

Niklas Donner*

Der Vorschlag einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen“ – eine erstrebenswerte neue Rechtsform?

Abstract

„Nachhaltigkeit“ und „Generationengerechtigkeit“ prägen als gesellschaftliche Leitziele den politischen Diskurs. Diese Prägung schlägt sich im Unternehmensrecht nieder, für das etwa die unionale Richtlinienggebung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung mehr und mehr zum Entwicklungsfaktor wird. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung überrascht es nicht, dass es in der Rechtswissenschaft Bemühungen gibt, das Verhältnis des Unternehmens zu seinen Anteilseignern und Stakeholdern grundlegend neu zu vermessen. Der Vorschlag einer „GmbH mit gebundenem Vermögen“ als Rechtsformvariante zur GmbH lässt sich als eine solche Bemühung verstehen. Dieser Beitrag untersucht das Gelingen dieser Bemühung und kommt zu dem Ergebnis, dass die vorgeschlagene Gesellschaftsform in rechts- und wirtschaftspolitischer Hinsicht nicht erstrebenswert ist und zudem unionsrechtlichen Bedenken begegnet.

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Unternehmensrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studiert in seinem siebten Studiensemester im Rahmen eines Auslandsaufenthalts am King's College London. Der Beitrag beruht auf einer für das Berliner Blockseminar „Aktuelle Herausforderungen des Unternehmensrechts: Grenzüberschreitende Mobilität, Nachhaltigkeit, Digitalisierung“ angefertigten Arbeit, die im Juni 2022 im Bundesministerium der Justiz vorgestellt wurde. Besonderer Dank gebührt für seine Unterstützung Prof. Dr. Stefan J. Geibel, *Maitre en droit* (Université Aix-Marseille III). Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Alice Ballach.

A. Einleitung: Eine gesellschaftsrechtliche Kontroverse

Wenige gesellschaftsrechtliche Diskussionen sind in jüngerer Zeit so hitzig geführt worden wie die um den von einer Gruppe von Rechtswissenschaftlern¹ im Juni 2020 vorgelegten Entwurf über eine „GmbH in Verantwortungseigentum“ (VE-GmbH) und seine im Februar 2021 überarbeitete Fassung über eine „GmbH mit gebundenem Vermögen“ (GmbH-gebV)², die es bis in den Koalitionsvertrag der „Ampel-Regierung“ geschafft hat.³ *Fleischer* hat diesen Umstand mit der Feststellung zugespitzt, es gebe nur „glühende Anhänger und entschiedene Gegner“⁴. Und in der Tat: Während es auf der einen Seite heißt, die GmbH-gebV solle „nachhaltiges, zweckorientiertes Wirtschaften, beispielsweise auch im Interesse der Mitarbeitenden und der Umwelt, ermöglichen“⁵, ist auf der anderen von einem „Fremdkörper im Recht der Körperschaften“⁶, einem „Etikettenschwindel“⁷ und einem „Pakt gegen künftige Generationen“⁸ die Rede. Der vorliegende Beitrag erläutert in gebotener Kürze die Leitprinzipien der GmbH-gebV (**B.**), bevor sie sich nach einigen Bemerkungen zur methodischen Herangehensweise um eine systematische Analyse der rechts- und wirtschaftspolitischen Argumente für und wider die neue Rechtsform bemüht (**C.**). Schließlich wirft sie einen Blick auf die jüngst von *Engel*

¹ Prof. Dr. Anne Sanders, Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Arne v. Freeden, Prof. Dr. Simon Kempny, Prof. Dr. Florian Möslin, Prof. Dr. Rüdiger Veil.

² *Stiftung Verantwortungseigentum*, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum (GmbH-VE-E) und Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und gebundenem Vermögen (GmbH-gebV-E), abrufbar unter <https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoegen.de/der-gesetzesentwurf/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

³ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 30.

⁴ *Fleischer*, Ein Schönheitswettbewerb für eine neue Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug: Zur rechtspolitischen Diskussion um eine GmbH mit gebundenem Vermögen, ZIP 2022, 345 (346).

⁵ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12 f.

⁶ *Habersack*, „Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum“ – ein Fremdkörper im Recht der Körperschaften, GmbHR 2020, 992 (996 f.).

⁷ *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, Die GmbH in Verantwortungseigentum – eine Kritik, NZG 2020, 1321 (1321).

⁸ *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer*, Zauberwort „Verantwortungseigentum“, npoR 2020, 296 (296).

und *Haubner*⁹ aufgeworfene Frage nach der Unionsrechtskonformität des Vorschlags (D.).

B. Leitprinzipien der GmbH mit gebundenem Vermögen

Die GmbH-gebV zeichnet sich wesentlich durch drei Grundprinzipien aus: die Vermögensbindung („Asset Lock“¹⁰), die Anteilsbindung („Share Lock“) und die Unumkehrbarkeit dieser Bindungen.

I. Vermögensbindung („Asset Lock“)

Der in einer GmbH-gebV erwirtschaftete Jahresüberschuss steht abweichend von § 29 Abs. 1 GmbHG nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft zu, § 77f Abs. 2 S. 1, 2 GmbHG-gebV; abweichende Regelungen sind unwirksam, § 77f Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV. Der Gesellschafter einer GmbH-gebV hat also allein Mitbestimmungs-, keine Gewinnrechte. Auszahlungen des Gesellschaftsvermögens sind nicht nur in den Grenzen von § 30 Abs. 1 GmbHG, sondern vollumfänglich unzulässig, es sei denn, sie sind durch vollwertige Gegenansprüche gedeckt, § 77g Abs. 2 S. 1, 2 GmbHG-gebV. Insbesondere dürfen die Gesellschafter für etwaige Dienste eine „angemessene Vergütung“ erhalten, § 77g Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV.

II. Anteilsbindung („Share Lock“)

Gesellschafter einer GmbH-gebV kann eine natürliche Person, eine andere GmbH-gebV, ein anderer Rechtsträger mit dauerhaft gebundenem Vermögen (insbesondere eine Stiftung¹¹) oder – wenn in der Satzung zugelassen – eine Personengesellschaft mit allein natürlichen Personen als Gesellschaftern sein, § 77a Abs. 2 S. 1, 2 GmbHG-gebV. Nicht zugelassen sind – wegen ihrer normtypischen Gewinnorientierung¹² – Kapitalgesellschaften.¹³ Zu dieser Beschränkung des Gesellschafterkreises tritt eine gesetzliche Vinkulierungs- und

⁹ *Engel/Haubner*, Die GmbH mit gebundenem Vermögen und das Europarecht, DSfR 2022, 844 ff.

¹⁰ Der Begriff „Asset Lock“ ist insoweit missverständlich, als er suggeriert, dass Vermögensgegenstände des Unternehmens in diesem „eingemauert“ wären. Als Begriffsalternative wird daher die Bezeichnung „Capital Lock“ vorgeschlagen, siehe GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 31 (Fn. 31) und *Reiff*, Entwurf eines Gesetzes für die GmbH in Verantwortungseigentum (VE-GmbH) vorgelegt, ZIP 2020, 1750 (1751, Fn. 24).

¹¹ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 42.

¹² Vgl. *Arnold/Burgard/Roth/Weitmeyer* (Fn. 7), S. 1323; *Reiff*, Verantwortungseigentum „mit gebundenem Vermögen“ – Überarbeiteter Gesetzesentwurf zur Erweiterung des GmbHG vorgelegt, NJOZ 2021, 609 (611): „Binnenlogik der *Kapitalgesellschaft selbst*“.

¹³ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 41 f.

Einziehungsregelung: Die Anteilsabtretung und der Eintritt eines Anteilserben bedürfen der Zustimmung der Gesellschafter, § 77c Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 GmbHG-gebV. Die Gesellschafter haben also ein umfassendes Auswahlrecht über ihre Nachfolger.

III. Unumkehrbarkeit von Vermögens- und Anteilsbindung

Die skizzierten Regelungen zur Vermögens- und Anteilsbindung lassen sich schon *de lege lata* weitestgehend satzungsgestalterisch erreichen: Gewinnverzichtsklauseln sind zulässig¹⁴ und vor allem bei der gemeinnützigen GmbH anzutreffen¹⁵; Vinkulierungen (§ 15 Abs. 5 GmbHG) und Einziehungen (§ 34 GmbHG), die das Eindringen unliebsamer Dritter verhindern sollen, sind in den meisten GmbH-Satzungen vorgesehen.¹⁶ Die wesentliche Neuheit der GmbH-gebV ist die Möglichkeit, diese Gestaltungen zu verewigen: Der Bindungsbeschluss kann „weder aufgehoben noch eingeschränkt werden“, § 77b Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV. *De lege lata* ist die Schaffung solcher unabänderlichen Satzungsbestandteile wegen des Grundsatzes der Verbandsautonomie nicht möglich.¹⁷ Unternehmer, die ihre Unternehmen „in Verantwortungseigentum“ führen wollen, können sich zwar mit verschiedenen Stiftungskonstruktionen behelfen. Verbreitet sind das „Doppelstiftungsmodell“, bei dem die Anteile an der unternehmenstragenden Gesellschaft an eine privatnützige und eine gemeinnützige Stiftung verteilt werden, wobei die Anteile der ersteren nur Mitbestimmungs-, diejenigen der letzteren nur Gewinnrechte vermitteln, und das „Vetoanteil-Modell“, bei dem die Unabänderlichkeit der Vermögens- und Anteilsbindung durch Vorsehung eines Einstimmigkeitserfordernisses für ihre Aufhebung und Übertragung eines „Veto-Shares“ auf eine gemeinnützige Stiftung sichergestellt wird.¹⁸ Diese Gestaltungen werden allerdings als

¹⁴ Grundlegend BGHZ 14, 264 (271).

¹⁵ *Leuschner*, in: Habersack/Caspar/Löbke II, 2. Aufl. 2020, § 29 Rn. 72.

¹⁶ Rechtstatsächliche Nachweise bei *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, Satzungscomplexität und Mustersatzung, GmbHR 2007, 953 (955 f.): Vinkulierungsklauseln in 75 % und Einziehungsklauseln in 61 % der Fälle.

¹⁷ Unstrittig, siehe nur GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 19.

¹⁸ Überblick zu diesen und anderen Stiftungskonstruktionen für „Verantwortungseigentum“ bei *Homeyer/Reiff*, Verantwortungseigentum ante portas? – Erste Betrachtungen einer weitreichenden Idee, npoR 2020, 224 (228 f.).

aufwendig angesehen¹⁹ und sind in ihren Einzelheiten rechtsunsicher.²⁰ Die GmbH-gebV soll an ihrer Stelle durch die Abkehr vom Grundsatz der Verbandsautonomie eine einfache und rechtsicherere Lösung bieten.²¹ Zur Verhinderung von Umgehungen der Unumkehrbarkeit von Vermögens- und Anteilsbindung werden die Möglichkeit der Konzernierung durch Vertrag nach den §§ 291 f. AktG (§ 77i GmbHG-gebV) und das Umwandlungsrecht (§§ 77n ff. GmbHG-gebV) eingeschränkt.

C. Rechts- und wirtschaftspolitische Sinnhaftigkeit

I. Zur Methode: Wann empfiehlt sich die Einführung einer neuen Rechtsform?

Die Frage nach dem methodischen Programm für die Bewertung der rechts- und wirtschaftspolitischen Sinnhaftigkeit der Einführung einer neuen Rechtsform wurde in der Diskussion zur GmbH-gebV bislang kaum gestellt.²² Es lohnt daher, ihr einige Aufmerksamkeit zu schenken – nicht zuletzt, weil der Konsens über die Methode nicht selten der erste Schritt zu einem Konsens in der Sache ist.

¹⁹ Siehe etwa GmbH-gebV-E (Fn. 2) und *Homeyer/Reiff* (Fn. 18), S. 229, die sich in ihrer Einschätzung auf eine Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach (Nachfolgeregelungen in großen Familienunternehmen: Option Stiftungslösung?, BDO AG WPG (Hrsg.), 2015, S. 29 ff.) stützen.

²⁰ So haben *Homeyer/Reiff* (Fn. 18), S. 230 betreffend das „Vetoanteil-Modell“ die Fragen aufgeworfen, ob es sich dabei um eine unzulässige Umgehung des Grundsatzes der Verbandsautonomie handle, ob die Ausübung des Vetorechts unter Umständen aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht untersagt sein kann (vgl. dazu auch *OLG Stuttgart*, NZG 2000, 490) und ob die Anhäufung von Vetoanteilen aus einem Markt bei einer Stiftung kartellrechtlich beachtlich sei (vgl. dazu auch *EuGH*, Urt. v. 18.1.2017, C-623/15, *Toshiba Corp. ./ European Commission*, Rn. 71 f.). Im „Doppelstiftungsmodell“ wird – abhängig von der rechtlichen Ausgestaltung und den tatsächlichen Umständen im Einzelfall – von manchen eine schlechthin unzulässige Variante der „Unternehmensselbstzweckstiftung“ gesehen, ausführlich dazu *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger*, 2017, § 80 Rn. 226, 230 m. w. N.

²¹ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 18 f. Nicht näher eingegangen werden soll hier auf die Frage, ob die Abkehr vom Grundsatz der Verbandsautonomie die GmbH-gebV derart wesentlich von der normalen GmbH unterscheidet, dass anstelle einer Umsetzung durch Schaffung einer Rechtsformvariante die Einführung einer völlig neuen Gesellschaftsform erforderlich oder regelungstechnisch sinnvoll wäre, siehe dazu näher *Reiff* (Fn. 10), S. 1753.

²² So auch der Befund von *Fleischer* (Fn. 4), S. 346.

1. Kosten-Nutzen-Analyse als methodisches Programm

Im Ausgangspunkt liegt es nahe, die neue Rechtsform einer Kosten-Nutzen-Analyse zu unterziehen.²³ Der Beitrag der Rechtswissenschaft zu einer solchen Analyse liegt in der Untersuchung der Auswirkungen der Rechtsformausgestaltung auf die Interessen der von ihr betroffenen Stakeholder (Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer, Allgemeinheit). Auf sie baut der Beitrag der Wirtschaftswissenschaften, der Versuch einer Quantifizierung dieser Auswirkungen als Kosten- und Nutzenpunkte, auf. Neben den Auswirkungen auf Stakeholder-Belange sind im Grundsatz die Kosten der Gesetzgebung an sich,²⁴ die in den Ministerien und sonstigen Behörden anfallenden Begleitkosten nach der Umsetzung²⁵ und die Informationskosten, die Marktteilnehmern durch das Auftreten einer unbekannteren Rechtsform entstehen,²⁶ zu berücksichtigen. Sollte die neue Rechtsform für die Stakeholder der von ihr getragenen Unternehmen allerdings langfristig mehr Nutzen als Kosten einbringen, dürften die einmalig anfallenden Gesetzgebungskosten in der Regel ebenso vernachlässigbar sein wie die mit der Zeit tendenziell abnehmenden Begleit- und Informationskosten. Im Folgenden wird sich daher auf die Auswirkungen auf Stakeholder-Belange konzentriert.

2. Quantifizierungsprobleme

Dass eine genaue Quantifizierung dieser Auswirkungen bei einer prospektiven Kosten-Nutzen-Analyse kaum zu leisten ist, liegt auf der Hand: Es fehlt an einer empirischen Grundlage für Bezifferungen.²⁷ Ein Grund dafür, von der Kosten-Nutzen-Analyse als methodischem Programm abzuweichen, ist das nicht. Sie stellt einen Rahmen zur Verfügung, in dem sich Argumente für und wider die neue Rechtsform systematisieren lassen und trägt so zur „Rationalisierung“ der Entscheidungsfindung bei.²⁸ Treffend ist insofern das Bild von *Alfon* und

²³ *Ebd.*; Siehe auch Röder, Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung – Eine Lücke im deutschen Gesellschaftsrecht, ZHR 184 (2020), 457 (462).

²⁴ *Fleischer* (Fn. 4), S. 347.

²⁵ Solche Begleitkosten entstehen etwa dadurch, dass Ministerialbeamte sich mit der neuen Rechtsform auf Kosten anderer Regelungsfelder befassen müssen (Opportunitätskosten) oder neue Beamte eingestellt und Abteilungen geschaffen werden müssen.

²⁶ *Ribstein*, Making Sense of Entity Rationalization, 58 *Business Lawyer* 2003, 1023 (1029) hat in diesem Zusammenhang den pointierten Begriff der „costs of confusion“ geprägt.

²⁷ *Fleischer* (Fn. 4), S. 347 spricht daher von einem „vernünftigen Vermuten“.

²⁸ Zu diesem und weiteren Vorzügen *Fleischer*, Gesetzesfolgenabschätzung im Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595 (609 ff.).

Andrews: „Thus, a successful CBA [Cost-Benefit Analysis] might be rather like an impressionist painting – much less detailed than a photograph, but much more recognisable than an abstract image would be.“²⁹

3. Entscheidung unter Unsicherheit

Mit der Einsicht, dass ein „verschwommenes“ Bild besser ist als ein ganz und gar abstraktes, ist allerdings noch nicht geklärt, wie man aus der „Verschwommenheit“ zu einer konkreten Handlungsempfehlung gelangt. *Fleischer* hat in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, die neue Rechtsform dann einzuführen, wenn ihre absehbaren Kosten nicht ersichtlich außer Verhältnis zu ihrem absehbaren Nutzen stehen.³⁰ Diese „veränderungsfreundliche“ Argumentationslastverteilung kann man hinterfragen. Denkbar wäre auch, die neue Rechtsform umgekehrt nur einzuführen, wenn ihr absehbarer Nutzen ersichtlich ihre absehbaren Kosten überwiegt.³¹ Für *Fleischer*'s Vorschlag spricht, dass durch die Einführung im Zweifelsfall eine empirische Grundlegung der Kosten-Nutzen-Analyse möglich wird und der Gesetzgeber sein Rechtsformangebot gegebenenfalls zurückziehen kann. Der Vorschlag sollte aber um einen Aspekt ergänzt werden: Von der Einführung sollte auch dann abgesehen werden, wenn Regelungsalternativen existieren, die bei Verfolgung des gleichen Ziels ein ersichtlich besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen, insbesondere bei größerem absehbaren Nutzen geringere Kosten erwarten lassen.³² Die knappen Ressourcen im Gesetzgebungsprozess³³ sollten auf die aussichtsreichsten Ansätze fokussiert werden.

II. Versuch einer Kosten-Nutzen-Analyse

Der folgende Versuch einer Kosten-Nutzen-Analyse bemüht sich daher um eine Darstellung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der GmbH-gebV unter Berücksichtigung von Regelungsalternativen.³⁴

²⁹ *Alfon/Andrews*, Cost-Benefit Analysis in Financial Regulation, FSA Occasional Paper Series Vol. 3, 1999, S. 25.

³⁰ *Fleischer* (Fn. 4) S. 348.

³¹ Für diese umgekehrte Argumentationslastverteilung spricht sich *Fleischer* (Fn. 28), S. 609 f. selbst im Kontext des Kapitalmarktrechts aus.

³² *Fleischer* (Fn. 4), S. 351 stellt das Denken in Regelungsalternativen selbst als Qualitätsmerkmal eines Reformprozesses heraus.

³³ Vgl. *Ebd.*, S. 347: „[...] Regelgeberressourcen in einer parlamentarischen Demokratie notorisch knapp [...]“.

³⁴ Ausgeklammert werden steuer- und verteilungspolitische Aspekte, siehe zu solchen *Hüttemann/Schön*, Die „GmbH mit gebundenem Vermögen“ – ein Steuersparmodell?!,

1. Nutzen einer GmbH-gebV

Als Nutzen der GmbH-gebV steht insbesondere dreierlei in Rede: Die neue Rechtsform soll nachhaltiges Unternehmertum fördern (*a*), einen Beitrag zur Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen leisten (*b*) und die Rechtsformwahlfreiheit erweitern (*c*).

a) Förderung „nachhaltigen Unternehmertums“

Eine etwaige Nachhaltigkeitsförderung durch die GmbH-gebV dürfte ihr größter Nutzenpunkt sein. Sie bedarf daher besonderen Augenmerks. Das gilt umso mehr wegen der notorischen Unschärfe des Nachhaltigkeitsbegriffs.³⁵

aa) Das Nachhaltigkeitsverständnis des Entwurfs

Herkömmlich wird unter Nachhaltigkeit der Ausgleich wirtschaftlicher, sozialer und ökologischer Belange mit dem Ziel der Maximierung des Gemeinnutzens für jetzige und künftige Generationen verstanden,³⁶ wobei die Förderung eines der Belange häufig reflexartig den anderen zuträglich ist.³⁷ Dem entspricht im Kontext unternehmerischer Nachhaltigkeit die Feststellung, dass Shareholder-Ansatz und Stakeholder-Ansatz als Konzepte der Unternehmensleitung ähnliche Ergebnisse produzieren, weil es regelmäßig im Interesse der Shareholder liegt, auf die Interessen anderer Stakeholder Rücksicht zu nehmen.³⁸ Wenn der Entwurf durch die Vermögensbindung den Shareholder-Value als Entscheidungsfaktor ausschalten und dadurch einen „Stakeholder-Ansatz ohne Shareholder als Stakeholder“ erreichen will,³⁹ beruht er mithin auf zwei Prämissen: Erstens derjenigen, dass diese Reflexförderung von Stakeholder-

DB 2021, 1356 ff. und die Erwiderung bei *Kempny*, Die „GmbH mit gebundenem Vermögen“ ist kein „Steuersparmodell“, DB 2021, 2248 ff., sowie *Watrin/Riegler*, „Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen“ – Würdigung der vorgeschlagenen Anpassungen des KStG und des ErbStG, FR 2021, 350 ff.

³⁵ Statt vieler *Schön*, „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichtserstattung, ZfPW 2022, 207 (209): „Mit der Proliferation des Nachhaltigkeitsbegriffs einher geht unvermeidlich dessen nachlassende inhaltliche Schärfe.“

³⁶ Z. B. bei *Glaser*, Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, S. 44 ff. und *Kahl*, Staatsziel: Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit, DÖV 2009, 2 (6) m. w. N.

³⁷ Vgl. *Glaser* (Fn. 36), S. 61: „kein zwingender Antagonismus“.

³⁸ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, Stand: 1.2.2022, § 76 Rn. 32 ff.; *Kort*, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, 605 (609 f.).

³⁹ Vgl. GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12; *Sanders*, Vermögensbindung und „Verantwortungseigentum“ im Entwurf einer GmbH mit gebundenem Vermögen, NZG 2021, 1573 (1575).

Belangen durch den Shareholder-Ansatz unzureichend ist. Und zweitens derjenigen, dass auch die Berücksichtigung des Shareholder-Values im Rahmen des Stakeholder-Ansatzes zumindest typischerweise unverhältnismäßige Nachteile für andere Belange nach sich zieht. Der Entwurf sieht den Shareholder-Value damit nicht als Triebfaktor, der durch gesetzliche Lenkung als Mittel zur Nachhaltigkeitsförderung genutzt werden kann, sondern als deren größtes Hindernis. Ob er mit dieser Gleichung „weniger Shareholder-Value, mehr Nachhaltigkeit“ richtig liegt, ist zumindest zweifelhaft.⁴⁰

bb) Ausschaltung von Gewinnanreizen statt nachhaltigem Purpose

Auch wenn man aber das Nachhaltigkeitsverständnis des Entwurfs teilt, sollte man das Ausmaß der Nachhaltigkeitsförderung durch die GmbH-gebV nicht überschätzen. Die Vermögensbindung schwächt Anreize zur Gewinnmaximierung, da die Anteilseigner von dieser nicht mehr unmittelbar profitieren. Sie erhöht dadurch für den Fall eines Konflikts zwischen Gewinnmaximierung und Stakeholder-Belangen die Wahrscheinlichkeit einer Entscheidung zugunsten letzterer.⁴¹ Eine Verpflichtung der Unternehmensleitung auf eine nachhaltige Wirtschaftsweise oder das Verfolgen nachhaltiger Zwecke sieht der Entwurf aber nicht vor.⁴² Nachhaltiges Wirtschaften bleibt auch in der GmbH-gebV daher letztlich zur Disposition der Anteilseigner gestellt.⁴³ Der Nachhaltigkeitsförderung ist das abträglich. Ausländische Rechtsformen mit Nachhaltigkeitsbezug⁴⁴ gehen daher einem „Dual-Purpose-Ansatz“ nach und verlangen die Förderung von

⁴⁰ Insbesondere könnte es im Interesse der Stakeholder liegen, dass die Anteilseigner des Unternehmens zumindest „auffangweise“ – nämlich für den Fall, dass intrinsische Motivation abnimmt oder gänzlich verloren geht – möglichst starke wirtschaftliche Anreize dafür haben, sich um das Unternehmen zu kümmern. Zu den nachteiligen Auswirkungen der Ausschaltung von Gewinnanreizen für die Gesellschafter auf Stakeholder-Belange siehe näher auch unten 2. b).

⁴¹ Vgl. *Vetter/Lauterbach*, Bedarf es gesetzlicher Regelungen für Gesellschaften in Verantwortungseigentum?, in: FS Grunewald, 2021, S. 1199 (1216). Wenn ein wohlverstandener Shareholder-Ansatz die Belange anderer Stakeholder aber regelmäßig bereits einpreist, darf die Anzahl der Fälle, in denen es zu einem solchen Konflikt kommt, nicht überbewertet werden.

⁴² GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12, 40; vgl. auch *Sanders* (Fn. 39), S. 1574.

⁴³ Kritisch deshalb z. B. *Fleischer* (Fn. 4), S. 353; *Reiff* (Fn. 12) S. 611.

⁴⁴ Z. B. die US-amerikanische *Benefit Corporation* und die britische *Community Interest Company*.

Gemeinwohlbelangen neben der Verfolgung des erwerbswirtschaftlichen Zwecks.⁴⁵

cc) Rechtsformoffenheit zulasten Nachhaltigkeitsförderung

Den Verzicht auf ein „Purpose-Element“ erklärt der Entwurf damit, dass die GmbH-gebV für alle Unternehmenszwecke offen sein soll.⁴⁶ Soweit die Rechtsform erwerbswirtschaftlichen Unternehmen eröffnet werden soll, die nicht i. S. d. § 51 Abs. 1 S. 1 AO unmittelbar gemeinnützig sind, leuchtet das ein. Dass aber eine als nachhaltig beworbene Rechtsform, nicht-nachhaltigen Unternehmen offen stehen soll, verwundert. Die Erklärung dürfte in der Doppelzwecksetzung des Entwurfs liegen: Die GmbH-gebV soll nicht nur Nachhaltigkeit fördern, sondern auch zur Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen beitragen⁴⁷ – und zwar nicht nur für nachhaltige, sondern alle bedürftigen Unternehmen. Sie leidet also unter einem Zielkonflikt: Effektivere Nachhaltigkeitsförderung durch einen Purpose-Ansatz heißt weniger Unternehmen bei der Nachfolge helfen. Das wirft die Frage auf, ob die Probleme Nachhaltigkeit und Unternehmensnachfolge nicht besser getrennt voneinander behandelt werden sollten und der Entwurf sich mit einer gleichzeitigen Antwort auf beide „Dauerbrenner“ zu viel vorgenommen hat.

b) Beitrag zur Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen

Die GmbH-gebV soll die Unternehmensnachfolge erleichtern, indem sie durch die unumkehrbare Bindung von Vermögen und Anteilen die Weitergabe des Unternehmens an intrinsisch motivierte Mitglieder einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“⁴⁸ ermöglicht.

aa) Vermögensbindung und Nachfolgerfindung

Für das Antreten einer Unternehmensnachfolge gibt es – wie für das unternehmerische Tätigwerden überhaupt – zwei Triebfedern: intrinsische und extrinsische Motivation.⁴⁹ Wer intrinsisch zur Nachfolge motiviert ist, der wird sie unabhängig davon antreten wollen, ob Träger des Unternehmens eine GmbH-gebV oder eine normale GmbH ist. Der Entwurf nimmt zwar in

⁴⁵ Siehe näher bei *Fleischer* (Fn. 4), S. 351 ff.

⁴⁶ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 25; *Sanders* (Fn. 39), S. 1574.

⁴⁷ Siehe dazu sogleich unter *b*).

⁴⁸ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 16 ff.; *Sanders*, Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum im GmbHG, ZRP 2020, 140 (141).

⁴⁹ Vgl. die Ausführungen bei *Sanders* (Fn. 39), S. 1579 f. m. w. N.

Anspruch, finanzschwächeren Mitgliedern der Fähigkeiten- und Wertefamilie die Nachfolge zu erleichtern, weil die Vermögensbindung ihnen den Anteilserwerb zum Nominalwert ermögliche.⁵⁰ Dem Gesellschafter einer normalen GmbH steht es indes schon *de lege lata* frei, seine Anteile (partiell) schenkungsweise zu veräußern;⁵¹ er ist nicht gezwungen, sie an den Meistbietenden abzugeben. Der Nachfolge durch intrinsisch Motivierte dürfte die GmbH-gebV daher weder nützen, noch schaden. Anders verhält es sich für die Nachfolge durch extrinsisch Motivierte: Wer (auch) durch eine Aussicht auf unternehmerischen Gewinn⁵² motiviert ist, für den ist die Nachfolge in die GmbH-gebV keine Option. Die Nachfolgerfindung wird hierdurch erschwert, weil der Kandidatenkreis verkleinert wird. Dabei ist nicht ersichtlich, dass eine teilweise Gewinnorientierung zwangsläufig im Widerspruch zum Ziel der Weitergabe in der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ steht: Interesse an unternehmerischem Gewinn und eine Überzeugung von bestimmten unternehmerischen Werten schließen sich nicht aus.⁵³

bb) Insbesondere: GmbH-gebV und familieninterne Nachfolge

Die Ausschaltung wirtschaftlicher Anreize könnte insbesondere die von vielen Familienunternehmern erhoffte familieninterne Weitergabe⁵⁴ erschweren. Denn den Abkömmlingen des Unternehmers fehlt es häufig an intrinsischer Motivation und/oder nötigen Fähigkeiten für eine Übernahme des Unternehmens.⁵⁵ Das lässt sich in einer normalen GmbH mit der „Trennung von Führungsmacht und Eigentum“ auffangen: Der Abkömmling wird kapitalistisch beteiligt, die Unternehmensleitung einem externen Geschäftsführer übertragen.⁵⁶ In der GmbH-gebV ist dies für den Abkömmling aber unattraktiv: Er hat von seiner kapitalistischen Beteiligung keinen wirtschaftlichen Nutzen, trägt aber das Risiko

⁵⁰ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 17; Sanders (Fn. 48) S. 141.

⁵¹ Zu dieser Möglichkeit Stenger, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2022, § 2 Rn. 36 ff.

⁵² Gemeint ist damit der durch Ausschüttungen oder Weiterveräußerungen allein aus dem Anteil fließende Gewinn im Gegensatz zur Vergütung von für das Unternehmen erbrachten Dienstleistungen.

⁵³ Ebenso Grunewald/Henrichs, Die GmbH in Verantwortungseigentum, wäre das ein Fortschritt?, NZG 2020, 1201 (1202).

⁵⁴ Albach/Freund, Generationenwechsel und Unternehmenskontinuität – Chancen, Risiken, Maßnahmen – Eine empirische Untersuchung bei Mittel- und Großunternehmen gefördert von der Bertelsmann Stiftung, 1989, S. 187 f.

⁵⁵ Frank, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 49.

⁵⁶ Ebd., S. 60.

des Einlageverlustes.⁵⁷ Das Leitbild der GmbH-gebV – die Weitergabe des Unternehmens in der intrinsisch motivierten Fähigkeiten- und Wertefamilie – kollidiert hier mit dem Wunsch, das Unternehmen als „Familiensache“ zu erhalten. Eine GmbH-gebV sollte der Unternehmer daher nur in Betracht ziehen, wenn eine familieninterne Nachfolge nicht gewollt ist.

cc) Erhaltung des Lebenswerks durch Vermögensbindung

In der Lösung dieses Falls nun, in dem eine familienexterne Nachfolge als letzte Option verbleibt, soll der Hauptbeitrag der GmbH-gebV zur Lösung von Nachfolgeproblemen liegen.⁵⁸ Sie soll die Lücke schließen, die für mittelständische Unternehmer besteht, weil die Gründung einer Stiftung zur Bewahrung ihres Lebenswerks zu kostenaufwendig ist.⁵⁹ Die Bindung von Vermögen und Anteilen der GmbH-gebV senkt in der Tat die Wahrscheinlichkeit von gewinnorientierten Umgestaltungen des Unternehmens, die das Lebenswerk des Gründers beschädigen würden, indem sie Kernwerte des Unternehmens aufgeben. Denn mangels Aussicht auf Vereinnahmung des Gewinns durch Ausschüttung oder Veräußerung⁶⁰ wird es für solche Umgestaltungen regelmäßig an einem Anreiz fehlen. Ein wirklicher „Stiftungsersatz“ ist die GmbH-gebV deshalb aber nicht. Die Stiftung zeichnet sich wesentlich durch den grundsätzlich unabänderlichen Stiftungszweck (§§ 80 Abs. 2 S. 1, 87 BGB) aus und erfüllt erst durch die Bindung des Vermögens *an diesen* ihre Bewahrungsfunktion.⁶¹ Der Entwurf verzichtet auf eine Bindung der Nachfolger etwa an die „Unternehmensphilosophie“ des Gründers und stellt Zweck und Gegenstand des Unternehmens ebenso zu ihrer Disposition wie die Art und Weise des Wirtschaftens.⁶² Wie schon in Sachen

⁵⁷ Vgl. *Loritz/Weinmann*, Die GmbH mit gebundenem Vermögen – Kreative Idee oder Legitimation zum Betreiben eines Unternehmens ohne typische Unternehmerpflichten, DStR 2021, 2205 (2210): „Der Gesellschafter einer GmbH-gebV gibt (Risiko-)Kapital und erhält im Gegenzug nur ein Risiko, mehr nicht.“

⁵⁸ *Sanders* (Fn. 39) S. 1575.

⁵⁹ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 18; *Sanders* (Fn. 48) S. 142. Kritisch bezüglich des Bedarfs einer Stiftungsalternative aber *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1203, Fn. 9.

⁶⁰ Da auch für den Anteilserwerber keine Aussicht auf Vereinnahmung des Gewinns besteht, wird er regelmäßig nicht mehr als den Nominalwert der Anteile als Kaufpreis zu zahlen bereit sein. § 77c Abs. 3 S. 1 GmbHG-gebV ermöglicht es zudem, die Veräußerung über dem Nominalwert statutarisch auszuschließen.

⁶¹ *Weitemeyer*, in: MüKo-BGB I, 9. Aufl. 2021, § 80 Rn. 2.

⁶² Plastisch *Sanders* (Fn. 39), S. 1578: „Während der Vater Pflugscharen hergestellt hat, kann die Tochter entscheiden, Waffen für die Bundeswehr herzustellen.“

Nachhaltigkeitsförderung begnügt er sich mit der Erhöhung der Wahrscheinlichkeit eines gewünschten Ergebnisses, ohne es sicherzustellen.

c) *Erweiterung der Rechtsformwahlfreiheit*

Die vom Entwurf vorgesehene Abkehr vom Grundsatz der Verbandsautonomie ist vielfach als eine Beschränkung der Privatautonomie kritisiert worden.⁶³ Wenn dagegen von den Entwurfsverfassern eine Erweiterung der Privatautonomie durch Erweiterung des Rechtsformangebots in Anspruch genommen wird,⁶⁴ offenbart dies das schwierige Verhältnis von Selbstbindung und Privatautonomie.

aa) Selbstbindung und Privatautonomie

Die Privatautonomie verbürgt in erster Linie Schutz vor Fremdbestimmung – und zwar sowohl als Abwehrrecht gegenüber dem Staat⁶⁵ als auch in Gestalt eines Anspruchs auf staatlichen Schutz vor einer (sozial oder wirtschaftlich) stärkeren Vertragspartei.⁶⁶ Vor den Folgen eigener Entscheidungen schützt sie dagegen grundsätzlich nicht;⁶⁷ die Bindung an diese ist vielmehr notwendiges Gegenstück zur Entscheidungsfreiheit. Ein Widerspruch zwischen Selbstbindung und Privatautonomie besteht nur, wenn der Entscheider sich der Folgen der Entscheidung nicht hinreichend bewusst und daher unfrei war.⁶⁸ Die Unumkehrbarkeit der Entscheidung für eine GmbH-gebV ist daher solange keine Beeinträchtigung der Privatautonomie, wie sie freien Willens, d.h. mit hinreichender Folgenkenntnis erfolgt. Um diese sicherzustellen, sieht der Entwurf das Erfordernis der notariellen Beurkundung vor (§ 77b Abs. 1 S. 1

⁶³ Etwa bei *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1324; *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1202; *Loritz/Weinmann* (Fn. 57), S. 2207; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1217 ff.

⁶⁴ *Sanders* (Fn. 39), S. 1576. Zustimmend *Fischer*, Die GmbH mit gebundenem Vermögen als eine mögliche neue Rechtsform für den Mittelstand, BB 2021, 2114 (2117 f.).

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 115, 25 (42) und 109, 96 (109 f.) zur Versicherungspflicht.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreterentscheidung; 89, 214 (232) – Angehörigenbürgschaften und 103, 89 (100 f.) – Kontrolle ehevertraglicher Abreden.

⁶⁷ *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 118 ff.; *ders.*, Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, in: *Riesenhuber*, Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 165 (171 f.); *Schwabe*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66 (69 f.).

⁶⁸ Ausführlich und m. w. N. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht: Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik in Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2014, S. 63.

GmbHG-gebV),⁶⁹ welches die Rechtsordnung als Instrument zum Schutz bei folgenschweren Entscheidungen kennt.⁷⁰ In der Ermöglichung unabänderlicher Satzungsklauseln liegt daher keine Beschränkung der Privatautonomie der Gründer einer GmbH-gebV, sondern eine Erweiterung der ihnen im Rahmen ihrer Rechtsformwahlfreiheit zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten.⁷¹

bb) Selbstbindung und Verhaltensökonomie

Nicht jede Erweiterung des „Rechtskreises“ ist allerdings auch rechtsökonomisch sinnvoll. Die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie veranlassen zu Zweifeln an unumkehrbarer Selbstbindung. Denn während das neoklassische Modell des *homo oeconomicus* von Präferenzstabilität über Zeit ausgeht, hat die empirische Forschung gezeigt, dass erstens die Präferenzen des Menschen über Zeit variieren und dass der Mensch zweitens dazu neigt, dies zu verkennen und seine gegenwärtigen Präferenzen überzubewerten (*projection bias*).⁷² Der Gesellschafter mag sich also freien Willens und mit hinreichender Folgenkenntnis für eine GmbH-gebV entschlossen haben – es besteht das Risiko, dass er dabei die Möglichkeit späterer Präferenzverschiebungen unterbewertet hat und sich deshalb selbst in einer Organisationsform fängt, die seinen späteren Präferenzen nicht entspricht. Das kann zu Motivationsverlust und damit einem Qualitätsverlust in der Unternehmensleitung führen.⁷³

cc) Die Selbstbestimmung der Nachfolgeneration

Die Selbstbindung des Gründers steht ferner in einem Spannungsverhältnis zur Selbstbestimmung der Nachfolger. Von einem Eingriff in die Privatautonomie wird man zwar auch für diese nicht sprechen können. Denn der Nachfolger tritt an die Stelle des Rechtsvorgängers und muss sich dessen Entscheidung als eigene zurechnen lassen: Was für den Rechtsvorgänger kein Eingriff war, kann auch für seinen Nachfolger keiner sein. Allerdings liegt auf der Hand, dass man die Erweiterung des Rechtsformangebots kaum als Nutzen der GmbH-gebV verstehen kann, wenn nur der Gründer von ihr profitiert, während allen

⁶⁹ Die deklaratorische (§ 53 II 1 GmbHG) Vorschrift soll vor der „einschneidenden Bedeutung der dauerhaften Vermögensbindung“ warnen, GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 46.

⁷⁰ Überblick bei *Einsle*, in: MüKo-BGB I, 9. Aufl. 2021, § 128 Rn. 2.

⁷¹ Vgl. *Reul*, Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, DNotZ 2007, 184 (188): „Bereitstellung und Ausgestaltung dieser Organisationstypen [...] eine Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten.“

⁷² *Schmolke* (Fn. 68), S. 185 m. w. N.

⁷³ Siehe zu Anreizdefiziten insgesamt unten 2. b).

Nachfolgern die Nutzung des breiten Angebots an Rechtsformen verwehrt wird. Man muss das nicht als „Pakt gegen künftige Generationen“⁷⁴ ansehen, um sich zu fragen, ob hierin eine Bevormundung der Nachfolgenerationen liegt, die dem vom Entwurf gezeichneten Bild der GmbH-gebV als Vehikel zur „treuhänderischen“ Entwicklung eines Unternehmens für künftige Generationen⁷⁵ widerspricht.

d) Zwischenergebnis

Teilt man das Nachhaltigkeitsverständnis des Entwurfs, so ist in einer GmbH-gebV aufgrund der durch die Vermögensbindung veränderten Anreizstruktur die Wahrscheinlichkeit nachhaltiger Entscheidungen erhöht. Auf eine Sicherstellung nachhaltigen Wirtschaftens verzichtet der Entwurf aber. Der Entwurf erschwert die (familieninterne) Nachfolgerfindung und senkt dafür die Wahrscheinlichkeit einer gewinnmotivierten Beschädigung des Lebenswerks durch die Nachfolger. Eine stiftungsähnliche Garantie der Lebenswerkerhaltung bietet sie aber nicht. Schließlich beeinträchtigt die GmbH-gebV weder die Privatautonomie des Gründers noch die seiner Nachfolger. Während sie aber für ersteren die Rechtsformwahlfreiheit um eine neue Gestaltungsmöglichkeit erweitert, nimmt sie letzteren den Zugriff auf das Rechtsformangebot.

2. Kosten einer GmbH-gebV

Auf Kostenseite sind eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (*a*), eine Beeinträchtigung der Qualität der Unternehmensleitung (*b*) und eine Beeinträchtigung effizienter Kapitalallokation infolge des „Selbstzweckcharakters“ der GmbH-gebV (*c*) zu erörtern.

a) Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen

Es bietet sich an, einerseits zwischen den Gläubigern der Gesellschafter und den Gläubigern der Gesellschaft, andererseits zwischen der Verletzung eines Vertrauenstatbestands und einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen im Übrigen zu unterscheiden.

aa) Verletzung des Schutzes der Gesellschaftergläubiger

Wenn über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet oder in seinen Geschäftsanteil die Zwangsvollstreckung betrieben wird, kann die Gesellschaft diesen einziehen bzw. sich abtreten lassen (§ 77m GmbHG-gebV).

⁷⁴ So das Etikett von *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer* (Fn. 8), S. 296.

⁷⁵ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12; *Sanders* (Fn. 39), S. 1574.

Der Gesellschafter erhält zum Ausgleich einen Erstattungsanspruch (§ 77k GmbHG-gebV), den die Gläubiger pfänden können. Von einer normalen GmbH, in der Einziehung bzw. Zwangsabtretung in der Satzung geregelt worden sind,⁷⁶ unterscheidet sich die Situation insoweit, als der Erstattungsanspruch nur in Höhe der Einlage, nicht in Höhe des anteiligen Unternehmenswerts besteht. Wird daher eine Gesellschaft ohne Vermögensbindung nach Begründung einer Forderung gegen ihren Gesellschafter in eine GmbH-gebV umgewandelt, könnte das Vertrauen des Gläubigers, auf den Unternehmenswert zugreifen zu können, verletzt werden. Ein missbräuchliches „In-Sicherheit-Bringen“ des Schuldnervermögens durch die Vermögensbindung ist indes als Gläubigerbenachteiligung nach § 133 InsO bzw. § 3 AnfG anfechtbar.⁷⁷ Auch ohne einen Benachteiligungsvorsatz ist das Einbringen von Vermögen in eine GmbH-gebV nach § 134 InsO bzw. § 4 AnfG binnen vier Jahren anfechtbar, weil es sich als unentgeltliche Leistung darstellt, soweit der Gesellschafter keinen Ausgleich für die „Weggabe“ des Realwerts des Anteils erhält.⁷⁸ Darüber hinaus sieht § 77b Abs. 5 GmbHG-gebV nach dem Vorbild des § 22 UmwG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung durch den Gesellschafter, der eine GmbH-gebV gründet oder eine bestehende Gesellschaft in eine GmbH-gebV umwandelt, vor.⁷⁹ Der Gläubiger ist in seinem Vertrauen auf den Zugriff auf den Unternehmenswert also umfassend geschützt.

bb) Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftergläubiger

Dennoch könnten Interessen des Gläubigers des Gesellschafters durch die Vermögensbindung beeinträchtigt werden. Zwar liegt keine Beeinträchtigung allein darin, dass der Anspruch nach § 77k GmbHG-gebV für ihn ungünstiger ist als der Zugriff auf den Unternehmenswert.⁸⁰ Der Gläubiger hat Anspruch auf das, was dem Schuldner zusteht, nicht darauf, dass der Schuldner sein Vermögen für den Vollstreckungsfall gewinnbringend anlegt.⁸¹ Deshalb sind auch *de lege lata*

⁷⁶ Siehe dazu *Strohn*, in: *MüKo-GmbHG I*, 4. Aufl. 2022, § 34 Rn. 8 ff. und 111.

⁷⁷ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 48 f.; *Rolfes/Berisha*, Der Schutz der Gläubiger des Gesellschafters einer GmbH mit gebundenem Vermögen, *GmbHR* 2022, 23 (27).

⁷⁸ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 49; *Rolfes/Berisha* (Fn. 77), S. 28 f. Entsprechend wird die Einbringung von Vermögen in eine Stiftung als unentgeltliche Leistung verstanden, siehe *Weinland*, in: *MüKo-AnfG*, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 60 m. w. N.

⁷⁹ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 49. Nach *Rolfes/Berisha* (Fn. 77), S. 30 geht das betreffend die Gründer sogar zu weit, da durch die Neugründung einer GmbH-gebV die Aktivmasse nicht geschmälert werde.

⁸⁰ A. A. *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1325; Kritisch auch *Habersack* (Fn. 6), S. 996.

⁸¹ *Rolfes/Berisha* (Fn. 77), S. 25 f. Zugestehend *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1204.

der Ausschluss von Gewinnrechten⁸² und die Beschränkung der Abfindung auf den Nominalwert⁸³ zulässig. Eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen wird man aber annehmen müssen, wenn dem Gesellschafter die Umgehung der Vermögensbindung möglich und daher tatsächlich nur der Gläubiger vom Zugriff auf das gebundene Vermögen ausgeschlossen ist. Der erste Entwurf wurde vielfach wegen seiner Anfälligkeit für solche Umgehungen kritisiert: Die Vermögensbindung könne durch schuldrechtliche Instrumente ausgehebelt werden, insbesondere seien stille Beteiligungen am Gewinn zulässig⁸⁴ und „Gesellschafterverträge“ (etwa Geschäftsführer-, Darlehens-, Miet- und Lizenzverträge) zu befürchten, in denen unangemessen hohe Gegenleistungen vereinbart werden (verdeckte Gewinnausschüttung)⁸⁵. Der zweite Entwurf hat auf diese Kritik reagiert und stille Beteiligungen durch Gesellschafter und diesen nahestehende Personen für unzulässig erklärt (§ 77i Abs. 2, 3 GmbHG-gebV).⁸⁶ Um der Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen besser zu begegnen, sind für die GmbH-gebV darüber hinaus die Regeln über die Corporate Governance verschärft worden: Während der erste Entwurf in § 77h Abs. 1 S. 1 VE-GmbHG nur vorsah, dass zur Absicherung der Vermögensbindung „angemessene Vorkehrungen“ zu treffen sind,⁸⁷ unterbreitet der zweite zwei konkrete Vorschläge: Entweder sollen die Gesellschafter einen Bericht über die Einhaltung der Vermögensbindung erstellen, der von einem Wirtschaftsprüfer geprüft und an eine Stelle weitergeleitet wird, die auf Auflösung der Gesellschaft klagen kann (§ 77j GmbHG-gebV), oder die GmbH-gebV soll Mitglied in einem an das Genossenschaftsrecht angelehnten (vgl. §§ 53 ff. GenG) Prüfverband werden.⁸⁸ Jedwede Umgehung schließen diese Vorgaben nicht aus.⁸⁹ Sie greifen

⁸² BGHZ 14, 264 (271); *Weller/Reichert*, in: MüKo-GmbHG I, 4. Aufl. 2022, § 14 Rn. 90.

⁸³ BGHZ 116, 359 (374); *Strohn*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 76), § 34 Rn. 271.

⁸⁴ *Arnold/Burgard/Roth/Weitmeyer* (Fn. 7), S. 1327 mit Verweis auf GmbH-VE-E (Fn. 2), S. 11 a. E.

⁸⁵ Z. B. bei *Habersack* (Fn. 6), S. 996; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1221 f. Diese Befürchtung gestand der erste Entwurf im Grundsatz zu, siehe GmbH-VE-E (Fn. 2), S. 39: „Daher ist anzunehmen, dass in einer GmbH-gebV gerade in späteren Generationen, wenn die engagierten Gründer abgetreten sind, ein besonderes Gefährdungspotential für Umgehungsstrategien bestehen kann.“

⁸⁶ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 75 f.

⁸⁷ GmbH-VE-E (Fn. 2), S. 47 ff.; *Sanders* (Fn. 48). S. 143.

⁸⁸ Näher dazu GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 82 ff. und 87 ff.

⁸⁹ *Weitmeyer/Weißberger/Wiese*, Eine GmbH mit ewigem Gewinnausschüttungsverbot – Bahnbrechende Innovation oder volkswirtschaftlich bedenkliche Perpetuierung, *GmbHR* 2021, 1069 (1075) verweisen in diesen Zusammenhang auf den „Wirecard-Skandal“.

aber bewährte Instrumente zur Kontrolle „von außen“ auf und können daher als zur hinreichenden Umgehungsvermeidung geeignet angesehen werden.⁹⁰ Das verbleibende Risiko von Umgehungen ist ausgehend hiervon zwar als Kostenpunkt zu verbuchen, eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftergläubiger aber nicht anzunehmen.

cc) Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger

Anders könnte es sich für die Gläubiger der Gesellschaft verhalten. Zwar liegt eine umfängliche Gewinnthesaurierung, wie sie die Vermögensbindung zur Folge hat, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, deren Haftungsmasse durch sie vergrößert wird.⁹¹ Die Vermögensbindung hat aber Schattenseiten. Sie führt dazu, dass das Zur-Verfügung-Stellen von Eigenkapital ein Verlustrisiko ohne Gewinnaussicht begründet, und setzt damit einen Anreiz für Fremdkapitalfinanzierung.⁹² Eine deshalb höhere Schuldenquote geht zulasten der Gläubiger. Die Unattraktivität der Eigenkapitalfinanzierung ist insbesondere dann ein Problem, wenn die GmbH-gebV in der Krise auf Mittel externer Investoren angewiesen ist.⁹³ Die Finanzierung durch schuldrechtliche Instrumente ist hier keine Option, weil sie die Verschuldung vertieft und zur Insolvenzauslösung führen könnte. Eine stille Beteiligung des Investors nach den §§ 230 ff. HGB, welche der GmbH-gebV das benötigte Eigenkapital und dem Investor eine Gewinnaussicht verschafft,⁹⁴ lässt der Entwurf zwar zu (§ 77i Abs. 3 GmbHG-gebV).⁹⁵ Ob sich Investoren aber auf einen Rettungsversuch einlassen werden, wenn sie kein umfassendes Mitbestimmungs-, sondern lediglich das beschränkte Kontrollrecht nach § 233 HGB haben, ist zweifelhaft. Es gilt daher: Solange es der GmbH-gebV gut geht, geht es ihren Gläubigern gut.

⁹⁰ Die „externe Governance“ durch einen Prüfverband mehrt freilich den bürokratischen Aufwand der „GmbH-gebV-Lösung“. *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1075 fragen daher mit Recht, wie groß der Vorteil gegenüber der „Stiftungslösung“ noch ist.

⁹¹ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 48; *Sanders* (Fn. 39), S. 1579. Zugestehend *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1074.

⁹² *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1204; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1212; *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1073.

⁹³ *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1204; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1212; *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1074.

⁹⁴ Die Einlage des Stillen ist grundsätzlich Fremdkapital, kann durch gesellschaftsvertragliche Gestaltung aber Eigenkapitalcharakter erlangen, siehe *Schmidt*, in: MüKo-HGB III, 4. Aufl. 2019, § 230 Rn. 172 m. w. N.

⁹⁵ Vgl. auch GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 22.

Gerät sie aber in die Krise, ist es um das Interesse der Gläubiger an einer Unternehmensrettung schlecht bestellt.

b) Beeinträchtigung der Qualität der Unternehmensleitung

Eine Beeinträchtigung der Qualität der Unternehmensleitung ginge zulasten aller Stakeholder und stünde so im Konflikt mit der vom Entwurf beabsichtigten Förderung von Stakeholder-Belangen.

aa) Unternehmensleitung in der Gründergeneration

Ein Verlust der Leitungsqualität wird befürchtet, weil es dem Gesellschafter einer GmbH-gebV wegen der Vermögensbindung an Aussicht auf unternehmerischen Gewinn als Anreiz für unternehmerisches Engagement fehle.⁹⁶ Der Entwurf weist dagegen im Grundsatz zu Recht auf die verhaltensökonomische Forschung hin, die gezeigt hat, dass Unternehmer nicht allein wirtschaftlich, sondern vor allem intrinsisch motiviert sind.⁹⁷ Es kann davon ausgegangen werden, dass derjenige, der sich freiwillig für eine Vermögensbindung entscheidet, zunächst mit hinreichender intrinsischer Motivation zu unternehmerischem Engagement ausgestattet ist. Auch fallen wirtschaftliche Anreize in einer GmbH-gebV nicht völlig weg, weil der Unternehmer für seine Leitungstätigkeit eine Vergütung i. S. d. § 77g Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV erhalten kann,⁹⁸ die in desto größerer Höhe angemessen sein dürfte, je erfolgreicher die Leitungstätigkeit ist. Dennoch droht bereits in der Gründergeneration ein Qualitätsverlust, weil die Gefahr besteht, dass der Gründer seine intrinsische Motivation überschätzt (*projection bias*)⁹⁹ und die wirtschaftlichen Anreize durch die Vergütung geringer sind als die durch unternehmerischen Gewinn¹⁰⁰.

bb) Unternehmensleitung in der Nachfolgeneration

Das Risiko von Qualitätsverlusten verschärft sich in der Nachfolgeneration. Das Auswahlrecht der Gesellschafter über ihre Nachfolger ermöglicht es zwar in der Theorie, nur gleichermaßen motivierte Nachfolger zuzulassen. Es kann das Vorhandensein solcher Nachfolger aber nicht garantieren.¹⁰¹ Es ist daher

⁹⁶ Siehe nur *Grunewald/Hennrichs* (Fn. 53), S. 1203; *Habersack* (Fn. 6), S. 994 f.; *Loritz/Weinmann* (Fn. 57), S. 2209 f.; *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1075 f.

⁹⁷ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 13 ff. Siehe auch *Sanders* (Fn. 48), S. 142 und *dies.* (Fn. 39), S. 1579 f. jeweils m. w. N.

⁹⁸ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 15; *Sanders* (Fn. 39), S. 1579.

⁹⁹ Siehe dazu schon oben 1. c) bb).

¹⁰⁰ *Loritz/Weinmann* (Fn. 57), S. 2210.

¹⁰¹ Zugestehend GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 24; *Sanders* (Fn. 48), S. 143.

wahrscheinlich, dass die Gründer praktisch gezwungen sind, Nachfolger zu wählen, die – weil das Unternehmen nicht ihr eigenes Lebenswerk, sondern das eines anderen ist – weniger stark intrinsisch motiviert sind.¹⁰² Die Aussicht auf unternehmerischen Gewinn, die in einer normalen GmbH dieses „Weniger“ an Motivation kompensieren könnte, fehlt in der GmbH-gebV.

cc) Weitergabe des Unternehmens als Abhilfe?

Das Risiko solcher Qualitätsverluste wäre zwar für sich kein Argument gegen die GmbH-gebV, wenn ihnen effektiv durch die Weitergabe des Unternehmens im Falle eines Motivationsverlustes abgeholfen werden könnte. Diese wird durch die Vermögensbindung allerdings erschwert. Die Veräußerung des Geschäftsanteils ist zwar möglich, sieht sich aber mangels wirtschaftlicher Anreize für den Erwerb den geschilderten Nachfolgerfindungsproblemen¹⁰³ ausgesetzt. Die Veräußerung des Unternehmens im Wege eines *asset deals* ist ebenfalls möglich¹⁰⁴ und bietet dem Erwerber auch Aussicht auf unternehmerischen Gewinn. Für sie besteht aber aufseiten des Gesellschafters wenig Anreiz, da ein *asset deal* aufwendig ist¹⁰⁵ und die Erträge aus ihm in der GmbH-gebV gebunden werden und nicht dem Gesellschafter zustehen¹⁰⁶. Auch die Bestellung eines Fremdgeschäftsführers ist – wie schon gezeigt – für den Gesellschafter unattraktiv, weil sie zur Folge hat, dass er sich nicht mehr vergüten lassen kann und das Risiko des Einlageverlusts ohne eine Gewinnaussicht trägt. Im Falle eines – früher oder später – wahrscheinlichen Verlusts der Leitungsqualität droht daher eine „rationale Apathie“ der Gesellschafter gegenüber dem Unternehmen,¹⁰⁷ weil es an Anreizen für Abhilfemaßnahmen fehlt.

c) *Beeinträchtigung effizienter Kapitalallokation*

Die Vermögensbindung könnte effiziente Kapitalallokation, d.h. den Fluss des Kapitals dorthin, wo es den meisten Nutzen stiftet, beeinträchtigen und sich

¹⁰² Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer (Fn. 7), S. 1326; Vetter/Lauterbach (Fn. 41), S. 1214; und Weitemeyer/Weißberger/Wiese (Fn. 89), S. 1076 verweisen auf entsprechende Probleme bei Stiftungen.

¹⁰³ Siehe oben 1. b) aa): Der Erwerber müsste selbst intrinsisch motiviert sein.

¹⁰⁴ Reiff (Fn. 12), S. 610; Sanders (Fn. 39), S. 1578.

¹⁰⁵ Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Kap. A Rn. 29, 31.

¹⁰⁶ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 16; Sanders (Fn. 39), S. 1575.

¹⁰⁷ Weitemeyer/Weißberger/Wiese (Fn. 89), S. 1076.

dadurch abträglich auf das Gemeinwohl auswirken.¹⁰⁸ Auch eine solche Auswirkung stünde im Konflikt mit der vom Entwurf beabsichtigten Nachhaltigkeitsförderung.

aa) Risiko der Kapitalfehlallokation mangels „Abflussmechanismus“

Eine Ausschüttung von Gewinnen an die Gesellschafter ist in der GmbH-gebV durch die Vermögensbindung auch insoweit ausgeschlossen, als das Unternehmen für sie keine sinnvolle Verwendung hat. Es fehlt der GmbH-gebV damit an einem „Abflussmechanismus“ für überschüssiges Vermögen, welches sich in der Gesellschaft anzuhäufen droht, obwohl es anderswo nutzenbringender eingesetzt werden könnte.¹⁰⁹ Es dürfte dieses Risiko von Kapitalfehlallokationen sein, welches wirtschaftlich hinter der rechtspolitischen Kritik der GmbH-gebV als „Selbstzweck- bzw. Keinzweckorganisation“¹¹⁰ und „Unternehmen an sich“¹¹¹ steht: Ein Unternehmen, das allein sich selbst zu dienen bestimmt ist, droht sich als *perpetuum mobile*¹¹² ständig auszuweiten – unabhängig davon, ob diese Ausweitung wirtschaftlich sinnvoll ist oder nicht.

bb) Keine „Einmauerung“ des Vermögens in der GmbH-gebV

Gegen die Befürchtung von Fehlallokationen lässt sich im Grundsatz einwenden, dass überschüssiges Vermögen nicht in der GmbH-gebV „eingemauert“ ist, sondern durch die Gesellschaft frei veräußert oder investiert werden kann.¹¹³ Die Schlagkraft dieses Einwands hängt aber entscheidend davon ab, wie effektiv Veräußerung und Investition verglichen mit dem „automatischen Abfluss“ an die Gesellschafter sind. Die Veräußerung dürfte als „Abflussmittel“ wenig taugen. Es geht schließlich nicht um den Abfluss vermögenswerter Unternehmensbestandteile, sondern die sinnvolle Verwendung des mit diesen erwirtschafteten Jahresüberschusses. Die Investition überschüssigen Vermögens

¹⁰⁸ Vgl. grundlegend *Ricardo*, Über die Grundsätze der Politischen Ökonomie und der Besteuerung (herausgegeben von Kunz/Gehrke), 2. Aufl. 2006, S. 132: „Um der allgemeinen Prosperität willen können nicht genug Erleichterungen für die Übertragung und den Austausch aller Arten von Eigentum gewährt werden, denn auf solche Weise wird Kapital jeder Art wahrscheinlich in die Hände jener gelangen, die es am besten zur Erhöhung der Produktion des Landes verwenden.“

¹⁰⁹ *Grunevald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1202; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1213.

¹¹⁰ *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1323 a. E.

¹¹¹ *Habersack* (Fn. 6), S. 995 f. Der Begriff ist geprägt durch *Haußmann*, Die Aktiengesellschaft als „Unternehmen an sich“, JW 1927, 2953 ff.

¹¹² *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1323.

¹¹³ GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 16; *Sanders* (Fn. 39), S. 1575 f.

ist in Form von Beteiligungen an Drittunternehmen¹¹⁴ oder der Gründung von Tochtergesellschaften¹¹⁵ vorstellbar. Beteiligung und Gründung durch die Gesellschaft statt durch die Gesellschafter haben aber Nachteile. Ein Konzern ist organisatorisch nicht unbedingt sinnvoll, wenn neue Unternehmensideen verwirklicht werden sollen. Auch ist nicht gesichert, dass sich die Gesellschafter über das neue Unternehmen einig sind: Wo in einer normalen GmbH jeder seine Vision mit den ausgeschütteten Gewinnen im Zweifel allein oder mit Dritten verfolgen kann, müssen sich die Gesellschafter der GmbH-gebV einig sein, weil sie ihre Ideen nur durch das „Nadelöhr“ der Gesellschaft verfolgen können. Die sinnvolle Verwendung überschüssigen Vermögens durch die Gesellschaft ist daher schwerfälliger als diejenige durch die Gesellschafter und die Befürchtung von Kapitalfehlallokationen insoweit berechtigt.

cc) Rechtfertigung der Effizienzbeeinträchtigung

Wenn *Sanders* hilfsweise meint, die Wahl der Rechtsform sei eine privatautonome Entscheidung, bei der kein Bürger verpflichtet sei, einem bestimmten Modell ökonomischer Effizienz und optimaler Ressourcenallokation zu folgen,¹¹⁶ verkennt das den Adressaten der Kritik: Es ist nicht der Bürger, der die volkswirtschaftlichen Folgen seiner Rechtsformwahl einpreisen soll; es ist der auf das Gemeinwohl verpflichtete Staat, der sie bei der Entscheidung darüber, ob er eine neue Rechtsform anbietet, berücksichtigen muss. Die Inkaufnahme von Fehlallokationsrisiken ist daher rechtfertigungsbedürftig. Bei Stiftungen, bei denen sie in ähnlicher Weise bestehen,¹¹⁷ hat der Gesetzgeber eine solche Rechtfertigung in der Zweckgebundenheit des Stiftungsvermögens an einen gemeinwohlkonformen (§ 80 Abs. 2 S. 1 Var. 3 BGB), häufig „wohltätigen“ Zweck gesehen.¹¹⁸ Eine solche Zweckbindung gibt es bei der GmbH-gebV – wie bereits dargelegt – nicht: Sie ist weder an nachhaltige Zwecke noch die Zweckvorstellungen ihres Gründers gebunden.

¹¹⁴ Zu beachten ist allerdings § 77a I 2 GmbHG-gebV, der eine reine Vermögensverwaltung durch die GmbH-gebV ausschließen soll, GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 40 f.

¹¹⁵ Die GmbH-gebV kann Konzernmutter sein, GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 70, 75.

¹¹⁶ *Sanders* (Fn. 39), S. 1580.

¹¹⁷ Vgl. *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1324; *Rawert*, Die Stiftung als Familiengesellschaft (?) – Zur Virtualisierung gesellschaftsrechtlicher Strukturen durch das Stiftungsrecht, ZGR 2018, 835 (865).

¹¹⁸ *Mugdan*, Motive I, S. 658: „Das Gesetz lasse diese exorbitante Wirksamkeit des Einzelwillens zu, wegen der wohlthätigen Wirkungen der Stiftungen [...]“

d) Zwischenergebnis

Die Gläubiger der Gesellschafter sind durch die GmbH-gebV nicht in ihren schutzwürdigen Interessen verletzt. Die Gläubiger der Gesellschaft profitieren zwar von der mit der Gewinnthesaurierung einhergehenden „Resilienz“ der Gesellschaft, haben im Krisenfall aber kaum Aussicht auf eine Unternehmensrettung. Schon in der Gründer- und erst recht in der Nachfolgeneration droht wegen des *projection bias* und mangels wirtschaftlicher Anreize ein Qualitätsverlust in der Unternehmensleitung, der zulasten aller Stakeholder geht. Schließlich besteht mangels eines effektiven „Abflussmechanismus“ für überschüssiges Vermögen das Risiko von Kapitalfehlallokationen in der GmbH-gebV.

3. Abwägung unter Berücksichtigung von Alternativansätzen

Mit der Einführung einer GmbH-gebV nähme der Gesetzgeber ein Kostenrisiko in Kauf, ohne dass dadurch Nachhaltigkeitsförderung, das Lebenswerk des Gründers oder ein „treuhänderisches“ Führen des Unternehmens für die Nachfolgeneration gesichert würden. Gesichert sind freilich auch die Kosten einer GmbH-gebV nicht: Sie muss nicht in die gläubigerschädigende Krise geraten, ihre Leitungsorgane müssen nicht an Motivationsdefiziten leiden und in ihr muss sich kein überschüssiges Vermögen häufen. Man kann aus diesem Grund an einem (ersichtlichen) Überwiegen der Kosten über den Nutzen zweifeln. Öffnet man aber den Blick für Regelungsalternativen, zeigt sich ein deutlicheres Bild: Purpose-Ansätze stellen Nachhaltigkeitsförderung sicher, ohne die Kosten einer Vermögensbindung verbuchen zu müssen. Entsprechendes gälte für die Ermöglichung der satzungsmäßigen Festschreibung einer unabänderlichen „Unternehmensphilosophie“.¹¹⁹ Die GmbH-gebV leidet dagegen unter einem nutzenhemmenden „Dyssynergie-Effekt“, weil sie zugleich auf das Nachhaltigkeits- und das Nachfolgeproblem zu antworten sucht. Das spricht dafür, dass bei getrenntem Verfolgen dieser Herausforderungen mit alternativen Regelungsansätzen ein ersichtlich besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis in Aussicht steht, als es der Vorschlag einer GmbH-gebV zeitigt.

III. Zwischenergebnis

Die Einführung einer GmbH-gebV ist daher in rechts- und wirtschaftspolitischer Hinsicht nicht erstrebenswert.

¹¹⁹ Ein solcher Vorschlag dürfte sich mit Blick auf die Perpetuierung eines Einzelwillens zum Teil ähnlicher Kritik ausgesetzt sehen, wie die GmbH-gebV. Zumindest die speziell aus der Vermögensbindung folgenden Einwände könnte er aber ausräumen.

D. Rechtliche Zulässigkeit: Vereinbarkeit mit Art. 54, 49 AEUV

Die im Entwurf vorgesehenen Umwandlungsbeschränkungen könnten zudem gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 54, 49 AEUV verstoßen. Ein solcher Verstoß hätte wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die Unwirksamkeit der Umwandlungsbeschränkungen und mithin die Möglichkeit einer Umgehung der Vermögens- und Anteilsbindung durch Umwandlung zu Folge.¹²⁰ Damit würde das wesentlich Neue des Vorschlags einer GmbH-gebV, nämlich die Unumkehrbarkeit der Vermögens- und Anteilsbindung,¹²¹ außer Kraft gesetzt.¹²²

I. Gewährleistungsinhalt: Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Aus den Art. 54, 49 AEUV folgt ein Recht auf grenzüberschreitenden Formwechsel¹²³ sowie auf grenzüberschreitende Verschmelzung¹²⁴ und Spaltung¹²⁵. Dieses Recht ist zunächst vor diskriminierenden Beschränkungen geschützt, d. h. vor der Nichtzulassung von Umwandlungen unter Beteiligung ausländischer Gesellschaften, wo solche unter Beteiligung allein inländischer Gesellschaften zugelassen sind.¹²⁶ Darüber hinaus hat der *EuGH* in der Entscheidung *Kraus*¹²⁷ allerdings ein diskriminierungsunabhängiges Kontrollprogramm begründet, nach welchem eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit auch im Falle von diskriminierungsfreien Beschränkungen vorliegt, die geeignet sind, „die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten

¹²⁰ Darauf weisen auch *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 844 hin.

¹²¹ Siehe dazu oben unter **B. III.**

¹²² *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 844 stellen treffend fest, dass es der vorgeschlagenen Rechtsformvariante in diesem Fall an der „gesellschaftsrechtliche[n] Existenzberechtigung“ fehlte.

¹²³ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 111 ff.; Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE*, Rn. 34 ff.; Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*, Rn. 29 ff.

¹²⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005, C-411/03, *Sevic*, Rn. 30 f.

¹²⁵ Es wird der weiten Formulierung *ibd.*, Rn. 19 entnommen, siehe *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und *Trabrennbahn*, ZHR 173 (2009), 735 (768); *Krause/Kulpa*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „*Sevic*“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrecht, ZHR 171 (2007), 38 (46).

¹²⁶ Zum Diskriminierungsverbot im Bereich der Niederlassungsfreiheit grundlegend *EuGH*, Urt. v. 21.6.1974, C-2/74, *Reyners*, Rn. 15 ff. und Urt. v. 28.1.1986, C-270/83, *KOM ./.* *Französische Republik*, Rn. 14.

¹²⁷ *EuGH*, Urt. v. 31.3.1993, C-19/92, *Kraus*.

durch die Gemeinschaftsangehörigen [...] zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“¹²⁸ An diesen Gewährleistungsinhalten ist der vorgesehene Ausschluss der GmbH-gebV vom Formwechsel (§ 77n Abs. 5 GmbHG-gebV) und von der Beteiligung an grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen als übertragender Rechtsträger (vgl. §§ 77n Abs. 4 GmbHG-gebV)¹²⁹ zu messen.

II. Beeinträchtigung durch Angebot einer Rechtsformvariante?

Soweit es dabei um das Vorliegen einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit durch diese Regelungen geht, stellen sich vor allem zwei Fragen. Erstens: Welche Rolle (wenn überhaupt eine) spielt die Ausgestaltung der GmbH-gebV als Rechtsformvariante statt als eigene Rechtsform? Und zweitens: Lässt sich eine Beeinträchtigung deshalb bezweifeln, weil die GmbH-gebV Privaten lediglich als Angebot zur Verfügung gestellt und ihnen nicht aufgezwungen wird?

1. Bedeutung der Ausgestaltung als Rechtsformvariante statt als eigene Rechtsform

Engel und *Haubner* haben in ihrem Beitrag entwickelt, dass für die vorgeschlagene GmbH-gebV als Rechtsformvariante ein anderer Prüfungsmaßstab gelten könnte als für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigene Rechtsform: Während die GmbH-gebV als Rechtsformvariante zur GmbH aus Sicht des Unionsrechts wie eine normale GmbH zu behandeln und der Ausschluss rechtsformkongruenter grenzüberschreitender Umwandlungen daher am Maßstab des diskriminierungsunabhängigen Beschränkungsverbots zu messen sei, seien Umwandlungsbeschränkungen für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigene Rechtsform im Grundsatz Sache der „Konturierung“ der Rechtsform durch den nationalen Gesetzgeber.¹³⁰ In der

¹²⁸ *Ebd.*, Rn. 32; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 3 ff. m. w. N.

¹²⁹ Wenn § 77n IV GmbHG-gebV die GmbH-gebV als übertragende Rechtsträgerin im Rahmen von grenzüberschreitenden Verschmelzungen kategorisch ausschließt, kann für grenzüberschreitende Spaltungen konsequenterweise nichts anderes gelten.

¹³⁰ *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 845 f., 847, die allerdings annehmen, dass auch bei Ausgestaltung als eigene Rechtsform wegen des Effektivitätsgrundsatzes eine Beeinträchtigung vorläge, weil mangels vergleichbarer Rechtsformen im Ausland eine grenzüberschreitende Umwandlung *de facto* ausgeschlossen sei, siehe *ebd.*, S. 847. Ob es dabei die Anforderungen des Beschränkungs- oder des Diskriminierungsverbots sind, auf die sich der Effektivitätsgrundsatz bezieht, geht aus den Ausführungen nicht zweifelsfrei hervor.

Konsequenz dieser Differenzierung läge es, Umwandlungsbeschränkungen für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigene Rechtsform nur am Diskriminierungsverbot zu messen,¹³¹ mit dem eine inländische wie grenzüberschreitende Umwandlungen gleichermaßen erfassende beschränkende Regelung nicht in Konflikt geriete. Anders als bei der als Rechtsformvariante ausgestalteten GmbH-gebV würde es bei einer als eigene Rechtsform ausgestalteten Gesellschaft mit gebundenem Vermögen daher schon an einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit fehlen. Den Prüfungsmaßstab in dieser Weise daran zu koppeln, ob sich die beschränkenden Regelungen auf eine eigene Rechtsform oder eine Rechtsformvariante beziehen, erscheint allerdings deswegen fragwürdig, weil dadurch die Wirkung einer unionsprimärrechtlichen Garantie auf in der Sache identische Regelungen von der willkürlichen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers über die rechtstechnische Umsetzung seines Vorhabens abhängig gemacht wird. Der nationale Gesetzgeber darf sich einem „strengerem“ Prüfungsmaßstab aber nicht schlicht dadurch entziehen können, dass er statt der Ausgestaltung als Rechtsformvariante nunmehr eine neue Rechtsform einführt. Das spricht dafür, unabhängig von der rechtstechnischen Umsetzung des Vorhabens eine Prüfung am Maßstab (auch) des Beschränkungsverbots vorzunehmen, bei der es entscheidend vom Wesen der Rechtsform(variante) und der mit ihr gesetzgeberisch verfolgten Zwecke abhängt, ob Umwandlungsbeschränkungen gerechtfertigt sind.

2. Bedeutung der freiwilligen Gründungsentscheidung der Gesellschafter

Zu erwägen ist allerdings, ob selbst bei Prüfung nach Maßgabe des Beschränkungsverbots eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit deshalb nicht vorliegt, weil sich die Gesellschafter einer GmbH-gebV freien Willens für eine Rechtsform mit Umwandlungsbeschränkungen entschieden haben.¹³² Gegen diesen *volenti non fit iniuria*-Gedanken spricht auf Ebene des Unionsrechts aber die Funktion der Grundfreiheiten als Mittel zum Zweck der Binnenmarktverwirklichung i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 1 EUV, Art. 26 Abs. 1 AEUV: Die Grundfreiheiten sind nicht primär zum Schutze des Einzelnen, sondern in einem Gemeininteresse

¹³¹ Die Alternative wäre der Sache nach ein reduzierter Kontrollmaßstab bei der Prüfung des Beschränkungsverbots bei eigenen Rechtsformen statt Rechtsformvarianten, der mangels klarer Kriterien für eine solche Abstufung kaum überzeugen dürfte.

¹³² Mit einer entsprechenden *volenti non fit iniuria*-Erwägung ist oben unter **C. II. 1. c) aa)** ein Eingriff in die Privatautonomie verneint worden.

eingerrichtet,¹³³ das auch dann berührt sein kann, wenn man eine Beeinträchtigung von Individualinteressen mit dem *volenti non fit iniuria*-Gedanken verneinen kann. Das Angebot einer „umwandlungsfesten“ Rechtsform würde zu einer zweiten Klasse an Gesellschaften führen, die nicht umfassend am Binnenmarkt partizipieren, sondern an ihren Herkunftsstaat gebunden sind.¹³⁴ Mit dem Ziel der Binnenmarktvertiefung erscheint das kaum vereinbar. Vor diesem Hintergrund ergibt sich in Ansehung des Effektivitätsgrundsatzes aus Art. 4 Abs. 3 EUV, dass dem Gesellschafter einer GmbH-gebV das Berufen auf die Niederlassungsfreiheit nicht deswegen versperrt sein kann, weil er sich in der Vergangenheit freien Willens für diese Rechtsform entschieden hat.

III. Rechtfertigung durch zwingendes Allgemeininteresse

Stellen die §§ 77n ff. GmbHG-gebV demnach eine beeinträchtigende Regelung dar, so sind sie nur gerechtfertigt, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise der Erreichung eines Ziels zwingenden Allgemeininteresses dienen und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehen.¹³⁵

1. Nachhaltigkeitsförderung

Engel und *Haubner* haben die Frage aufgeworfen, ob sich Nachhaltigkeitsförderung als Grund zwingenden Allgemeininteresses anerkennen ließe und dafür auf die Agenda 2030 der UN-Generalversammlung verwiesen.¹³⁶ Auch die in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 EUV erwähnte „nachhaltige Entwicklung“ böte einen Anhaltspunkt. Wünschenswert wäre eine solche Anerkennung nicht. Der vom *EuGH* anerkannte Kanon der Gründe zwingenden Allgemeininteresses umfasst bereits alle im Rahmen einer Nachhaltigkeitsanalyse zu beachtenden Belange.¹³⁷ Für die Einführung einer unbestimmten Rechtfertigungsgeneralklausel besteht kein Bedarf. Selbst wenn der *EuGH* aber einer „Rechtfertigung durch Nachhaltigkeit“ Tür und Tor

¹³³ Vgl. *Müller-Graff*, in: Hatje/Müller-Graff, Enzyklopädie Europarecht I, 1. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1: „[...] auch wenn sie nicht um ihrer selbst willen bestehen, sondern von den Vertragsparteien eingesetzt sind, um die gesellschaftsvertragliche Leitzieltrias der Union zu verwirklichen [...]“.

¹³⁴ *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 849: „Einigelung einer nationalen Wirtschaft“.

¹³⁵ „Vier-Kriterien-Test“, siehe *EuGH*, Urt. v. 31.3.1993, C-19/92, *Kraus*, Rn. 32.

¹³⁶ *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 848.

¹³⁷ Vgl. die Auflistung bei *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 848 f.

öffnete: Für die GmbH-gebV, die nachhaltiges Wirtschaften nicht garantiert, sondern zur Disposition der Gesellschafter stellt, dürfte sie nicht eingreifen.¹³⁸

2. Missbrauchsverhinderung

Der *EuGH* hat anerkannt, dass Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Umwandlungen zur missbräuchlichen Umgehung von Bestimmungen des eigenen Rechts unterbinden können.¹³⁹ Dass aber die Umwandlung einer GmbH-gebV in eine Gesellschaft ohne Vermögensbindung schlechthin missbräuchlich wäre, ist nicht ersichtlich. Sie muss schließlich nicht zum Ziel haben, Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter zu ermöglichen, sondern kann auch etwa in einem legitimen Bedürfnis der Satzungssitzverlegung ins Ausland liegen (vgl. § 4a GmbHG)¹⁴⁰, z. B. weil sich der örtliche Tätigkeitsschwerpunkt des Unternehmens verlagert hat. Die Gesellschafter könnten i. R. d. ausländischen Rechts sogar eine GmbH-gebV statutarisch nachzubilden suchen. Eine missbräuchliche Umgehung mag daher im Einzelfall vorliegen; die Umwandlung in eine Rechtsform ohne Vermögensbindung kann aber nicht an sich als missbräuchlich angesehen werden.

IV. Zwischenergebnis

Die in den §§ 77n ff. GmbHG-gebV vorgeschlagenen Umwandlungsbeschränkungen verstoßen daher gegen die durch Art. 54, 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit.

E. Fazit: Keine erstrebenswerte Rechtsform

Die Einführung einer GmbH-gebV ist rechts- und wirtschaftspolitisch nicht sinnvoll und verstieße gegen Unionsrecht. Der Vorschlag sollte daher nicht weiter verfolgt werden. Für seine Kernanliegen – die Förderung nachhaltigen Unternehmertums und die Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen – könnte er dennoch insoweit von Wert sein, als er den Blick auf im Ausland gewählte Regelungsalternativen wie Dual-Purpose-Ansätze¹⁴¹, Nachhaltigkeitszertifizierungen¹⁴² und eine Unterwerfung der Stiftungen unter

¹³⁸ So auch *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 848.

¹³⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Rn. 51.

¹⁴⁰ Beispiel von *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 847.

¹⁴¹ Siehe oben unter **C. II. 1. a) bb)**.

¹⁴² Vorbild hierfür könnte die französische *Société à Mission* sein. Siehe näher bei *Fleischer* (Fn. 4), S. 352 f.

ein System der Normativbestimmungen¹⁴³ gelenkt hat. Es steht zu hoffen, dass die deutsche Rechtswissenschaft das zum Anlass nimmt, diese Ansätze sorgfältig auf ihre Sinnhaftigkeit und Brauchbarkeit für die deutsche Wirtschaft zu untersuchen.

¹⁴³ Hierfür sprechen sich unter Verweis auf das in Skandinavien praktizierte Modell *Weitemeyer/Weißberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1078 aus.