leistungen an Gesellschafter ausnahmsweise dann möglich, wenn ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch besteht. Nach den allgemeinen Regeln des GmbH-Rechts besteht ein vollwertiger Gegenleistungsanspruch auch dann, wenn die Gesellschaft den Gesellschaftern für ihre Tätigkeit für die Gesellschaft eine angemessene Vergütung gewährt.⁸²

Satz 3 stellt insofern klar, dass die Gesellschafter mit der Gesellschaft lediglich angemessene Vergütungen vereinbaren dürfen. Erfasst sind nicht allein Vergütungen des Gesellschafter-Geschäftsführers, sondern alle Vergütungen, die Gesellschafter für Tätigkeiten für die Gesellschaft vereinbaren, z. B. auf der Grundlage eines Dienst- oder Beratungsvertrags.⁸³ Bei der Auszahlung einer unangemessen hohen Vergütung an einen Gesellschafter oder Gesellschafter-Geschäftsführer ist § 77g Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV nicht erfüllt, was einen Verstoß gegen § 77g Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV zur Folge hätte. Eine ausdrückliche Regelung zu dieser Frage soll allerdings der Klarstellung dienen. Die Tätigkeit für die GmbH-gebV muss keineswegs ehrenamtlich erfolgen, sondern kann den Gesellschaftern durchaus ein gutes Einkommen und Vorsorge für das Alter ermöglichen. Andererseits ist die Gefahr besonders groß, dass die Gesellschafter das mangelnde Gewinnbezugsrecht durch überhöhte Vergütungsansprüche zu kompensieren versuchen.

Der Begriff der „Angemessenheit“ findet sich unter anderen Vorzeichen in § 87 Abs. 1 AktG. Wie dort ist zur Bestimmung der Angemessenheit auf die Lage der Gesellschaft und die übernommenen Aufgaben abzustellen.⁸⁴ Soweit es einen Markt für vergleichbare Tätigkeiten gibt, bildet die Marktüblichkeit der Vergütung ein wichtiges Indiz für ihre Angemessenheit. Es kann allerdings durchaus Gründe für eine höhere Vergütung geben, wenn beispielsweise besondere Aufgaben zu bewältigen sind. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bei einem Start-up-

⁸¹ Vgl. dazu auch MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 231.

⁸² Vgl. OLG Düsseldorf, NZG 2012, 103; auch BGH, NJW 2009, 2375 thematisiert das Tätigwerden von Gesellschafter-Geschäftsführern für ihre Gesellschaft.

⁸³ Die Tätigkeit als Gesellschafter, wie z.B. die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung ist nicht gemeint.

⁸⁴ Vgl. im Einzelnen nur Hüffer/*Koch/Koch*, 14. Aufl. 2020, AktG § 87 Rn. 8 ff.; MüKoAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 87 Rn. 22 ff.

Unternehmen nicht selten ein anfänglich schmales Gehalt mit Blick auf einen künftigen lukrativen Unternehmensverkauf hingenommen wird. Eine solche Perspektive besteht für Unternehmen in Verantwortungseigentum nicht, so dass auch eine höhere Vergütung angemessen sein kann.

Die angemessene Geschäftsführervergütung kann in der GmbH auch aus gebundenem Vermögen gezahlt werden. Dies gilt sowohl für Fremd-Geschäftsführer als auch für Gesellschafter-Geschäftsführer.⁸⁵ In der GmbH-gebV ließe sich die Frage stellen, ob die Vergütung ausgezahlt werden darf, wenn damit das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen ausgezahlt würde. Der hiesige Entwurf hält daran fest, dass Gesellschafter, die eigene Verträge mit der Gesellschaft geschlossen haben, der Gesellschaft wie Dritte gegenüberstehen. Damit könnte es aber dazu kommen, dass Gesellschafter einer GmbH-gebV von der Gesellschaft eine Vergütung in einer wirtschaftlich schwierigen Situation einfordern könnten, in der ein herkömmlicher GmbH-Gesellschafter schon keine Gewinne mehr entnehmen dürfte.

(4) Darlehen, Cash-Pooling und Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 77h)

Des Weiteren ist klarzustellen, dass die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht unter das Verbot aus Satz 1 fallen. Mit dem MoMiG 2008 sind die Regelungen zum Eigenkapitalersatzrecht in die InsO (§§ 39, 44a, 145 InsO) verlagert worden. Absatz 2 Satz 4 kommt deshalb dieselbe Klarstellungsfunktion zu wie § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG. Eine § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG entsprechende Regelung ist nicht erforderlich. Eine GmbH-gebV kann einerseits Gesellschafterin verschiedenster anderer Gesellschaften und damit Konzernmutter sein. Andererseits können die Anteile an einer GmbH-gebV ihrerseits von einer anderen GmbH-gebV gehalten werden, so dass eine GmbH-gebV auch „Konzerntochter“ sein kann. Allerdings ist die Fähigkeit der GmbH-gebV Unternehmensverträge zu schließen gem. § 77i GmbHG-gebV eingeschränkt. Insbesondere der Abschluss eines Beherrschungs- oder

⁸⁵ BGH, DStR 1992, 1443 (1444); seit 2008 für Gesellschafter-Geschäftsführer auch § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu entnehmen.

Gewinnabführungsvertrages als Organgesellschaft und damit die Verpflichtung einer Gewinnausschüttung würde dem Wesen der GmbH-gebV widersprechen.

f) Zu § 77h Erstattung verbotener Zahlungen und Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers

aa) Erstattung verbotener Zahlungen

Zahlungen, die entgegen §§ 77f und 77g GmbHG-gebV vorgenommen wurden, sind zu erstatten. § 31 Abs. 1 GmbHG bezieht sich auf Zahlungen, die entgegen § 30 GmbHG erfolgen. Die Vorschrift passt nicht auf die GmbH-gebV und ist entsprechend anzupassen.

Nach § 31 Abs. 2 GmbHG kann von einem Gesellschafter, der die Zahlung gutgläubig empfangen hat, eine Erstattung nur dann verlangt werden, wenn sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Darüber hinaus ist eine Erstattung ausgeschlossen. Eine entsprechende oder vergleichbare Privilegierung wurde auch für die GmbH-gebV insbesondere mit Blick auf die Zahlung einer überhöhten Vergütung diskutiert. Letztlich wurde eine Privilegierung aber im Interesse der Sicherung der dauerhaften Vermögensbindung abgelehnt. Die strenge Haftung soll abschreckend wirken. Dabei wird davon ausgegangen, dass Gerichte Vergütungsregelungen nur mit gewisser Vorsicht in klaren Fällen als unangemessen einschätzen werden.

Die Regelungen des § 31 Abs. 3-6 GmbHG passen dagegen auch auf die Interessenlage in der GmbH-gebV und gelten deshalb im Rahmen des § 77h GmbHG-gebV entsprechend, § 77g Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV. Die Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG greift auch für die GmbH-gebV.

Nach § 31 Abs. 4 GmbHG ist ein Erlass für alle Verpflichtungen nach § 31 Abs. 1-3 GmbHG ausgeschlossen. Die Vorschrift gewährleistet die Kapitalerhaltung und ist auch für die GmbH-gebV heranzuziehen. Daher gilt auch für die GmbH-gebV, dass der Erlass der Verpflichtungen entsprechend ausgeschlossen ist.

Auch finden für die GmbH-gebV die Verjährungsregelungen nach § 31 Abs. 5 GmbHG und die Haftung des Geschäftsführers nach § 31 Abs. 6 GmbHG Anwendung.

bb) Generell zum Geschäftsführer in der GmbH-gebV

Eine GmbH hat mindestens einen Geschäftsführer (vgl. § 6 Abs. 1 GmbHG) als obligatorisches Organ. Bestellt werden können gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG sowohl Gesellschafter als auch Dritte. Die allgemeinen Regeln zum Geschäftsführer passen grundsätzlich auch zur GmbH-gebV und bedürfen keiner weiteren Anpassung.

cc) Zu § 77h Abs. 2 Anpassung der Haftung des Geschäftsführers

§ 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG betrifft unter anderem die Haftung des Geschäftsführers, wenn er gegen das in § 30 GmbHG normierte Auszahlungsverbot verstoßen hat. § 30 GmbHG gilt gemäß § 77g Abs. 1 GmbHG-gebV nicht für die GmbH-gebV. Vielmehr ist ein Auszahlungsverbot in § 77g Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV kodifiziert. § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG ist dahingehend anzupassen und auf Zahlungen, die der Vorschrift des § 77f GmbHG-gebV zuwider geleistet wurden, auszuweiten.

dd) Fälle im Einzelnen

Angesichts der großen Bedeutung einer Umgehung der Vermögensbindung sollen einige Fälle konkret benannt werden. Für die unten skizzierten Beispiele 1-4 bestehen nach hier vertretener Auffassung Ansprüche gemäß § 77h GmbHG-gebV, wenn die von Rechtsprechung und Literatur zu § 30 Abs. 1 S. 1 GmbH entwickelten Grundsätze auf die parallele Vorschrift des § 77g Abs. 2 GmbHG-gebV angewendet werden. Zudem haften Geschäftsführer gemäß § 77h Abs. 2 GmbHG-gebV, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die knappe Behandlung verkennt nicht, dass entsprechende Fragestellungen im Einzelnen hochkomplex und umstritten sind. Besonderheiten der GmbH-gebV kann in Zukunft durch eine Weiterentwicklung von Rechtsprechung und Literatur Rechnung getragen werden.

Die Geltendmachung der Ansprüche ist durch eine angemessene Governance nach § 77j GmbHG-gebV abzusichern. Im Insolvenzfall würde der Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO) die Ansprüche einfordern.

Fall 1: Überhöhte Vergütung

Beispiel: Der Geschäftsführer-Gesellschafter/Gesellschafter vereinbart mit der Gesellschaft eine überhöhte Vergütung, die er ausgezahlt erhält.

Die Vergütung ist nicht angemessen nach § 77g Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV, daher steht der Leistung der Gesellschaft kein gemäß § 77g Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV vollwertiger Gegenleistungsanspruch gegenüber. Damit liegt eine verbotene Auszahlung gemäß § 77g Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV vor und es besteht ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter gemäß § 77h Abs. 1 GmbHG-gebV; der Geschäftsführer haftet gegebenenfalls gemäß § 77h Abs. 2 GmbHG-gebV, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Bei einem Beschluss der Gesellschafter ist § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG zu beachten.

Fall 2: Veräußerung von Unternehmensvermögen

Beispiel: Die GmbH-gebV ist Eigentümerin eines wertvollen Vermögensgegenstands (z. B. ein wertvolles Grundstück). Die GmbH-gebV verkauft diesen Gegenstand an einen Gesellschafter zu einem zu geringen Preis.

Ist der Preis nicht marktgerecht, dann besteht ein Anspruch gegen den Gesellschafter gemäß § 77h Abs. 1 GmbHG-gebV und gegebenenfalls Geschäftsführerhaftung gemäß § 77h Abs. 2 GmbHG-gebV, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

Fall 3: Zuwendungen an persönlich nahestehende Dritte

Beispiel: Die GmbH-gebV verkauft einen wertvollen Vermögensgegenstand unter Wert an die Ehefrau eines Gesellschafters.

Zur Behandlung von Zuwendungen an Dritte im Rahmen von §§ 30, 31 GmbHG existiert umfangreiche Rechtsprechung und Literatur, wobei Einzelheiten umstritten sind.⁸⁶ Unter

⁸⁶ Vgl. nur m.w.N. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 158 f.; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 30 Rn. 20 ff.; Henssler/Strohn/*Fleischer*, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 15 ff.

Berücksichtigung dieser Grundsätze wird man jedoch davon ausgehen können, dass Zuwendungen der Gesellschaft, die durch ein persönliches Näheverhältnis zwischen einem Gesellschafter und dem Dritten motiviert sind⁸⁷ (z. B. bei Ehegatten oder Kindern) von § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfasst sind und gegebenenfalls vom Gesellschafter Erstattung verlangt werden kann.

Entsprechend ist hier eine unzulässige Zahlung gemäß § 77g Abs. 2 GmbHG-gebV anzunehmen und damit ein Anspruch gegen den Gesellschafter gemäß § 77h Abs. 1 GmbHG-gebV. Die Geschäftsführerhaftung ergibt sich diesbezüglich aus § 77h Abs. 2 GmbHG-gebV, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

Fall 4a: Zuwendungen an Schwestergesellschaft

Beispiel: Die GmbH-gebV leistet an eine Gesellschaft, an der ein Gesellschafter mehrheitlich beteiligt ist (Schwestergesellschaft).

Eine verbotene Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG wird bei einer GmbH bejaht, wenn eine Leistung auf Veranlassung eines Gesellschafters an eine andere Gesellschaft bewirkt wird und nicht die Förderung des Gesellschaftsinteresses bezweckt, sondern durch das außerbetriebliche Eigeninteresse⁸⁸ des Gesellschafters bzw. sein Näheverhältnis zum Leistungsempfänger⁸⁹ motiviert ist. Der BGH nimmt eine Auszahlung an den Gesellschafter dann an, wenn dieser an dem Empfängerunternehmen eine maßgebliche Beteiligung hält und er auf die Leistung zugreifen kann.⁹⁰

Entsprechend ist hier eine unzulässige Zahlung gemäß § 77g Abs. 2 GmbHG-gebV anzunehmen und damit ein Anspruch gegen den Gesellschafter gemäß § 77h Abs. 1 GmbHG-gebV. Die Geschäftsführerhaftung ergibt sich aus § 77h Abs. 2 GmbHG-gebV, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

⁸⁷ Vgl. nur m.w.N. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 162; *Altmeyden*, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 32, 48 ff.

⁸⁸ Scholz/*Verse*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 30 Rn. 37 m.w.N.

⁸⁹ Henssler/*Strohn/Fleischer*, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 16.

⁹⁰ BGH, NJW 2011, 2719 (2723) Rn. 42; BGH, NZG 2008, 507 (508); vgl. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 182 m.w.N.; vgl. auch Henssler/*Strohn/Fleischer*, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 16.

Fall 4b: GmbH-gebV übernimmt die Verluste einer anderen Gesellschaft

Beispiel: Eine GmbH-gebV erklärt sich durch Bürgschaftserklärungen, Patronatserklärungen oder ähnliches bereit, die Verluste einer anderen Gesellschaft zu übernehmen, an der nicht die GmbH-gebV, sondern einer ihrer Gesellschafter mehrheitlich beteiligt ist.

Die Einordnung des Stellens von Sicherheiten⁹¹ als Auszahlung im Rahmen des § 30 GmbHG ist umstritten. Wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, an der die GmbH-gebV nicht beteiligt ist, so dass sie von einer Werterhöhung nicht profitiert, sondern der Gesellschafter, der an dieser Gesellschaft beteiligt ist, kommen auch hier Ansprüche gemäß § 77h GmbHG-gebV in Betracht, weil finanzielle Vorteile aufgrund der wirtschaftlichen Nähe⁹² zum Gesellschafter und nicht im Interesse der GmbH-gebV erbracht wurden.

6. § 77i Unternehmensverträge und Genussrechte

Der neue § 77i GmbHG-gebV enthält gegenüber dem Vorschlag im ersten Entwurf in § 77o GmbHG-VE **weitergehendere Vorgaben für Unternehmensverträge und Genussrechte**. Die GmbH-gebV kann als Gesellschafterin anderer Gesellschaften Muttergesellschaft in einem Konzern sein. Andererseits kann sie Tochtergesellschaft solcher Gesellschaften sein, die gemäß § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV Gesellschafterin einer GmbH-gebV sein können. Ohne eine weitere Regelung wäre der Abschluss von Unternehmensverträgen entsprechend §§ 291, 292 AktG auch durch eine GmbH-gebV möglich. Es muss einerseits eine Regelung gefunden werden, die den Grundsätzen des Verantwortungseigentums nicht widerspricht und verhindert, dass Gesellschafter über schuldrechtliche Instrumente Gewinne vereinnahmen und so die Vermögensbindung unterlaufen. In der Diskussion um den ersten Entwurf wurde auf diese Möglichkeit wiederholt hingewiesen. Ein vollständiger Ausschluss könnte jedoch zur Unzulässigkeit jeder schuldrechtlichen Gewinnpartizipation durch Dritte führen, die zur Finanzierung der GmbH-gebV erforderlich sind.

⁹¹ Im Einzelnen umstritten vgl. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 138 f.; *Altmeyen*, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 85 ff.

⁹² *Altmeyen*, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 30 Rn. 32, 54 ff.

§ 77i Abs. 1 GmbHG-gebV untersagt den Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen gem. § 291 AktG. Abs. 1 ist jedoch weiter als § 291 AktG, weil auch Verträge mit Personen erfasst werden, die nicht als Unternehmen zu qualifizieren sind – der sog. Privatgesellschafter. Dies geht über die bisherige Regelung hinaus, um die Grundsätze des Verantwortungseigentums wirkungsvoll abzusichern.

§ 77i Abs. 2, 3 GmbHG-gebV verbietet neben Unternehmensverträgen gem. § 291 AktG, auch den Abschluss von Vereinbarungen gem. § 292 AktG und damit insbesondere den Abschluss von Teilgewinnabführungsverträgen und stiller Gesellschaften mit Gesellschaftern der Gesellschaft. Gesellschafter können der Gesellschaft allerdings Darlehen gewähren und beispielsweise Grundstücke an sie vermieten, wie es in GmbH üblich ist. Soweit diese Geschäfte gem. § 77g GmbHG-gebV einem Drittvergleich standhalten, ist dagegen auch nichts einzuwenden. § 77i Abs. 2 GmbHG-gebV bedeutet aber eine ganz erhebliche Einschränkung der Möglichkeiten für Gesellschafter, an den Gewinnen der Gesellschaft auf schuldrechtlichem Wege zu partizipieren.

Mit Dritten bleibt dies ebenso wie die schuldrechtliche Gewinnpartizipation möglich, wie auch die Absätze 3 und 5 zeigen. Voraussetzung der Wirksamkeit eines solchen Vertrags mit einem Dritten ist jedoch die Zustimmung der Gesellschafter gemäß Absatz 4 durch einen Beschluss, der nach allgemeinen Regeln notariell zu beurkunden, einzutragen und bekanntzumachen ist. Erforderlich ist außerdem gemäß § 77j GmbHG-gebV die Offenlegung und Prüfung mit Dritten abgeschlossener Verträge durch einen Wirtschaftsprüfer im Rahmen des nach § 77j GmbHG-gebV verbindlichen jährlichen Berichts.

§ 77j Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV statuiert nach dem Vorbild von § 292 Abs. 2 AktG eine Ausnahme für Gewinnbeteiligungen von Geschäftsführern und Arbeitnehmern. Würde man insofern am Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses und der Eintragung ins Handelsregister als Wirksamkeitsvoraussetzung festhalten, würde dies zu einer für Dienstverträge untypischen Rechtslage führen, die gerade bei einer größeren Zahl von Mitarbeitern erheblichen Aufwand bedeutete. Eine Ausnahmeregelung für Geschäfte des laufenden Geschäftsverkehrs nach dem Vorbild des § 292 Abs. 2 AktG wurde in der Arbeitsgruppe diskutiert, jedoch im Interesse der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten nicht aufgenommen.

Verträge nach Absatz 3 und 5, die vor dem Vermögensbindungsbeschluss abgeschlossen wurden, bleiben nach Absatz 6 auch ohne Zustimmung der Gesellschafter wirksam. Damit soll für die Vertragspartner Rechtssicherheit geschaffen und Schwierigkeiten vermieden werden, die sich ergeben könnten, wenn die Gesellschafter vergessen sollten, einen entsprechenden Vertrag zu bestätigen.

7. Absicherung der Vermögensbindung/Governance in der GmbH-gebV

a) Allgemeine Überlegungen

aa) Ansatz des geltenden GmbH-Rechts

Das GmbHG geht davon aus, dass die Gesellschafter selbst so aktiv in der Gesellschaft sind, dass sie die Geschäftsführung anweisen und kontrollieren können; die Ausgestaltung der Governance bleibt den Gesellschaftern überlassen.⁹³ Ein Aufsichtsrat, der in der AG insbesondere dazu dient, den Vorstand im Interesse der Aktionäre zu überwachen,⁹⁴ ist dementsprechend in der GmbH nur aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen zwingend einzurichten, vgl. § 52 Abs. 2 GmbHG. Für die Durchsetzung der Regeln der Kapitalerhaltung – die in diesem Zusammenhang mit Blick auf die in der GmbH-gebV relevante Vermögensbindung Interesse verdienen – gibt es kein besonderes Organ, sodass die Durchsetzung entsprechender Ansprüche in letzter Konsequenz nicht selten dem Insolvenzverwalter überlassen bleibt. Dies kann insbesondere in der Einpersonen-GmbH der Fall sein, weil das Handeln des einzelnen Gesellschafters nicht von Mitgesellschaftern kontrolliert wird. Selbst für die nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtete Gesellschaften wie die gGmbH sieht das geltende Recht keine gesellschaftsrechtlichen Kontroll- und Überwachungsmechanismen fest, sondern belässt es bei den Regeln des Steuerrechts.

⁹³ MüKoGmbHG/Spindler, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 52 Rn. 1.

⁹⁴ Vgl. nur Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 13 Rn. 8 ff.; vgl. zum Aufsichtsrat als Überwachungsorgan m.w.N. Hüffer/Koch/Koch, 14. Aufl. 2020, AktG § 111 Rn. 5 ff.

bb) Herausforderungen der Governance in der GmbH-gebV

Die Gestaltung der Governance der GmbH-gebV bedarf vertiefter Diskussion. Zum einen müssen sich Governance-Mechanismen für die GmbH-gebV systemgerecht in das GmbHG einpassen. Zum anderen müssen sie Lösungen für die besonderen Herausforderungen und Ziele der GmbH-gebV liefern. Die Governance in der GmbH und AG soll vor allem die Rechte der (Minderheits-)Anteilseigner und gegebenenfalls der Gläubiger der Gesellschaft schützen. Demgegenüber kommt der Governance bei der GmbH-gebV eine weitere Funktion des Schutzes öffentlicher Interessen zu, die gegebenenfalls auch gegen den Willen der Gesellschafter durchgesetzt werden müssen. Der Rechtsverkehr soll sich darauf verlassen können, dass die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen auch tatsächlich treuhänderischem Unternehmertum dient und nicht zu einem „Etikettenschwindel“ eingesetzt wird.

Die zwingende Vermögensbindung kann die Anreize der Gesellschafter strukturell verändern. Anders als in einer herkömmlichen GmbH kann unternehmerischer Erfolg in einer GmbH-gebV nicht durch Gewinnentnahmen und Unternehmensverkauf von den Gesellschaftern individualisiert werden. Für einen Gesellschafter, der nicht (mehr) an die Vision des Unternehmens und an das Konzept des treuhänderischen Unternehmertums glaubt - vielleicht weil der Anteil im Wege des Erbgangs erworben wurde -, bringt die Arbeit im Unternehmen mit gebundenem Vermögen keinen Antrieb der Selbstverwirklichung und der sozialen Reputation (mehr). Ein solcher Gesellschafter sollte den Unternehmensgegenstand ändern und mit dem Unternehmen neue Projekte verfolgen, für die er sich persönlich begeistern kann oder das Unternehmen in andere Hände geben. Die Bedeutung der Wahl geeigneter und motivierter Gesellschafter insbesondere im Rahmen von § 77c GmbHG-gebV wurde bereits betont.

Einem Gesellschafter, der ohne Motivation im Unternehmen verbleibt, kann die Motivation fehlen, Geschäftsführung und Mitgesellschafter zur Einhaltung der Vermögensbindung und Geltendmachung etwaiger Rückforderungs- bzw. Schadensersatzansprüche anzuhalten. In einem solchen Fall bestehen Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft gemäß § 77c Abs. 3 GmbHG-gebV oder § 77h GmbHG-gebV bis zum Einschreiten eines Insolvenzverwalters lediglich auf dem Papier. Daher sind besondere Governance-Strukturen erforderlich, die sicherstellen, dass die Gesellschaft die Vermögensbindung nicht nur im Namen führt, sondern auch tatsächlich lebt.

b) Mögliche Lösungen

aa) Verbindlicher Aufsichtsrat?

Auf den ersten Blick liegt eine Lösung über die verbindliche Einrichtung eines Aufsichtsorgans nahe, da dies mit dem fakultativen Aufsichtsrat bereits im GmbHG angelegt ist. Gesetzlich nicht vorgeschriebene Beratungs- und Überwachungsorgane sind in der Praxis insbesondere bei Familienunternehmen weit verbreitet und werden z. B. als Beirat, Kuratorium oder Verwaltungsrat bezeichnet.⁹⁵ Aufgaben und Zusammensetzung divergieren stark.⁹⁶ Auf die dort gemachten Erfahrungen könnte auch im Rahmen der Gestaltung der GmbH-gebV angeknüpft werden. Zudem ließe sich an die für die AG im Zusammenhang mit der Rechtsprechung um ARAG-Garmenbeck entwickelten Grundsätze der Haftung des Aufsichtsrats für die mangelnde Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen anknüpfen, um auch in der GmbH-gebV die Durchsetzung von Ansprüchen sicher zu stellen. Für viele Unternehmen mag die Einrichtung eines solchen Organs sinnvoll sein. Ein Aufsichtsrat ist ohnehin gesetzlich aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen für Unternehmen ab einer bestimmten Mitarbeiterzahl vorgesehen. Da das allgemeine Mitbestimmungsrecht natürlich auch auf die GmbH-gebV Anwendung finden würde, wären in Gesellschaften mit einer entsprechenden Anzahl von Arbeitnehmern Aufsichtsräte einzurichten.

Entsprechend wurde die Einführung eines verbindlichen Aufsichtsrats für mittelgroße Unternehmen in der Arbeitsgruppe intensiv diskutiert. Gegen eine Lösung über einen zwingenden Aufsichtsrat sprechen jedoch verschiedene Überlegungen: Zum einen besteht nach den Erfahrungen der Stiftung Verantwortungseigentum gerade für kleinere Unternehmen die Schwierigkeit, geeignete Mitglieder zu finden. Können für ein Engagement im Aufsichtsrat nur geringe finanzielle Anreize geboten werden, so muss die Tätigkeit zumindest den Werten und der Reputation der Aufsichtsratsmitglieder dienen. Nur dann ist eine ausreichende Motivation zu erwarten, sich als Außenstehender so intensiv in die Angelegenheiten der Gesellschaft einzuarbeiten, wie es für die effektive Absicherung der Vermögensbindung nötig ist. All dies kann gerade bei kleinen Unternehmen schwierig sein. Die Unabhängigkeit und Professionalität des

⁹⁵ Sanders, NZG 2017, 961 (962) m.w.N.

⁹⁶ Vgl. nur Sanders, NZG 2017, 961.

Aufsichtsrats sicher zu stellen ist bereits für große Aktiengesellschaften nicht immer leicht. In einer kleineren Gesellschaft stellt sich aber umso mehr das Risiko, dass der Aufsichtsrat mit „family and friends“ besetzt wird, oder seine Mitglieder zu desinteressiert sind, um die Vermögensbindung intensiv zu überwachen.

Zum anderen passt der Aufsichtsrat nach seiner ursprünglichen Konzeption im Aktienrecht nicht zu den Aufgaben, die er in einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen übernehmen müsste. Dem Aufsichtsrat kommt im Aktienrecht die Funktion zu, den Vorstand im Interesse des Unternehmens und damit letztlich der Eigentümer, der Aktionäre, zu überwachen. In einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen wäre es jedoch die Aufgabe des Aufsichtsrats, die charakteristische Vermögensbindung gegen die Eigentümer, die Gesellschafter, zu verteidigen, die im Gegensatz zu den Aufsichtsratsmitgliedern mit ihrer Einlage ein finanzielles Risiko in der Gesellschaft tragen.

bb) Lösungen aus anderen Rechtsordnungen

Andere Rechtsordnungen⁹⁷ arbeiten mit Beiräten und Aufsichtsratslösungen, wie z. B. die *société a mission* französischen Rechts,⁹⁸ sowie mit speziellen Aufsichtsbehörden wie die britische *community interest company*⁹⁹ oder die dänischen Stiftungsunternehmen¹⁰⁰. Deutsche Stiftungen werden durch die Stiftungsaufsicht überwacht, die die dauerhafte Verfolgung des Stiftungszwecks sicherstellt. Außerdem wird in der stiftungsrechtlichen Diskussion die Etablierung weiterer Organe zur Kontrolle des Stiftungsvorstands diskutiert.¹⁰¹

Wesentlicher Unterschied zwischen Stiftung und GmbH-gebV ist aber, dass die GmbH-gebV keinen bei Gründung festgelegten, später grundsätzlich unabänderlichen Zweck verfolgt, dessen Verwirklichung über eine Aufsichtsbehörde überwacht werden muss. Die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen definiert sich vielmehr über eine besondere Vermögensbindung,

⁹⁷ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* (80) 2016, 399 m.w.N.

⁹⁸ *Segrestin/Hatchuel/Levillain* JBE 2020, abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04439-y>.

⁹⁹ <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-regulator-of-community-interest-companies>.

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Thomsen*, *The Danish Industrial Foundations*, 2017, 45 ff.

¹⁰¹ Vgl. z.B. *Richter/Godron*, *Stiftungsrecht*, 2019, § 6 Rn. 85 ff.; *Schwintek*, *Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts*, 2001, 350 ff., 367 ff.

wobei die Gesellschafter im Gegensatz zu den Organen einer Stiftung keine Angestellten sind, sondern selbstgesetzte, durchaus abänderbare Ziele mit ihrer Gesellschaft verfolgen, bei der sie mit einer Einlage im finanziellen Risiko stehen.

cc) Der erste Entwurf: Prinzipiengeleitete Regelungstechnik

Der erste Entwurf legte keine verbindlichen Mechanismen fest, sondern schlug vor, es den Gesellschaftern im Rahmen einer prinzipiengeleiteten Regelungstechnik selbst zu überlassen, ein für ihr Unternehmen geeignetes Konzept zu entwickeln.¹⁰² Dieses Konzept sollte aber auf der Internetseite der Gesellschaft transparent gemacht und vom Registergericht vor der Eintragung überprüft werden. Damit sollte der Heterogenität der Unternehmen Rechnung getragen werden. Dafür wurden verschiedene Vorschläge gemacht. Auch von Erfahrungen aus dem Ausland sollte so profitiert werden.¹⁰³ Vorgeschlagen wurde auch die Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen und auf diesem Gebiet tätiger Praktiker zum Erfahrungsaustausch und zur Erarbeitung von Best-practices bei der Lösung von Governance-Fragen.

In der Diskussion wurde dieser Vorschlag kritisiert.¹⁰⁴ Es sei es nicht ausreichend, die Gestaltung der Governance in die Hände des Unternehmens zu legen. Außerdem wurde angemerkt, weder der beispielhaft vorgeschlagene Aufsichtsrat noch die vorgeschlagenen Berichtspflichten böten ausreichende Sicherung.

c) Lösungsvorschlag: Berichtspflicht mit externer Prüfung und Durchsetzung

In Reaktion auf die Kritik hat die Arbeitsgruppe das Governance-Konzept grundlegend überarbeitet. Es ist richtig, dass die effektive Durchsetzung von Ansprüchen gemäß §§ 77c Abs. 3, 77h GmbHG-gebV den Dreh- und Angelpunkt der Absicherung der Vermögensbindung bildet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Durchsetzung auf Betreiben der Gesellschafter umso

¹⁰² Die Entwicklung unternehmensspezifischer Kodizes wird auch für Familienunternehmen empfohlen, um den unterschiedlichen Formen von Familienunternehmen, ihrem Selbstverständnis und den Besonderheiten des Unternehmens und der Branche gerecht werden zu können, vgl. *Lange*, BB 2005, 2585 (2589).

¹⁰³ Beispielsweise von den dänischen Recommendations on Good Foundation Governance, vgl. *Thomsen*, The Danish Industrial Foundation, 2017, 60 ff.

¹⁰⁴ *Grunewald/Hennrichs* NZG 2020, 1201 (1203 f.); *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321 (1326 f.); *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer*, npoR 2020, 296 = FAZ v. 4.9.2020, S. 16.

unwahrscheinlicher wird, je weniger diese von der Mission ihres Unternehmens und vom Konzept der Vermögensbindung überzeugt sind. Besonders in einer Einpersonen-GmbH-gebV erscheint dies naheliegend. Wichtig ist es daher, externe Dritte zur Überprüfung der Vermögensbindung einzubeziehen, die dafür sorgen können, dass Verletzungen nicht folgenlos bleiben. Der Entwurf legt dazu zwei Vorschläge vor. Der erste Vorschlag (1), der bereits im obigen Teil III des Gesetzesentwurfs aufgeführt wird, fügt sich friktionslos in das GmbH-Recht ein und könnte in Zukunft durch Rechtsprechung und Literatur weiterentwickelt werden. Außerdem wurde ein Vorschlag 2 erarbeitet, der andeutet, wie eine Lösung außerhalb des Systems des GmbHG aussehen könnte. Hier wird auf Instrumente des Genossenschaftsrechts aufgebaut und die Zwangsmemberschaft in einem Prüfverband vorgeschlagen.

aa) Vorschlag 1

(1) Wesentliche Regelungselemente

Vorschlag 1 verlangt einen verbindlichen, vom Geschäftsführer jährlich zu erarbeitenden Bericht zur Sicherung der Vermögensbindung. Dieser Bericht ist durch einen Wirtschaftsprüfer zu prüfen und einer unabhängigen Einrichtung (dazu näher unter (5)) zuzuleiten, die von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen ist und die bei schwerwiegenden Verletzungen der Vermögensbindung sogar die Auflösung der Gesellschaft entsprechend § 60 Nr. 3 GmbHG beantragen kann.

(2) Der Bericht über die Vermögensbindung

Absatz 1 lehnt sich in seiner Formulierung an §§ 111c Abs. 2 S. 3-5, 312 AktG an. Der Bericht gemäß Absatz 1 muss über die Einhaltung der Vermögensbindung und die Geltendmachung von entsprechenden Ansprüchen berichten und Angaben zur Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung bei Verträgen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft enthalten. Außerdem ist Auskunft über Finanzierungsgeschäfte im Sinne des § 77i GmbHG-gebV zu geben. Auch Geschäfte mit Tochtergesellschaften sind einzubeziehen. Der Geschäftsführer haftet für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichts.

(3) Prüfung des Berichts durch den Wirtschaftsprüfer

Absatz 2 bezieht mit dem Wirtschaftsprüfer einen externen Dritten in die Sicherung der Vermögensbindung ein. Absatz 2 verlangt, dass der Bericht jedes Jahr von einem Wirtschaftsprüfer (bei kleinen Gesellschaften auch ein Steuerberater) geprüft wird. Um die Unabhängigkeit des Prüfenden zu sichern, gilt § 319 HGB entsprechend; außerdem darf der Prüfende nicht gleichzeitig bzw. in den letzten drei Jahren als Abschlussprüfer für die Gesellschaft tätig sein. Um die Unabhängigkeit weiter zu sichern, muss der Wirtschaftsprüfer mindestens alle fünf Jahre wechseln. Das Ergebnis der Prüfung ist auf der Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen, um Transparenz herzustellen. Denkbar wäre es, eine Veröffentlichung des Berichts selbst vorzuschreiben, doch würde dies in erheblichem Konflikt mit datenschutzrechtlichen Prinzipien und verständlichen Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft stehen.

Mit der Einschaltung eines externen Wirtschaftsprüfers setzt der Vorschlag auf ein etabliertes Instrument des Gesellschaftsrechts, auf dessen Expertise an vielen Stellen, beispielsweise in der Abschlussprüfung, vertraut wird. Sollte man dies, beispielsweise infolge des Wirecard-Skandals anders beurteilen wollen, wäre eine Reform des Gesellschaftsrechts an vielen Stellen erforderlich. Letztlich würde auch ein Prüfverband oder eine Aufsichtsbehörde mit der Kompetenz solcher Wirtschaftsprüfer arbeiten müssen, um eine Bewertung der dort stattfindenden Vorgänge zu erreichen.

Negative Prüfungsergebnisse führen aufgrund ihrer Veröffentlichung auf der Internetseite der Gesellschaft zu einer öffentlichen Bloßstellung des Unternehmens und bedeuten schlechte Presse und Reputationsverlust. In der Diskussion in der Arbeitsgruppe wurde jedoch ausführlich die Frage erörtert, ob und wie sichergestellt werden kann, dass negative Berichte darüber hinaus handfeste negative Konsequenzen haben.

Dabei wurde diskutiert, dass alle Unternehmer, die die neue Rechtsform nutzen möchten, ein Interesse daran haben, dass auch andere Gesellschaften mit gebundenem Vermögen die Vermögensbindung einhalten. Wird die Rechtsform der GmbH-gebV gewählt, um zu signalisieren, dass das Unternehmen aus anderen Motiven als der persönlichen Profitmaximierung betrieben wird, so kann diese Signalwirkung durch Gesellschaften beeinträchtigt werden, die die Vermögensbindung missachten. Damit Wettbewerber auf eine solche „Schädigung der

Allmende“ reagieren können, wurde in der Arbeitsgruppe ein Abmahnrecht für Wettbewerber nach dem Vorbild von § 3 Abs. 3 i. V. m. Nr. 1 der Anl. zum UWG; § 5 Abs. 1 Nr. 6 UWG, § 8 Abs. 2 UWG diskutiert. Der Gedanke wurde jedoch nicht weiterverfolgt, weil die Rechtsfolgen einer solchen Abmahnung schwer zu bestimmen wären; so wäre beispielsweise im Fall eines Schadensersatzanspruchs die Kausalität des Rechtsverstoßes für einen Schaden des Antragstellers schwierig zu begründen.

(4) Auflösungsklage aufgrund der Verletzung der Vermögensbindung

Damit Verletzungen der Vermögensbindung nicht folgenlos bleiben, schlägt § 77j Abs. 3 GmbHG-gebV vor, dass die grobe Verletzung der Vermögensbindung einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft entsprechend § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG mit der Folge der Liquidation darstellen kann. Dem Gericht kommt die Entscheidung zu, ob die Verletzungen der Vermögensbindung ein Ausmaß erreicht haben, dass die Fortführung als Gesellschaft mit gebundenem Vermögen nicht zu tolerieren ist und der Rechtsform institutionell Schaden zufügt. Dies kommt nur bei Verletzungen in Betracht, die eine gewisse Erheblichkeit erreicht haben; Bagatellen genügen nicht. Dies kann sowohl bei einer einmaligen, aber außerordentlich schwerwiegenden Verletzung der Fall sein, aber auch bei fortgesetzten kleineren Verletzungen der Vermögensbindung. Satz 2 stellt klar, dass hierbei zu berücksichtigen ist, ob Ansprüche gem. §§ 77c Abs. 3, 77h GmbHG-gebV geltend gemacht worden sind. Verletzungen der Vermögensbindung, die durch die Geltendmachung und Erfüllung entsprechender Ansprüche ausgeglichen wurden, können die Auflösung der Gesellschaft nicht rechtfertigen.

§ 77j Abs. 3 GmbHG-gebV entwickelt §§ 61, 62 GmbHG fort. Auch wenn man das Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks gem. § 61 GmbHG wertungsmäßig mit der fortgesetzten und schwerwiegenden Verletzung der Vermögensbindung einer GmbHG verglichen werden kann, ist § 61 GmbHG ein Instrument des Minderheitenschutzes,¹⁰⁵ der als ultima ratio¹⁰⁶ die Auflösung der Gesellschaft erlaubt. § 77j Abs. 3 GmbHG-gebV dient demgegenüber jedoch nicht dem Minderheitenschutz, sondern mit der Durchsetzung der Vermögensbindung und

¹⁰⁵ Baumbauch/Hueck/Haas, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 61 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 61 Rn. 2.

¹⁰⁶ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 61 Rn. 1.

der Verhinderung des Missbrauchs der Rechtsform eher dem öffentlichen Interesse. Damit weist die Vorschrift eher eine Nähe zu § 62 GmbHG auf.

§ 77j Abs. 3 S. 2 GmbHG-gebV verweist auf § 61 Abs. 2 GmbHG. Damit ist die Auflösungsklage gegen die Gesellschaft zu richten und kann von Gesellschaftern mit Geschäftsanteilen von insgesamt mindestens 10 % am Stammkapital erhoben werden. Angesichts der oben skizzierten Funktion der Governance der GmbH-gebV wäre ein so definierter Kreis potenzieller Kläger jedoch zur Sicherung der Vermögensbindung nicht ausreichend. Die Arbeitsgruppe sieht jedoch in Absatz 4 vor, dass die Gesellschafter eine unabhängige Einrichtung im Gesellschaftsvertrag benennen müssen, der die jährlichen Berichte des Geschäftsführers und die Prüfberichte des Wirtschaftsprüfers zuzuleiten sind und die bei fortgesetzter Verletzung der Vermögensbindung einen Antrag bei Gericht auf Löschung der Gesellschaft zu beantragen hat.

(5) Die unabhängige Einrichtung gem. § 77j Abs. 4 GmbHG-gebV

Mit der unabhängigen Einrichtung gem. § 77j Abs. 4 GmbHG-gebV wird neben dem Wirtschaftsprüfer ein weiterer Dritter in die Sicherung der Vermögensbindung eingebunden. Bei der Ausgestaltung des Informationszugangs hat die Arbeitsgruppe sich vom Sonderprüfer des Aktienrechts inspirieren lassen. Da die unabhängige Einrichtung von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag selbst zu bestimmen ist und nach den allgemeinen Regeln (vgl. § 77j Abs. 4 S. 2 GmbHG-gebV) gewechselt werden kann, findet sie ihre Grundlage in der Entscheidung der Gesellschafter.

(a) Voraussetzungen der unabhängigen Einrichtung

Die Einrichtung muss in ihrer Satzung den Grundsätzen des treuhänderischen Unternehmers verpflichtet sein. Die Arbeitsgruppe hat bedacht, dass weniger auf die Vermeidung von Missbrauch bedachte Gesellschafter Einrichtungen gründen und verpflichten könnten, die es mit der Wahrnehmung ihrer Pflichten wenig genau nehmen. Aus diesem Grund verlangt der Entwurf die Unabhängigkeit von den Gesellschaftern und fordert, dass der Name der Einrichtung auf der Internetseite anzugeben ist, so dass nachlässiges Handeln trotz der ebenfalls

veröffentlichten negativen Prüfungsergebnisse von der Presse sowie der Konkurrenz öffentlich thematisiert werden kann.

Die Arbeitsgruppe prognostiziert, dass Gesellschaften mit gebundenem Vermögen in Zukunft Verbände gründen und gemeinsam den Missbrauch der Rechtsform verhindern und damit ihren eigenen guten Ruf wahren wollen werden. Um diese Aufgabe wahrzunehmen, können sie die entsprechenden Einrichtungen gründen. Denkbar ist auch, dass die genossenschaftlichen Prüfverbände entsprechende Einrichtungen ins Leben rufen werden. Die Arbeitsgruppe hält es für gut denkbar, dass in Zukunft gesetzliche Vorgaben entworfen werden, z. B. eine Registrierung, der entsprechenden Einrichtungen.

(b) Rechte und Pflichten der unabhängigen Einrichtung

Der unabhängigen Einrichtung steht das Recht zu, die Auflösungsklage nach Absatz 3 zu erheben (§ 77j Abs. 4 S. 5 GmbHG-gebV). Dabei kann sie sowohl auf Anregung einzelner Gesellschafter handeln, die eine Auflösungsklage selbst gem. § 62 Abs. 2 GmbHG nicht erheben können, aber auch auf Grundlage einer eigenen Entscheidung auf der Grundlage der ihr zu übermittelnden Informationen.

Die Einrichtung erhält sowohl den jährlichen Bericht als auch den Prüfbericht des Wirtschaftsprüfers vom Geschäftsführer unmittelbar nach Fertigstellung bzw. nach Erhalt (Absatz 4 Satz 3). Außerdem steht ihr ein Einsichts- und Auskunftsrecht gegen den Geschäftsführer zu. Das Auskunftsrecht erstreckt sich allerdings auch auf die Gesellschafter, Konzernunternehmen und abhängige Unternehmen, damit Verletzungen umfassend nachvollzogen werden können. Die unabhängige Einrichtung unterliegt eigenen Treupflichten gegenüber der Gesellschaft, die sie nicht nur zur sorgfältigen Wahrnehmung ihrer Aufgaben verpflichten, sondern beispielsweise auch zur Verschwiegenheit hinsichtlich der ihr im Rahmen ihrer Pflichten offengelegten Informationen verpflichtet, ohne dass die Arbeitsgruppe dies ausdrücklich geregelt hätte. Der Einrichtung steht ein Recht auf Auslagenersatz (§ 77j Abs. 4 S. 6 GmbHG-gebV) und Ersatz der Gerichtskosten zu (§ 77j Abs. 4 S. 8 GmbHG-gebV); eine Parallele zu § 146 AktG.

(b) Bestimmung und Wechsel der unabhängigen Einrichtung

Die Einrichtung ist im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen (§§ 77j Abs. 4 S. 1, 77b Abs. 2 Nr. 4 GmbHG-gebV). Der Beschluss, die Einrichtung zu wechseln, bedarf der satzungsändernden Mehrheit (§ 77j Abs. 4 S. 2 GmbHG-gebV) und darf nicht zur Unzeit erfolgen. Letztere Bestimmung soll verhindern, dass die Einrichtung nach Erhebung der Auflösungsklage geändert wird. Ein solcher Wechsel im laufenden Verfahren sollte an der Aktivlegitimation der Einrichtung jedoch nichts ändern. Während die Veräußerung des Gesellschaftsanteils die Aktivlegitimation des Klägers im Rahmen des § 61 GmbHG ändert, weil dieser nach Veräußerung des Anteils das Interesse an der Auflösung verliert,¹⁰⁷ bleibt die Einrichtung durch ihre Satzung dem treuhänderischen Unternehmertum und den Grundsätzen der Vermögensbindung verpflichtet.

bb) Lösungsvorschlag 2: Mitgliedschaft im Prüfverband

Vorschlag 2 verbindet den für Vorschlag 1 entwickelten Bericht zur Sicherung der Vermögensbindung mit der Zwangsmitgliedschaft in einem Prüfverband nach genossenschaftsrechtlichem Vorbild.

§ 77j Vorschlag 2

Absicherung der Vermögensbindung

(1)¹ Der Geschäftsführer ist verpflichtet, den Gesellschaftern oder, wenn ein solcher vorhanden ist, dem Aufsichtsrat in den ersten drei Monaten eines jeden Geschäftsjahrs über die Einhaltung der Vermögensbindung nach den §§ 77c Abs. 3 77f, 77g und § 77i und die Geltendmachung von Ansprüchen nach §§ 77c Abs.3, 77h im vergangenen Geschäftsjahr Bericht zu erstatten.² Der Bericht muss eine Stellungnahme zur Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung von Geschäften zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern und von Verträgen und Finanzierungen im Sinne von § 77i Abs. 3 und 5 im vergangenen Geschäftsjahr enthalten.³ Der Bericht muss alle wesentlichen Informationen enthalten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Vermögensbindung und die Angemessenheit der Geschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zu bewerten.⁴ Dabei sind auch Geschäfte mit Tochtergesellschaften zu berücksichtigen.⁵ Der Geschäftsführer haftet nach § 43 Absatz 3 für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Berichts.

¹⁰⁷ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 61 Rn. 3.

(2) ¹ Der Bericht ist von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen, der nicht als Abschlussprüfer für die Gesellschaft tätig ist oder innerhalb der letzten drei Jahre tätig gewesen ist. ² Die Prüfung darf nur in höchstens fünf aufeinanderfolgenden Jahren von demselben Prüfer durchgeführt werden. ³ In kleinen Kapitalgesellschaften im Sinne des § 267 des Handelsgesetzbuches kann die Prüfung auch durch einen Steuerberater durchgeführt werden. ⁴ Der Prüfer hat über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten. ⁵ Er hat seinen Bericht zu unterzeichnen und den Gesellschaftern vorzulegen; den Geschäftsführern ist vor der Zuleitung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. ⁶ Das Ergebnis der Prüfung ist auf der Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen.

(3) ¹ Die Gesellschaft kann durch gerichtliches Urteil entsprechend § 60 Nr. 3 aufgelöst werden, wenn wegen grober Verletzung der Vermögensbindung wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind. ² Dabei berücksichtigt das Gericht insbesondere, ob Ansprüche gemäß §§ 77c Abs. 3, 77h geltend gemacht worden sind. ³ § 61 Abs. 2 gilt entsprechend.

(4) ¹ Die Gesellschaft muss einem Verband angehören, dem das Prüfungsrecht verliehen ist (Prüfungsverband). ² Die Gesellschaft hat den Namen und den Sitz dieses Prüfungsverbandes auf ihrer Internetseite oder in Ermangelung einer solchen auf den Geschäftsbriefen anzugeben.

(5) ¹ Alle zwei Jahre sind die Berichte nach Absatz 1 und ihre Prüfung nach Absatz 2 durch den Prüferverband zu prüfen, in dem die Gesellschaft Mitglied ist. ² Zur Überprüfung der Berichte darf der Prüfverband Einsicht in die Bücher der Gesellschaft nehmen und Auskunft von den Geschäftsführern verlangen. ³ Diese Rechte hat er auch gegenüber den Gesellschaftern, einem Konzernunternehmen und einem abhängigen Unternehmen. ⁴ Der Prüfverband kann die Auflösungsklage nach Absatz 3 erheben. ⁵ Die Gerichtskosten einer Auflösungsklage trägt die Gesellschaft.

(6) Wird die Gesellschaft nach Absatz 3 aufgelöst, so erfolgt die Bestellung und Abberufung der Liquidatoren durch das Gericht.

Die Verbindung eines entsprechenden Berichts und die Prüfung dieses Berichts durch einen Prüferverband als externen Dritten wurde in der Diskussion der Arbeitsgruppe als vielversprechend angesehen. Eine solche Regelung würde sich jedoch weit vom geltenden GmbH-Recht entfernen und würde wohl besser zu einer Lösung außerhalb des GmbH-Rechts in einem eigenen Statut passen. Denkbar wäre gegebenenfalls, bei einer Umsetzung zunächst Vorschlag

1 zu wählen und eine Evaluation der Regelung nach einigen Jahren durchzuführen. Im Falle der negativen Evaluation könnte Vorschlag 2 eingeführt werden.

Nach diesem Vorschlag sind die Berichte, die bereits vom Wirtschaftsprüfer geprüft wurden, alle zwei Jahre vom Prüfverband zu prüfen. So kann die sorgfältige und objektive Arbeit des Wirtschaftsprüfers sichergestellt werden. Im Gegensatz zum Genossenschaftsrecht, wo der Prüfverband die Genossenschaft selbst überprüft, prüft der Prüfverband hier nur die Berichte und mittelbar die Arbeit des Wirtschaftsprüfers und ist verpflichtet, bei schwerwiegenden Verstößen die Löschung der Gesellschaft zu beantragen.

Allerdings müsste man zur Umsetzung dieses Konzepts eine eigene Organisation mit neuen Prüfverbänden und eigenen gesetzlichen Grundlage schaffen. Die hier lediglich skizzierte Regelung würde einer genauen Ausarbeitung mit genossenschaftsrechtlicher Expertise bedürfen. Nicht umsonst umfassen die entsprechenden Regeln allein über zwanzig Vorschriften im Genossenschaftsrecht.¹⁰⁸

8. Zum Austritt und Ausschluss eines GmbH-gebV Gesellschafters und zur Einziehung von GmbH-gebV-Geschäftsanteilen

a) Allgemeine Überlegungen zum Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters und zur Einziehung von Geschäftsanteilen

Das GmbHG enthält weder zum Austritt (freiwilliges Ausscheiden) noch zum Ausschluss (zwangsweises Ausscheiden) eines Gesellschafters aus der Gesellschaft Regelungen. Es ist aber allgemein anerkannt, dass sowohl der Ausschluss¹⁰⁹ als auch der Austritt¹¹⁰ aus wichtigem Grund¹¹¹ möglich sein müssen.¹¹² Regelungen zur Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen einer GmbH finden sich in § 34 GmbHG.

¹⁰⁸ Vgl. zu Einzelfragen z.B. Henssler/Strohn/Geibel, GesR, 5. Auflage 2021, GenG §§ 53 ff.

¹⁰⁹ BeckOK GmbHG/Schindler, 46. Ed. 1.11.2020, GmbHG § 34 Rn. 115; Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG Anh. § 34 Rn. 2 jeweils m.w.N.

¹¹⁰ Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG Anh. § 34 Rn. 18; MHLS/Sosnitza, 3. Aufl. 2017, GmbHG Anh. § 34 Rn. 45 jeweils m.w.N.

¹¹¹ Beispiele für einen wichtigen Grund für den **Austritt**: Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 40 Rn. 78; für den **Ausschluss**: Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 40 Rn. 83.

¹¹² Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 40 Rn. 73.

Gegenüber der GmbH bedarf es kaum Änderungen für den Fall, dass ein Gesellschafter aus der GmbH-gebV austritt, ausgeschlossen wird oder die Geschäftsanteile eingezogen werden. Von der Regelung allgemeiner Austritts- und Ausschlussrechte wurde abgesehen, um die GmbH-gebV nicht zu weit vom allgemeinen GmbH-Recht zu entfernen. Wie die Gesellschafter einer üblichen GmbH können die Gesellschafter einer GmbH-gebV Regelungen im Gesellschaftsvertrag zum Austritt und Ausschluss sowie zur Einziehung im Gesellschaftsvertrag treffen. Ein Austrittsrecht ist sicherlich sinnvoll, um Gesellschaftern, die sich mit den Zielen der GmbH-gebV nicht mehr identifizieren können, nicht in die Rolle des „lästigen Gesellschafters“ zu drängen. Dies ist nie wünschenswert, aber in einer GmbH-gebV, in der die Motivation der Gesellschafter eine besondere Rolle spielt, besonders wichtig.

b) Zu § 77k Anspruch auf Erstattung der Einlage

Notwendig sind jedoch Anpassungen zur Abfindung eines Gesellschafters, der die GmbH-gebV verlässt. Tritt ein Gesellschafter aus der GmbH-gebV aus, so kann der Geschäftsanteil ebenso wie bei der GmbH nach Wahl der Gesellschaft entweder eingezogen oder unter Einhaltung des § 77c Abs. 2 GmbHG-gebV abgetreten werden. Anstelle eines Anspruchs auf Abfindung hat der Gesellschafter einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erstattung der von ihm erbrachten Einlage, der im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Gesellschaft zum Tragen kommt. Der Anspruch ist gerichtet auf die Erstattung des entsprechenden Beitrags zum Stammkapital zuzüglich sonstiger Zuwendungen im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Die Vereinbarung eines höheren Betrags ist unzulässig und unwirksam. Zur Absicherung der dauerhaften Vermögensbindung dürfen Gesellschafter nur das zurückerhalten, was sie eingelegt haben, nicht mehr. Der Anspruch ist als Erstattungsanspruch ausgestaltet, damit im Fall von Sacheinlagen auch eine Erstattung dem Werte nach in Bar geleistet werden kann und eine diesbezügliche Gestaltung des Gesellschaftsvertrags möglich ist.

Eine Auszahlung ist allerdings nach allgemeinen Grundsätzen des GmbH-Rechts¹¹³ ausgeschlossen, wenn dadurch das gesetzliche oder gesellschaftsvertraglich vereinbarte Mindestkapital unterschritten werden müsste, vgl. § 77k Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV.

Wird ein Gesellschafter aus der GmbH-gebV ausgeschlossen, so kann der Geschäftsanteil ebenso wie bei der GmbH nach Wahl der Gesellschaft entweder eingezogen oder unter Einhaltung des § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV abgetreten werden. Dem Gesellschafter steht wie beim Austritt grundsätzlich ein Erstattungsanspruch zu.

Für die GmbH-gebV können zur Einziehung von Geschäftsanteilen § 34 Abs. 1 und 2 GmbHG unverändert herangezogen werden. Dem Gesellschafter steht wie beim Austritt und Ausschluss ein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Rückzahlung der von ihm erbrachten Einlage zu, vgl. oben. Für die GmbH gilt, dass dieser nur ausgezahlt werden kann, wenn dadurch das gesetzliche oder gesellschaftsvertraglich vereinbarte Mindestkapital nicht unterschritten wird. § 34 Abs. 3 GmbHG verweist dafür auf §§ 30 Abs. 1 GmbHG. Dieser ist für die GmbH-gebV aber gemäß § 77g Abs. 1 S. 1 GmbHG-gebV nicht anwendbar. Deshalb bedarf es § 34 Abs. 3 GmbHG für die GmbH-gebV nicht, vgl. § 77k Abs. 2 S. 2 GmbHG-gebV. Die entstandene Lücke schließt § 77k Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV.

Die Bindung an einen Gesellschafterbeschluss in § 77k Abs. 3 GmbHG-gebV dient dazu, die Auszahlung nachvollziehbar zu machen, um Missbrauchsgefahren zu minimieren. Außerdem knüpft das Steuerrecht (ebenfalls aus Gründen der Missbrauchsverhütung) an das Fehlen eines Gesellschafterbeschlusses die Folge der sog. verdeckten Gewinnausschüttung (siehe R 8.5 Abs. 1 S. 1 KStR).

¹¹³ Zu Auszahlungen des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter vgl. allg. *Porzelt*, GmbHR 2016, 627 ff.

9. Zur Auflösung und Insolvenz der GmbH-gebV

a) Zu § 77I Auflösung der Gesellschaft und Erlösverwendung

aa) Allgemeine Überlegungen

Die Auflösung der GmbH ist in §§ 60 ff. GmbHG geregelt. Als Liquidation bezeichnet man den Wechsel des Gesellschaftszwecks einer GmbH von einer werbenden, am Markt agierenden Gesellschaft in das Stadium der Abwicklung/Liquidation und Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Eintritt eines Auflösungsgrundes.¹¹⁴ Dies geschieht dabei in drei Verfahrensschritten: Auflösung, Liquidation und Löschung.¹¹⁵ Die Auflösungsgründe sind in § 60 GmbHG normiert. Neben den Auflösungsgründen des §§ 60 Abs. 1 Nr. 1-7, 61, 62 GmbHG können gemäß § 60 Abs. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag weitere Auflösungsgründe festgesetzt werden.

Anpassungsbedarf für die GmbH-gebV besteht nur in geringem Maße. Insbesondere erscheint es nicht erforderlich, den Auflösungsbeschluss an weitere Voraussetzungen als an die gesetzlich vorgesehene $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu knüpfen. Darüber hinaus kann gesellschaftsvertraglich auch ein anderes Mehrheitserfordernis (etwa Zustimmung aller Gesellschafter) vereinbart werden.¹¹⁶

Mit der Auflösung wird das Amt des Geschäftsführers durch den Liquidator übernommen, der dann die laufenden Geschäfte zu beenden hat (§ 70 GmbHG). Die Rechte des Liquidators sind dabei in § 71 Abs. 4 GmbHG normiert. Die Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bleiben, soweit in den §§ 60 ff. GmbHG nicht ein anderes geregelt ist, weiterhin bestehen, § 69 Abs. 1 GmbHG.

Nach Auflösung beginnt das Liquidationsverfahren („Versilberung“ des Vermögens mit dem Ziel der Vollbeendigung¹¹⁷; Dauer gemäß § 73 GmbHG grundsätzlich mind. ein Jahr). Im Zuge

¹¹⁴ Vgl. Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, GmbHG § 60 Rn. 5.

¹¹⁵ Vgl. Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 50.

¹¹⁶ Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 69 m.w.N.

¹¹⁷ Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 50.

der Liquidation ist grundsätzlich auch die Veräußerung des gesamten Unternehmens (§ 70 S 1 Alt. 4 GmbHG) nach h.M. in der Literatur sogar ohne Gesellschafterbeschluss möglich.¹¹⁸

Da die Liquidation einer Gesellschaft in der Regel auf ihre Vollbeendigung abzielt, ist bei der GmbH-gebV vom Liquidator § 77l Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV zu beachten, wonach das im Zuge der Liquidation nach Rückzahlung der Einlagen gemäß § 77k GmbHG-gebV verbliebene Restvermögen einer anderen Gesellschaft mit gebundenem Vermögen oder gemeinnützigen Zwecken zuzuführen ist. Nach § 72 GmbHG steht den Gesellschaftern das (Rest-)Vermögen der Gesellschaft zu. Bei gemeinnützigen GmbHs muss in der Satzung bestimmt sein, dass das Restvermögen anderen zufällt, damit die steuerrechtliche Begünstigung nach § 51 ff. AO greifen kann.

Entsprechend wäre es denkbar, im Fall der Liquidation auch in der GmbH-gebV keine Erstattung der Einlage vorzusehen. Eine solche Regelung würde aber im Widerspruch zu § 77k GmbHG-gebV stehen, auf den § 77c Abs. 4 und 5 GmbHG-gebV und §§ 77m und 77n GmbHG-gebV verweisen. Daher wird hier die Erstattung der Einlage gemäß § 77k GmbHG-gebV vorgeesehen.

Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass im Liquidationsstadium eine Gesellschaft oder eine Einzelperson das Unternehmen erwerben kann, der die Philosophie der Vermögensbindung nicht teilt. Auch Gesellschafter der GmbH-gebV der nicht mehr von der Philosophie des treuhänderischen Unternehmensverständnis überzeugt ist, kann das Unternehmen von der Gesellschaft kaufen und damit wieder in ungebundenes Vermögen überführen. Dabei käme der Erlös allerdings einer anderen GmbH-gebV oder gemeinnützigen Zwecken zugute. Eine solche Möglichkeit des Erwerbs des Unternehmens von der GmbH-gebV besteht allerdings auch außerhalb des Liquidationsverfahrens.

Das Erlöschen der GmbH, also ihre vollständige Beendigung, erfolgt nach wohl h.M. erst mit Beendigung der Liquidation (Vermögenslosigkeit) sowie Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister (sog. Lehre vom Doppeltatbestand).¹¹⁹ Gleiches gilt für die GmbH-gebV.

¹¹⁸ MüKoGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 70 Rn. 16; Scholz/K. Schmidt/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 70 Rn. 16 f.; jew. m.w.N.

¹¹⁹ K. Schmidt, GmbHR 1988, 209, (210 ff.); MüKoGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 60 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 60 Rn. 17; jew. m.w.N.

bb) Anspruch auf den Liquidationserlös

Damit auch im Fall der Liquidation das in der Gesellschaft gebundene Vermögen nicht von den Gesellschaftern vereinnahmt werden kann, sah bereits der erste Entwurf vor, dass der Liquidationserlös einer gemeinnützigen Einrichtung oder einer anderen Gesellschaft mit gebundenem Vermögen auszukehren sei. Es stellte sich jedoch die Frage, wie vermieden werden kann, dass die Gesellschafter diese Vorschrift umgehen und den Liquidationserlös in die eigene Tasche stecken.

Zur **Absicherung dieser Auszahlung des Liquidationserlöses** insbesondere im Fall einer Einpersonen-Gesellschaft sieht der Entwurf nun einen eigenen Anspruch der Begünstigten vor, die diesen im eigenen Interesse durchsetzen werden, § 77I Abs. 2 GmbHG-gebV. Die Begünstigten sind im Gesellschaftsvertrag und im Vermögensbindungsbeschluss gemäß § 77b Abs. 2 GmbHG-gebV anzugeben. Die Gesellschafter sind nach allgemeinen Grundsätzen frei, einen oder mehrere Begünstigte und auch Regelungen zur Verteilung des Vermögens vorzusehen. Falls eine solche Benennung fehlerhaft unterlassen wurde oder der entsprechenden Begünstigten nicht mehr existiert, erhält das entsprechende Land, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hatte, den Anspruch. Vorbild ist insoweit § 1936 BGB, das gesetzliche Erbrecht des Staates.

§ 77I Abs. 3 GmbHG-gebV sichert die effektive Geltendmachung des Anspruchs durch eine Mitteilungspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Begünstigten ab. Ein Einsichtsrecht gibt den Begünstigten die Möglichkeit, die Abrechnungen der Liquidatoren zu überprüfen und die Erfüllung gegebenenfalls noch ausstehender Ansprüche zu verlangen. Die Mitteilung an die Begünstigten und die Erfüllung der entsprechenden Verteilung ist dem Registergericht gemäß § 77I Abs. 3 S. 3 GmbHG-gebV anzuzeigen. Damit ist sichergestellt, dass die Löschung erst erfolgt, wenn die entsprechende Auskehr auch stattgefunden hat.

b) Insolvenz der Gesellschaft

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sind gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 GmbHG Auflösungsgründe einer GmbH. Greift der Auflösungsgrund nach

§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG, besteht die Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft fort und es gelten die Vorschriften der §§ 66 ff. GmbHG. Im Fall des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ist zu beachten, dass die GmbH als Liquidationsgesellschaft ebenfalls fortbesteht, aber anders als im Fall des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG an die Stelle der Liquidation das Insolvenzverfahren tritt.

Die §§ 66 ff. GmbHG gelten für das Insolvenzverfahren nicht.¹²⁰ Der Insolvenzverwalter verdrängt dann den Geschäftsführer aus seiner Leitungszuständigkeit.¹²¹ Der Geschäftsführer vertritt im Insolvenzverfahren die GmbH nur als Schuldnerin und in den sonstigen Angelegenheiten, in denen der Insolvenzverwalter nicht zuständig ist.¹²² Das Gesellschaftsvermögen wird zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO)¹²³ und geht in die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters über (§ 80 Abs. 1 InsO). Nach der herrschenden Amtstheorie ist der Insolvenzverwalter kein Gesellschaftsorgan, sodass die Organstruktur der GmbH durch eine Insolvenz unberührt bleibt.¹²⁴ Die eigenen Anteile der Gesellschaft unterliegen der alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, die Anteile der Gesellschafter indes nicht.¹²⁵

Im Falle der Insolvenz der GmbH-gebV sind die für juristische Personen geltenden insolvenzrechtlichen Normen überwiegend auch für die GmbH-gebV passend und daher nicht zu ändern. Zu beachten ist freilich, dass im Insolvenzverfahren auch das Unternehmen durch den Insolvenzverwalter zu verwerten ist und damit von einer Gesellschaft oder Einzelperson erworben werden kann, die die Philosophie des treuhänderischen Unternehmensverständnisses nicht teilt. Dies ist aber konsequent und angemessen, da die Befriedigung der Gläubiger an oberster Stelle stehen muss.

Insbesondere die §§ 162 Abs. 1, 199 S. 2 und 225a Abs. 3 InsO bedürfen keiner Änderung.

Im Insolvenzverfahren kann das Unternehmen oder der Betrieb gemäß § 162 Abs. 1 InsO unter Einhaltung der weiteren Voraussetzungen veräußert werden. Mit „Unternehmen“ im Sinne der Norm ist nur die organisatorische Einheit gemeint und nicht der Unternehmensträger an

¹²⁰ Henssler/Strohn/*Arnold*, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 60 Rn. 23.

¹²¹ *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, § 38 IV c), S. 1208; *MHLS/Nerlich*, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 60 Rn. 169.

¹²² Vgl. *MHLS/Nerlich*, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 60 Rn. 148.

¹²³ *MHLS/Nerlich*, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 60 Rn. 162.

¹²⁴ *MüKoGmbHG/H.-F. Müller*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 64 Rn. 81 m.w.N.

¹²⁵ *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 15 Rn. 561.

sich.¹²⁶ Die Geschäftsanteile am Unternehmensträger unterfallen daher nicht dem Anwendungsbereich des § 162 InsO.¹²⁷ Als nahestehende Personen im Sinne von § 138 Abs. 2 InsO gelten auch die Geschäftsführer und Personen, die zu mindestens einem Viertel an der Schuldnerin, hier die Gesellschaft, beteiligt sind. Das bedeutet, dass in dieser Situation auch ein Gesellschafter der Gesellschaft mit gebundenem das Unternehmen erwerben und weiterbetreiben könnte, ohne es wieder in Verantwortungseigentum zu überführen. Der Kaufpreis würde der Tilgung der Forderungen dienen und ein eventueller Überschuss gemäß § 77k Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV verwendet werden.

Gemäß § 199 S. 2 InsO hat der Verwalter jeder an der GmbH-gebV beteiligten Person den Teil des Überschusses herauszugeben, der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustünde. Die Herausgabe des Überschusses an die GmbH-gebV-Gesellschafter ist jedoch nach den allgemeinen Prinzipien des Verantwortungseigentums nicht gewollt. Den Gesellschaftern steht nur ein Erstattungsanspruch ihrer geleisteten Einlage und sonstiger Zuzahlungen gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu. Dies erfordert jedoch keine Veränderung der InsO. Denn § 199 S. 2 InsO würde auf das GmbHG-gebV („der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustünde“) verweisen und damit auch auf § 77k Abs. 2 S. 1 GmbHG-gebV, sodass es keiner Änderung bedarf.

§ 225a Abs. 3 InsO regelt, dass im Insolvenzplan Regelungen wie die Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten zulässig sind. Auf den ersten Blick könnte dies dazu führen, dass Personen Gesellschaftsanteile erhalten, die die Philosophie des Verantwortungseigentums nicht teilen. Es dürfen jedoch nur „gesellschaftsrechtlich zulässige“ Regelungen getroffen werden. Gesellschaftsrechtlich zulässig sind nach wohl h.M. nur solche Regelungen, die nicht zwingenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen widersprechen.¹²⁸ Im Falle einer Übertragung der Geschäftsanteile des Gesellschafters ist für die GmbH-gebV folglich die Vorschrift des (zwingenden) § 77c Abs. 2 GmbHG-gebV zu beachten. Sollen im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens Geschäftsanteile der Gesellschafter eingezogen werden, ist dies wohl auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung im Sinne des § 34 GmbHG möglich, jedoch nur gegen

¹²⁶ Vgl. Uhlenbruck/Zipperer, 15. Aufl. 2019, InsO § 162 Rn. 3.

¹²⁷ BeckOK InsO/Theisemann, 21. Ed. 15.10.2020, InsO § 162 Rn. 1.

¹²⁸ MüKoInsO/Eidenmüller, 4. Aufl. 2020, § 225a Rn. 76; K. Schmidt InsO/Spliedt, 19. Aufl. 2016, InsO § 225a Rn. 35; Klausmann, NZG 2015, 1300 (1304).

eine „Kompensation“.¹²⁹ Als Kompensation kommt im Falle einer GmbH-gebV nur ein Erstattungsanspruch gemäß § 77k GmbHG-gebV in Betracht.

10. Insolvenz eines Gesellschafters und Pfändung eines Geschäftsanteils

a) Insolvenz des Gesellschafters

Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines GmbH-Gesellschafters eröffnet, so geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über dessen Vermögen auf den Insolvenzverwalter über. Das Vermögen der Gesellschaft wird aufgrund des sog. Trennungsprinzips¹³⁰ (vgl. § 13 Abs. 1 und 2 GmbHG) indes nicht tangiert. Mit dem Insolvenzverwalter tritt daher ein gesellschaftsfremder Dritter in die innere Struktur der GmbH ein.¹³¹ Der GmbH-Geschäftsanteil gehört zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) und muss (vgl. § 159 InsO) daher auch vom Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO) verwertet werden.¹³² Bei der Verwertung ist der Insolvenzverwalter jedoch an die Formvorgaben des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG und § 16 GmbHG gebunden.¹³³ Insgesamt kommt es in der Regel zu einem aus dem Spannungsverhältnis zwischen Insolvenzrecht (Verwertungsinteressen der Gläubiger) und Gesellschaftsrecht (Interessen der Mitgesellschafter) resultierenden Zielkonflikt.¹³⁴

Die Reichweite des Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters ist nicht unumstritten¹³⁵:

Nach h.M. gilt § 15 Abs. 5 GmbHG, der Anteilsvinkulierungen im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich zulässt, bei der Verwertung von Geschäftsanteilen des insolventen Gesellschafters nicht für den Insolvenzverwalter, der einer Verwertungspflicht unterliegt.¹³⁶ Etwaige gesellschaftsvertragliche Vinkulierungsklauseln sind daher dem Insolvenzverwalter gegenüber nicht

¹²⁹ So BeckOK InsO/Geiwitz/von Danckelmann, 21. Ed. 15.10.2020, InsO § 225a Rn. 22b.

¹³⁰ Dazu etwa MüKoGmbHG/Merkt, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 13 Rn. 332.

¹³¹ Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, 21.

¹³² MüKoGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 60 Rn. 110; MHLS/Ebbing, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 15 Rn. 249 m.w.N.

¹³³ MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 15 Rn. 558 mwN.

¹³⁴ Vgl. Bergmann, ZInsO 2004, 225; Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, 22.

¹³⁵ Zum Streitstand etwa Uhlenbruck/Zipperer, 15. Aufl. 2019, InsO § 159 Rn. 35; Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, 73 ff.

¹³⁶ MüKoInsO/Peters, 4. Aufl. 2019, InsO § 35 Rn. 256; Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 64 jeweils mwN.; a.A. Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 15 Rn. 102; Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, 77; Liebscher/Lübke, ZIP 2004, 241 (248 f.).

wirksam.¹³⁷ Einziehungs-, Ausschluss- und Zwangsabtretungsklauseln im Gesellschaftsvertrag für den Fall der Insolvenz des Gesellschafters sind indes in der Regel wirksam, sofern diese mit einer Ausgleichszahlung i. H. d. Verkehrswertes des Geschäftsanteils verbunden werden.¹³⁸ Die Veräußerung des Geschäftsanteils ist dabei in der Praxis am zweckdienlichsten und daher das gängige Mittel des Insolvenzverwalters.¹³⁹

b) Zu § 77m Nr. 1 GmbHG-gebV Insolvenz eines VE-Gesellschafters

Um zu verhindern, dass Geschäftsanteile an Dritte veräußert werden, die sich der Philosophie des Unternehmens nicht verbunden fühlen, wird im Falle der GmbH-gebV in § 77c GmbHG-gebV die Übertragung des Geschäftsanteils bereits per Gesetz zwingend eingeschränkt. An diese Beschränkung ist auch der Insolvenzverwalter gebunden.

Nach § 77m Nr. 1 GmbHG-gebV kann im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters einer GmbH-gebV sein Geschäftsanteil gegen Erstattung der Einlage und sonstiger Zuzahlungen im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB auch eingezogen oder abgetreten werden.¹⁴⁰ Für die GmbH wird diese Rechtsfolge üblicherweise durch Klauseln im Gesellschaftsvertrag herbeigeführt. Sie wird hier aber als gesetzliche Regel vorgesehen, um den Gesellschaftern Zeit und Beratungskosten bei der Gründung der Gesellschaft zu ersparen und den Kreis der Gesellschafter vor dem Eindringen Dritter zu schützen, während die im Geschäftsanteil gebundenen Mittel der Einlage für die Gläubiger freigegeben werden.

c) Zu § 77m Nr. 2 GmbHG-gebV Pfändung eines Geschäftsanteils

In einer GmbH sind Geschäftsanteile grundsätzlich gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG frei veräußerlich und daher gemäß §§ 829, 851 Abs. 1, 857 Abs. 1, Abs. 3 ZPO pfändbar.¹⁴¹ Dadurch besteht das Risiko, dass im Falle der Verwertung außenstehende Dritte in die GmbH eindringen

¹³⁷ MüKoGmbHG/*Berner*, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 110; Baumbach/Hueck/*Servatius*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 39 jeweils m.w.N.

¹³⁸ *Heckschen*, NZG 2010, 521 ff. m.w.N.; kritisch Uhlenbruck/*Zipperer*, 15. Aufl. 2019, InsO § 159 Rn. 35.

¹³⁹ *Eichholz*, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, 70 m.w.N.

¹⁴⁰ Ähnlich wie Klauseln in Gesellschaftsverträgen, s. etwa *Ivo*, ZEV 2006, 252 (255).

¹⁴¹ Vgl. BGH, NJW-RR 2019, 930 Rn. 30; BeckOK GmbHG/*Wilhelmi*, 46. Ed. 1.2.2020, § 15 Rn. 207 m.w.N.

(Überfremdung) und sich dadurch auch die Machtverhältnisse im Unternehmen verschieben könnten.¹⁴² Statutarische Einschränkungen sind grundsätzlich unwirksam.¹⁴³ Möglich sind aber sog. Einziehungsklauseln, die in der Praxis weit verbreitet sind.¹⁴⁴

Im vorliegenden Entwurf ist die Anwendung von § 15 Abs. 1 GmbHG gemäß § 77c Abs. 1 GmbHG-gebV ausgeschlossen. § 77m Nr. 2 GmbHG-gebV zeigt jedoch, dass Geschäftsanteile einer GmbH-gebV kein unpfändbares Vermögen bilden. Angesichts der Bedeutung, die die Erhaltung und Entwicklung der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ für die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen hat, soll jedoch ein Eindringen außenstehender Dritter bereits durch die gesetzliche Regelung und nicht erst durch die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags verhindert werden. Auch eine Pfändung würde allerdings die Vermögensbindung nicht überspielen, da die pfändende Person den Anteil nur mit den Gewinnrechten erhalten würde, die auch dem Gesellschafter selbst zustanden.

Die Regelung des § 77m Nr. 2 GmbHG-gebV ergänzt § 77m Nr. 1 GmbHG-gebV.¹⁴⁵

11. Zur Umwandlung

a) Die GmbH-gebV in der Umwandlung

aa) Zu § 77n Abs. 1 Anwendbarkeit des Umwandlungsgesetzes

Nach § 1 Abs. 1 UmwG gibt es vier Möglichkeiten einen Rechtsträger umzuwandeln: Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwG), Spaltung (Auf- und Abspaltung sowie Ausgliederung, §§ 123 ff. UmwG), Vermögensübertragung (§§ 174 ff. UmwG) und Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG). Bei der sog. übertragenden Umwandlung (Verschmelzung und Spaltung)¹⁴⁶ findet mit Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister eine Gesamtrechtsnachfolge statt, vgl. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, d.h. alle Vermögensgegenstände samt Verbindlichkeiten gehen ipso

¹⁴² Vgl. *Geißler*, GmbHR 2012, 370 (371).

¹⁴³ Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 60, *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289 (1294) jeweils m.w.N.

¹⁴⁴ Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 60; *MHLS/Ebbing*, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 15 Rn. 236 m.w.N.

¹⁴⁵ Ähnlich wie Klauseln in Gesellschaftsverträgen, s. *Geißler*, GmbHR 2012, 370 (374).

¹⁴⁶ *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, 481.

iure auf den neuen Zielrechtsträger über.¹⁴⁷ Die Vermögensübertragung (§§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 174 ff. UmwG) stellt zwar auch eine übertragende Umwandlung dar, erfasst aber nur spezielle Rechtsträger. Dabei findet die Vermögensübertragung nur gegen Gewährung einer Gegenleistung (§ 174 Abs. 1 UmwG) statt, bei der es sich in der Regel um eine Barleistung handelt, und nicht wie bei den anderen Umwandlungsmöglichkeiten eine Anteils- oder Mitgliedschaftsübertragung.¹⁴⁸ Unter die sog. nicht übertragende Umwandlung fällt der Formwechsel. Hierbei erhält der Rechtsträger eine andere Rechtsform, ohne dass eine Vermögensübertragung stattfindet. Die Identität des Rechtsträgers wird gewahrt,¹⁴⁹ ihm wird lediglich ein neues „Rechtskleid“ „übergestülpt“.¹⁵⁰

Damit die Kontinuität der mit der Rechtsform der GmbH-gebV einhergehenden Grundprinzipien (vornehmlich die dauerhafte Vermögensbindung) auch nicht durch Umwandlung in eine andere Kapital- oder Personengesellschaft aufgehoben werden kann, bedarf es spezieller Regelungen.

bb) Zu § 77n Abs. 2 Abfindungsangebot im Verschmelzungsvertrag

§ 33 Abs. 3 GmbHG verweist auf die Abfindungsmöglichkeit gemäß §§ 29 Abs. 1, 122i Abs. 1 S. 2, § 125 S. 1 i. V. m. § 29 Abs. 1 und § 207 Abs. 1 UmwG. Mit Blick darauf, dass Gesellschafter einer GmbH-gebV keine Abfindung, sondern nach § 77k Abs. 1 S. 1 GmbHG-gebV eine Erstattung ihrer Einlage und sonstiger Zuzahlungen im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB für den „Verlust“ ihres Geschäftsanteils erhalten sollen, bedarf es diesbezüglich einer Anpassung.

Bei § 29 UmwG handelt es sich um eine dem Minderheitenschutz (konkret die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträger) dienende Norm.¹⁵¹ Der übernehmende Rechtsträger hat den Anteilshabern, die gegen den Verschmelzungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers Widerspruch zur Niederschrift erklären, den Erwerb seiner Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten. Es handelt sich somit um eine finanzielle

¹⁴⁷ BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg, 1.1.2021, UmwG § 20 Rn. 5 f.

¹⁴⁸ Vgl. Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, UmwG § 1Rn. 17.

¹⁴⁹ K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 13 II 1 a), S. 368; Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, UmwG § 1 Rn. 19.

¹⁵⁰ Vgl. Hofmann/Riethmüller, JA 2009, 481 (483).

¹⁵¹ BeckOGK/Rieder, 1.1.2021, UmwG § 29 Rn. 2; Schaub, NZG 1998, 626.

Kompensationsmöglichkeit für die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers.¹⁵² § 29 UmwG gilt für alle Verschmelzungsvorgänge (Ausnahme: § 77a Abs. 2 Abs. 1 UmwG (Genossenschaften) und § 104a UmwG (gemeinnützige Vereine) als übertragende Rechtsträger).¹⁵³ Ferner gilt § 29 UmwG vermittelt § 125 S. 1 UmwG für die Auf- und Abspaltung entsprechend, nicht jedoch für die Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG.¹⁵⁴ § 29 UmwG gilt auch für die Vermögensübertragung entsprechend.¹⁵⁵ Für den Formwechsel existiert mit § 207 Abs. 1 UmwG eine § 29 UmwG ähnliche Norm, die auch teilweise auf § 29 UmwG verweist.¹⁵⁶

Das Erfordernis eines Abfindungsangebots besteht ausweislich des § 29 Abs. 1 S. 2 UmwG bei einer Verschmelzung von Rechtsträgern verschiedener Rechtsformen (sog. Mischverschmelzung) oder einer Verschmelzung, bei denen die Anteile am übernehmenden Rechtsträger (gesetzliche oder vertragliche)¹⁵⁷ Verfügungsbeschränkungen unterliegen.¹⁵⁸ Die Verschmelzung einer UG zur GmbH stellt keine Mischverschmelzung dar, da es keine unterschiedlichen Rechtsformen sind.¹⁵⁹ Dies dürfte indes nicht für den Fall der Beteiligung einer GmbH-gebV gelten. Zwar stellt diese ebenfalls eine Rechtsformvariante der GmbH dar, doch bestehen so wesentliche Unterschiede hinsichtlich der Vermögensbindung, dass eine spezielle Behandlung im Umwandlungsrecht erforderlich ist.

Das Abfindungsangebot nach § 29 Abs. 1 UmwG kann nicht gelten, soweit eine GmbH-gebV als übernehmender Rechtsträger an der Verschmelzung beteiligt ist. Gesellschaftern soll nämlich auch im Falle einer geplanten, von ihnen nicht gewollten Verschmelzung kein Abfindungsanspruch zustehen, der über der Erstattung der Einlage i.S.v. § 77k Abs. 1 S. 1 GmbHG-gebV liegt. § 29 Abs. 1 UmwG darf daher nur mit der Maßgabe gelten, dass die Gesellschaft für den Erwerb der Anteile dieser Gesellschafter die Erstattung der Einlage anzubieten hat. Gemäß

¹⁵² *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹⁵³ Semler/Stengel/Kalss, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 5 m.w.N.; *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹⁵⁴ BeckOGK/Rieder, 1.1.2021, UmwG § 29 Rn. 5; *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹⁵⁵ Vgl. Semler/Stengel/Kalss, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 5.

¹⁵⁶ Vgl. Semler/Stengel/Kalss, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 5; *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹⁵⁷ BT-Drs. 13/8808, S. 11; Semler/Stengel/Kalss, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 7.

¹⁵⁸ Henssler/Strohn/Ca. Müller, GesR, 5. Aufl. 2021, UmwG § 29 Rn. 4; *Schaub*, NZG 1998, 626 (629).

¹⁵⁹ Henssler/Strohn/Ca. Müller, GesR, 5. Aufl. 2021, UmwG § 29 Rn. 4 m.w.N.

§ 77n Abs. 2 GmbHHG-gebV richtet sich die Erstattungszahlung nach § 77i GmbHHG-gebV. Im Übrigen gilt § 29 UmwG auch für die GmbH-gebV.

Da § 125 S. 1 UmwG (Spaltung) auch auf § 29 UmwG verweist, gilt auch diese Verweisung im Falle einer GmbH-gebV nur unter Berücksichtigung des § 77n Abs. 2 GmbHHG-gebV. Da eine GmbH-gebV nicht formwechselnder Rechtsträger sein kann (§ 77n Abs. 5 GmbHHG-gebV) bedarf der § 29 UmwG ähnliche § 207 UmwG keiner Anpassung. Ebenso kann eine GmbH-gebV nicht als übertragender Rechtsträger an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 77n Abs. 4 GmbHHG-gebV) beteiligt sein, sodass auch § 122i UmwG, wonach die übertragende Gesellschaft ein Abfindungsangebot zu unterbreiten hat, nicht anzupassen ist.

cc) Zu § 77n Abs. 3 Vermögensübertragung bei der GmbH-gebV

Eine Vermögensübertragung gemäß §§ 174 ff. UmwG wird für die GmbH-gebV ausgeschlossen, da dies der dauerhaften Vermögensbindung und dem Grundgedanken widersprechen würde, dass eine GmbH-gebV ihr Vermögen nur einer anderen GmbH-gebV bzw. gemeinnützigen Zwecken im Fall der Auflösung zufließen lassen darf, § 77i GmbHHG-gebV.

dd) Zu § 77n Abs. 4 Grenzüberschreitende Verschmelzung einer GmbH-gebV

Damit die Kontinuität der mit der Rechtsform der GmbH-gebV einhergehenden Grundprinzipien (vornehmlich die dauerhafte Vermögensbindung) auch nicht im Umwandlungsrecht aufgehoben werden kann, darf diese nicht übertragender Rechtsträger im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach den §§ 122a ff. UmwG sein. Es bestünde sonst die Möglichkeit in eine Gesellschaftsform zu wechseln, in der die dauerhafte Vermögensbindung nicht gewährleistet ist. Daher wird ihre Fähigkeit übertragender Rechtsträger im Sinne des § 122b Abs. 1 UmwG (Kapitalgesellschaft) zu sein, durch § 77n Abs. 4 GmbHHG-gebV ausgeschlossen. Als Zielrechtsträger kommt eine GmbH-gebV indes in Betracht, sodass es diesbezüglich keiner Anpassung bedarf. Erforderlich ist jedoch, dass die GmbH-gebV in die Beteiligtenliste für Kapitalgesellschaften des Artikels 119 Nummer 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (ABl. L 169 vom 30.6.2017, S. 46) aufgenommen wird. Erforderlich wäre außerdem

gegebenenfalls, die GmbH-gebV in Absatz 2 des § 122b UmwG als übernehmender Rechtsträger explizit mit aufzunehmen. Dafür wird im vorliegenden Entwurf jedoch kein Formulierungsvorschlag unterbreitet.

ee) Zu § 77m Abs. 5 Formwechsel

Um die dauerhafte Vermögensbindung zu gewährleisten, darf die GmbHG-gebV nicht durch Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG in eine andere Rechtsform wechseln, die die Vermögensbindung nicht verlangt. Daher wird ihre Fähigkeit formwechselnder Rechtsträger im Sinne des § 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG (Kapitalgesellschaft) zu sein, durch § 77n Abs. 5 GmbHG-gebV ausgeschlossen. Als Zielrechtsträger im Sinne des § 191 Abs. 2 Nr. 3 UmwG kommt eine GmbH-gebV indes in Betracht, sodass es diesbezüglich keiner Anpassung bedarf. Zudem wird gemäß § 197 S. 1 UmwG auf die Gründungsvoraussetzung des Zielrechtsträgers verwiesen.

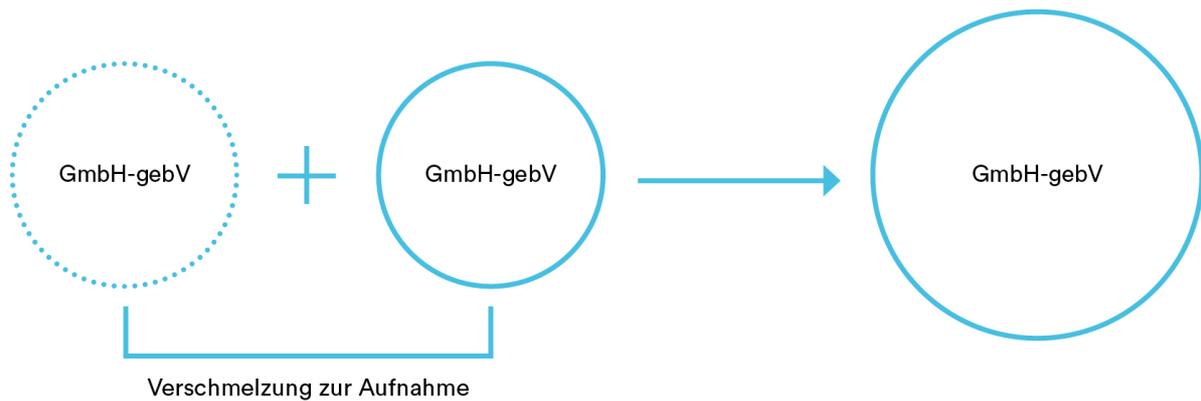
b) Zu § 77o Verschmelzung der GmbH-gebV

Die GmbH-gebV ist zwar als Rechtsformvariante der GmbH konzipiert, doch weist sie so umfangreiche Unterschiede in ihrer Behandlung im Umwandlungsrecht auf, dass eine eigenständige Nennung im Katalog des § 3 Abs. 1 UmwG zu diskutieren ist.

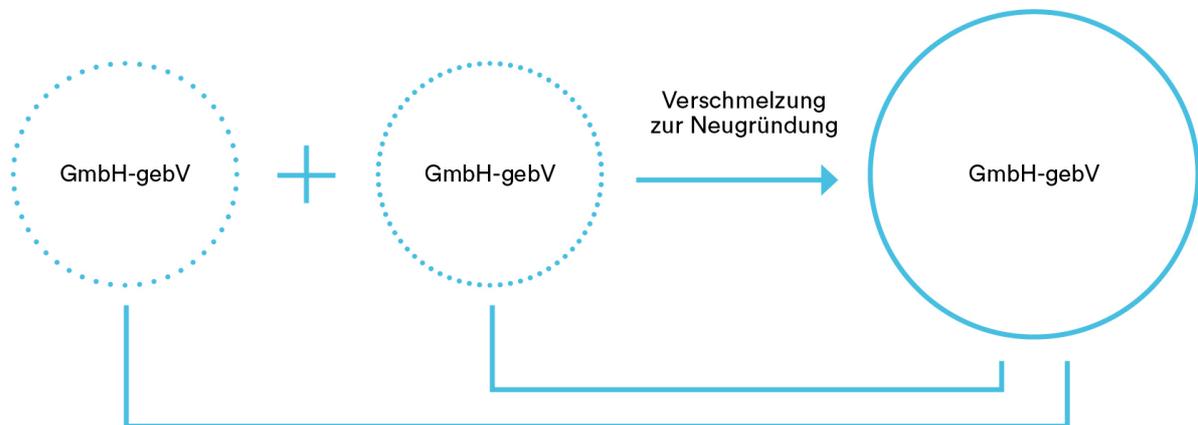
§ 77o GmbHG-gebV stellt sicher, dass eine Umwandlung einer GmbH-gebV in Form der Verschmelzung nur unter Wahrung ihrer Grundprinzipien erfolgen darf. Ergebnis eines Umwandlungsvorgangs, an dem eine GmbH-gebV beteiligt ist, muss immer eine GmbH-gebV sein. Ausgeschlossen ist daher die Verschmelzung der GmbH-gebV als übertragender Rechtsträger auf einen Rechtsträger, der nicht selbst eine GmbH-gebV ist.

aa) § 77o Abs. 1 Nr. 1

§ 77o Abs. 1 Nr. 1 GmbHG-gebV regelt, dass eine GmbH-gebV nur mit einer anderen GmbH-gebV eine Verschmelzung (zur Aufnahme oder zur Neugründung) durchführen darf. Soll eine GmbH-gebV übertragender Rechtsträger sein, ist dies nur unter Beteiligung einer anderen GmbH-gebV möglich.



Oder:



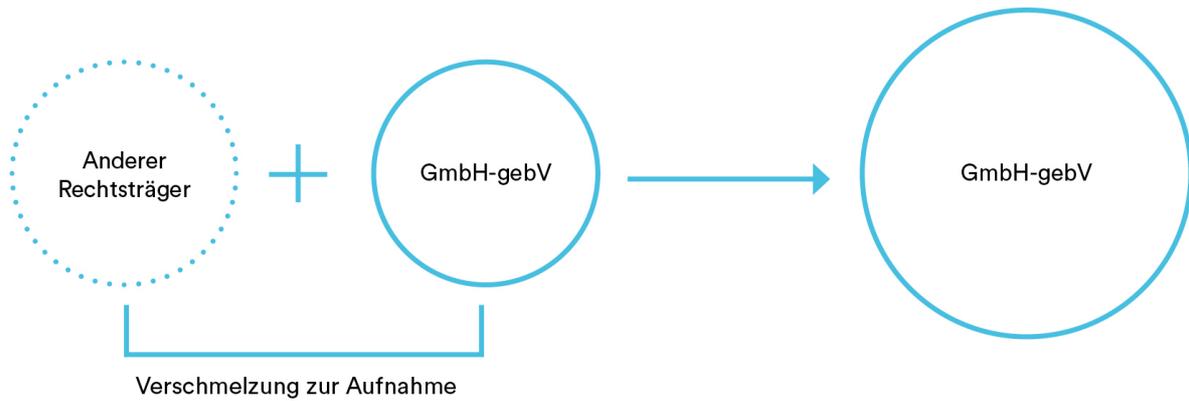
⊙ = Auflösung des Rechtsträgers ohne Abwicklung

bb) § 77o Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3

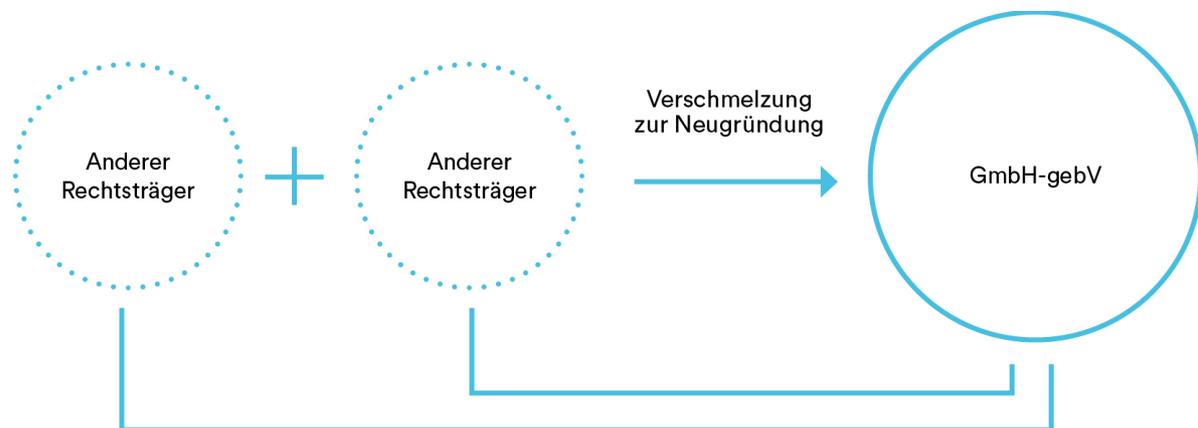
§ 77o Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GmbHG-gebV regeln, dass als übertragender Rechtsträger jede andere Rechtsform in Betracht kommt. Dabei kann die Verschmelzung sowohl zur Aufnahme als auch zur Neugründung erfolgen. Das bedeutet zum einen, dass unter Wahrung des § 77n Abs. 2 GmbHG-gebV i.V.m. § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV ein Rechtsträger anderer Gesellschaftsform von einer GmbH-gebV aufgenommen werden (z. B. eine GmbH von einer GmbH-gebV) kann (Nr. 2) und zum anderen, dass auch die Verschmelzung zweier Rechtsträger anderer Gesellschaftsform zu einer GmbH-gebV im Wege der Neugründung (z. B. zwei GmbH zu einer GmbH-gebV) möglich ist (Nr. 3). § 36 Abs. 2 S. 1 UmwG stellt sicher, dass auf die Gründung des neuen Rechtsträgers die für dessen Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften

(hier konkret die der GmbH-gebV) anzuwenden sind. Selbiges gilt für den Fall einer Verschmelzung von Rechtsträgern, die keine GmbH-gebV sind, zu einer GmbH-gebV.

§ 77o Abs. 1 Nr. 2: Verschmelzung zur Aufnahme



§ 77o Abs. 1 Nr. 3:



⊙ = Auflösung des Rechtsträgers ohne Abwicklung

cc) § 77o Abs. 2

Bei einer Verschmelzung gilt der Grundsatz der Anteilskontinuität¹⁶⁰ (vgl. auch §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 3, 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Es ist allerdings fraglich, ob angesichts des § 36 Abs. 2 S. 1 UmwG hier eine eigene Regelung erforderlich ist, da die Anteilsübertragung sich bereits nach dem Recht der GmbH-gebV richten müsste und damit § 77a Abs. 2 GmbHG-gebV und § 77c Abs. 2 GmbHG-gebV zu beachten sind. § 77o Abs. 2 GmbHG-gebV legt fest, dass bei der Verschmelzung nur Rechtsträger beteiligt werden können, deren Anteilseigner auch Gesellschafter in einer GmbH-gebV sein können. So wird ausgeschlossen, dass an einem Rechtsträger beteiligte juristische Personen, die nicht Gesellschafter einer GmbH-gebV sein können, im Wege einer Verschmelzung Geschäftsanteile an der GmbH-gebV erhalten.

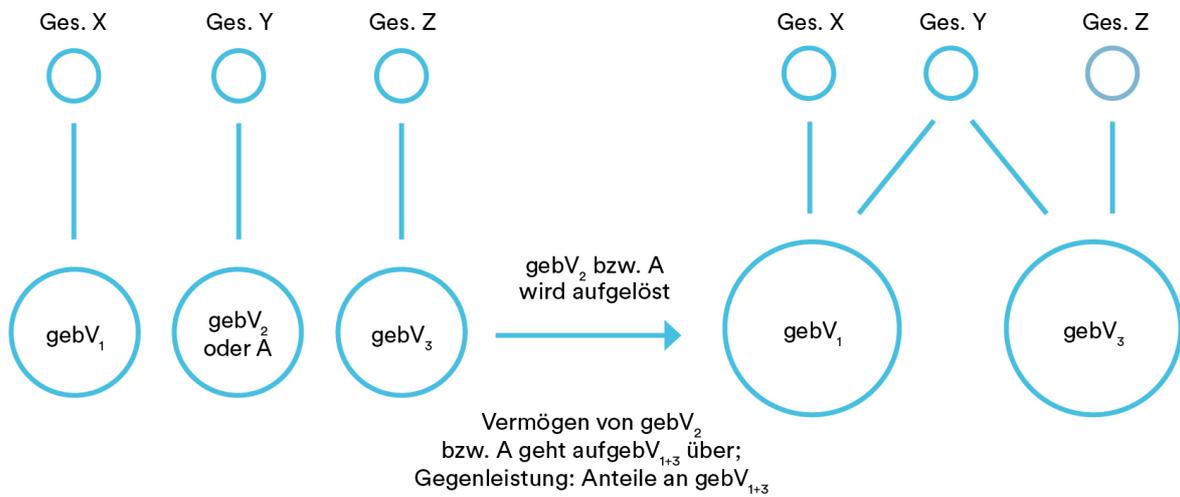
c) Zu § 77p Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) der GmbH-gebV

aa) § 77p Abs. 1

Bei der Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG) erhalten die Anteilseigner des Ausgangsrechtsträgers Anteile am Zielrechtsträger, sodass diese Umwandlungsart zur Wahrung der Grundprinzipien einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen im Falle der Aufspaltung zur Aufnahme nur unter Beteiligung von GmbH-gebVs als übernehmender Rechtsträger in Betracht kommt, § 77p Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GmbHG-gebV.

¹⁶⁰ Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, 3. Teil. Verschmelzung § 9 Rn. 73 m.w.N.

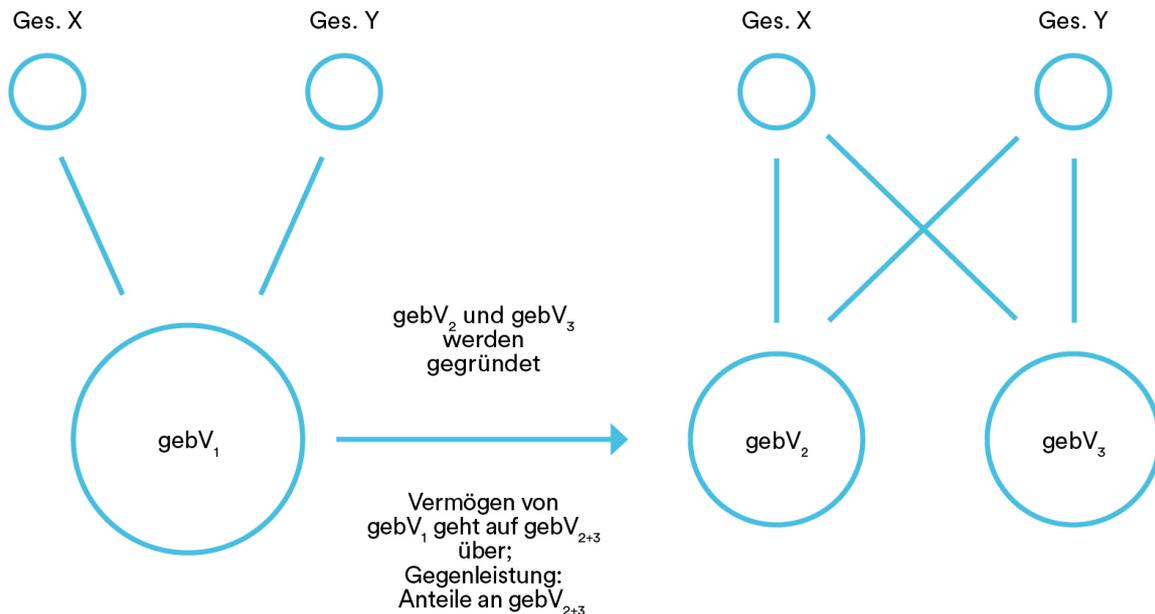
Aufspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG):



A = Gesellschaft in einer anderen Rechtsform
Ges. = Gesellschafter

Eine Aufspaltung einer GmbH-gbV im Wege der Neugründung darf ebenfalls nur möglich sein, wenn der übernehmende neu gegründete Rechtsträger eine GmbH-gbV ist, § 77p Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GmbHG-gbV.

Aufspaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG):



Ges. = Gesellschafter

Dabei gelten dann die Gründungsvorschriften der GmbH-gebV, vgl. § 133 Abs. 2 S. 1 UmwG. So wird sichergestellt, dass die dauerhafte Vermögensbindung nicht durch Aufspaltung auf eine andere Gesellschaft in anderer Rechtsform aufgehoben wird und Vermögen der GmbH-gebV durch Aufspaltung einer Gesellschaft in anderer Rechtsform zufließen kann.

§ 77p Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV legt fest, dass bei der Aufspaltung als übertragender Rechtsträger nur solche Rechtsträger in Betracht kommen, deren Anteilseigner auch Gesellschafter in einer GmbH-gebV (§ 77a Abs. 2 GmbHG-gebV) sein können. So wird ausgeschlossen, dass an einem Rechtsträger beteiligte juristische Personen im Wege einer Verschmelzung Geschäftsanteile an der GmbH-gebV erhalten.

bb) § 77p Abs. 2

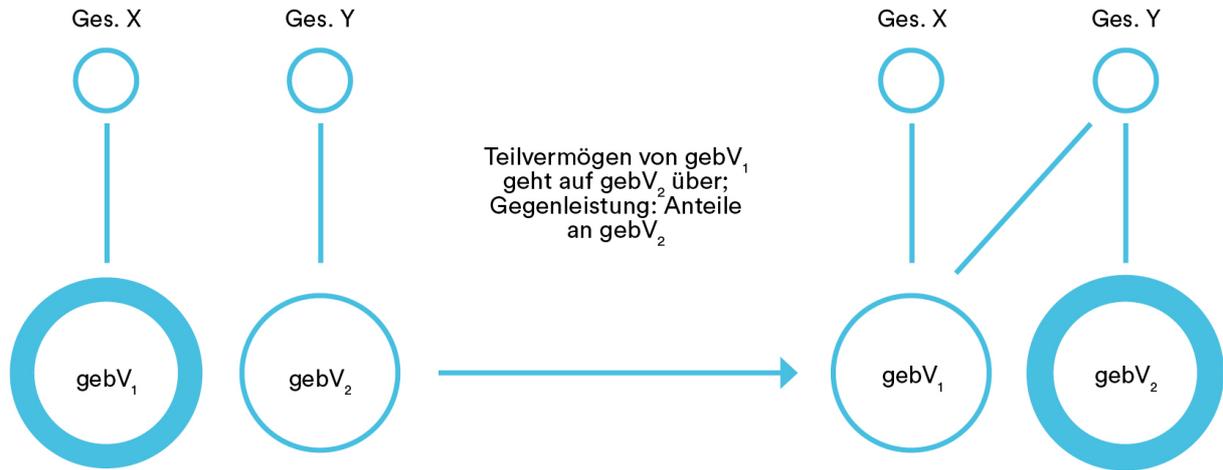
§ 77p Abs. 2 GmbHG-gebV regelt den Fall der Spaltung einer GmbH-gebV in Form der Abspaltung. Bei der Abspaltung wird nur ein Teil des Vermögens auf einen oder mehrere Rechtsträger übertragen. Sowohl bei der Abspaltung zur Aufnahme als auch zur Neugründung geht ein

Teil des Vermögens der GmbH-gebV auf den übernehmenden Rechtsträger über. Begünstigter ist nicht der übertragende Rechtsträger, hier die GmbH-gebV selbst, sondern ihre Anteilsinhaber. Auf diese Weise könnten die Gesellschafter der GmbH-gebV wertvolles Unternehmensvermögen der Vermögensbindung entziehen. Eine Abspaltung eines Teils des Vermögens einer GmbH-gebV darf daher sowohl zur Aufnahme als auch zur Neugründung nur erfolgen, wenn als Zielrechtsträger eine GmbH-gebV beteiligt ist.

Zugelassen wird allerdings die Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG. Sowohl bei der Ausgliederung zur Aufnahme als auch zur Neugründung geht zwar ein Teil des Unternehmensvermögens auf eine andere Gesellschaft über. Die übertragende GmbH-gebV erhält aber als Gegenleistung selbst Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Die Ausgliederung ist somit vergleichbar mit der Konstellation, bei welcher die GmbH-gebV ihr Betriebsvermögen an eine andere Gesellschaft (anderer Rechtsform) veräußert und der Erlös ihr auch selbst zufließt und nicht den GmbH-gebV -Gesellschaftern. Gleiches gilt für die Situation, in der die GmbH-gebV Konzernmutter von Tochtergesellschaften ist, die nicht in der Rechtsform der GmbH-gebV organisiert sind. Aber auch hier gelangt das Vermögen nicht in die Hände der Gesellschafter der GmbH-gebV. Zwar besteht ein Missbrauchspotential dahingehend, dass eine entsprechende Tochtergesellschaft unter Wert veräußert ist. Diese Gefahr besteht allerdings auch bei jeder Veräußerung von Unternehmensvermögen unter Wert, wie sie im Zusammenhang mit §§ 77g, 77h GmbHG-gebV diskutiert wurde.

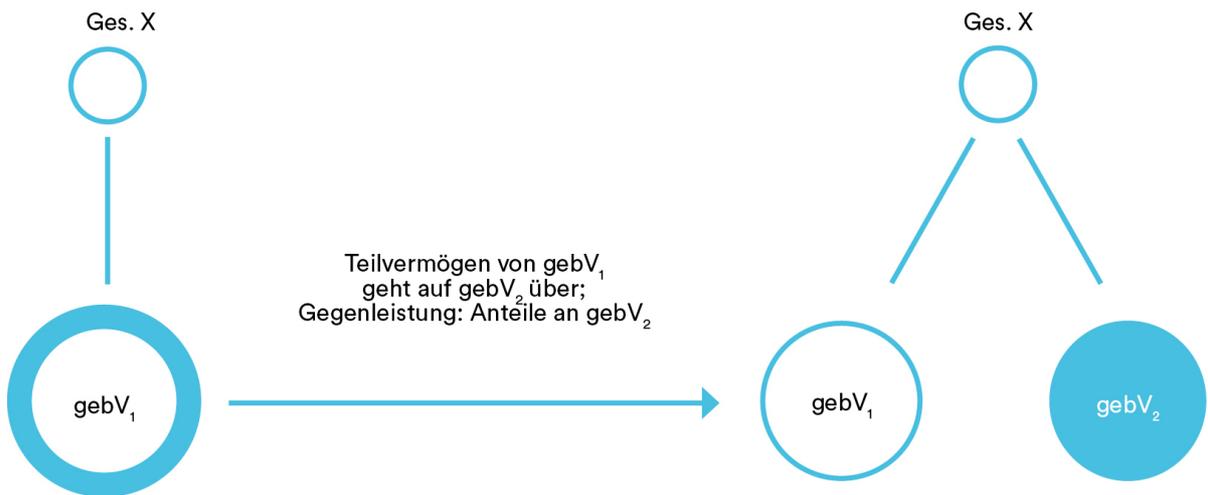
Abspaltung, § 123 Abs. 2 UmwG unter Berücksichtigung der Maßgabe aus § 77p Abs. 2 GmbHG-gebV:

Abspaltung zur Aufnahme, § 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG:



Ges. = Gesellschafter

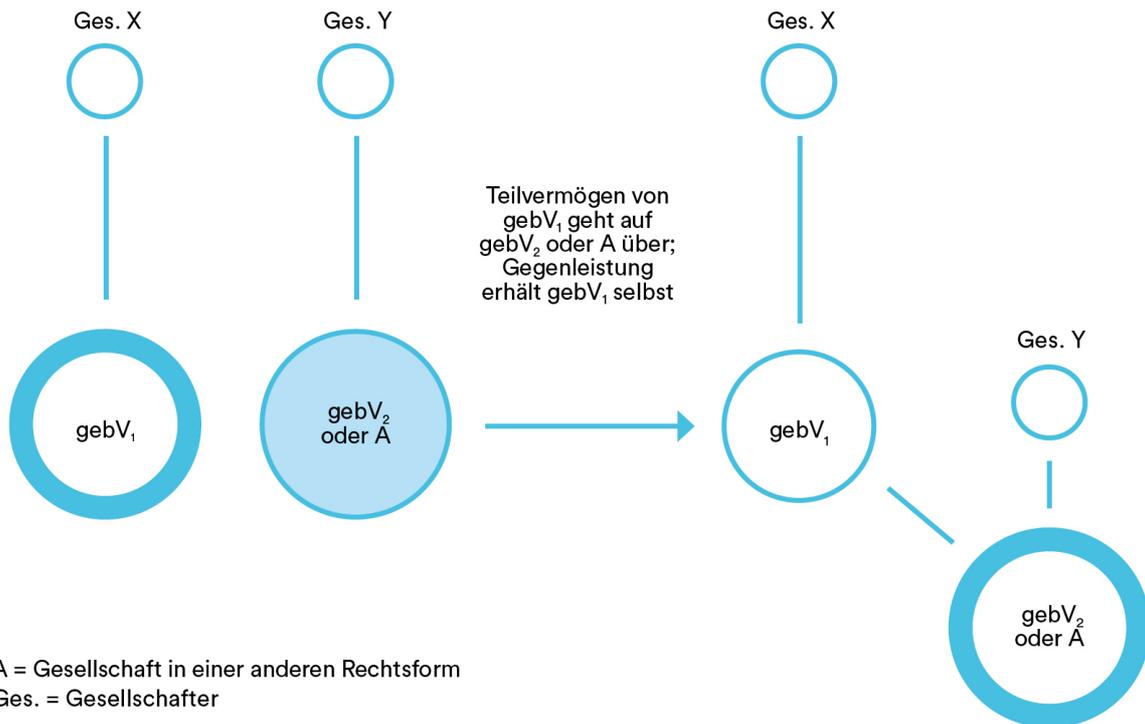
Abspaltung zur Neugründung, § 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG:



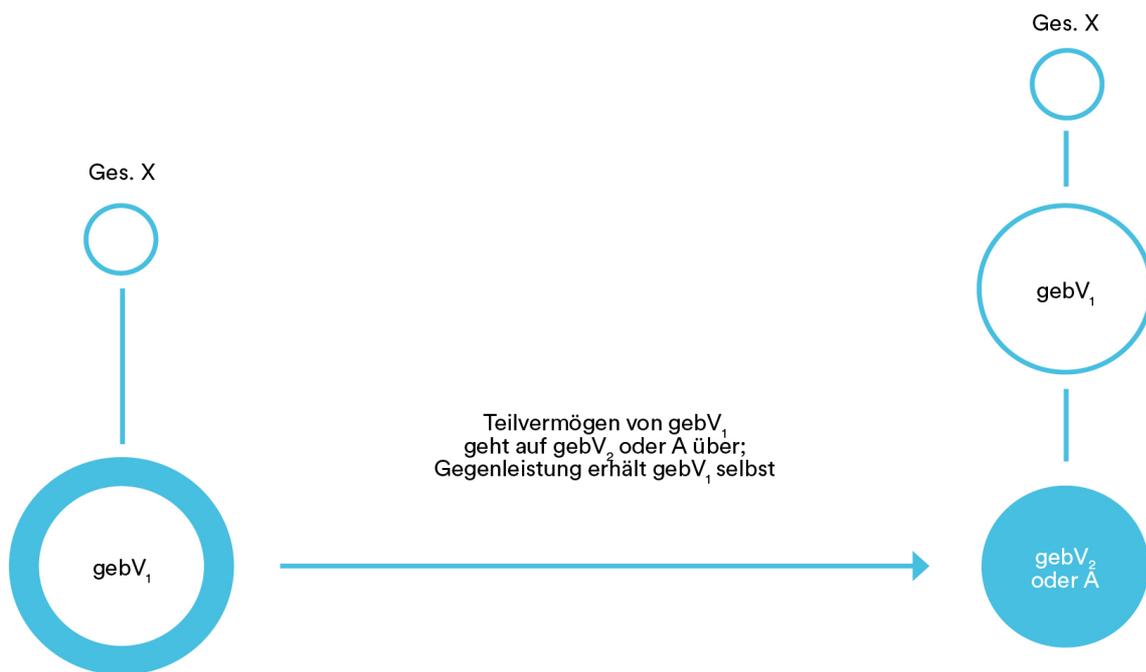
Ges. = Gesellschafter

Ausgliederung, § 123 Abs. 3 UmwG:

Ausgliederung zur Aufnahme, § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG:



Ausgliederung zur Neugründung, § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG



A = Gesellschaft in einer anderen Rechtsform
Ges. = Gesellschafter

IV. Steuerliche Begleitänderungen im Zuge der Einführung einer Gesellschaft mbH mit gebundenem Vermögen (Kempny/von Freeden)

1. Zur Änderung des ErbStG

Durch die Einfügung der Wörter „, ebenso der Erhalt einer Zahlung im Sinne des § 77k des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ wird sichergestellt, dass jedwede Kapitalrückzahlung (-erstattung) an die Gesellschafter vor Ablauf der Behaltensfrist (§ 13a Abs. 3 S. 1 bzw. Abs. 10 S. 1 Nr. 2 ErbStG) begünstigungsschädlich ist. Angesichts der erheblichen Rechtsunsicherheit und entsprechender Meinungsstreitigkeiten um die Auslegung mehrerer Tatbestandsmerkmale der bisherigen Nr. 4 ist dies sonst nicht gewährleistet. Die (Rück-)Zahlung im Sinne des § 77k GmbHG-gebV muss aber begünstigungsschädlich sein, da sonst Steuerumgehungsgestaltungen drohen. Privatvermögen könnte im Gewande der GmbH in die Begünstigungen der §§ 13a ff. ErbStG hineingezogen werden. Dies wäre rechtspolitisch verfehlt und verfassungswidrig¹⁶¹.

2. Zur Änderung des KStG

Durch die Einfügung der weiteren Ausnahme „und von Zahlungen im Sinne des § 77k des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ wird für die (Rück-)Zahlung gemäß § 77k GmbHG-gebV der sog. Direktzugriff auf das steuerliche Einlagenkonto ermöglicht (soweit es – § 27 Abs. 1 S. 4 KStG bleibt unberührt – dadurch nicht negativ wird). Dies ist sachgerecht, da auf Grund des die GmbH-gebV treffenden gesellschaftsrechtlichen Verbots jedweder offenen wie verdeckten Gewinnausschüttung andernfalls die (ertragsteuersystematisch richtige) einkommensteuerfreie Rückzahlung von Einlagen häufig durch die sich aus § 27 Abs. 1 S. 3 bis 5 KStG ergebende sog. Verwendungsreihenfolge ausgeschlossen wäre.

3. Änderung erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Erlasslage

Es sollte bundesseits darauf hingewirkt werden, dass der gleichlautende Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 9.10.2013 (BStBl. 2013 I S. 1362), betreffend die Bewertung

¹⁶¹ Vgl. BVerfGE 138, 136 (235, 243 ff.) = NZG 2015, 103 Rn. 252 ff., 258 ff.

von gGmbH-Anteilen, die unentgeltlich an nichtgemeinnützige Erwerber übergehen, auf Anteile an GmbHs-gebV erstreckt werde.

In dem genannten Erlass wird geregelt, dass und wie die gemeinnützigkeitsrechtlichen Bindungen (insbesondere der Dividendenausschluss) sich auf die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bewertung auswirken. Die wirtschaftliche und Interessenlage passt auf die GmbH-gebV, denn auch hier ist es angezeigt, einerseits durch Aufstellung einheitlicher Bewertungsregeln Rechtssicherheit zu schaffen, und andererseits in Gestalt der drohenden Nachversteuerung einen Anreiz zu schaffen, die Vermögensbindung einzuhalten. Dadurch, dass für den Fall der Verletzung der Vermögensbindung die nachträgliche Festsetzung eines höheren Steuerwertes im Sinne des § 12 ErbStG vorgesehen ist, wird die Finanzverwaltung gleichzeitig zu einer zu (Gesellschaftsrechts-)Normbefolgung anhaltenden Institution: Die Erwerber (Erben) der Anteile haben ein eigenes wirtschaftliches (Steuervermeidungs-)Interesse daran, dass die Vermögensbindung eingehalten werde, da ihnen sonst eine (höhere) Erbschaft- oder Schenkungsteuerbelastung droht.