

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Institut für deutsches und europäisches  
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Stefan J. Geibel



Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht  
und Verbraucherschutz

Friedrich-Ebert-Platz 2  
69117 Heidelberg  
Tel. (06221) 547823 oder 547405  
Fax (06221) 547825  
stefan.geibel@igw.uni-heidelberg.de  
<http://www.igw.uni-heidelberg.de>

Heidelberg, 11.05.2017

**Stellungnahme**  
**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung**  
**„Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürger-  
schaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften“**  
**(BT-Drucksache 18/11506)**

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

mit herzlichem Dank für die Einladung zu der Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages nehme ich zu dem Regierungsentwurf „Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften“ (BT-Drucksache 18/11506) aus rechtswissenschaftlicher Sicht wie folgt Stellung:

**I. Vorbemerkung**

Auf den ersten Blick scheint der Entwurf zu § 22 BGB-E und einer RVV-E zu einem ungünstigen Zeitpunkt vorgelegt worden zu sein, hat doch der Bundesgerichtshof sein Urteil über die sog. Kita-Fälle noch nicht gefällt und hat sich der Deutsche Juristentag die Frage „Empfiehl es sich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung und Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen übergreifend zu regeln?“ in der zivil-, wirtschafts- und steuerrechtlichen Abteilung erst für den Frühherbst 2018 vorgelegt. Sonderfragen wie zum Beispiel diejenige nach dem Verhältnis zwischen dem Konzessionssystem einerseits und einer wünschenswerten Registereintra-

gung andererseits stellen sich auch im Rahmen der anstehenden Stiftungsrechtsreform (vgl. den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ vom 9.9.2016). Immerhin steht die rechtswissenschaftliche Diskussion der offenen Fragen rund um die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen keineswegs an ihrem Beginn, und der wesentliche Kern des künftigen Kita-Urteils des BGH lässt sich durchaus erahnen.

Die genossenschaftsrechtlichen Änderungsvorschläge des Entwurfs gründen demgegenüber in wesentlichen Kernpunkten auf einer reichen rechtspolitischen Diskussion (vor allem der Prozess zur Reform des GenG 2006 und die Diskussion vor und nach dem RefE des BMJ zur Einführung einer Kooperation 2013). Die Stellungnahme hierzu unter III. kann sich daher auf einzelne rechtliche Probleme konzentrieren. Zunächst wird zu § 22 BGB-E und RVV-E Stellung bezogen (II.).

## **II. „Neubelebung“ des wirtschaftlichen Vereins in § 22 BGB-E**

### **1. Zweck und Gegenstand des wirtschaftlichen Vereins i.S.v. § 22 BGB-E**

Nachdem seit BVerwGE 58, 26 Anträge die Neukonzessionierung wirtschaftlicher Vereine fast durchgehend mit der Begründung abgelehnt wurden, dass die Gründung insbesondere einer AG, GmbH oder eG nicht unzumutbar seien, sieht der Entwurf eine neue Untervariante des wirtschaftlichen Vereins vor, bei welcher der Verweis auf eine Zweckverfolgung in anderer Rechtsform „regelmäßig“ als unzumutbar anzusehen ist und ein Anspruch auf Verleihung besteht. Ein ähnliches normativ konditioniertes Konzessionssystem kennt bereits das Stiftungsrecht in § 80 Abs. 2 BGB. Während noch z.B. das BVerwG (NJW 1979, 2265) annahm, dass ein Verein, der einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb als Mittel zur Förderung eines ideellen Zwecks betreibt, nicht wirtschaftlicher Verein, sondern nur Idealverein sein könne, zieht der Entwurf diese Vereine in den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 BGB-E herüber. Damit wird der Zweckbegriff in § 22 Abs. 1 S. 1 BGB-E in folgendem Sinne uminterpretiert: „Ein Verein, dessen Gegenstand auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und dessen Zweck ein nicht wirtschaftlicher sein kann...“. Ähnlich ist dies in § 2 Nr. 1 RVV-E ausgedrückt, nur terminologisch etwas anders im Sinne einer doppelten Finalität („...Zweckbestimmung, wonach der Verein ... vorwiegend unternehmerisch tätig sein soll, um ...“).

### **2. Probleme der Abgrenzung zu Idealvereinen mit Nebenzweckprivileg**

Weil auch Idealvereine nach § 21 BGB wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Rahmen des sog. Nebenzweckprivilegs führen dürfen, um ihre ideellen Zwecke zu fördern, käme es daher unwei-

gerlich zu einem Abgrenzungsproblem zwischen den Idealvereinen und dem neuen wirtschaftlichen Verein i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB-E. Die quantitativen Schwellenwerte für Umsatz und Gewinn in § 4 RVV-E grenzen den wirtschaftlichen Verein nur „nach oben“ ab, nicht aber zum Idealverein. Erträglich wäre dieses Abgrenzungsproblem möglicherweise dann, wenn die Vereine entweder für den Idealverein oder den wirtschaftlichen Verein i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB-E optieren könnten. Dann müsste jedenfalls das Rechnungslegungserfordernis des § 2 Nr. 7 RVV-E überdacht werden (hier würde sich ohnehin empfehlen, die Rechnungslegungspflicht auf wirtschaftliche Vereine zu beschränken, die ein Handelsgewerbe betreiben, vgl. § 33 HGB). Allerdings besteht Anlass zur Sorge, ob die Regelung des § 22 BGB-E nicht so interpretiert werden könnte, dass das (gesetzlich ungeregelte) Nebenzweckprivileg stillschweigend „abgeschafft“ wäre und den Idealvereinen, die wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Rahmen ihrer ideellen Zweckförderung betreiben, ausschließlich die Rechtsform des § 22 Abs. 2 BGB-E zur Verfügung stünde. Die Beibehaltung des Nebenzweckprivilegs für Idealvereine sollte daher in irgendeiner Form im Gesetz zum Ausdruck kommen.

### **3. Gewinnausschüttungsverbot und Verbot von unverhältnismäßig hohen Vergütungen für Mitglieder**

Das in **§ 2 Nr. 8 RVV-E** vorgesehene Gewinnausschüttungsverbot spiegelt die herkömmliche Sicht für den Idealverein, dass Vereinsmitglieder keine Vermögensrechte haben (dürfen). Es spricht zum Schutz der Gläubiger viel dafür, für einen wirtschaftlichen Verein i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB ein Gewinnausschüttungsverbot einzuführen (vgl. auch § 5a Abs. 3 GmbHG). Da allerdings nach der Zweckbestimmung des **§ 2 Nr. 1 RVV-E** Bürger und Kleinerzeuger versorgt oder unterstützt werden sollen, und diese oftmals Mitglieder des Vereins werden können, entstünde die Gefahr, dass Leistungen an die Mitglieder als verdeckte Gewinnausschüttungen qualifiziert werden und dann eine der Voraussetzungen für die Konzessionierung des Vereins insgesamt wegfielen. Hier würde sich empfehlen, derartige Versorgungs- oder Unterstützungsleistungen an Mitglieder, die zugleich Destinatäre i.S.v. § 2 Nr. 1 RVV-E sind, von der Gefahr der Qualifizierung als verdeckte Gewinnausschüttungen oder als „unverhältnismäßig hohe Vergütung“ i.S.v. **§ 4 Abs. 2 RVV-E** auszunehmen.

### **4. Fehlende Registerpflicht für wirtschaftliche Vereine i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB-E**

Für den wirtschaftlichen Verein i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB-E begnügt sich der Entwurf der RVV mit Mitteilungspflichten in **§ 5 RVV-E** und mit statutarischen Bestimmungen darüber, dass die Vertretungsmacht des Vorstands nicht gegenüber Dritten beschränkt ist (**§ 2 Nr. 6 RVV-E**). Für wirtschaftliche Vereine i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB-E ist weder ein Register noch ein bei der Sitzbehörde

geführtes Verzeichnis wie im Stiftungsrecht vorgesehen. Damit bleibt der Entwurf im Hinblick auf den Drittschutz und die Transparenz sogar hinter dem Stiftungsrecht zurück. Im Rahmen der aktuell erörterten Vorschläge für eine Reform des Stiftungsrechts hat sich die Bund-Länder-Arbeitsgruppe in ihrem Bericht vom 9.9.2016 (S. 92-102) im Grundsatz unter bestimmten Voraussetzungen für die Einführung eines Stiftungsregisters mit Publizitätswirkung ausgesprochen, allerdings angeregt, dass hinsichtlich der Kosten eines solchen Registers erst eine Kostenermittlung abgewartet werden sollte. Das Publizitätsbedürfnis des Verkehrs dürfte bei wirtschaftlichen Vereinen i.S.v. § 22 Abs. 2 BGB-E mindestens ähnlich sein wie bei Stiftungen. Zudem würde der Entwurf zu einem Wertungswiderspruch zu Idealvereinen führen, die einer Registerpublizität unterliegen.

## **5. Frage der Haftungsbeschränkung für Organmitglieder und Mitglieder**

Die Begründung des RVV-E erwähnt unter A.I. (3. Absatz), dass auf wirtschaftliche Vereine „die §§ 24 bis 53 BGB“ Anwendung finden sollen. Hinsichtlich § 31a BGB ist dies so nicht richtig, da ähnlich wie bei der eG ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb geführt wird und § 31a BGB hierauf nicht passt. Auch der Entwurf zu § 34 GenG-E geht weiterhin von der Nichtanwendung des § 31a BGB auf die eG aus (BT-Drucks. 18/11506, S. 26). In der Stringenz des Entwurfs läge es, für den wirtschaftlichen Verein die Anwendung des § 31a BGB auszuschließen und lediglich eine Regelung wie § 34 Abs. 1 S. 2 GenG-E einzufügen. Ob auch § 31b BGB von der Anwendung auf den wirtschaftlichen Verein auszuschließen ist, wäre zu überdenken.

## **III. Änderungen im Genossenschaftsrecht**

### **1. Mitgliederdarlehen**

**§ 21b GenG-E** soll Genossenschaften unter bestimmten Voraussetzungen von der Erlaubnispflicht nach § 32 KWG ausnehmen. In der letzteren Norm sollte sinngemäß klargestellt werden, dass sie nur Geltung beanspruchen, soweit nicht gesetzlich etwas anderes vorgesehen ist. Die Verwaltung der Mitgliederdarlehen könnte allerdings auch in den Anwendungsbereich des KAGB und bei einer Qualifizierung als partiarisches Darlehen im Einzelfall auch in den Anwendungsbereich des VermAnIG geraten. In letzterem Fall wäre zum Beispiel über § 21b Abs. 2 GenG-E hinaus ein Prospekt zu erstellen, wenn das Angebot an die Mitglieder im Einzelfall als öffentlich qualifiziert würde. Zur Sicherheit sollten Mitgliederdarlehen an eine eG vom Anwendungsbereich des VermAnIG explizit ausgenommen werden. Ob eine solche Bereichsausnahme auch für das

KAGB möglich wäre, durch das größtenteils Unionsrecht umgesetzt wird (die AIFM-Richtlinie), müsste in einer gesonderten Prüfung geklärt werden.

## **2. Bindung des Vorstands an Weisungen der Generalversammlung**

Die vorgeschlagene Neuregelung geht für Genossenschaft mit 20 Mitgliedern auf den Rechtszustand vor 1973 zurück und orientiert sich offenbar auch an § 37 Abs. 1 GmbHG. **§ 27 Abs. 1 S. 2 GenG-E** scheint nur die Möglichkeit vorzusehen, dass die Satzung den Vorstand insgesamt an Weisungen der Generalversammlung bindet. Dies würde den Vorstand zur bloß ausführenden Marionette der Generalversammlung machen. Vorzugswürdig wäre eine Formulierung wie etwa „...dass die Generalversammlung dem Vorstand bindende Weisungen *erteilen kann*“. Um den Weisungscharakter eines Beschlusses rechtssicher festzulegen, wäre empfehlenswert, dass diese Weisungsbeschlüsse abweichend von § 43 Abs. 7 S. 1 GenG stets schriftlich oder in elektronischer Form gefasst werden.

## **3. Mitgliederliste und Unterlagenaufbewahrung**

Der Wortlaut des **§ 30 Abs. 2 S. 1 GenG-E** sollte im ersten Halbsatz mit den Worten „...einzutragen ist“ statt „...eingetragen wird“ enden, um deutlich zu machen, dass jedes Mitglied einzutragen ist, und um sicherzustellen, dass sich die Zahl der Mitglieder aus der Liste in jedem Fall ergibt. Hinsichtlich **§ 30 Abs. 3 S. 2 GenG-E** ist nicht verständlich, welche Unterlagen gemäß § 257 HGB aufbewahrt werden müssen, die Unterlagen aufgrund deren die Eintragung des Beitritts, der Veränderung der Zahl weiterer Geschäftsanteile oder des Ausscheidens in die Mitgliederliste erfolgt (§ 30 Abs. 3 S. 1 GenG-E) oder die in § 257 HGB genannten Unterlagen. Im letzteren Fall ist die Platzierung des § 30 Abs. 3 S. 2 GenG-E unglücklich in einer Norm, die mit „Mitgliederliste“ überschrieben ist.

## **4. Berücksichtigung der Unentgeltlichkeit bei Haftung des Vorstands**

**§ 34 Abs. 2 S. 3 GenG-E** lässt im Unklaren, wie die Tatsache, dass ein Vorstand „im Wesentlichen unentgeltlich tätig ist“, „bei der Beurteilung seiner Sorgfalt“ zu berücksichtigen sein soll. In jedem Fall zu weitgehend wäre die Auslegung, dass sich der Organwalter pauschal auf eine ihm individuell unzumutbare Sachkunde berufen darf. Anerkannt sind zwar bereichsspezifische Sorgfaltsanforderungen wie nach § 347 HGB für Kaufleute. Da sich ein bereichs- oder gruppenspezifischer Sorgfaltsmaßstab für unentgeltlich oder nahezu unentgeltlich tätige Organwalter auch angesichts der Vielfalt der Genossenschaftsarten kaum herausbilden dürfte, läuft dieser Vorschlag womöglich leer oder es bestünde die Gefahr, dass die Gerichte ähnliche Ergebnisse wie

nach § 31a BGB erzielen. Die Begründung von § 34 GenG-E erläutert überzeugend, dass eine allgemeine Absenkung des Haftungs niveaus für Organwalter einer eG ähnlich wie in § 31a BGB nicht mit dem Recht der eG und ihrem Formkaufmannstatus vereinbar wäre (BT-Drucks. 18/11506, S. 26).

## **5. Erhöhung der Schwellenwerte für die Einbeziehung des Jahresabschlusses, der Buchführung und des Lageberichts in die Pflichtprüfung (§ 53 Abs. 2 S. 1 GenG-E)**

Zu der quantitativen Frage, wie hoch die Schwellenwerte angesetzt werden sollen, kann allein aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht Stellung bezogen werden, ohne empirische und wirtschaftliche Untersuchungen vorzunehmen. Dies kann hier nicht geleistet werden. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist aber zu erinnern, dass der Hinweis in der Entwurfsbegründung auf die Erhöhung der Schwellenwerte für kleine Kapitalgesellschaften in § 267 Abs. 1 HGB nicht verfängt. Denn diese weisen in der jeweiligen Rechtsform der GmbH oder AG ein Mindesthaftkapital auf und unterliegen einem System der Kapitalaufbringung und -erhaltung oder einem Verbot der Einlagenrückgewähr. Das Genossenschaftsrecht hingegen kennt keine derartigen Instrumente zum Schutz der Mitglieder und der Gläubiger der eG. Auch eine Kapitalmarktkontrolle findet in der Regel nicht statt. Die Pflichtprüfung erfüllt im Genossenschaftsrecht daher eine zentrale Funktion für den Mitglieder- und Gläubigerschutz. Andererseits kann auch eine Jahresabschlussprüfung nicht alle Risiken für Mitglieder und Gläubiger bannen. Zudem kann sich der Prüfungsverband im Rahmen der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung nach § 53 Abs. 1 S. 1 GenG den Jahresabschluss und die Buchführung vorlegen lassen und (außerhalb der Fälle des § 53a GenG-E) Vor-Ort-Prüfungen vornehmen. Das Für und Wider einer Erhöhung der Schwellenwerte in § 53 Abs. 2 S. 1 GenG-E kann gerne in der Anhörung erläutert werden.

## **6. Vereinfachte Prüfung für Kleinstgenossenschaften**

Die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung erfüllt die bedeutsame Funktion, die Verwirklichung des genossenschaftlichen Förderzwecks sicherzustellen. Die Einführung der vereinfachten Prüfung nach **§ 53a GenG-E** führt dazu, dass Kleinstgenossenschaften im Sinne von § 336 Abs. 2 S. 3, 267a HGB nach einer Eingangspflichtprüfung im ersten Geschäftsjahr und einer vereinfachten Prüfung im dritten Geschäftsjahr erst im fünften Geschäftsjahr wieder zur (vollständigen) Pflichtprüfung anstehen. Die Berechtigung des Prüfungsverbandes festzustellen, ob es Anhaltspunkte für Zweifel an einer geordneten Vermögenslage oder an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung gibt, kann nach dem Wortlaut des § 53a Abs. 1 S. 2 GenG-E entgegen der Entwurfsbegründung im Einzelfall auch eine Vor-Ort-Prüfung umfassen. Freilich sollte der Wortlaut explizieren, dass der Prüfungsverband gewisse Angaben vom Vorstand verlangen

kann, etwa die Angabe, ob wichtige Verträge mit einem Geschäftsvolumen von beispielsweise über 10.000 Euro von der eG geschlossen wurden oder gegen sie bestimmte Verwaltungsakte ergangen sind.

Aus **§ 53a Abs. 2 Nr. 5 GenG-E** könnte indirekt folgen, dass über Beschlüsse der Generalversammlung stets Niederschriften zu erstellen sind. Zu überdenken wäre, die Erstellung derartiger Niederschriften oder elektronischer Beschlusssammlungen der Generalversammlung für verpflichtend zu erklären und § 43 Abs. 7 S. 1 GenG insoweit zu ändern.

## **7. Berechtigung des Prüfungsverbandes, den Prüfungsbericht der BaFin zu Verfügung zu stellen**

In dem vorgeschlagenen **§ 63 Abs. 3 GenG-E**, der aus investmentrechtlicher Perspektive notwendig ist, sollten die Worte „aus diesem“ gestrichen werden. Die Anhaltspunkte, dass eine eG keinen zulässigen Förderzweck verfolgt, sondern ein Investmentvermögen im Sinne des KAGB und der AIFM-Richtlinie darstellt, können sich zwar durch den Prüfungsbericht erhärten. Ob dies der Fall ist, kann aber erst nach Vorlage des Prüfungsberichts von der BaFin festgestellt werden. Auch die Entwurfsbegründung spricht nur von „Anhaltspunkten“ und nicht davon, dass sich diese aus dem Prüfungsbericht ergeben müssten.

\*\*\*

Zu dieser Stellungnahme sowie zu den hier nicht besprochenen Teilen des Entwurfs können gerne in der Anhörung (weitere) Erläuterungen gegeben werden.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. iur. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Aix-en-Provence)