

Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum

vorgelegt von

Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.
Prof. Dr. Dr. h. c. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M.
Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M.
Prof. Dr. Rüdiger Veil

mit steuerlichen Begleitänderungen
vorgelegt von

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

Stand 12.06.2020

I. Allgemeine Überlegungen	6
Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.	
1. Grundideen des Verantwortungseigentums	7
a) Vermögensbindung	7
b) Unternehmerische Motivation und Gewinnorientierung	8
c) Langfristige Selbständigkeit und Weitergabe des Unternehmens innerhalb einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“	9
<hr/>	
2. Bedürfnis für eine neue Rechtsformvariante	9
<hr/>	
3. Leitgedanken einer neuen Rechtsformvariante	10
<hr/>	
4. Umsetzung im GmbHG	11
a) Dauerhafte Vermögensbindung/Asset-lock	11
b) Sicherung der Fähigkeiten- und Wertefamilie	12
c) Absicherung der Vermögensbindung durch geeignete Governance	12
d) Offenheit für verschiedene Unternehmensziele	12
e) Gestaltungsfreiheit und zwingendes Recht	13
<hr/>	
5. Steuerrechtliche Behandlung	14
Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M.	
II. Entwurf eines Gesetzes zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum im GmbHG (GmbHG-VE)	15
Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. / Prof. Dr. Dr. h. c. Barbara Dauner-Lieb	
Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M. / Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M.	
Prof. Dr. Rüdiger Veil	
Artikel 1 – Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	16
§ 77a	16
§ 77b	16
§ 77c	17
§ 77d	18
§ 77e	18
§ 77f	18
§ 77g	19
§ 77h	19
§ 77i	19
§ 77j	20
§ 77k	20
§ 77l	20
§ 77m	21
§ 77n	21
§ 77o	21
<hr/>	
Artikel 2 – Änderung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes	22
<hr/>	
Artikel 3 – Änderung des Körperschaftsteuergesetzes	22

III. Erläuterungen zu den Regelungen

23

Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.

1. Zu § 77a Gesellschaft in Verantwortungseigentum	24
a) Rechtsformzusatz	24
b) Herstellung der dauerhaften Vermögensbindung	25
c) Die Gesellschafter der VE-GmbH	25
aa) Beschränkung des Kreises potentieller Gesellschafter	25
bb) Ausschluss potentieller Gesellschafter verfassungsrechtlich unbedenklich	26
cc) Beteiligung von Gesellschaftern, die § 77a Abs. 3 GmbHG-VE nicht entsprechen	27
d) Anwendbarkeit des GmbH-Rechts, Stimmrecht und Anteile	27
<hr/>	
2. Zu § 77b Übertragung und Vererbung von VE-GmbH-Geschäftsanteilen	28
a) Allgemeine Überlegungen	28
b) Absatz 2 Übertragung unter Lebenden	29
aa) Halten eigener Anteile	29
bb) Gutgläubiger Erwerb	29
c) Absatz 3 Nachfolge von Todes wegen	31
aa) Erben sind taugliche Gesellschafter und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden (Konstellation 1)	32
bb) Erben sind keine tauglichen Gesellschafter und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden (Konstellation 2)	32
cc) Erben sind taugliche Gesellschafter und neben ihnen sind keine weiteren Gesellschafter vorhanden (Konstellation 3)	33
dd) Erben sind keine tauglichen Gesellschafter und neben ihnen sind keine weiteren Gesellschafter vorhanden (Konstellation 4)	33
d) Ausschluss der Vererblichkeit in Absatz 4	33
aa) Tod eines Gesellschafters bei überlebenden Gesellschaftern	33
bb) Tod des letzten Gesellschafters	33
<hr/>	
3. Zur Finanzverfassung in der VE-GmbH	35
a) Allgemeine Überlegungen zur Finanzverfassung	35
b) Zu § 77c Aufbringen von Fehlbeträgen in der VE-GmbH	36
c) Zu § 77d Unbeschränkte Nachschusspflicht in der VE-GmbH	37
d) Zu § 77e Ergebnisverwendung in der VE-GmbH	37
e) Zu § 77f Vermögensbindung	38
aa) Allgemeine Überlegungen	38
bb) Verdeckte Gewinnausschüttung	39
(1) Allgemeine Überlegungen	39
(2) Orientierung an § 30 Abs. 1 GmbHG	39
(3) Vollwertiger Gegenleistungsanspruch und Gesellschaftervergütung	40
(4) Darlehen, Cash-Pooling und Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 77o)	41
f) Zu § 77g Erstattung verbotener Zahlungen und Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers	42
aa) Erstattung verbotener Zahlungen	42
bb) Generell zum Geschäftsführer in der VE-GmbH	42
cc) Zu § 77g Abs. 2 Anpassung der Haftung des Geschäftsführers	42

dd) Fälle im Einzelnen	42
Fall 1: Überhöhte Vergütung	42
Fall 2: Veräußerung von Unternehmensvermögen	43
Fall 3: Zuwendungen an persönlich nahestehende Dritte	43
Fall 4a: Zuwendungen an Schwestergesellschaft	43
Fall 4b: VE-GmbH übernimmt die Verluste einer anderen Gesellschaft	44
<hr/>	
4. Absicherung der Vermögensbindung/Governance in der VE-GmbH	44
a) Allgemeine Überlegungen	44
b) Prinzipiengeleitete Regelungstechnik	47
aa) Berichtspflicht	47
bb) Aufsichtsorgan	47
cc) Weitere Möglichkeiten	48
(1) Entwicklung von Gestaltungsoptionen und Best-practices	48
(2) Vergütung	49
<hr/>	
5. Zum Austritt und Ausschluss eines VE-GmbH Gesellschafters und zur Einziehung von VE-GmbH-Geschäftsanteilen	49
a) Allgemeine Überlegungen zum Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters und zur Einziehung von Geschäftsanteilen	49
b) Zu § 77i Anspruch auf Erstattung der Einlage	50
<hr/>	
6. Zur Auflösung und Insolvenz der VE-GmbH	51
a) Zu § 77j Auflösung der Gesellschaft und Erlösverwendung	51
b) Insolvenz der Gesellschaft	52
<hr/>	
7. Insolvenz eines Gesellschafters und Pfändung eines Geschäftsanteils	54
a) Insolvenz des Gesellschafters	54
b) Zu § 77k Nr. 1 GmbHG-VE Insolvenz eines VE-Gesellschafters	55
c) Zu § 77k Nr. 2 GmbHG-VE Pfändung eines Geschäftsanteils	55
<hr/>	
8. Zur Umwandlung	56
a) Die VE-GmbH in der Umwandlung	56
aa) Zu § 77l Abs. 1 Anwendbarkeit des Umwandlungsgesetzes	56
bb) Zu § 77l Abs. 2 Abfindungsangebot im Verschmelzungsvertrag	56
cc) Zu § 77l Abs. 3 Vermögensübertragung bei der VE-GmbH	57
dd) Zu § 77l Abs. 4 Grenzüberschreitende Verschmelzung einer VE-GmbH	58
ee) Zu § 77l Abs. 5 Formwechsel	58
b) Zu § 77m Verschmelzungsfähigkeit der VE-GmbH	58
aa) § 77m Abs. 1 Nr. 1 GmbHG-VE	59
bb) § 77m Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GmbHG-VE	59
cc) § 77m Abs. 2 GmbHG-VE	60
c) Zu § 77n Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) der VE-GmbH	60
aa) § 77n Abs. 1 GmbHG-VE	60
bb) § 77n Abs. 2 GmbHG-VE	62
<hr/>	
9. § 77o Die VE-GmbH im Konzern	64

IV. Steuerliche Begleitänderungen im Zuge der Einführung einer Gesellschaft mbH in Verantwortungseigentum

65

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

1. Zur Änderung des ErbStG	66
2. Zur Änderung des KStG	66
3. Änderung erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Erlasslage	66

Dieser 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 Möslein, LL.M., Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. und Prof. Dr. Rüdiger Veil, enthält Vorschläge für eine Rechtsformvariante der GmbH als rechtlichen Rahmen für Unternehmen in Verantwortungseigentum unter Orientierung an den Konzepten der Stiftung Verantwortungseigentum.

Die Formulierung und wesentliche Erarbeitung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften und der Erläuterungen erfolgte durch Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. mit Unterstützung ihrer Wissenschaftlichen Mitarbeiter Gina R. Rolfes und Shkelqim Berisha. Die Erläuterungen sollen die Überlegungen hinter den einzelnen Vorschriften deutlich machen. Sie erheben angesichts der Kürze der für die Ausarbeitung zur Verfügung stehenden Zeit nicht den Anspruch einer umfassenden wissenschaftlichen Aufarbeitung.

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 Möslein, LL.M. (Universität Marburg), Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. (Universität Bielefeld) und Prof. Dr. Rüdiger Veil (LMU München).

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

I.

Allgemeine Überlegungen

Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.

1. Grundideen des Verantwortungseigentums

Der vorliegende Gesetzesentwurf mit Erläuterungen erarbeitet Vorschläge für eine Rechtsformvariante der GmbH, die einen rechtlichen Rahmen für Unternehmen in Verantwortungseigentum schafft. Die Regelungsvorschläge orientieren sich an den konzeptionellen Ideen der Stiftung Verantwortungseigentum. Verantwortungsvolles Unternehmertum ist in vielen Formen möglich. Der Begriff „Verantwortungseigentum“ bezeichnet eine besondere Form von Unternehmenseigentum. Verantwortungseigentümern kommt die Leitungsmacht über ihr Unternehmen zu, doch haben sie keinen Zugriff auf den Unternehmensgewinn und das in der Gesellschaft gebundene Vermögen. Unternehmen in Verantwortungseigentum können – wie andere GmbHs auch – gewinnorientiert am Markt tätig sein und sind nicht notwendig auf einen besonders gemeinwohlfördernden Zweck verpflichtet.¹

a) Vermögensbindung

Das klassische Gesellschaftsrecht baut – vereinfacht formuliert – wesentlich auf der Idee auf, dass das Ziel unternehmerischen Handelns in der Gewinnerzielung für die Anteilseigner liegt.² Eigentümer eines Unternehmens in Verantwortungseigentum verstehen sich demgegenüber als Treuhänder, die das Unternehmen für zukünftige Generationen erhalten und 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. 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. Ein „Verantwortungseigentümer“ ist damit ein Gesellschafter mit Stimm- und Teilhaberechten, aber ohne Ansprüche auf Gewinnausschüttung und Liquidationserlös.³ Dies wirft die Frage nach den Anreizen für das unternehmerische Handeln dieser Gesellschafter auf.

¹ Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu den US-Amerikanischen Benefit Corporations vgl. zu den Benefit Corporations: *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* (80) 2016, 399.

² 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, § 43 Rn. 13 ff; *Baumbach/Hueck/Beurskens*, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 27 f. Auch für den Normalfall unternehmerischer Tätigkeit wird nachhaltige Wertschöpfung empfohlen, vgl. *Ziffer* 4.1.1. DCGK.

³ Vgl. *Sanders/Hoon*, „Eigentum trifft Verantwortung“ FAZ-Einspruch vom 5.2.2020, online abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/einspruch-exklusiv-eigentum-trifft-verantwortung-16618406.html?GEPIC=s3&premium=0x1f4088ef537700f9a-c1352430efd4e8> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

b) Unternehmerische Motivation und Gewinnorientierung

Anreize für die Unternehmerschaft können monetärer Art sein, in der selbstbestimmten Verwirklichung einer eigenen Idee liegen, sich aber auch aus dem Wunsch nach Reputation und sozialer Anerkennung speisen.⁴ Wie bei anderen Unternehmen auch, kann eine Tätigkeit in einem Unternehmen in Verantwortungseigentum allen drei Motiven dienen. Gesellschafter einer Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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. Überdies sollen sie für ihre Tätigkeit auch eine angemessene Vergütung erhalten, die ihren Lebensunterhalt sichert und Vorsorge für das Alter ermöglicht. Doch eine Individualisierung des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens durch Ausschüttung der Gewinne und gewinnträchtigen Anteilsverkauf ist nicht möglich.

Ob allein monetäre Anreize jemals für engagiertes Unternehmertum ausreichen, kann hier nicht untersucht werden. Es sei aber darauf hingewiesen, dass einschlägige Studien deutliche Hinweise darauf geben, dass sich unternehmerische Motivation nicht primär aus finanziellen Anreizen speist, sondern aus der mit unternehmerischem Gestaltungsfreiraum und unternehmerischer Verantwortung verbundenen Selbstwirksamkeit.⁵ Auch zahlreiche empirische Untersuchungen aus der Verhaltensökonomik und Psychologie zeigen, dass die stärkste Motivation bei allen Tätigkeiten, die kognitive Kapazitäten erfordern, die intrinsische Motivation ist und nicht extrinsische Anreize.⁶

Jedenfalls in einem Unternehmen in Verantwortungseigentum sind finanzielle Anreize notwendigerweise begrenzt. Daher ist eine Stellung als Gesellschafter in Verantwortungseigentum nur für solche Gesellschafter geeignet, die aus der Verwirklichung der Ziele des Unternehmens, z.B. der Herstellung bestimmter Produkte, einen Großteil ihrer unternehmerischen Leidenschaft und Motivation beziehen. Diese nur begrenzt finanzielle Motivation von Eigentümern eines Unternehmens in Verantwortungseigentum bedeutet allerdings keinesfalls, dass Unternehmen in Verantwortungseigentum selbst notwendig gemeinnützig tätig sind. Im Gegenteil werden sie in der Regel gewinnorientiert am Markt auftreten.⁷ Der Gewinn eines Unternehmens ist unabhängig von der Motivation des individuellen Unternehmers eine zentrale Bezugsgröße für Unternehmen, einschließlich Unternehmen in Verantwortungseigentum, und Voraussetzung für ihr langfristiges Bestehen.

⁴ Vgl. *Berthold /Kullas/Neumann*, Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge (99) 2007, 8 ff., online abrufbar unter <http://hdl.handle.net/10419/22339> (zuletzt geprüft am 10.06.2020); *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/> (zuletzt geprüft am 10.06.2020); *Murnieks/ Koltz/ Shepherd*, J. Organ. Behav. (41) 2020, 115 ff., online abrufbar unter <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/job.2374> (zuletzt geprüft am 10.06.2020); *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.

⁵ Vgl. *Berthold /Kullas/Neumann*, Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge (99) 2007, 10 f., online abrufbar unter <http://hdl.handle.net/10419/22339> (zuletzt geprüft am 10.06.2020); *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.

⁶ 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.).

⁷ 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. Das 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, Februar 2010, online abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1553645> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

c) 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 weitergegeben werden. Damit soll das Unternehmen auch vom Druck durch die Refinanzierung eines Veräußerungspreises befreit und Gewinne für die Unternehmensentwicklung erhalten werden. Diese generationsübergreifende Ausrichtung weist Gemeinsamkeiten mit Familienunternehmen auf.⁸ Bei Unternehmen in Verantwortungseigentum erfolgt die Nachfolge in die Kontrolle des Unternehmens allerdings nicht aufgrund der Angehörigkeit zu einer genetischen Familie. 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“⁹ Grundlage der Gesellschafterstellung sein. Auch finanzielle Mittel sollen nicht über eine Mitgliedschaft entscheiden. Der Asset-lock 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.

2. Bedürfnis für eine neue Rechtsformvariante

Eine wachsende Zahl von Unternehmern, die sowohl etablierte Familienunternehmen als auch junge Start-up-Unternehmen leiten, wollen die Unabhängigkeit und den Bestand ihrer Unternehmen im Sinne einer nachhaltigen Wertschöpfung sicherstellen und ihre Unternehmen dafür in „Verantwortungseigentum“ überführen.¹⁰

Für Unternehmen in Verantwortungseigentum gibt es in der deutschen Wirtschaft Vorbilder (u.a. Bosch, Zeiss, Alnatura, Globus). Diese Pioniere mussten und müssen zur Verwirklichung von Verantwortungseigentum hochkomplexe Stiftungs- und Gesellschaftskonstruktionen schaffen.¹¹ Vergleichbare Konstruktionen erfordern hohen Beratungsaufwand und damit erhebliche Kosten.¹²

⁸ 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, DSzR 2019, 931 (932).

⁹ So die Formulierung von Annegret Kramp-Karrenbauer bei der Gründung der Stiftung Verantwortungseigentum am 25.11.2019.

¹⁰ Vgl. Stiftung Verantwortungseigentum, Policy Brief, März 2020, S. 2, online abrufbar unter https://www.stiftung-verantwortungseigentum.de/dist/download/Policy_Brief_Stiftung_Verantwortungseigentum_2020.pdf (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

¹¹ Vgl. dazu Purpose Stiftung, Verantwortungseigentum, 1. Aufl. 2017, S. 18 ff., online abrufbar unter https://purpose-economy.org/content/uploads/purpose_book_de.pdf (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

¹² 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, S. 25 und 30, online abrufbar unter <https://www.bdo.de/de-de/insights-de/weitere-veroeffentlichungen/studien/allensbach-studie-nachfolgeregelung-in-gro%C3%9Fen-fam> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

Für mittelständische Unternehmen und Start-up-Unternehmen ist dies nicht möglich. 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 Beschluss der Gesellschafter geändert werden können, bieten solche Konstruktionen nicht die notwendige rechtliche Sicherheit, sind kompliziert und juristischen Laien schwer vermittelbar.

In Dänemark wird vergleichbares Unternehmertum ohne Anteilseigner mit Gewinnerwartung erfolgreich von Unternehmen gelebt, die mehrheitlich von Stiftungen gehalten werden.¹³ Andere Rechtsordnungen haben in den letzten Jahrzehnten Gesellschaftsformen entwickelt, die ein neues Unternehmensverständnis ermöglichen wollen.¹⁴ Wie im Fall der US-amerikanischen Benefit Corporations sind solche Gesellschaftsrechtsformen häufig auf einen besonders gemeinwohlförderlichen Zweck verpflichtet. Die British Academy verfolgt seit 2017 ein Forschungsprojekt zur „Future of the Corporation“.¹⁵ 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.

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 (**Asset-lock**). Dies 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 unabhängig von genetischer Familie und Vermögen innerhalb einer engen Gemeinschaft der Gesellschafter übergeben werden können (sogenannte „**Fähigkeiten- und Wertefamilie**“) die sich in das Unternehmen praktisch als „**Treuhänder**“ einbringen.

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

¹³ Vgl. *Thomsen*, The Danish Industrial Foundation, 2017.

¹⁴ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* (80) 2016, 399 m.w.N.; *Möslein*, *ZRP* 2017, 175; *Fleischer*, FS Seibert, 2019, 219; *Segrestin/Hatchuel/Levillain*, *JBE* 2020, online abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04439-y> (zuletzt geprüft am 10.06.2020); *Barsan/Hertslet*, *IWRZ* 2019, 256.

¹⁵ <https://www.thebritishacademy.ac.uk/programmes/future-of-the-corporation/> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

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 der 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 „normalen“ GmbH. Denn die **GmbH in Verantwortungseigentum**, im Folgenden **VE-GmbH**, soll gegenüber einer GmbH wesentliche Besonderheiten aufweisen:

a) Dauerhafte Vermögensbindung/Asset-lock

Insbesondere müssen Regelungen des GmbHG so angepasst werden, dass die **dauerhafte Bindung des Gesellschaftsvermögens** durch den **unwiderruflichen Asset-lock** möglich wird. Gesellschafter haben damit 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 dauerhafte Vermögensbindung weist **Ähnlichkeiten mit dem Einsatz einer Stiftung als Unternehmensträgerin** auf. Trotzdem bestehen ganz erhebliche Unterschiede. Stiftungen sind nicht als Unternehmensträger konzipiert, sondern dienen der dauerhaften Verwirklichung des Stiftungszwecks.¹⁶ Die Gesellschaft in Verantwortungseigentum und ihr Unternehmen wird dagegen von ihren Gesellschaftern geleitet und fortentwickelt.

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

Die Vermögensbindung auf Gesellschafterebene durch Ausschluss von Gewinn- und Vermögensrechten bedeutet nicht, dass Unternehmen in Verantwortungseigentum allein über den eigenen Cashflow oder Fremdkapital finanziert werden müssen. Insbesondere eigenkapitalähnliche schuldrechtliche Finanzierungsformen bleiben möglich.

¹⁶ 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, § 80 Rn. 9; *MüKoBGB/Weitemeyer*, 8. Aufl. 2018, § 80 Rn. 118; *BeckOK BGB/Backert*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 80 Rn. 6; kritisch *Schiffer/Pruns*, ZStV 2012, 1ff.

b) Sicherung der Fähigkeiten- und Wertefamilie

Die Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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.

c) Absicherung der Vermögensbindung durch geeignete Governance

Die zwingende Vermögensbindung hat Bedeutung auch für die **Governance-Struktur**, weil sie die Anreize der Beteiligten strukturell verändert. Eine geeignete Governance muss Vorkehrungen dafür treffen, dass Gesellschafter, bei denen monetäre Anreize an Bedeutung gewonnen haben, die Vermögensbindung nicht durch verdeckte Gewinnausschüttungen umgehen. Hier lässt der Entwurf den verschiedenen Unternehmen die Freiheit, für sie passende Governance-Lösungen zu entwickeln, die sie allerdings durch Veröffentlichung im Internet transparent machen müssen.

Eine staatliche Aufsicht, vergleichbar der **Stiftungsaufsicht**, **hält der Entwurf 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, Mitarbeitende und Kunden, ebenso wie die Gesellschafter einer herkömmlichen GmbH, die keiner speziellen Aufsicht unterliegt, selbst wenn sie einen gemeinnützigen Zweck verfolgt.

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.¹⁷ Nach diesem Entwurf ist es jedoch **nicht erforderlich**, dass die Gesellschafter sich auf ei-

¹⁷ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ (80) 2016, 399 m.w.N.; *Möslein*, ZRP 2017, 175; *Fleischer*, FS Seibert, 2019, 219; *Segrestin/Hatchuel/Levillain*, JBE 2020, online abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04439-y> (zuletzt geprüft am 10.06.2020); *Barsan/Hertslet*, IWRZ 2019, 256.

nen besonders **gemeinwohlförderlichen, nachhaltigen Zweck** verpflichten, um eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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 in Verantwortungseigentum bietet ein Rechtskleid für eine besondere Form von Unternehmenseigentum, stellt aber kein Siegel für besonders wertvolles Unternehmertum dar. Verantwortungsvolles Unternehmertum ist in verschiedener Weise in den traditionellen Rechtsformen möglich. Vielmehr ist es den Gesellschaftern der VE-GmbH 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.

e) Gestaltungsfreiheit und zwingendes Recht

In der GmbH gilt der Grundsatz der Satzungsautonomie, § 45 GmbHG.¹⁸ Zwingendes Recht dient im GmbH-Recht dem Gläubiger- und Minderheitenschutz, dem Mitbestimmungsrecht und der Wahrung unverzichtbarer körperschaftlicher und GmbH-rechtlicher Prinzipien.¹⁹

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 VE-GmbH gewährleisten. Zwingend sind insbesondere die Vorschriften, die

- die dauerhafte Vermögensbindung (Asset-lock) gewährleisten, § 77a; § 77e; § 77f; § 77g; § 77j; § 77k; § 77l ff. GmbHG-VE
- das Gründungsrecht betreffen, § 77c GmbHG-VE
- die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile einschränken oder die Vererbbarkeit betreffen, § 77b GmbHG-VE
- den Kreis möglicher Gesellschafter bestimmen, § 77a Abs. 3 GmbHG-VE
- die Absicherung der Vermögensbindung über Governance-Instrumente sichern, § 77h GmbHG-VE
- die Vorschriften des UmwG modifizieren, §§ 77l bis 77n GmbHG-VE und
- den Abschluss von Unternehmensverträgen regeln, § 77o GmbHG-VE.

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

¹⁸ MüKoGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2019, § 45 Rn. 2 ff.; MHLS/Römermann, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 45 Rn. 1.

¹⁹ Vgl. statt vieler MüKoGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2019, § 45 Rn. 58 ff.

5. Steuerrechtliche Behandlung

Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M.

Steuerlich soll die VE-GmbH 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 steuerlichen Gemeinnützigkeit), sondern um eine der Besteuerung „normaler“ GmbHs entsprechende Behandlung.

Die Gründung einer VE-GmbH 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 der Körperschaft- und der Gewerbesteuer.

Die Gesellschafter einer VE-GmbH beziehen regelmäßig keine Gewinnausschüttungen, da diese gesellschaftsrechtlich verboten sind. Geschieht dies dennoch (seien es offene, seien es verdeckte Gewinnausschüttungen), unterliegen die Zahlungen (Dividenden) nach den für „normale“ GmbHs geltenden Regeln der Einkommensteuer. 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 VE-GmbH sollen ertrag- und Erbschaft-(schenkung-)steuerlich behandelt werden wie Erwerbe und Veräußerungen „normaler“ GmbH-Anteile. Unentgeltliche Erwerbe von Anteilen an einer VE-GmbH können – nach allgemeinen Regeln – unter die Erbschaft- und schenkungsteuerlichen Begünstigungen für Unternehmererwerbe (§§ 13a ff. ErbStG) fallen. Durch eine Ergänzung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes wird jedoch klargestellt, dass Einlagererstattungen, die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters im gesellschaftsrechtlichen Teil des Entwurfs verschiedentlich vorgesehen sind (siehe § 77i GmbHG-VE und all diejenigen Vorschriften, die darauf verweisen, etwa § 77b Abs. 3 und 4 GmbHG-VE), nicht (missbräuchlich) dazu genutzt werden können, schlichtes Geldvermögen an die Erbengeneration steuerbegünstigt „durchzuschleusen“.

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

II.

Entwurf eines Gesetzes zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum im GmbHG (GmbHG-VE)

vorgelegt von

**Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.
Prof. Dr. Dr. h. c. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M.
Prof. Dr. Florian Möslin, LL.M.
Prof. Dr. Rüdiger Veil**

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. Nach Abschnitt 5 wird folgender Abschnitt eingefügt:
„Abschnitt 6: Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum

§ 77a

Gesellschaft in Verantwortungseigentum

(1) Eine Gesellschaft, deren Vermögen nach den Vorschriften dieses Abschnitts dauerhaft gebunden ist, muss in der Firma abweichend von § 4 die Zusatzbezeichnung „in Verantwortungseigentum“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieses Zusatzes führen.

(2) ¹Die dauerhafte Vermögensbindung erfolgt entweder bei Gründung der Gesellschaft oder durch notariell beurkundeten Beschluss aller Gesellschafter nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts. ² Sie kann nicht aufgehoben oder abgeändert werden.

(3) ¹ Gesellschafter kann nur eine natürliche Person, eine andere Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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 Absatz 3 Satz 4 und 8 gilt entsprechend.

§ 77b

Übertragung von Geschäftsanteilen

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

(2) ¹ Geschäftsanteile können an andere Gesellschafter, an Dritte, die die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 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 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 § 77i 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 § 77i anzubieten. ⁷ Erfüllt einer der Erben die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 nicht, fällt der Geschäftsanteil unmittelbar der Gesellschaft zu. ⁸ Erfüllen die Erben des letzten Gesellschafters die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 nicht, so haben sie die Geschäftsanteile entweder an einen oder mehrere Dritte, die die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 erfüllen, abzutreten oder die Gesellschaft innerhalb von sechs Monaten aufzulösen. ⁹ Von den Sätzen 7 und 8 abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag sind unwirksam.

(4) 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 § 77i 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 3 Satz 8 entsprechend.

§ 77c

Aufbringung von Fehlbeträgen in der Gesellschaft

(1) ¹ § 22 findet nur auf Rechtsvorgänger Anwendung, die im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils nach § 22 Absatz 4 die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 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.

§ 77d Unbeschränkte Nachschusspflicht

(1) § 27 Absatz 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 § 77b Absatz 2 zu veräußern. ³ Der Anspruch des Gesellschafters auf Erstattung seiner Einlage entsprechend § 77i wird zur Deckung des rückständigen Nachschusses verrechnet. ⁴ Ein Überschuss steht dem Gesellschafter entsprechend § 77i zu.

§ 77e Ergebnisverwendung

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

(2) ¹ Die Gesellschafter haben keinen Anspruch im Sinne des § 29 Absatz 1. ² Der Jahresüberschuss steht nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft zu. ³ Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind unwirksam. ⁴ Die Gesellschafter können beschließen, dass der Jahresüberschuss ganz oder teilweise für gemeinnützige Zwecke verwendet wird.

(3) ¹ Unbeschadet des Absatzes 2 und des § 29 Absatz 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.

§ 77f Vermögensbindung

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

(2) ¹ Das Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausbezahlt 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.

§ 77g

Erstattung verbotener Zahlungen und Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers

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

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

§ 77h

Absicherung der Vermögensbindung

(1) ¹ Die Gesellschafter haben im Gesellschaftsvertrag angemessene Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Vermögensbindung nach den §§ 77e und 77f eingehalten und Ansprüche gemäß § 77g geltend gemacht werden. ² Fehlen entsprechende Vorkehrungen, so ist die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen. ³ Die Gesellschaft muss auf ihrer Internetseite Informationen zu den Vorkehrungen dauerhaft zugänglich machen, die zur Einhaltung der Vermögensbindung nach Satz 1 vorgesehen sind.

(2) Als angemessene Vorkehrungen im Sinne des Absatzes 1 kommen insbesondere in Betracht:

1. eine Verpflichtung der Geschäftsführer, den Gesellschaftern oder, wenn ein solcher vorhanden ist, dem Aufsichtsrat einmal im Jahr über die Einhaltung der Vermögensbindung nach den §§ 77e und 77f und die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 77g Bericht zu erstatten; der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass der Bericht unter Mitwirkung eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters zu erstellen ist;
2. die Errichtung eines unabhängigen Aufsichtsorgans, das Einsichtsrechte entsprechend § 111 Absatz 2 Satz 1 und 2 des Aktiengesetzes erhält und Ansprüche nach § 77g für die Gesellschaft geltend machen kann.

§ 77i

Anspruch auf Erstattung der Einlage

(1) ¹ Mit dem Austritt oder dem Ausschluss aus der Gesellschaft oder im Falle der Einziehung nach § 34 Absatz 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 Absatz 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 Absatz 3 gilt nicht.

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

§ 77j

Auflösung der Gesellschaft und Erlösverwendung

(1) § 72 findet keine Anwendung.

(2) ¹ Das im Zuge der Liquidation verbliebene Restvermögen ist nach Erstattung der Einlagen und sonstiger Zuzahlungen entsprechend § 77i einer anderen Gesellschaft in Verantwortungseigentum oder gemeinnützigen Zwecken zuzuführen. ² Näheres kann der Gesellschaftsvertrag regeln.

§ 77k

Insolvenz eines Gesellschafters und Pfändung eines Geschäftsanteils

Die Gesellschaft kann den Geschäftsanteil einziehen oder verlangen, dass der Geschäftsanteil unter Einhaltung des § 77b Absatz 2 gegen Erstattung der Einlage entsprechend § 77i abgetreten wird, 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 Absatz 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.

§ 77l

Die VE-GmbH in der Umwandlung

(1) Das Umwandlungsgesetz gilt für Gesellschaften in Verantwortungseigentum, soweit die nachfolgenden Vorschriften nichts anderes bestimmen.

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

(3) Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum ist kein beteiligungsfähiger Rechtsträger im Sinne von § 175 Nummer 1 des Umwandlungsgesetzes.

(4) Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum ist kein übertragender Rechtsträger im Sinne von § 122b Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes.

(5) Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum ist kein formwechselnder Rechtsträger im Sinne von § 191 Absatz 1 Nummer 2 des Umwandlungsgesetzes.

§ 77m **Verschmelzungsfähigkeit der VE-GmbH**

(1) Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum kann nur

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

(2) Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers müssen die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 erfüllen.

§ 77n **Spaltung**

(1) ¹ Die Aufspaltung unter Beteiligung von Gesellschaften in Verantwortungseigentum kann nur

1. zur Aufnahme, wenn die übernehmenden Rechtsträger Gesellschaften in Verantwortungseigentum sind, oder
 2. zur Neugründung, wenn ausschließlich Gesellschaften in Verantwortungseigentum gegründet werden,
- erfolgen.

² Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers müssen die Voraussetzungen des § 77a Absatz 3 erfüllen.

(2) § 123 Absatz 2 des Umwandlungsgesetzes gilt mit der Maßgabe, dass übernehmende oder neu zu gründende Rechtsträger eine oder mehrere Gesellschaften in Verantwortungseigentum sein müssen.

§ 77o **VE-GmbH im Konzern**

¹ Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum kann sich nicht entsprechend § 291 AktG verpflichten, die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen zu unterstellen oder ihren Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen. ² Sie kann sich auch nicht entsprechend § 292 AktG zur Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns sowie zu einer Verpachtung und -überlassung des Unternehmens verpflichten.“

2. 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 12 des Gesetzes vom 26. November 2019 (BGBl. I S. 1794) 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 § 77i 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 Körperschafts- steuergesetzes

§ 27 Absatz 1 Satz 3 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 21. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2875) 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 § 77i 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).“

III.

Erläuterungen zu den Regelungen

Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.

1. Zu § 77a Gesellschaft in Verantwortungseigentum

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 in Verantwortungseigentum“ ohne weitere Definition ebenso, wie das GmbHG einfach von „der Gesellschaft“ spricht. In den Erläuterungen wird die Gesellschaft in Verantwortungseigentum mbH als VE-GmbH abgekürzt. Vorschriften des Entwurfstextes werden als GmbHG-VE kenntlich gemacht.

§ 77a GmbHG-VE enthält im Interesse einer schlanken Regelung keine Beschreibung des Telos dieser neuen Form der GmbH. Die folgenden Regelungen zur Gesellschaft in Verantwortungseigentum sollen es erleichtern, ein Unternehmen nach den oben ausgeführten Leitideen des Verantwortungseigentums 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“²⁰, 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 in Verantwortungseigentum 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.

²⁰ So die Formulierung von Annegret Kramp-Karrenbauer bei der Gründung der Stiftung Verantwortungseigentum am 25.11.2019.

b) Herstellung der dauerhaften Vermögensbindung

Absatz 2 Satz 1 regelt die Entstehung der Gesellschaft in Verantwortungseigentum durch Gründung oder Gesellschafterbeschluss. Der vorliegende Entwurf geht von einer so großen Nähe zwischen GmbH und VE-GmbH aus, dass der unwiderrufliche Wechsel von der einen in die andere im Rahmen des Gründungsrechts behandelt wird.

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 GmbHG. Sie soll aber wegen der einschneidenden Bedeutung der dauerhaften Vermögensbindung und der der notariellen Beurkundung zugeschriebenen Warnfunktion an dieser Stelle genannt werden.

Dem Minderheitenschutz dient die Voraussetzung der Zustimmung aller Gesellschafter angesichts der tiefgreifenden und unwiderruflichen Wirkung des Beschlusses.

Absatz 2 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, der so genannte Asset-lock, ist ein wesentliches Charakteristikum des Verantwortungseigentums.

c) Die Gesellschafter der VE-GmbH

aa) Beschränkung des Kreises potentieller Gesellschafter

Die Gesellschaft in Verantwortungseigentum mit der Besonderheit der dauerhaften Vermögensbindung 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 VE-GmbH. Gesellschafter können nur natürliche Personen, andere Gesellschaften in Verantwortungseigentum 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 § 77b GmbHG-VE.

Dividendenrechte sind in der Gesellschaft in Verantwortungseigentum gesetzlich ausgeschlossen. Der Kreis der Gesellschafter wird ausdrücklich begrenzt, um den Anteilserwerb 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.²¹ Die VE-GmbH soll nicht Tochtergesellschaft in einem Konzern mit einer Konzernmutter sein, die den Interessen gewinnorientierter Investoren verpflichtet ist.

Denkbare Gesellschafter sind neben natürlichen Personen und anderen

²¹ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* (80) 2016, 399 (414) m.w.N.

VE-GmbHs jedoch beispielsweise Stiftungen, sowie ausländische Rechtsformen, die der VE-GmbH 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 VE-GmbH aufzunehmen, die lediglich natürliche Personen als Gesellschafter haben. Diese Ausnahmeregelung wurde von Unternehmen in Verantwortungseigentum angeregt, um die möglichst einfache Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmen zu ermöglichen, wie beispielsweise im Fall der soulproducts GmbH, die insbesondere nachhaltige Trinkflaschen, die „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, VE-GmbHs oder andere Gesellschaften mit vergleichbarer Vermögensbindung als Gesellschafter der Personengesellschaften zuzulassen, die nach Satz 2 Gesellschafterinnen sein können. Andernfalls würde eine VE-GmbH & Co. KG Gesellschafterin einer VE-GmbH sein können und so auch Publikumspersonengesellschaften, die nicht dem Idealbild des Verantwortungseigentümers entsprechen, die Gesellschafterstellung in einer VE-GmbH offenstehen.

bb) Ausschluss potentieller Gesellschafter verfassungsrechtlich unbedenklich

Der Ausschluss juristischer Personen von einer Mitgliedschaft in einer VE-GmbH 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.²² 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 VE-GmbH 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.²³ Insofern dürfte es auch verfassungsrechtlich unproblematisch sein, dass im vorliegenden Entwurf Personengesellschaften allein mit natürlichen Gesellschaftern als Gesellschafter einer VE-GmbH akzeptiert werden, um die einfache Beteiligung von Mitarbeitern zu ermöglichen.

²² BVerfGE 141, 121 = NZG 2016, 471 Rn. 31 ff.

²³ BVerfGE 148, 217 = NZG 2018, 632 Rn. 112 ff.

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

Bei einer derartigen Einschränkung des Gesellschafterkreises sind Folgeprobleme zu lösen, die auftreten, wenn ein Gesellschafter beiträgt oder an der Gründung mitwirkt, der die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-VE nicht erfüllt. Weitere Fragen stellen sich, wenn ein Gesellschafter der VE-GmbH seine Rechtsform ändert oder sich der Kreis der Gesellschafter der an einer VE-GmbH beteiligten Personengesellschaft ändert. Rechtsprechung und Literatur zur fehlerhaften Gründung und zum fehlerhaften Beitritt²⁴ helfen nur bedingt weiter, weil hier jeweils nur die Wirksamkeit von Gründung bzw. Beitritt aufgrund von Willensmängeln als solche in Frage steht,²⁵ nicht die Fähigkeit, überhaupt Gesellschafter zu werden. Letzteres ist eine Besonderheit der VE-GmbH. Diese Fragen regeln § 77a Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-VE.

Die Mitwirkung an der Gründung und der Beitritt zu einer VE-GmbH durch eine Person, die nicht die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-VE erfüllt, sind vor Invollzugsetzung nichtig, so wie ein mit einem Willensmangel oder gesetzlichem Verbot behafteter Beitritt;²⁶ 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.²⁷ § 77a Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-VE zeigen, dass dies konsequenterweise auch für Gesellschafter gilt, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 S. 1 und 2 GmbHG-VE nicht erfüllen. Für eine solche Lösung sprechen auch die vorgelegten Entwürfe zur Nachfolge von Todes wegen. § 77b Abs. 3 GmbHG-VE geht davon aus, dass Gesellschaftsanteile im Erbgang einer Person zufallen können, die nicht Gesellschafter gemäß § 77a Abs. 3 GmbHG-VE sein darf. Hier beschränkt sich das Gesetz auf Ergebniskorrektur. Dies spricht dafür, dass auch Personen, die die Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-VE 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-VE 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 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-VE 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-VE gewährleistet. Die Verweise in § 77a Abs. 3 S. 4 GmbHG-

²⁴ 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.

²⁵ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 2 Rn. 44.

²⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 2 Rn. 40.

²⁷ Allg. Meinung m.w.N. Lutter/Hommelhoff/Bayer, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 2 Rn. 43.

VE auf § 77b Abs. 3 S. 4 und 8 GmbHG-VE regeln die Erstattung der Einlage und verhindern die Entstehung einer sog. Keypersonengesellschaft.²⁸

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 VE-GmbH 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 Verantwortungseigentum 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 VE-GmbH 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 Grundgedanken der dauerhaften Vermögensbindung widersprechen, wenn Anteile mit Dividendenrechten vorgesehen würden. Die Finanzierung der VE-GmbH kann über schuldrechtliche Instrumente, wie Darlehen, aber auch stille Beteiligungen erfolgen.

²⁸ Zur Keypersonen-GmbH: Vgl. Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 33 Rn. 19; MüKoGmbHG/Löwisch, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 60 Rn. 24; BeckOK GmbHG/Schindler, 41. Ed. 1.11.2019, § 33 Rn. 82 m.w.N.; zum Begriff eing. Steding, NZG 2003, 57 (58).

2. Zu § 77b Übertragung und Vererbung von VE-GmbH- Geschäftsanteilen

a) Allgemeine Überlegungen

Die Bedeutung von Gesellschaftern, die von der Idee des Verantwortungseigentums und dem konkreten Unternehmen überzeugt sind, als Grundlage der Gesellschaft in Verantwortungseigentum wurde bereits betont. Es genügt aber nicht, dass solche geeigneten Gesellschafter einmal gefunden werden. Die für Familienunternehmen zentralen Nachfolgefragen²⁹ stellen sich vielmehr auch für Unternehmen in Verantwortungseigentum. 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 in Verantwortungseigentum wird im vorliegenden Entwurf die Übertragung und Vererbung gegen den Willen der Gesellschafter vermieden. Daher schließt § 77b GmbHG-VE die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 1 GmbHG aus und trifft neue Regelungen. Für die Übertragung der Geschäftsanteile werden in § 77b Abs. 2 GmbH-VE und für die Vererbung in § 77b Abs. 3 und 4 GmbHG-VE 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, die in vielen Familienunternehmen in der Satzung vorgesehen werden, um den Kreis der Gesellschafter auf geeignete Personen zu beschränken.³⁰ 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 Keinpersonengesellschaft auftreten könnten, werden vermieden.

²⁹ 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.

³⁰ Zu solchen Gestaltungsmöglichkeiten nur *Heckschen/Weitbrecht*, NZG 2019, 721 ff.; *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 ff.

b) Absatz 2 Übertragung unter Lebenden

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. 3 GmbHG-VE erfüllen, stellen geeignete Erwerber dar. Eine Übertragung aller Anteile an die Gesellschaft ist allerdings nicht zulässig, weil andernfalls eine Keinpersonengesellschaft entstünde.

Ein Gesellschafterbeschluss, der der Übertragung gemäß 77b Abs. 2 GmbHG-VE an eine Person zustimmt, die nicht den Voraussetzungen des § 77a Abs. 3 GmbHG-VE genügt, dürfte gemäß § 241 Nr. 3 AktG analog³¹ wegen Unvereinbarkeit mit dem Wesen der VE-GmbH 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 VE-GmbH, vgl. Satz 3.

§ 77b Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE enthält eine Vinkulierung als dispositives Regelung. Das Zusammenwirken in einem Unternehmen in Verantwortungseigentum 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.³² Der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter bedarf einer einfachen Mehrheit. Es steht im Belieben der Gesellschafter, im Gesellschaftsvertrag ein höheres Quorum zu vereinbaren.

aa) 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.³³ Die Rechte aus den Geschäftsanteilen ruhen.³⁴

Die Möglichkeit des Haltens eigener Anteile soll auch für Gesellschaften in Verantwortungseigentum 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. 3 GmbHG-VE hinausgezögert werden, wenn im Zeitpunkt der Übertragung kein geeigneter Erwerber vorhanden ist. § 33 GmbHG soll danach auch auf die VE-GmbH 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 §§ 77l ff. GmbHG-VE zu beachten.

bb) Gutgläubiger Erwerb

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

³¹Zur allg. anerkannten analogen Anwendung der § 241 ff. AktG bei der GmbH siehe nur BGH, NZG 2008, 317 Rn. 22; MüKoGmbHG/Wertenbruch, 3. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 1 jew. m.w.N.

³²Mayer/Binz, NZG 2012, 201; Blasche, RNotZ 2013, 515.

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

³⁴Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 33 Rn. 22; MüKoGmbHG/Löwisch, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 119; Roth/Altmeppen/Altmeppen, 9. Aufl. 2019, 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.³⁵

Ein gutgläubiger Erwerb kann ebenso bei der Übertragung von VE-GmbH-Geschäftsanteilen gemäß § 77b Abs. 2 GmbHG-VE in Betracht kommen, wenn ein Nichtberechtigter, der als Inhaber des Geschäftsanteils der VE-GmbH in der Gesellschafterliste eingetragen ist, handelt und § 16 Abs. 3 S. 2 bis 4 GmbHG nicht entgegenstehen. Die Interessen der VE-GmbH 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 § 77b Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE 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 Nachfolge von Todes wegen

Die Geschäftsanteile der VE-GmbH sind gemäß § 77b Abs. 3 S. 1 GmbHG-VE 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 VE-GmbH innerhalb einer genetischen Familie ist durchaus möglich und wird in vielen Fällen eine hervorragende Lösung für die VE-GmbH darstellen. Möglich ist aber auch, dass der Erbe vom Konzept des Verantwortungseigentums 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.³⁶ 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 VE-GmbH gemäß § 77a Abs. 3 GmbHG-VE ist. Schließlich muss die Entstehung einer „Keinpersonengesellschaft“ 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 „Keinpersonengesellschaft“ auftritt) und ob die Erben die Voraussetzungen als Gesellschafter der VE-GmbH (§ 77a Abs. 3 GmbHG-VE) erfüllen.

³⁵ Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 40 Rn. 31.

³⁶ 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.

Damit sind vier mögliche Konstellationen zu gestalten:

1. Erben sind taugliche Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 3 GmbHG-VE (+)) und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden.
 2. Erben sind keine tauglichen Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 3 GmbHG-VE (-)) und neben ihnen sind noch weitere Gesellschafter vorhanden.
 3. Erben sind taugliche Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 3 GmbHG-VE (-)) und neben ihnen sind keine weiteren Gesellschafter vorhanden.
 4. Erben sind keine tauglichen Gesellschafter (d.h. § 77a Abs. 3 GmbHG-VE (-)) 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 § 77b Abs. 3 S. 2 GmbHG-VE 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 § 77b Abs. 2 GmbHG-VE 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 § 77b Abs. 3 S. 6 GmbHG-VE 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)

Einzige Option ist hier, dass der Erbe die Gesellschaft verlässt, weshalb der Anteil der Gesellschaft unmittelbar mit dem Erbfall zufällt, vgl. § 77b Abs. 3 S. 7 GmbHG-VE.

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 § 77b Absatz 2 Satz 1 GmbHG-VE nicht zulässig, dass der einzige Gesellschafter die Anteile an die Gesellschaft überträgt, weil sonst eine „Keinpersonengesellschaft“ 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 VE-GmbH aufgelöst werden, da kein gemäß § 77a Abs. 3 GmbHG-VE zulässiger Gesellschafter vorhanden ist, vgl. § 77b Abs. 3 S. 8 GmbHG-VE.

d) 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 VE-GmbH 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 „Keinpersonengesellschaft“ verhindert werden muss. Daher hält der vorliegende Entwurf in § 77b Abs. 3 GmbHG-VE an der grundsätzlichen Vererblichkeit fest, ermöglicht es den Gesellschaftern aber, die Unvererblichkeit der Gesellschaftsanteile nach Absatz 4 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 Charakter³⁷ 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.³⁸

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 § 77i GmbHG-VE erstattet.

bb) Tod des letzten Gesellschafters

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

Nach § 77b Abs. 4 S. 3 GmbHG-VE 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 Übertra-

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

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

gung 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 § 77b Abs. 4 S. 3 GmbHG-VE erforderlichen Zustimmung ihr Einverständnis erteilt hat. Für eine solche Abtretung gibt es in der Kautelarpraxis Vorbilder.³⁹

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. 3 GmbHG-VE 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 VE-GmbH auftritt. Um dauerhaft juristische Personen als Gesellschafter zu verhindern, wird hier auf § 77b Abs. 3 S. 8 GmbHG-VE 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.⁴⁰

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 § 77b Abs. 4 GmbHG-VE 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 § 77b Abs. 4 GmbHG-VE 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

³⁹ Vgl. etwa Perzborn, RNotZ 2017, 405 (418); Ivo, ZEV 2006, 252 (255).

⁴⁰ So nimmt die Rechtsprechung bei unwiderruflichen Vollmachten eine Widerrufsmöglichkeit bei wichtigem Grund an: BGH, WPM 1985, 646 (647); BeckOK BGB/Schäfer, 53. Ed. 1.2.2020, § 168 Rn. 26 m.w.N.; zu Stimmrechtsvollmachten: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 47 Rn. 50.

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. Ggf. 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 VE-GmbH 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.

3. Zur Finanzverfassung in der VE-GmbH

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.⁴¹ 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 VE-GmbH 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 § 77e GmbHG-VE ist die dauerhafte Vermögensbindung, der sogenannte Asset-Lock, festzuschreiben. In einer „normalen“ GmbH dienen die Regelungen zur Kapitalerhaltung der Erhaltung des Haftungsfonds zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft.⁴² 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

⁴¹ Vgl. Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, Rn. 604; Raiser/Veil, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 38 Rn. 4.

⁴² Baumbach/Hueck/Fastrich, 22. Aufl. 2019, GmbHG Einl. Rn. 7; MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 15.

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.

Diese Regelungen passen nicht auf eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum. 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 § 77e GmbHG-VE 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 §§ 77f, 77g GmbHG-VE aufgebaut.

b) Zu § 77c Aufbringen von Fehlbeträgen in der VE-GmbH

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

Dieser gesetzliche Erwerb der Geschäftsanteile ist für die VE-GmbH 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. 3 GmbHG-VE erfüllt und die Gesellschafter beschließen, den Anspruch gegen diesen geltend zu machen. Dann kann dieser gegen Zahlung des rückständigen Betrages als Gesellschafter in die VE-GmbH 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.⁴³

§ 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

⁴³ Vgl. für die GmbH: MüKoGmbHG/Schütz, 3. Aufl. 2018, § 24 Rn. 72 f.; Roth/Altmeppen/Roth, 9. Aufl. 2019, GmbHG § 24 Rn. 25.

von den Rechtsvorgängern nicht zu erlangen ist. Diese Regelung passt nicht für die VE-GmbH und ihren personalistischen Zuschnitt. Somit findet § 23 GmbHG auf die VE-GmbH keine Anwendung, § 77c Abs. 1 S. 2 GmbHG-VE.

c) Zu § 77d Unbeschränkte Nachschusspflicht in der VE-GmbH

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.⁴⁴ 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 VE-GmbH. Der Geschäftsanteil könnte von Dritten erworben werden, die die übrigen Verantwortungseigentümer nicht in ihrer Gemeinschaft sehen wollen. Daher ist für die Abtretung der Anteile ein Zustimmungsbeschluss gemäß § 77b Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE vorgesehen.

Stellt der VE-GmbH-Gesellschafter seinen Anteil gemäß § 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 § 77i GmbHG-VE zu. Vorrangig ist aber zunächst der rückständige Nachschuss zu decken. Der verbleibende Überschuss gebührt dem Gesellschafter.

d) Zu § 77e Ergebnisverwendung in der VE-GmbH

§§ 77e und 77f GmbHG-VE sind zentrale Vorschriften zur Gewährleistung der für die VE-GmbH 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.⁴⁵ 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 in Verantwortungseigentum 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 § 77e Absatz 3 GmbHG-VE 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 VE-GmbH nicht.

⁴⁴ Baumbach/Hueck/Kersting, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 27 Rn. 1 f.; MüKoGmbHG/Schütz, 3. Aufl. 2018, § 27 Rn. 1.

⁴⁵ Vgl. BeckOK GmbHG/Schindler, 41. Ed. 1.11.2019, § 46 Rn. 14 m.w.N.

§ 77e Abs. 2 S. 1 und 2 GmbHG-VE 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). Es soll allerdings den Gesellschaftern auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses möglich sein, Ausschüttung zu gemeinnützigen Zwecken vorzusehen, vgl. § 77e Abs. 2 S. 4 GmbHG-VE.

e) Zu § 77f Vermögensbindung

aa) Allgemeine Überlegungen

§ 77f GmbHG-VE sichert den Ausschluss von Gewinnausschüttungen in § 77e GmbHG-VE 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 § 77f GmbHG-VE dient der für die VE-GmbH charakteristischen Vermögensbindung, nicht der Sicherung des Stammkapitals im Interesse des Gläubigerschutzes.⁴⁶ Damit geht § 77f GmbHG-VE deutlich weiter als § 30 GmbHG, aber auch als § 57 AktG.

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 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,⁴⁷ dies gilt auch für die VE-GmbH. Wie in einer „normalen“ GmbH kann ein Verkauf unter Wert allerdings eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers darstellen.⁴⁸

bb) Verdeckte Gewinnausschüttung

(1) Allgemeine Überlegungen

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

Die Gesellschafter einer VE-GmbH haben keinen legitimen direkten Zugriff auf das Vermögen, wie es die Gesellschafter einer „normalen“ GmbH über Gewinnausschüttungen erlangen. Mehr noch, in einer „normalen“ GmbH kann jede

⁴⁶ Vgl. dazu vertiefend m.w.N. MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 45 ff.

⁴⁷ BGH, NZG 2019, 505 Rn. 14 ff.

⁴⁸ Vgl. nur MüKoGmbHG/Fleischer, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 102.

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 VE-GmbH besteht die Vermögensbindung aber auch in der Auflösung fort. Daher ist anzunehmen, dass in einer VE-GmbH 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 VE-GmbH 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 des 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 § 77b Abs. 3 und 4 GmbHG-VE die Grundlagen gelegt.

Daneben sind aber angemessene Regelungen zur Sicherung der umfassenden Vermögensbindung in der VE-GmbH erforderlich. Problematisch erweisen sich an dieser Stelle Geschäfte zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft, insbesondere überhöhte Vergütungen. Einerseits darf der Asset-lock 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.⁴⁹ Das Problem verdeckter Gewinnausschüttungen ist damit unter anderen Vorzeichen auch für die VE-GmbH zu lösen.

(2) Orientierung an § 30 Abs. 1 GmbHG

Durch die Orientierung von § 77f Abs. 2 GmbHG-VE 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.⁵⁰ Zu einzelnen Beispielfällen vgl. die Anmerkungen zu § 77g GmbHG-VE.

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 VE-GmbH eigene Prinzipien herauszuarbeiten.⁵¹

⁴⁹ Vgl. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 231.

⁵⁰ Vgl. nur die umfassenden Nachweise bei MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 126 ff.; Baumbach/*Hueck/Fastrich*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 14 ff.; Henssler/*Strohn/Fleischer*, GesR, 4. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 3 ff.; Roth/*Altmeyden/Altmeyden*, 9. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 25 ff.

⁵¹ 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-VE zu überprüfen ist, weil Gewinnausschüttungen in der VE-GmbH unabhängig von der finanziellen Situation der Gesellschaft nie zulässig sind.

(3) Vollwertiger Gegenleistungsanspruch und Gesellschaftervergütung

In Anlehnung an § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG⁵² sind gemäß § 77f Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE 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.⁵³

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 ihre Dienste für die Gesellschaft vereinbaren. Bei der Auszahlung einer unangemessen hohen Vergütung an einen Gesellschafter oder Gesellschafter-Geschäftsführer ist § 77f Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE nicht erfüllt, was einen Verstoß gegen § 77f Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE zur Folge hätte. Eine ausdrückliche Regelung zu dieser Frage soll allerdings der Klarstellung dienen. Die Tätigkeit für die VE-GmbH 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.⁵⁴ 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-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.⁵⁵ In der VE-GmbH 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 Verantwortungseigentümer von der Gesellschaft eine Vergütung in einer wirtschaftlich schwierigen Situation einfordern könnten, in der ein „normaler“ GmbH-Gesellschafter schon keine Gewinne mehr entnehmen dürfte.

⁵² Vgl. dazu auch MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30 Rn. 231.

⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf, NZG 2012, 103; auch BGH, NJW 2009, 2375 thematisiert das Tätigwerden von Gesellschafter-Geschäftsführern für ihre Gesellschaft.

⁵⁴ Vgl. im Einzelnen nur Hüffer/*Koch/Koch*, 14. Aufl. 2020, AktG § 87 Rn. 8 ff.; MüKoAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 87 Rn. 22 ff.

⁵⁵ BGH, DStR 1992, 1443 (1444); seit 2008 für Gesellschafter-Geschäftsführer auch § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu entnehmen.

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

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 VE-GmbH kann einerseits Gesellschafterin verschiedenster anderer Gesellschaften und damit Konzernmutter sein. Andererseits können die Anteile an einer VE-GmbH ihrerseits von einer anderen VE-GmbH gehalten werden, so dass eine VE-GmbH auch „Konzerntochter“ sein kann. Allerdings ist die Fähigkeit der VE-GmbH Unternehmensverträge zu schließen gemäß § 77o GmbHG-VE eingeschränkt. Insbesondere der Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages als Organgesellschaft und damit die Verpflichtung einer Gewinnausschüttung würde dem Wesen der VE-GmbH widersprechen.

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

aa) Erstattung verbotener Zahlungen

Zahlungen, die entgegen §§ 77e und 77f GmbHG-VE vorgenommen wurden, sind zu erstatten. § 31 Abs. 1 GmbHG bezieht sich auf Zahlungen, die entgegen § 30 GmbHG erfolgen. Die Vorschrift passt nicht auf die VE-GmbH 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 VE-GmbH 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 VE-GmbH und gelten deshalb im Rahmen des § 77g GmbHG-VE entsprechend, § 77f Abs. 1 S. 2 GmbHG-VE. Die Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG greift auch für die VE-GmbH.

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 VE-GmbH heranzuziehen. Daher gilt auch für die VE-GmbH, dass der Erlass der Verpflichtungen entsprechend ausgeschlossen ist.

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

bb) Generell zum Geschäftsführer in der VE-GmbH

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 VE-GmbH und bedürfen keiner weiteren Anpassung.

cc) Zu § 77g 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 § 77f Abs. 1 GmbHG-VE nicht für die VE-GmbH. Vielmehr ist ein Auszahlungsverbot in § 77f Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE kodifiziert. § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG ist dahingehend anzupassen und auf Zahlungen, die der Vorschrift des § 77e GmbHG-VE 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 Ausfassung Ansprüche gemäß § 77g GmbHG-VE, wenn die von Rechtsprechung und Literatur zu § 30 Abs. 1 S. 1 GmbH entwickelten Grundsätze auf die parallele Vorschrift des § 77f Abs. 2 GmbHG-VE angewendet werden. Zudem haften Geschäftsführer gemäß § 77g Abs. 2 GmbHG-VE, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die knappe Behandlung verkennt nicht, dass entsprechende Fragestellungen im Einzelnen hochkomplex und umstritten sind. Besonderheiten der VE-GmbH kann in Zukunft durch eine Weiterentwicklung von Rechtsprechung und Literatur Rechnung getragen werden.

Die Geltendmachung der Ansprüche ist durch eine angemessene Governance nach § 77h GmbHG-VE 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 § 77f Abs. 2 S. 3 GmbHG-VE, daher steht der Leistung der Gesellschaft kein gemäß § 77f Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE vollwertiger Gegenleistungsanspruch gegenüber. Damit liegt eine verbotene Auszahlung gemäß § 77f Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE vor und es besteht ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter gemäß § 77g Abs. 1 GmbHG-VE; der Geschäftsführer haftet ggf. gemäß § 77g Abs. 2 GmbHG-VE, § 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 VE-GmbH ist Eigentümerin eines wertvollen Vermögensgegenstands (z.B. ein wertvolles Grundstück). Die VE-GmbH verkauft diesen Gegenstand an einen Gesellschafter zu einem zu geringen Preis.

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

Fall 3: Zuwendungen an persönlich nahestehende Dritte

Beispiel: Die VE-GmbH 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.⁵⁶ Unter 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 sind⁵⁷ (z.B. bei Ehegatten oder Kindern) von § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfasst sind und ggf. vom Gesellschafter Erstattung verlangt werden kann.

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

Fall 4a: Zuwendungen an Schwestergesellschaft

Beispiel: Die VE-GmbH 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 Gesellschafters bezweckt, sondern durch das außerbetriebliche Eigeninteresse⁵⁸ des Gesellschafters bzw. sein Näheverhältnis zum Leistungsempfänger⁵⁹ 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.⁶⁰

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

⁵⁶ Vgl. nur m.w.N. MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 158 f.; Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 30 Rn. 20 ff.; Henssler/Strohn/Fleischer, GesR, 4. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 15 ff.

⁵⁷ Vgl. nur m.w.N. MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 162; Roth/Altmeppen/Altmeppen, 9. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 32, 48 ff.

⁵⁸ Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 30 Rn. 37 m.w.N.

⁵⁹ Henssler/Strohn/Fleischer, GesR, 4. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 16.

⁶⁰ BGH NJW 2011, 2719 (2723) Rn. 42; BGH NZG 2008, 507 (508); vgl. MüKoGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 182 m.w.N.; vgl. auch Henssler/Strohn/Fleischer, GesR, 4. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 16.

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

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

Die Einordnung des Stellens von Sicherheiten⁶¹ als Auszahlung im Rahmen des § 30 GmbHG ist umstritten. Wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, an der die VE-GmbH 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 § 77g GmbHG-VE in Betracht, weil finanzielle Vorteile aufgrund der wirtschaftlichen Nähe⁶² zum Gesellschafter und nicht im Interesse der VE-GmbH erbracht wurden.

4. Absicherung der Vermögensbindung/ Governance in der VE-GmbH

a) Allgemeine Überlegungen

Die Governance der VE-GmbH bedarf vertiefter Diskussion.⁶³

Das GmbHG geht davon aus, dass die Gesellschafter selbst so aktiv in der Gesellschaft sind, dass sie alle Kompetenzen an sich ziehen und die Geschäftsführung anweisen und kontrollieren können. Ein Aufsichtsrat, der in der AG dazu dient, den Vorstand im Interesse der Aktionäre zu überwachen,⁶⁴ 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 VE-GmbH relevante Vermögensbindung Interesse verdienen – gibt es kein besonderes Organ, so dass die Durchsetzung entsprechender Ansprüche in letzter Konsequenz nicht selten dem Insolvenzverwalter überlassen bleibt.

Governance-Mechanismen für die VE-GmbH müssen sich zum einen systemgerecht in das GmbHG einpassen. Zum anderen müssen sie Lösungen für die besonderen Herausforderungen der VE-GmbH liefern. Die zwingende Vermögensbindung der VE-GmbH wirft Fragen für die Governance der Gesellschaft auf, weil

⁶¹ Im Einzelnen umstritten vgl. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 138 f.; Roth/*Altmeyden/Altmeyden*, 9. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 85 ff.

⁶² Roth/*Altmeyden/Altmeyden*, 9. Aufl. 2019, GmbHG § 30 Rn. 32, 54 ff.

⁶³ Vgl. *Sanders/Hoon*, „Eigentum trifft Verantwortung“ FAZ-Einspruch vom 5.2.2020, online abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/einspruch-exklusiv-eigentum-trifft-verantwortung-16618406.html?GEPC=s3&premium=0xf4088ef53770f9ac1352430ef1d4e8> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

⁶⁴ Vgl. nur MüKoAktG/*Habersack*, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 12.

sie die Anreize der Gesellschafter strukturell verändern kann. Anreize für die Arbeit in einem Unternehmen können monetärer/finanzieller Art sein, in der selbstbestimmten Verwirklichung einer eigenen Idee liegen, aber auch aus Reputation und sozialer Anerkennung stammen. Wie bei anderen Unternehmen auch, kann eine Tätigkeit in einem Unternehmen in Verantwortungseigentum alle drei Anreize befriedigen.

Allerdings können, wie bereits eingangs diskutiert, finanzielle Anreize in der VE-GmbH nur aus einer Vergütung bzw. der Angst vor dem Verlust der Einlage stammen. Anders als in einem herkömmlichen Unternehmen kann unternehmerischer Erfolg in einer VE-GmbH nicht durch Gewinnentnahmen und Unternehmensverkauf von den Gesellschaftern individualisiert werden.

Für einen Gesellschafter, der nicht (mehr) an die Vision des Unternehmens glaubt, bringt die Arbeit im Unternehmen in Verantwortungseigentum keinen Antrieb der Selbstverwirklichung und der sozialen Reputation mehr. In einem Unternehmen in Verantwortungseigentum sind finanzielle Anreize jedoch notwendigerweise begrenzt. Damit kann bei Gesellschaftern, die nicht (mehr) an die Ziele des Unternehmens glauben und bei denen daher ein wesentlicher Antrieb für das Engagement im Unternehmen nicht mehr besteht, auch die Motivation sinken, sich für das Unternehmen zu engagieren und die Geschäftsführung und die Mitgesellschafter zur Einhaltung der Vermögensbindung und Geltendmachung etwaiger Rückforderungs- bzw. Schadensersatzansprüche anzuhalten. Die Bedeutung der Erhaltung und Entwicklung der Fähigkeiten- und Wertefamilie der Verantwortungseigentümer-Gesellschafter insbesondere durch § 77b GmbHG-VE wurde bereits betont.

Darüber hinaus bietet die abhängig von der Unternehmensgröße erforderliche Abschlussprüfung Möglichkeiten auch zu einer Prüfung der Einhaltung der Vermögensbindung. Der vorliegende Entwurf enthält hierfür aber noch keine konkreten Vorschläge.

Ferner bedarf es aber auch der organisationsverfassungsrechtlichen Verankerung geeigneter Kontroll- und Überwachungsmechanismen. Der Entwurf legt hier keine verbindlichen Mechanismen fest, sondern überlässt es den Gesellschaftern im Rahmen einer prinzipiengeleiteten Regelungstechnik, ein für ihr Unternehmen geeignetes Konzept zu entwickeln.⁶⁵ Dieses Konzept muss aber auf der Internetseite der Gesellschaft transparent gemacht und das Bestehen vom Registergericht vor der Eintragung überprüft werden.

In der Diskussion mit den verschiedenen Unternehmen, die Verantwortungseigentum bereits leben, hat sich eine große Heterogenität hinsichtlich der Strukturen und der Größe gezeigt. Es erscheint daher unpassend, durch den Gesetzgeber allgemeinverbindliche Governance-Instrumente vorzusehen. Außerdem passt sich dieser Ansatz in das von Flexibilität geprägte GmbH-Recht ein, das auch für nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtete Gesellschaften wie die gGmbH keine gesellschaftsrechtlichen Kontroll- und Überwachungsmechanismen verbindlich festlegt, sondern es bei den Regeln des Steuerrechts belässt. Hinzukommt, dass weder die etablierten Mechanismen des Kapitalgesellschaftsrechts noch die in anderen Rechtsordnungen entwickelten Strategien zu den besonderen Herausforderungen von Unternehmen in Verantwortungseigentum in der deutschen Rechtsordnung gut genug passen, um sie verbindlich vorzusehen.

⁶⁵Die 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).

Andere Rechtsordnungen⁶⁶ arbeiten mit Beiräten und Aufsichtsratslösungen, wie z.B. die *société à mission* französischen Rechts,⁶⁷ sowie mit speziellen Aufsichtsbehörden wie die britische *community interest company*⁶⁸ oder die dänischen Stiftungsunternehmen⁶⁹. Wesentlicher Unterschied ist aber, dass die VE-GmbH keinen besonderen gemeinwohlförderlichen Zweck verfolgen muss, dessen Verwirklichung über eine Aufsichtsbehörde überwacht wird. Die Gesellschaft in Verantwortungseigentum definiert sich vielmehr über eine besondere Vermögensbindung, wobei die Gesellschafter im Gegensatz zu den Organen einer Stiftung keine Angestellten sind, sondern weiterhin mit einer Einlage im finanziellen Risiko stehen.

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.⁷⁰ Aufgaben und Zusammensetzung divergieren dabei stark.⁷¹ Auf die dort gemachten Erfahrungen kann auch im Rahmen der VE-GmbH angeknüpft werden. Für viele Unternehmen mag die Einrichtung eines solchen Organs eine geeignete Lösung darstellen. Ein Aufsichtsrat ist ohnehin gesetzlich aus mittbestimmungsrechtlichen Gründen für Unternehmen ab einer bestimmten Mitarbeiterzahl vorgesehen.

Daher wurde die Einführung eines verbindlichen Aufsichtsrats für mittelgroße Unternehmen 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, damit eine ausreichende Motivation gegeben ist, sich als Außenstehender so intensiv in die Angelegenheiten der Gesellschaft einzuarbeiten, wie für die effektive Absicherung der Vermögensbindung auch gegen den Wunsch der Gesellschafter nötig ist. All dies kann gerade bei kleinen Unternehmen schwierig sein.

Zum anderen passt der Aufsichtsrat nach seiner ursprünglichen Konzeption im Aktienrecht nicht zu den Aufgaben, die er in einer Gesellschaft in Verantwortungseigentum übernehmen müsste. Dem Aufsichtsrat kommt im Aktienrecht die Funktion zu, den Vorstand im Interesse der Eigentümer, der Aktionäre, zu überwachen. In einer Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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 finanzielles Risiko in der Gesellschaft tragen.

⁶⁶ Vgl. *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* (80) 2016, 399 m.w.N.

⁶⁷ *Segrestin/Hatchuel/Levillain* JBE 2020, online abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04439-y> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

⁶⁸ <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-regulator-of-community-interest-companies> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

⁶⁹ Vgl. dazu *Thomsen*, *The Danish Industrial Foundations*, 2017, 45 ff.

⁷⁰ *Sanders*, *NZG* 2017, 961 (962) m.w.N.

⁷¹ Vgl. *Sanders*, *NZG* 2017, 961.

b) Prinzipiengeleitete Regelungstechnik

Der Gesellschaft kann die Ausgestaltung der Kontroll- und Überwachungsmechanismen grundsätzlich überlassen bleiben. Sie sollte aber offenlegen müssen, welche diesbezüglichen Vorkehrungen sie getroffen hat. § 77h Abs. 1 GmbHG-VE enthält den Gestaltungsauftrag an die Gesellschafter einschließlich einer Prüfungspflicht des Registergerichts nach § 9c in Satz 2 und einer Transparenzpflicht in Satz 3. Die Regelungen in den Sätzen 2 und 3 stellen sicher, dass die verantwortungsvolle Gestaltung der eigenen Governance als Pflicht der Gesellschafter verstanden und durchgesetzt wird. Das erarbeitete Konzept muss das Registergericht überzeugen und auch Kunden, Mitarbeiter und andere Unternehmen in Verantwortungseigentum, die das im Internet veröffentlichte Konzept studieren können.

Um die Gestaltung durch die Gesellschafter und die Überprüfung durch das Registergericht zu erleichtern, werden im Absatz 2 zwei Beispiele genannt. Denkbar ist darüber hinaus auch die Entwicklung von Mustersatzungen in der Praxis, gegebenenfalls aber auch durch das zuständige Ministerium. Eine solche Mustersatzung könnte gegebenenfalls als Anhang zum GmbHG genommen werden, wie die Musterprotokolle zu § Abs. 1 a GmbHG.

aa) Berichtspflicht

Die Gestaltungsoption, die in § 77h Abs. 2 Nr. 1 GmbHG-VE vorgeschlagen wird, beinhaltet eine Berichtspflicht des Geschäftsführers über die Einhaltung der Vermögensbindung gemäß §§ 77e, 77f GmbHG-VE und das Bestehen und die Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 77g GmbHG-VE gegenüber den Gesellschaftern oder – soweit vorhanden – dem Aufsichtsrat. Wirkt bei der Erstellung des Berichts ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer mit, so erhöht dies sicherlich die Aussagekraft des Berichts. Mit dem Bericht wird das Bestehen der Ansprüche den Gesellschaftern gegenüber angezeigt und in den Unterlagen der Gesellschaft festgehalten. Angesichts der strengen persönlichen Haftung sowohl der Gesellschafter als auch der Geschäftsführer könnte dies die Durchsetzung der Ansprüche erhöhen, spätestens im Insolvenzfall, wenn der Insolvenzverwalter die Ansprüche durchsetzen kann. Ist ein Aufsichtsrat vorhanden, so macht sich dieser bei einer mangelnden Durchsetzung der aus dem Bericht ersichtlicher Ansprüche selbst schadensersatzpflichtig gemäß § 52 GmbHG, § 116 AktG.

Denkbar ist auch vorzusehen, dass der Bericht gegenüber einer anderen Person, beispielsweise einem Arbeitnehmervertreter, zu erstatten ist, die zur Einsichtnahme in entsprechende Unterlagen und zur Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 77g GmbHG-VE für die Gesellschaft bevollmächtigt wird. Das im Rahmen einer gewillkürten Prozessstandschaft erforderliche eigene rechtliche Interesse dieser Person⁷² ließe sich durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrags sowie durch mit dieser Person geschlossene Vereinbarungen begründen. Anregung könnte der besondere Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 AktG bieten.

bb) Aufsichtsorgan

Als weitere Möglichkeit wird in § 77h Abs. 2 Nr. 2 GmbHG-VE die Einrichtung eines Aufsichtsorgans vorgesehen. Diese Option ergibt sich bereits aus § 52 GmbHG. Allerdings hat das Aufsichtsorgan zur Gewährleistung der Vermögensbindung einen anderen Zweck als der klassische Aufsichtsrat. Bei dem Aufsichtsorgan könnte es sich um ein Gremium wie einen Beirat handeln, aber auch um eine Einzelperson,

⁷² Vgl. nur Musielak/Voit/Weth, 17. Aufl. 2020, ZPO § 51 Rn. 27 ff.

vergleichbar dem Generalbevollmächtigten in der Genossenschaft (§§ 39 Abs. 1 S. 2, 51 Abs. 3 S. 2, 57 Abs. 6 S. 1 GenG), der mit der Novelle 2006 geschaffen wurde, um kleineren Genossenschaften die Errichtung eines ganzen Aufsichtsrats zu ersparen.⁷³

cc) Weitere Möglichkeiten

(1) Entwicklung von Gestaltungsoptionen und Best-practices

Die Regelung des § 77h Abs. 2 GmbHG-VE ist nicht abschließend; es sind weitere interne oder externe Gestaltungsformen denkbar, wie z.B. die Wahl einzelner Arbeitnehmer oder die Beauftragung eines externen Wirtschaftsprüfers, die jeweils mit dem Recht ausgestattet werden können, Ansprüche gemäß § 77g GmbHG-VE geltend zu machen. Denkbar wäre auch die Bestellung eines besonderen Geschäftsführers speziell für Fragen der Vermögensbindung nach Art eines Compliance Officers. Sinnvoll sind Regelungen zur Unabhängigkeit der betreffenden Personen bzw. Organe. Zudem sind Einsichtsrechte vorzusehen, um den Informationszugang als Grundlage der Überwachungsaufgabe zu gewährleisten. Auch von Erfahrungen aus dem Ausland kann profitiert werden.⁷⁴

Denkbar und sinnvoll wird in der Zukunft die Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen in Verantwortungseigentum und auf diesem Gebiet tätiger Praktiker zum Erfahrungsaustausch und zur Erarbeitung von Best-practices bei der Lösung von Governance-Fragen sein.⁷⁵

(2) Vergütung

Die VE-GmbH wäre als juristische Person grundsätzlich verpflichtet, dem Transparenzregister die erforderlichen Angaben (§ 19 Abs. 1 GwG) mitzuteilen, wobei diese aufgrund der Eintragung im Handelsregister gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 GwG als erteilt gelten dürften. Im Transparenzregister sind keine Angaben hinsichtlich der Vergütung/Gehälter der „wirtschaftlich Berechtigten“ mitzuteilen.

Denkbar wäre es darüber hinaus aber, dass Gesellschaften in Verantwortungseigentum in ihrer Satzung besondere Regeln zur Vergütung von Gesellschaftern und Geschäftsführern vorsehen, um Transparenz und Glaubwürdigkeit dahingehend zu schaffen, dass die Vermögensbindung nicht durch die Zahlung unangemessenen hoher Gehälter umgangen wird. Denkbar wäre eine Orientierung an § 161 AktG, wonach die Gesellschaft die jährliche Vergütung ihrer Gesellschafter und der Geschäftsführer grundsätzlich anonymisiert auf der Internetseite der Gesellschaft offenzulegen hat. Solch „gläserne“ Unternehmen sind auch im Rechtsvergleich nicht gänzlich unbekannt. In Norwegen etwa werden Einkommen, Vermögen und die Summe der gezahlten Steuern der Steuerzahler (darunter im Jahre 2017 ca. 317.000 Unternehmen) sogar durch das Finanzamt online in der „skattelister“ (Steuerliste) veröffentlicht.⁷⁶

Die Offenlegung der Gehälter birgt allerdings Gefahren. Zum einen sind Regelungen des Datenschutzes zu beachten. Informationen über Gehälter können außerdem missbraucht werden, beispielsweise um die finanzielle Leistungsfähigkeit

⁷³ Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich, Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl. 2012, § 9 Rn. 3.

⁷⁴ Beispielsweise von den dänischen Recommendations on Good Foundation Governance, vgl. *Thomsen*, The Danish Industrial Foundation, 2017, 60 ff.

⁷⁵ Familienunternehmer und Wissenschaftler haben den Governance Kodex für Familienunternehmen erarbeitet, der auch für die Entwicklung entsprechender Leitlinien für Unternehmen in Verantwortungseigentum Anregungen geben kann, online abrufbar unter <http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

⁷⁶ <https://businessportal-norwegen.com/2018/11/09/norwegens-steuerbehoerde-veroeffentlicht-listen-zu-einkommen-vermoe-gen-und-steuersumme-2017/> (zuletzt geprüft am 10.06.2020).

eines potentiellen Opfers vor der Verübung von Straftaten einzuschätzen.⁷⁷ Außerdem sind Rückschlüsse auf die finanzielle Situation des Unternehmens möglich, die sich negativ für das Unternehmen auswirken können.⁷⁸

5. Zum Austritt und Ausschluss eines VE-GmbH Gesellschafters und zur Einziehung von VE-GmbH-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 Ausschluss⁷⁹ als auch der Austritt⁸⁰ aus wichtigem Grund⁸¹ möglich sein müssen.⁸² Regelungen zur Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen einer GmbH finden sich in § 34 GmbHG.

Gegenüber der GmbH bedarf es kaum Änderungen für den Fall, dass ein Gesellschafter aus der VE-GmbH austritt, ausgeschlossen wird oder die Geschäftsanteile eingezogen werden. Von der Regelung allgemeiner Austritts- und Ausschlussrechte wurde abgesehen, um die VE-GmbH nicht zu weit vom allgemeinen GmbH-Recht zu entfernen. Wie die Gesellschafter einer üblichen GmbH können die Gesellschafter einer VE-GmbH 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 VE-GmbH nicht mehr identifizieren können, nicht in die Rolle des „lästigen Gesellschafters“ zu drängen. Dies ist nie wünschenswert, aber in einer VE-GmbH, in der die Motivation der Gesellschafter eine besondere Rolle spielt, besonders wichtig.

⁷⁷ Darauf wird allgemein bei Veröffentlichung von personenbezogenen Daten, insb. beim Transparenzregister, hingewiesen, s. Kirchhof, ZRP 2017, 127; *Siems*, Gefährliche Transparenz, Die Welt vom 13.4.2019, online abrufbar unter https://www.welt.de/print/die_welt/wirtschaft/article191856219/Gefaehrliche-Transparenz.html (zuletzt geprüft am 10.06.2019).

⁷⁸ Vgl. *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 f.

⁷⁹ BeckOK GmbHG/*Schindler*, 41. Ed. 1.11.2019, § 34 Rn. 115; *Baumbach/Hueck/Kersting*, 22. Aufl. 2019, GmbHG Anh. § 34 Rn. 2 jeweils m.w.N.

⁸⁰ *Baumbach/Hueck/Kersting*, 22. Aufl. 2019, GmbHG Anh. § 34 Rn. 18; *MHLS/Sosnitzka*, 3. Aufl. 2017, GmbHG Anh. § 34 Rn. 45 jeweils m.w.N.

⁸¹ 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.

⁸² *Raiser/Veil*, KapGesR, 6. Aufl. 2015, § 40 Rn. 73.

b) Zu § 77i Anspruch auf Erstattung der Einlage

Notwendig sind jedoch Anpassungen zur Abfindung eines Gesellschafters, der die VE-GmbH verlässt. Tritt ein Gesellschafter aus der VE-GmbH aus, so kann der Geschäftsanteil ebenso wie bei der GmbH nach Wahl der Gesellschaft entweder eingezogen oder unter Einhaltung des § 77b Abs. 2 GmbHG-VE 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 des Asset-Locks, 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-Rechts⁸³ ausgeschlossen, wenn dadurch das gesetzliche oder gesellschaftsvertraglich vereinbarte Mindestkapital unterschritten werden müsste, vgl. § 77i Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE.

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

Für die VE-GmbH 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 VE-GmbH aber gemäß § 77f Abs. 1 S. 1 GmbHG-VE nicht anwendbar. Deshalb bedarf es § 34 Abs. 3 GmbHG für die VE-GmbH nicht, vgl. § 77i Abs. 2 S. 2 GmbHG-VE. Die entstandene Lücke schließt § 77i Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE.

Die Bindung an einen Gesellschafterbeschluss in § 77i Abs. 3 GmbHG-VE 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).

⁸³ Zu Auszahlungen des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter vgl. allg. *Porzelt*, GmbHR 2016, 627 ff.

6. Zur Auflösung und Insolvenz der VE-GmbH

a) Zu § 77j Auflösung der Gesellschaft und Erlösverwendung

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.⁸⁴ Dies geschieht dabei in drei Verfahrensschritten: Auflösung, Liquidation und Löschung.⁸⁵ 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 VE-GmbH 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 Einstimmigkeit) vereinbart werden.⁸⁶

Mit der Auflösung wird das Amt des Geschäftsführers durch den Liquidator übernommen, der dann die laufenden Geschäfte zu beendigen 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 Vollbeendigung⁸⁷; Dauer gemäß § 73 GmbHG grundsätzlich mind. ein Jahr). Im Zuge der Liquidation ist auch die Veräußerung des gesamten Unternehmens (§ 70 S. 1 Alt. 4 GmbHG) nach h.M. in der Literatur sogar ohne Gesellschafterbeschluss möglich.⁸⁸

Da die Liquidation einer Gesellschaft in der Regel auf ihre Vollbeendigung abzielt, ist bei der VE-GmbH vom Liquidator § 77j Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE zu beachten, wonach das im Zuge der Liquidation nach Rückzahlung der Einlagen gemäß § 77i GmbHG-VE verbliebene Restvermögen einer anderen Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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.

⁸⁴ Vgl. Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 60 Rn. 5.

⁸⁵ Vgl. Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 50.

⁸⁶ Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 69 m.w.N.

⁸⁷ Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 50.

⁸⁸ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 70 Rn. 14; MüKoGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, § 70 Rn. 16 jeweils m.w.N.

Entsprechend wäre es denkbar, im Fall der Liquidation auch in der VE-GmbH keine Erstattung der Einlage vorzusehen. Eine solche Regelung würde aber im Widerspruch zu § 77i GmbHG-VE stehen, auf den § 77b Abs. 3 und 4 GmbHG-VE und §§ 77k und 77l GmbHG-VE verweisen. Daher wird hier die Erstattung der Einlage gemäß § 77i GmbHG-VE vorgesehen.

Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass im Liquidationsstadium eine Gesellschaft oder eine Einzelperson das Unternehmen erwerben kann, der die Philosophie des Verantwortungseigentums nicht teilt. Auch ein Verantwortungseigentümer selbst, der nicht mehr von der Philosophie des Verantwortungseigentums überzeugt ist, kann das Unternehmen von der Gesellschaft kaufen und damit wieder in Nicht-Verantwortungseigentum überführen. Dabei käme der Erlös allerdings einer anderen VE-GmbH oder gemeinnützigen Zwecken zugute. Eine solche Möglichkeit des Erwerbs des Unternehmens von der VE-GmbH 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).⁸⁹ Gleiches gilt für die VE-GmbH.

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.⁹⁰ Der Insolvenzverwalter verdrängt dann den Geschäftsführer aus seiner Leitungszuständigkeit.⁹¹ Der Geschäftsführer vertritt im Insolvenzverfahren die GmbH nur als Schuldnerin und in den sonstigen Angelegenheiten, in denen der Insolvenzverwalter nicht zuständig ist.⁹² Das Gesellschaftsvermögen wird zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO)⁹³ 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.⁹⁴ Die eigenen Anteile der Gesellschaft unterliegen der alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, die Anteile der Gesellschafter indes nicht.⁹⁵

⁸⁹ K. Schmidt, GmbHR 1988, 209, (210 ff.); MüKoGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 60 Rn. 17 jeweils m.w.N.

⁹⁰ Henssler/Strohn/Arnold, GesR, 4. Aufl. 2019, GmbHG § 60 Rn. 23.

⁹¹ K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 38 IV c), S. 1208; MHLS/Nerlich, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 60 Rn. 169.

⁹² Vgl. MHLS/Nerlich, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 60 Rn. 148.

⁹³ MHLS/Nerlich, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 60 Rn. 162.

⁹⁴ MüKoGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, § 64 Rn. 81 m.w.N.

⁹⁵ MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 561.

Im Falle der Insolvenz der VE-GmbH sind die für juristische Personen geltenden insolvenzrechtlichen Normen überwiegend auch für die VE-GmbH 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 Verantwortungseigentums 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 sich.⁹⁶ Die Geschäftsanteile am Unternehmensträger unterfallen daher nicht dem Anwendungsbereich des § 162 InsO.⁹⁷ 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 Verantwortungseigentümer 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 § 77j Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE verwendet werden.

Gemäß § 199 S. 2 InsO hat der Verwalter jeder an der VE-GmbH beteiligten Person den Teil des Überschusses herauszugeben, der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustünde. Die Herausgabe des Überschusses an die VE-GmbH-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 VE-GmbHHR („der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustünde“) verweisen und damit auch auf § 77j Abs. 2 S. 1 GmbHG-VE, 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.⁹⁸ Im Falle einer Übertragung der Geschäftsanteile des Gesellschafters ist für die VE-GmbH folglich die Vorschrift des (zwingenden) § 77b Abs. 2 GmbHG-VE 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 eine „Kompensation“.⁹⁹ Als Kompensation kommt im Falle einer VE-GmbH nur ein Erstattungsanspruch gemäß § 77i GmbHG-VE in Betracht.

⁹⁶ Vgl. Uhlenbruck/Zipperer, 15. Aufl. 2019, InsO § 162 Rn. 3.

⁹⁷ BeckOK InsO/Theisemann, 16. Ed. 15.10.2019, InsO § 162 Rn. 1.

⁹⁸ MüKInsO/Eidenmüller, 4. Aufl. 2020, § 225a Rn. 76; K. Schmidt InsO/Spliedt, 19. Aufl. 2016, InsO § 225a Rn. 35; Klausmann, NZG 2015, 1300 (1304).

⁹⁹ So BeckOK InsO/Geiwitz/von Danckelmann, 16. Ed. 28.1.2019, § 225a Rn. 22b.

7. 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. Trennungsprinzips¹⁰⁰ (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.¹⁰¹ 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.¹⁰² Bei der Verwertung ist der Insolvenzverwalter jedoch an die Formvorgaben des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG und § 16 GmbHG gebunden.¹⁰³ Insgesamt kommt es in der Regel zu einem aus dem Spannungsverhältnis zwischen Insolvenzrecht (Verwertungsinteressen der Gläubiger) und Gesellschaftsrecht (Interessen der Mitgesellschafter) resultierenden Zielkonflikt.¹⁰⁴

Die Reichweite des Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters ist nicht unumstritten¹⁰⁵:

Nach g.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.¹⁰⁶ Etwaige gesellschaftsvertragliche Vinkulierungsklauseln sind daher dem Insolvenzverwalter gegenüber nicht wirksam.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ Die Veräußerung des Geschäftsanteils ist dabei in der Praxis am zweckdienlichsten und daher das gängige Mittel des Insolvenzverwalters.¹⁰⁹

¹⁰⁰ Dazu etwa MüKoGmbHG/Merkt, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 332.

¹⁰¹ Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, S. 21.

¹⁰² MüKoGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 110; MHLS/Ebbing, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 15 Rn. 249 m.w.N.

¹⁰³ MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 558 mwN.

¹⁰⁴ Vgl. Bergmann, ZInsO 2004, 225; Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, S. 22.

¹⁰⁵ Zum Streitstand etwa Uhlenbruck/Zipperer, 15. Aufl. 2019, InsO § 159 Rn. 35; Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, S. 73 ff.

¹⁰⁶ MüKoInsO/Peters, 4. Aufl. 2019, § 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, S. 77; Liebscher/Lübke ZIP 2004, 241 (248 f.).

¹⁰⁷ MüKoGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 110; Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 39 jeweils m.w.N.

¹⁰⁸ Heckschen, NZG 2010, 521 ff. m.w.N.; kritisch Uhlenbruck/Zipperer, 15. Aufl. 2019, InsO § 159 Rn. 35.

¹⁰⁹ Eichholz, Probleme in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafter, 2011, S. 70 m.w.N.

b) Zu § 77k Nr. 1 GmbHG-VE 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 VE-GmbH in § 77b GmbHG-VE die Übertragung des Geschäftsanteils bereits per Gesetz zwingend eingeschränkt. An diese Beschränkung ist auch der Insolvenzverwalter gebunden.

Nach § 77k Nr. 1 GmbHG-VE kann im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters einer VE-GmbH sein Geschäftsanteil gegen Erstattung der Einlage und sonstiger Zuzahlungen im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB auch eingezogen oder abgetreten werden.¹¹⁰ 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 § 77k Nr. 2 GmbHG-VE 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.¹¹¹ Dadurch besteht das Risiko, dass im Falle der Verwertung außenstehende Dritte in die GmbH eindringen (Überfremdung) und sich dadurch auch die Machtverhältnisse im Unternehmen verschieben könnten.¹¹² Statutarische Einschränkungen sind grundsätzlich unwirksam.¹¹³ Möglich sind aber sog. Einziehungsklauseln, die in der Praxis weit verbreitet sind.¹¹⁴

Im vorliegenden Entwurf ist die Anwendung von § 15 Abs. 1 GmbHG gemäß § 77b Abs. 1 GmbHG-VE ausgeschlossen. § 77k Nr. 2 GmbHG-VE zeigt jedoch, dass Geschäftsanteile einer VE-GmbH kein unpfändbares Vermögen bilden. Angesichts der Bedeutung, die die Erhaltung und Entwicklung der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ für die Gesellschaft in Verantwortungseigentum 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 Verantwortungseigentümer zustanden.

Die Regelung des § 77k Nr. 2 GmbHG-VE ergänzt § 77k Nr. 1 GmbHG-VE.¹¹⁵

¹¹⁰ Ähnlich wie Klauseln in Gesellschaftsverträgen, s. etwa Ivo, ZEV 2006, 252 (255).

¹¹¹ Vgl. BGH, NJW-RR 2019, 930 Rn. 30; BeckOK GmbHG/Wilhelmi, 41. Ed. 1.8.2019, § 15 Rn. 207 m.w.N.

¹¹² Vgl. Geißler, GmbHR 2012, 370 (371).

¹¹³ Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 60; K. Schmidt, GmbHR 2011, 1289 (1294) jeweils m.w.N.

¹¹⁴ Baumbach/Hueck/Servatius, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 15 Rn. 60; MHLS/Ebbing, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 15 Rn. 236 m.w.N.

¹¹⁵ Ähnlich wie Klauseln in Gesellschaftsverträgen, s. Geißler, GmbHR 2012, 370 (374).

8. Zur Umwandlung

a) Die VE-GmbH in der Umwandlung

aa) Zu § 771 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)¹¹⁶ 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 iure auf den neuen Zielrechtsträger über.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ 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,¹¹⁹ ihm wird lediglich ein neues „Rechtskleid“ „übergestülpt“.¹²⁰

Damit die Kontinuität der mit der Rechtsform der VE-GmbH 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 § 771 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 VE-GmbH keine Abfindung, sondern nach § 771 Abs. 1 S. 1 GmbHG-VE 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.¹²¹ 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 Barab-

¹¹⁶ Hofmann/Riethmüller, JA 2009, 481.

¹¹⁷ BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg, 1.4.2020, UmwG § 20 Rn. 5 f.

¹¹⁸ Vgl. Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, 8. Aufl. 2018, UmwG § 1 Rn. 17.

¹¹⁹ K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 13 II 1 a), S. 368; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, 8. Aufl. 2018, UmwG § 1 Rn. 19.

¹²⁰ Vgl. Hofmann/Riethmüller, JA 2009, 481 (483).

¹²¹ BeckOGK/Rieder, 1.4.2020, UmwG § 29 Rn. 2; Schaub, NZG 1998, 626.

findung anzubieten. Es handelt sich somit um eine finanzielle Kompensationsmöglichkeit für die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers.¹²² § 29 UmwG gilt für alle Verschmelzungsvorgänge (Ausnahme: § 77a Abs. 2 Abs. 1 UmwG (Genossenschaften) und § 104a UmwG (gemeinnützige Vereine) als übertragende Rechtsträger).¹²³ Ferner gilt § 29 UmwG vermittels § 125 S. 1 UmwG für die Auf- und Abspaltung entsprechend, nicht jedoch für die Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG.¹²⁴ § 29 UmwG gilt auch für die Vermögensübertragung entsprechend.¹²⁵ Für den Formwechsel existiert mit § 207 Abs. 1 UmwG eine § 29 UmwG ähnliche Norm, die auch teilweise auf § 29 UmwG verweist.¹²⁶

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)¹²⁷ Verfügungsbeschränkungen unterliegen.¹²⁸ Die Verschmelzung einer UG zur GmbH stellt keine Mischverschmelzung dar, da es keine unterschiedlichen Rechtsformen sind.¹²⁹ Dies dürfte indes nicht für den Fall der Beteiligung einer VE-GmbH 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 VE-GmbH 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. § 77i Abs. 1 S. 1 GmbHG-VE 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 § 77i Abs. 2 GmbHG-VE richtet sich die Erstattungszahlung nach § 77i GmbHG-VE. Im Übrigen gilt § 29 UmwG auch für die VE-GmbH.

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

cc) Zu § 77i Abs. 3 Vermögensübertragung bei der VE-GmbH

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

¹²² *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹²³ *Semler/Stengel/Kalss*, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 5 m.w.N.; *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹²⁴ *BeckOGK/Rieder*, 1.4.2020, UmwG § 29 Rn. 5; *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹²⁵ Vgl. *Semler/Stengel/Kalss*, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 5.

¹²⁶ Vgl. *Semler/Stengel/Kalss*, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 5; *Schaub*, NZG 1998, 626.

¹²⁷ BT-Drs. 13/8808, S. 11; *Semler/Stengel/Kalss*, 4. Aufl. 2017, UmwG § 29 Rn. 7.

¹²⁸ *Henssler/Strohn/Müller*, GesR, 4. Aufl. 2019, UmwG § 29 Rn. 4; *Schaub*, NZG 1998, 626 (629).

¹²⁹ *Henssler/Strohn/Müller*, GesR, 4. Aufl. 2019, UmwG § 29 Rn. 4 m.w.N.

dd) Zu § 77l Abs. 4 Grenzüberschreitende Verschmelzung einer VE-GmbH

Damit die Kontinuität der mit der Rechtsform der VE-GmbH einhergehenden Grundprinzipien (vornehmlich der Asset-lock) 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 § 77l Abs. 4 GmbHG-VE ausgeschlossen. Als Zielrechtsträger kommt eine VE-GmbH indes in Betracht, sodass es diesbezüglich keiner Anpassung bedarf. Erforderlich ist jedoch, dass die VE-GmbH 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 VE-GmbH in Absatz 2 des § 122b UmwG als übernehmender Rechtsträger explizit mit aufzunehmen. Dafür wird im vorliegenden Entwurf jedoch kein Formulierungsvorschlag unterbreitet.

ee) Zu § 77l Abs. 5 Formwechsel

Damit die Kontinuität der mit der Rechtsform der VE-GmbH einhergehenden Grundprinzipien (vornehmlich der Asset-lock) nicht umgangen werden kann, darf diese nicht durch Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG in eine andere Rechtsform wechseln, die den Asset-lock nicht verlangt. Daher wird ihre Fähigkeit formwechselnder Rechtsträger im Sinne des § 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG (Kapitalgesellschaft) zu sein, durch § 77l Abs. 5 GmbHG-VE ausgeschlossen. Als Zielrechtsträger im Sinne des § 191 Abs. 2 Nr. 3 UmwG kommt eine VE-GmbH indes in Betracht, sodass es diesbezüglich keiner Anpassung bedarf. Zudem wird gemäß § 197 S. 1 UmwG auf die Gründungsvoraussetzung des Zielrechtsträgers verwiesen.

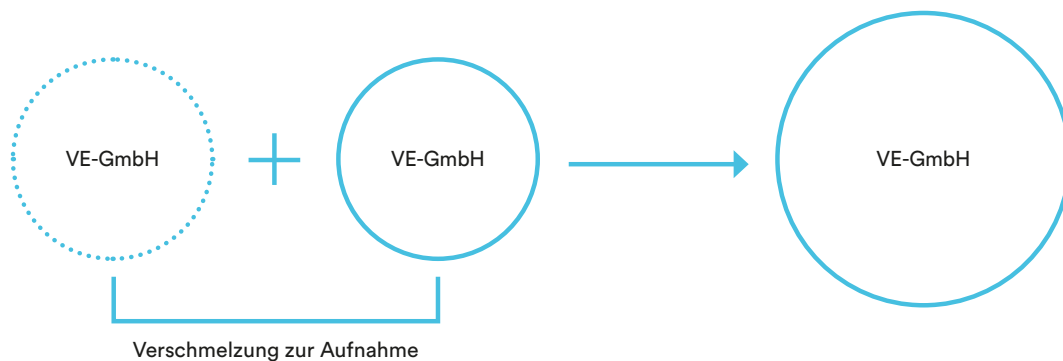
b) Zu § 77m Verschmelzungsfähigkeit der VE-GmbH

Die VE-GmbH ist zwar eine Rechtsformvariante der GmbH wie die UG, 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.

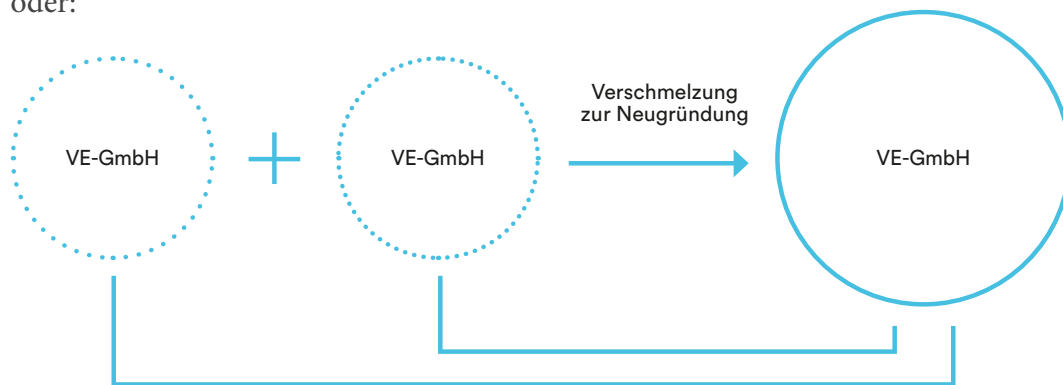
§ 77m GmbHG-VE stellt sicher, dass eine Umwandlung einer VE-GmbH in Form der Verschmelzung nur unter Wahrung ihrer Grundprinzipien erfolgen darf. Ergebnis eines Umwandlungsvorgangs, an dem eine VE-GmbH beteiligt ist, muss immer eine VE-GmbH sein. Ausgeschlossen ist daher die Verschmelzung der VE-GmbH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

aa) § 77m Abs. 1 Nr. 1 GmbHG-VE

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



oder:

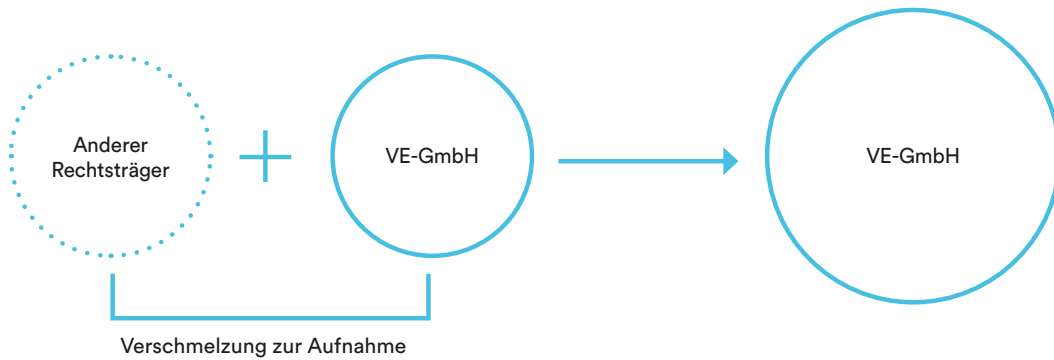


⊙ = Auflösung des Rechtsträgers ohne Abwicklung

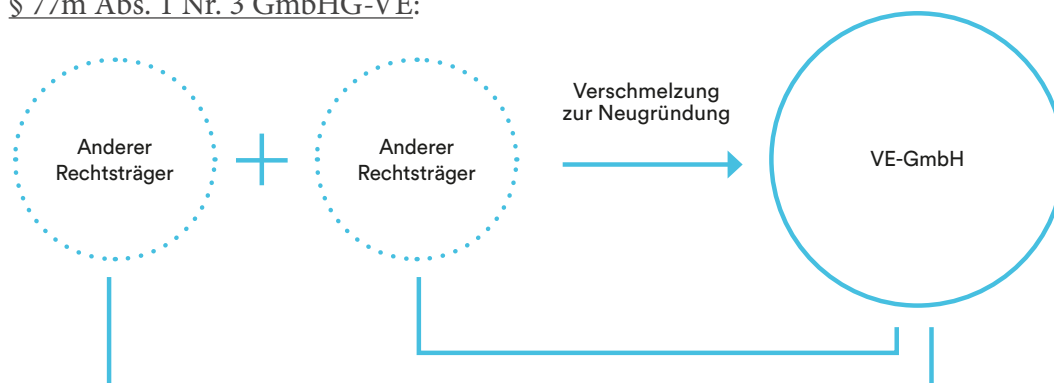
bb) § 77m Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GmbHG-VE

§ 77m Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GmbHG-VE 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 § 77m Abs. 2 GmbHG-VE i.V.m. § 77a Abs. 3 GmbHG-VE ein Rechtsträger anderer Gesellschaftsform von einer VE-GmbH aufgenommen werden (z.B. eine GmbH von einer VE-GmbH) kann (Nr. 2) und zum anderen, dass auch die Verschmelzung zweier Rechtsträger anderer Gesellschaftsform zu einer VE-GmbH im Wege der Neugründung (z.B. zwei GmbHs zu einer VE-GmbH) 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 VE-GmbH) anzuwenden sind. Selbiges gilt für den Fall einer Verschmelzung von Rechtsträgern, die keine VE-GmbHs sind, zu einer VE-GmbH.

§ 77m Abs. 1 Nr. 2 GmbHG-VE:



§ 77m Abs. 1 Nr. 3 GmbHG-VE:



⊙ = Auflösung des Rechtsträgers ohne Abwicklung

cc) § 77m Abs. 2 GmbHG-VE

Bei einer Verschmelzung gilt der Grundsatz der Anteilskontinuität¹³⁰ (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 VE-GmbH richten müsste und damit § 77a Abs. 3 GmbHG-VE und § 77b Abs. 2 GmbHG-VE zu beachten sind. § 77m Abs. 2 GmbHG-VE legt fest, dass bei der Verschmelzung nur Rechtsträger beteiligt werden können, deren Anteilseigner auch Gesellschafter in einer VE-GmbH sein können. So wird ausgeschlossen, dass an einem Rechtsträger beteiligte juristische Personen, die nicht Gesellschafter einer VE-GmbH sein können, im Wege einer Verschmelzung Geschäftsanteile an der VE-GmbH erhalten.

c) Zu § 77n Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) der VE-GmbH

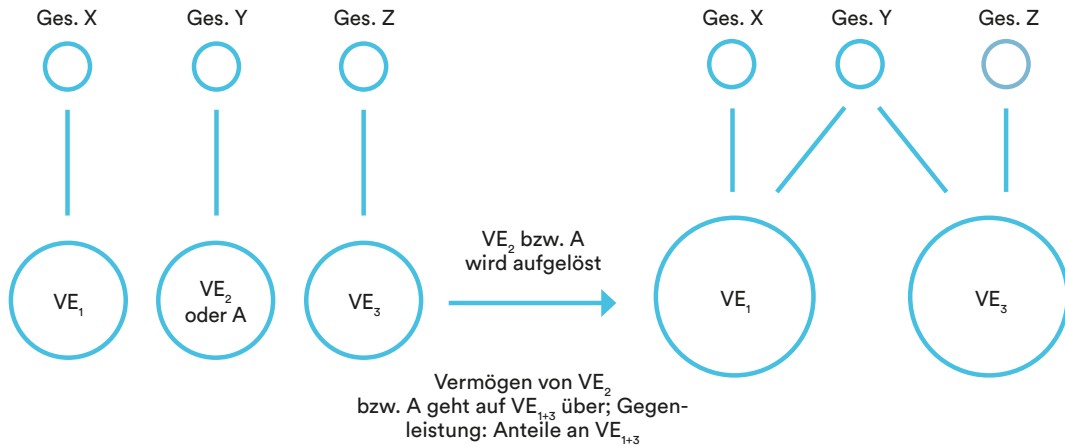
aa) § 77n Abs. 1 GmbHG-VE

Bei der Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG) erhalten die Anteilseigner des Ausgangsrechtsträgers Anteile am Zielrechtsträger, sodass diese Umwandlungsart zur Wah-

¹³⁰ Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, 3. Teil. Verschmelzung § 9 Rn. 73 m.w.N.

rung der Grundprinzipien einer Gesellschaft in Verantwortungseigentum im Falle der Aufspaltung zur Aufnahme nur unter Beteiligung von VE-GmbHs als übernehmender Rechtsträger in Betracht kommt, § 77n Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GmbHG-VE.

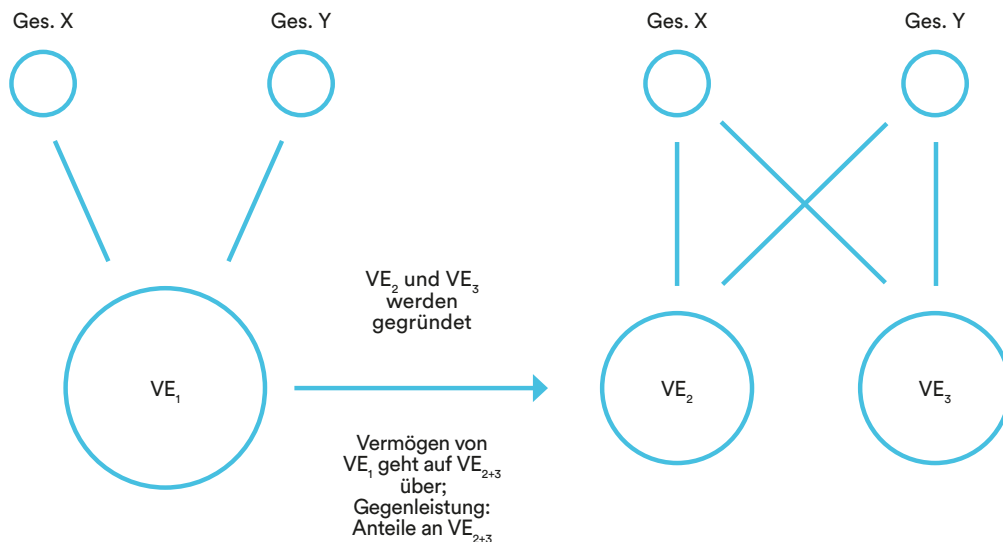
Aufspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG):



A = Gesellschaft in einer anderen Rechtsform
Ges. = Gesellschafter

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

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



Ges. = Gesellschafter

Dabei gelten dann die Gründungsvorschriften der VE-GmbH, 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 VE-GmbH durch Aufspaltung einer Gesellschaft in anderer Rechtsform zufließen kann.

§ 77n Abs. 1 S. 2 GmbHG-VE legt fest, dass bei der Aufspaltung als übertragender Rechtsträger nur solche Rechtsträger in Betracht kommen, deren Anteilseigner auch Gesellschafter in einer VE-GmbH (§ 77a Abs. 3 VE-GmbHG) sein können. So wird ausgeschlossen, dass an einem Rechtsträger beteiligte juristische Personen im Wege einer Verschmelzung Geschäftsanteile an der VE-GmbH erhalten.

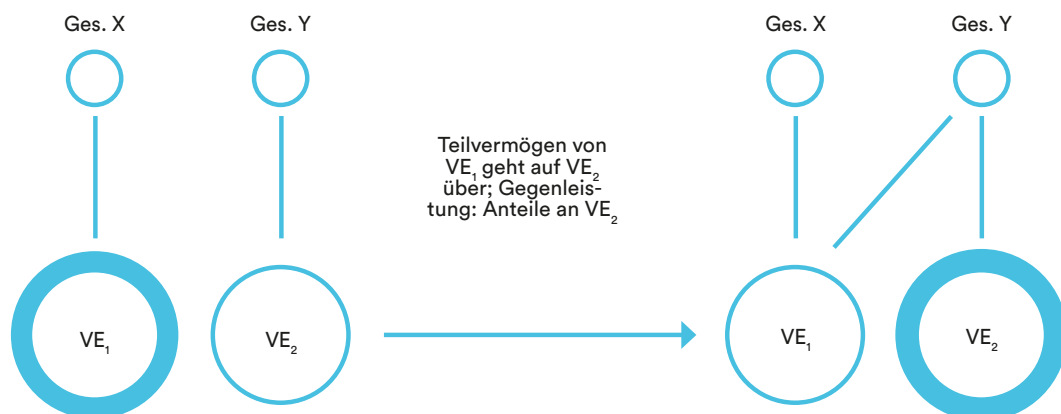
bb) § 77n Abs. 2 GmbHG-VE

§ 77n Abs. 2 GmbHG-VE regelt den Fall der Spaltung einer VE-GmbH 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 VE-GmbH auf den übernehmenden Rechtsträger über. Begünstigter ist nicht der übertragende Rechtsträger, hier die VE-GmbH selbst, sondern ihre Anteilsinhaber. Auf diese Weise könnten die Gesellschafter der VE-GmbH wertvolles Unternehmensvermögen den Bindungen des Verantwortungseigentums entziehen. Eine Abspaltung eines Teils des Vermögens einer VE-GmbH darf daher sowohl zur Aufnahme als auch zur Neugründung nur erfolgen, wenn als Zielrechtsträger eine VE-GmbH 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 VE-GmbH erhält aber als Gegenleistung selbst Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Die Ausgliederung ist somit vergleichbar mit der Konstellation, bei welcher die VE-GmbH ihr Betriebsvermögen an eine andere Gesellschaft (anderer Rechtsform) veräußert und der Erlös ihr auch selbst zufließt und nicht den VE-GmbH-Gesellschaftern. Gleiches gilt für die Situation, in der die VE-GmbH Konzernmutter von Tochtergesellschaften ist, die nicht in der Rechtsform der VE-GmbH organisiert sind. Aber auch hier gelangt das Vermögen nicht in die Hände der Gesellschafter der VE-GmbH. 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 §§ 77f, 77g GmbHG-VE diskutiert wurde.

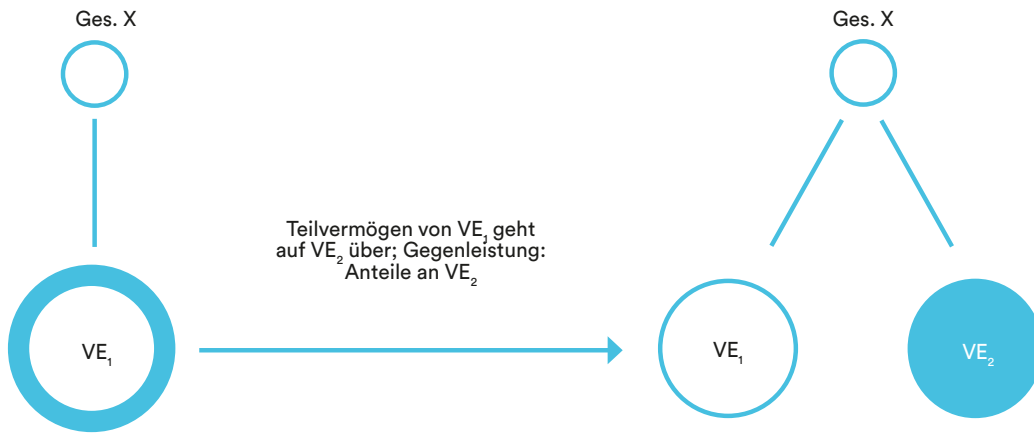
Abspaltung, § 123 Abs. 2 UmwG unter Berücksichtigung der Maßgabe aus § 77n Abs. 2 GmbHG-VE:

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



Ges. = Gesellschafter

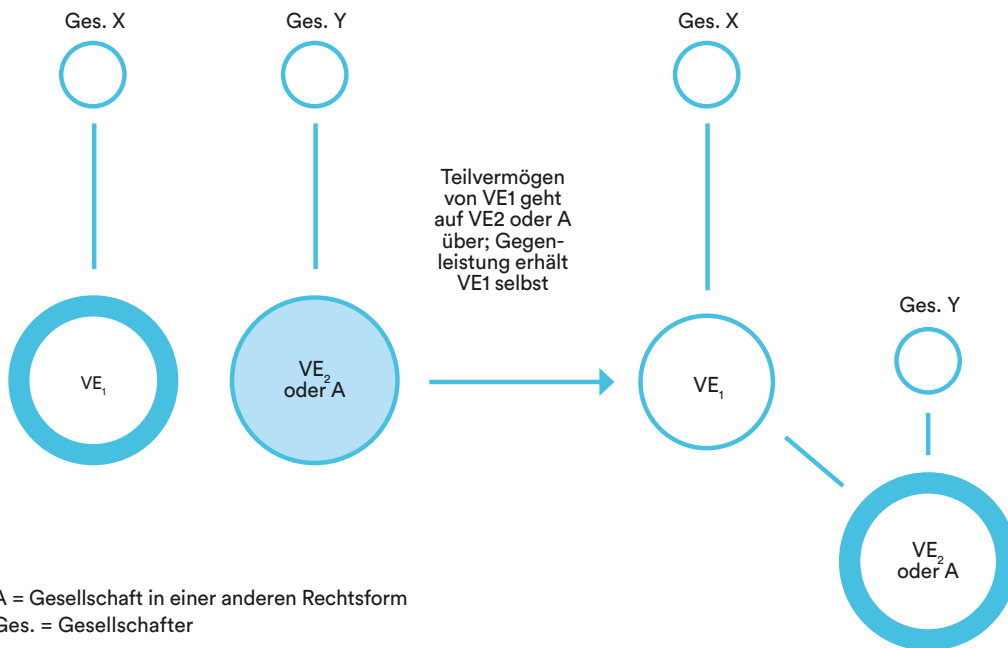
Abspaltung zur Neugründung, § 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG:



Ges. = Gesellschafter

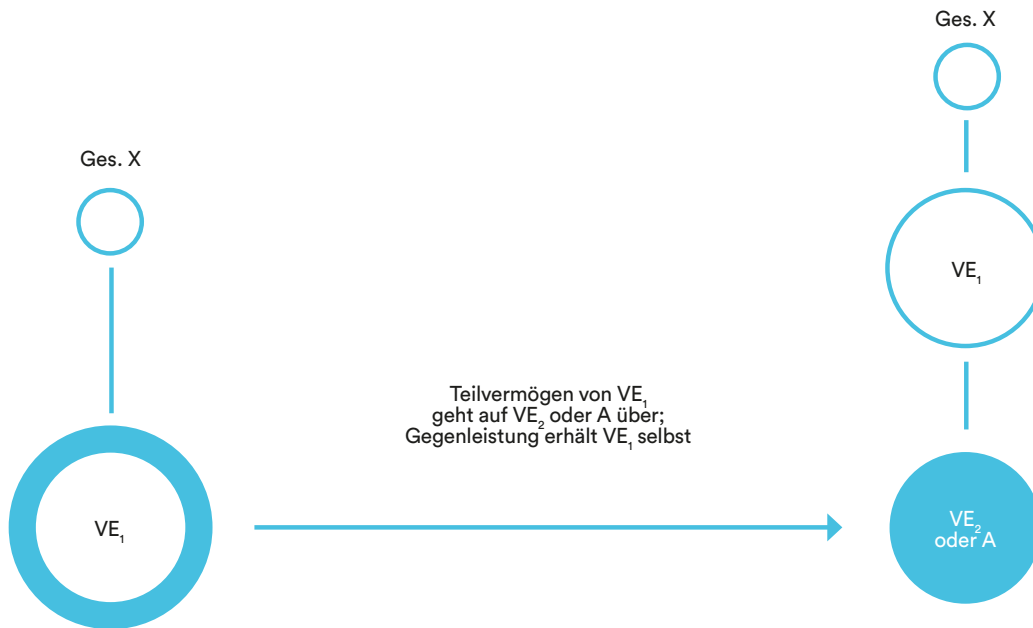
Ausgliederung, § 123 Abs. 3 UmwG:

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



A = Gesellschaft in einer anderen Rechtsform
Ges. = Gesellschafter

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



A = Gesellschaft in einer anderen Rechtsform
Ges. = Gesellschafter

9. § 77o Die VE-GmbH im Konzern

§ 77o GmbHG-VE regelt die Stellung der VE-GmbH im Konzern. Die VE-GmbH kann als Gesellschafterin verschiedener Gesellschaften Muttergesellschaft in einem Konzern sein. Andererseits kann sie Tochtergesellschaft solcher Gesellschaften sein, die gemäß § 77a Abs. 3 GmbHG-VE Gesellschafterin einer VE-GmbH sein können. Ohne eine weitere Regelung wäre der Abschluss von Unternehmensverträgen entsprechend §§ 291, 292 AktG auch durch eine VE-GmbH möglich. Es würde jedoch den Grundsätzen des Verantwortungseigentums widersprechen, wenn die VE-GmbH einem anderen Unternehmen im Rahmen eines Unternehmensvertrags Zugriff auf ihre Leitung, ihre Gewinne und Betriebsmittel ermöglichen könnte.

Ein vollständiger Ausschluss des Abschlusses von Unternehmensverträgen würde jedoch zu weit gehen und könnte zur Unzulässigkeit jeder schuldrechtlichen Gewinnpartizipation durch Dritte führen, die zur Finanzierung der VE-GmbH erforderlich sind. Dies ist nicht beabsichtigt.

IV.

Steuerliche Begleitänderungen im Zuge der Einführung einer Gesellschaft mbH in Verantwortungseigentum

Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M.

Dr. Arne von Freeden, LL.M.

1. Zur Änderung des ErbStG

Durch die Einfügung der Wörter „ebenso der Erhalt einer Zahlung im Sinne des § 77i 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 § 77i GmbHG-VE 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 verfassungswidrig¹³¹.

2. Zur Änderung des KStG

Durch die Einfügung der weiteren Ausnahme „und von Zahlungen im Sinne des § 77i des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ wird für die (Rück-)Zahlung im Sinne des § 77i GmbHG-VE 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 VE-GmbH 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 von gGmbH-Anteilen, die unentgeltlich an nichtgemeinnützige Erwerber übergehen, auf Anteile an VE-GmbH erstreckt werde.

¹³¹ Vgl. BVerfGE 138, 136 (235, 243 ff.).

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 VE-GmbHG, 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 „compliance“ 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.