



UNIVERSITÄT
LEIPZIG

Gemeinnütziger Verbandszweck – Eine Herausforderung für den Gläubigerschutz?

Viertes Hannoversches Symposium zum Gesellschafts-
und Steuerrecht am 24. März 2021

Prof. Dr. Gregor Roth



— Agenda

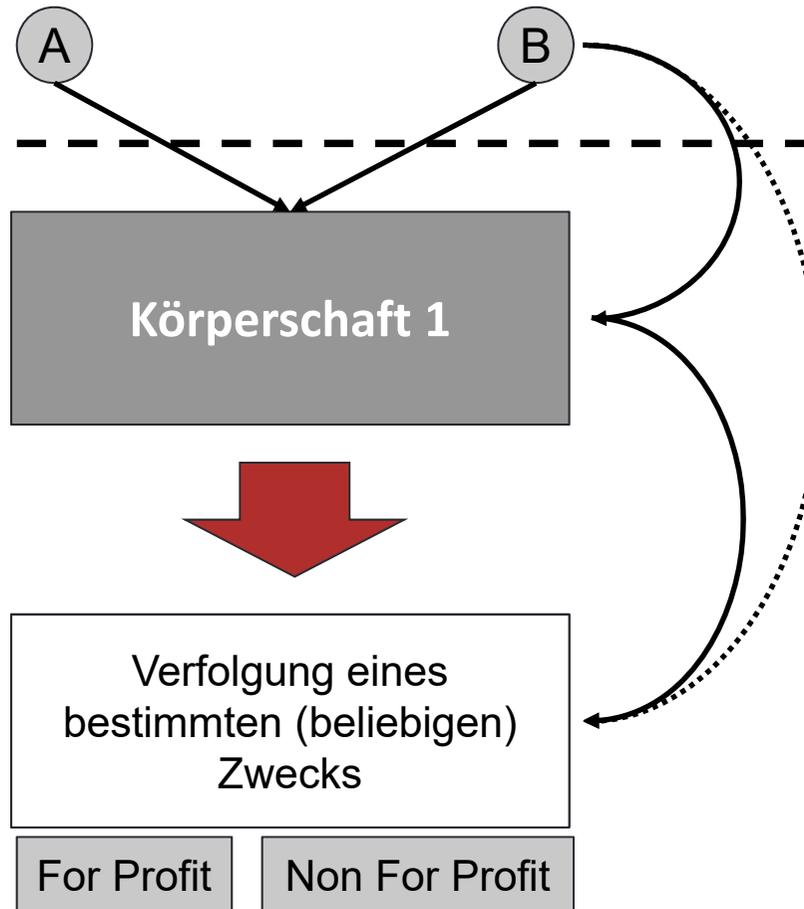
- I. Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems
- II. Gläubigerschutz in der gGmbH
- III. Gläubigerschutz im Idealverein
- IV. Fazit

— Agenda

- I. Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems
 1. Körperschaften als Zweckverwirklichungsvehikel
 2. Dilemma einer Haftungsbeschränkung
 3. Erscheinungsformen einer Risikoüberhöhung
- II. Gläubigerschutz in der gGmbH
- III. Gläubigerschutz im Idealverein
- IV. Fazit

I.1. – Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems

1. Körperschaften als Zweckverwirklichungsvehikel



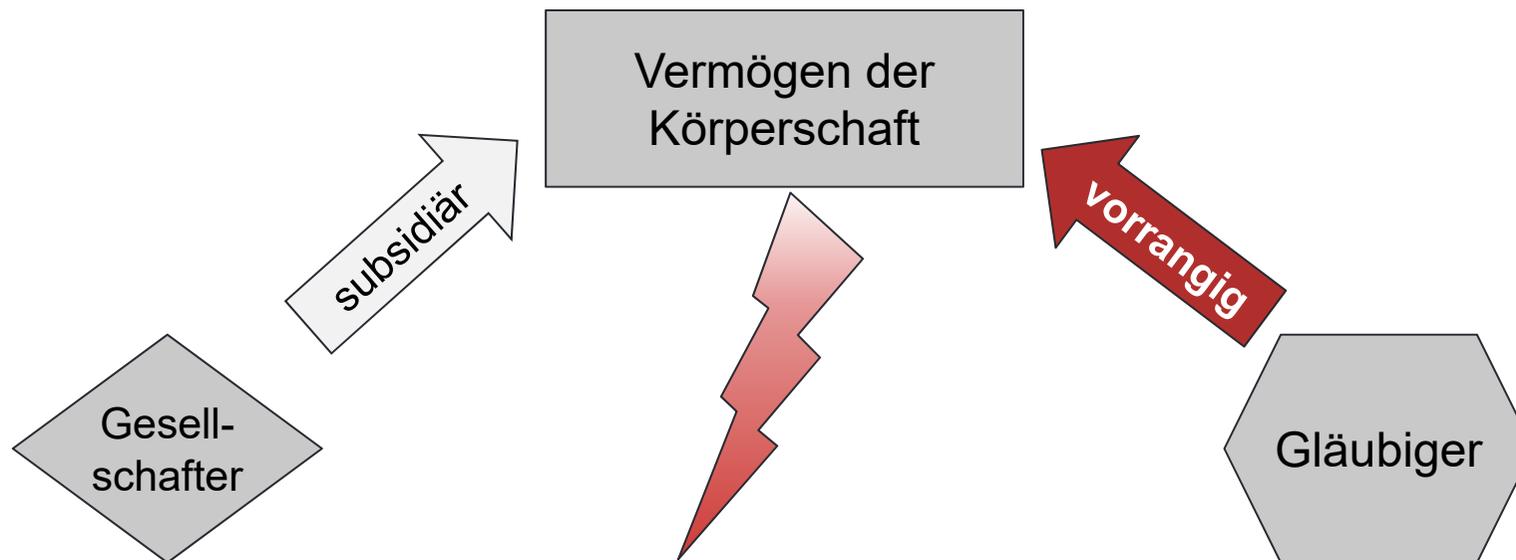
Separation der Haftungsmassen
durch institutionelle
Haftungsbeschränkung

- Bestimmung des Zwecks von **Körperschaft 1** durch A und B
- Folgen eines Scheiterns der Zweckverfolgung gleichwohl auf die (Vermögens-)Ebene der **Körperschaft 1** beschränkt
- ⇒ Weiterverfolgung des Zwecks durch A und B mit neuer **Körperschaft 2** grd. möglich
- ⇒ Körperschaft 1 und 2 aus Sicht von A und B lediglich (beliebig) austauschbare Instrumente (Vehikel) zur Verfolgung eines von ihnen intendierten Zwecks
- ➔ Anreizwirkung zum „Erhalt“ der Körperschaft gegenüber nat. Person reduziert
- ➔ Schaffung eines positiven Engagementumfeldes (Risikoallokation)

I.1. – Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems

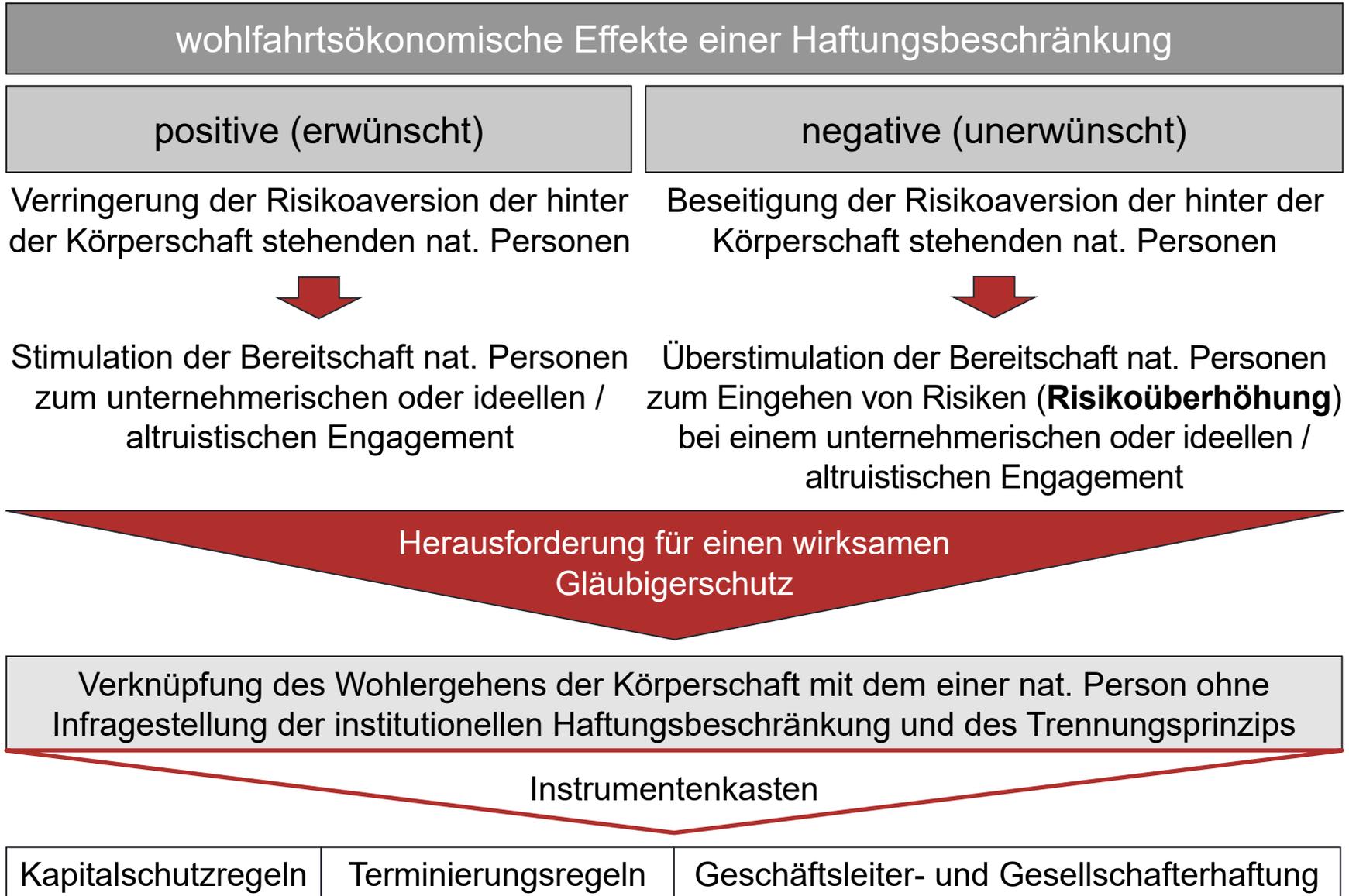
Voraussetzungen einer institutionellen Haftungsbeschränkung

- gesetzlich verbürgte Vermögensbindung
- Vermögen der Körperschaft ist grd. dem Zugriff der Gesellschafter entzogen
 - Zweckbindung des zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienenden Gesellschaftsvermögens (BGHZ 173, 246 [TRIHOTEL])
 - Zugriff der Gesellschafter auf das Vermögen der Körperschaft nur im Rahmen gesetzlich geregelter Zugriffstatbestände:
 - generell: Auskehrung eines Liquidationsüberschusses im Rahmen eines den vorrangigen Gläubigerzugriff sichernden Liquidationsverfahrens
 - Handelsvereine: laufende Ausschüttungen (§ 30 GmbHG, § 57 Abs. 3 AktG und § 19 GenG)



I.2. – Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems

2. Dilemma einer Haftungsbeschränkung



I.3. – Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems

3. Erscheinungsformen einer Risikoüberhöhung

	Eingehen zu großer unternehmerischer Risiken	unberechtigter Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen
	Gefahr des „Verbrennens“ des Haftungsfonds	Gefahr des Entzugs des Haftungsfonds
For Profit Zweck	<ul style="list-style-type: none"> – je höher der Gewinn, desto höher die legal zulässige Ausschüttung – Ungleichverteilung von Chancen und Risiken zugunsten der Gesellschafter – Verstärkung durch den Hebeleffekt 	<ul style="list-style-type: none"> – Unsicherheiten über nicht gläubigergefährdende Ausschüttungsbemessung (Solvenztest) – in der Krise: erhöhter Anreiz zum Abzug des eigenen Haftbeitrags
Non For Profit Zweck	Gewinnausschüttungsverbot (<i>non distribution constraint</i>) als Kerncharakteristikum	
	<ul style="list-style-type: none"> – Gefahr einer überambitionierten Verfolgung des ideellen Zwecks – nur ideelle Partizipation an den Chancen der eingegangenen Risiken – Verbrauch/Verschenken von Gesellschaftsvermögen im Rahmen der Zweckverfolgung 	<ul style="list-style-type: none"> – keine legale Vermögensauskehrung – nur Gefahr verdeckter Vermögenstransfers über Austauschverträge (vGA) – aber: Vermögenstransfer im Rahmen der Zweckverfolgen durch Unterstützungsleistungen an Gter. iSv § 58 AO

— Agenda

- I. Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems
- II. Gläubigerschutz in der gGmbH
 1. Problemskizze
 2. Wirkeffizienz der Gläubigerschutztrias
- III. Gläubigerschutz im Verein
- IV. Fazit

II.1. – Gläubigerschutz in der gGmbH

1. Problemskizze

Interessen(gegensätze) bei der *for profit* GmbH



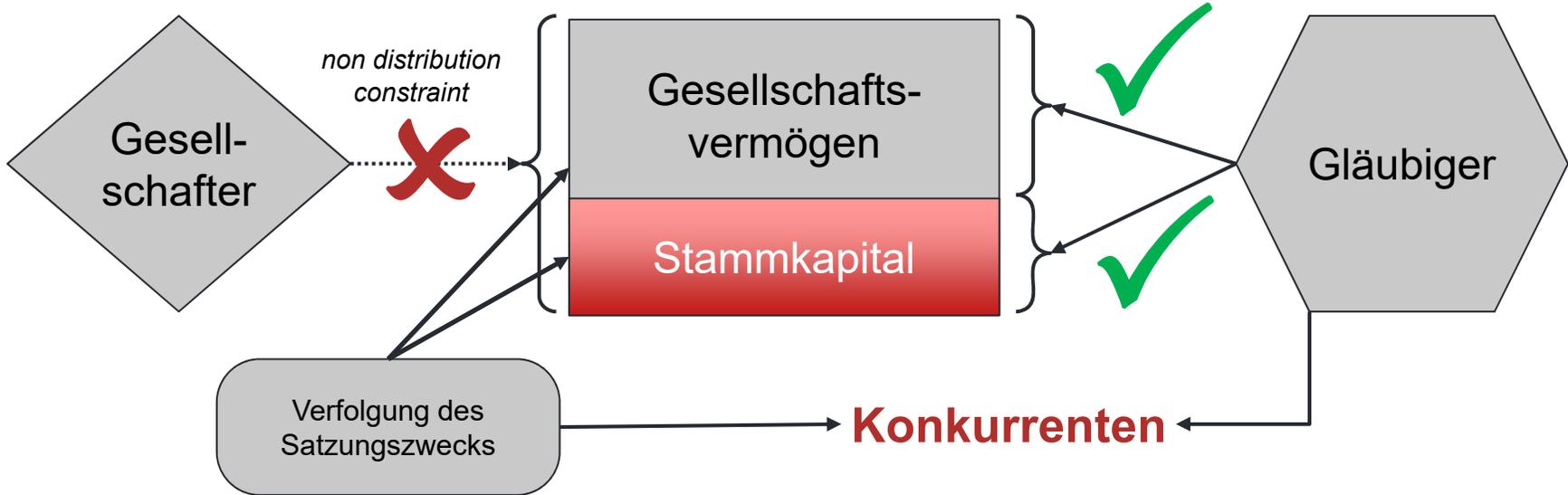
Verwirklichung des GmbH-Zwecks, wenn Gewinne so groß, dass Gewinnausschüttung nach § 30 Abs. 1 GmbHG zulässig ist.

Interessen der Gläubiger sind gewahrt, solange die GmbH ihre laufenden Zahlungsverpflichtungen erfüllen kann (§ 19 Abs. 2 S. 1 InsO)

Interessengleichlauf zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger hinsichtlich der Erzielung von Gewinnen bis zu einer Höhe EK > Stammkapital, da nur so eine legale Gewinnausschüttung an die Gesellschafter nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG zulässig ist (= Zweck aus Sicht der Gesellschafter).

II.1. – Gläubigerschutz in der gGmbH

Interessen(gegensätze) bei der *non for profit* GmbH



Verwirklichung des GmbH-Zwecks, solange die GmbH nicht insolvenzreif ist.

Interessen der Gläubiger sind gewahrt, solange die GmbH ihre laufenden Zahlungsverpflichtungen erfüllen kann (vgl. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO)

Interessengleichlauf zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger nur hinsichtlich der Vermeidung der Insolvenz der GmbH. Im Übrigen kann auch durch weitgehenden Verbrauch des Stammkapitals der Gesellschaftszweck aus Sicht der Gesellschafter erfolgreich erfüllt werden. Wirkt das Gewinnausschüttungsverbot dämpfend auf die Eingehung wirtschaftlicher Risiken?

II.2. – Gläubigerschutz in der GmbH

2. Wirkeffizienz der Gläubigerschutztrias

a) Kapitalschutzregeln

Kapitalaufbringung	
– materielle Unterkapitalisierung bei gemeinnütziger Zweckverfolgung? BGHZ 176, 204 (GAMMA)	– Kapitalaufbringung vs. zeitnahe Mittelverwendung – § 5a Abs. 3 GmbH vs. § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO ⇒ Vorrang § 5a Abs. 3 GmbH (AEAO Nr. 23 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1)



funktionelles Leerlaufen der Kapitalerhaltungsregeln		
gesellschaftsvertragliche Ausschüttungssperre		
Auszahlung	an steuerpflichtiger Gter.	an steuerbegünstigter Gter.
ist satzungswidrig	✗	✗
	RF: §§ 812, 819 BGB, P ₁ : § 31 GmbHG analog?	
ist satzungskonform	✓ (praktisch irrelevant)	✓
	– P ₂ : § 58 AO zur Bestimmung der Satzungskonformität?	

II.2. – Gläubigerschutz in der GmbH

gesetzliche Auszahlungssperre (§§ 30, 31 GmbHG)		
	Auszahlung an Gter.	Auszahlung an Dritte
Grundsatz	 unabhängig von Steuerbegünstigung	
Problemfall	satzungskonformer Mitteleinsatz	
Auszahlung	<ul style="list-style-type: none"> • P₁: Werteüberlassung iSv § 58 Nr. 1 S. 2, Nr. 4 und 5 AO 	
Drittvergleich	<ul style="list-style-type: none"> • P₂: Veranlassung der Auszahlung durch Ges.-Zweck oder Gter.-Stellung? <ul style="list-style-type: none"> – allgemein: Marktpreis – spezieller „Marktpreis“ im Dritten Sektor? – Vergleichsmaßstab bei verbilligtem Leistungsaustausch zwischen gemeinnützigen Körperschaften • P₃: Umgehung der Finanzierungszuständigkeit unter dem Deckmantel der Zweckverwirklichung (zB § 58 Nr. 1 S. 4 AO) 	<ul style="list-style-type: none"> • P₄: verbilligte Leistungsabgabe = mittelbare Leistung an Gter.?
§ 15b Abs. 5 InsO		

II.2.b) – Gläubigerschutz in der GmbH

b) Terminierungsregeln

Terminierungsregeln

- §§ 15 ff. InsO
 - „Entschärfung“ der Antragspflicht bei Überschuldung durch § 15a Abs. 1 S. 2 Alt. 2 InsO idF SanInsFoG?
 - Aufweichung des Insolvenzgrunds „Überschuldung“ durch § 19 Abs. 2 S. 1 InsO idF SanInsFoG (Prognosezeitraum nur 12 Monate)?
 - Effizienzeinbuße durch Verlust der Steuerbegünstigung im Insolvenzfall?
 - Insolvenzanfechtung, insbesondere §§ 134, 143 InsO bzw. § 4 AnfG
 - vorab: Restrukturierungsmaßnahmen nach §§ 29 ff. StaRUG
- 

II.2.c) – Gläubigerschutz in der GmbH

c) Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftung

Geschäftsführerhaftung

- allg. § 43 Abs. 3 GmbHG, insbesondere iVm § 30 GmbHG
 - § 43 Abs. 2 GmbHG iVm statutarischem Gewinnausschüttungsverbot (nur zweckwidrig)
 - Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 15a Abs. 1 InsO iVm § 823 Abs. 2 BGB
 - § 15b Abs. 1 InsO: Zahlungsverbot
 - § 15b Abs. 5 InsO: Zahlungsunfähigkeit verursachende Zahlungen an Gesellschafter
 - „Sanierungshaftung“ im Krisenvorfeld nach § 1 bzw. § 43 StaRUG
- 

Gesellschafterhaftung

- **zweckwidrige Auszahlungen:** § 31 Abs. 1 bzw. 3 GmbHG; Existenzvernichtungshaftung; §§ 812, 819, 280, 286 BGB
- **zweckkonforme Auszahlungen:**
 - Rückerstattungspflicht gem. § 31 Abs. 1 GmbHG
 - Ausfallhaftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG } unwahrscheinlich
- keine Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung
- Existenzvernichtungshaftung nach TRIHOTEL-Grundsätzen
- P:** lediglich überambitionierte Verfolgung des steuerbegünstigten Zwecks ⇒ Trennung der noch regulären von der schon irregulären Managemententscheidung
- ➔ vorsätzlicher Fremdkapitalverzehr als Fallgruppe der Existenzvernichtung?

— Agenda

- I. Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems
- II. Gläubigerschutz in der gGmbH
- III. Gläubigerschutz im Idealverein
 - 1. Rechtsentwicklung bis zu den Kita-Beschlüssen des BGH
 - 2. Kita-Beschlüsse des BGH
 - 3. Wirkeffizienz der Gläubigerschutztrias
- IV. Fazit

II.1. – Gläubigerschutz im Verein

1. Rechtsentwicklung bis zu den Kita-Beschlüssen des BGH

Ausgangspunkt: Vereinsklassenabgrenzung		
§ 21 BGB Nicht wirtschaftlicher Verein <i>„Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.“</i>	§ 22 BGB Wirtschaftlicher Verein <i>„Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer bundesgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. [...]“</i>	
Sinn und Zweck der Vereinsklassenabgrenzung		
– Gläubigerschutz (Flankenschutz für Vorschriften der Handelsvereine)	– Mitgliederschutz (str.) – Umgehungsschutz Mitbestimmungsregeln (str.)	
„Theorien“ zur Vereinsklassenabgrenzung		
bis Mitte 1970er Jahre		
Subjektive Theorie	Objektive Theorie	Gemischt subjektiv-objektive Theorie
ab Mitte 1970er Jahre: teleologisch-typologische Vereinsklassenabgrenzung		
Typ 1 (Volltypus) unternehmerische Tätigkeit gegenüber Dritten	Typ 2 unternehmerische Tätigkeit gegenüber Mitgliedern	Typ 3 Wahrnehmung unternehmerischer Teilfunktionen für Mitglieder
Rückausnahme: Nebentätigkeitsprivileg (Umfang und Grenzen?)		

II.2. – Gläubigerschutz im Verein

2. Kita-Beschlüsse des BGH

Hintergrund	divergierende Praxis der Registergerichte zur Zulässigkeit eines Kita e.V.	
	<ul style="list-style-type: none"> – insb. AG Charlottenburg, KG Berlin – Zulässigkeit wirt. Betätigung nur im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs – Zweckverwirklichungsbetrieb (Kita) ≠ Deckung durch Nebentätigkeitsprivileg – Unerheblichkeit des Status der Steuerbegünstigung <p>⇒ Rechtsformverfehlung</p>	<ul style="list-style-type: none"> – OLG Schleswig-Holstein: Verneinung einer wirt. Betätigung – OLG Stuttgart, OLG Brandenburg: zwar wirt. Betätigung, aber Deckung durch das Nebentätigkeitsprivileg – Status der Steuerbegünstigung spricht gegen wirtschaftlichen Hauptzweck <p>⇒ keine Rechtsformverfehlung</p>



Kita-Beschl. v. 16.5.2017 (BGH, II ZB 7/16 , 6/16 und 9/16) und BGH, II ZB 11/17

Neuausrichtung der Vereinsklassenabgrenzung über Nebentätigkeitsprivileg

- **Ausschüttungs- und Kapitalanhäufungsverbot als zentrale Elemente**
- maßgebend allein ideeller Endzweck des Vereins – „**Der Zweck heiligt die Mittel**“
- Status als steuerbegünstigte Körperschaft iSd §§ 51 ff. AO = Indizwirkung für die Zu- und Unterordnung einer wirt. Betätigung unter einen ideellen Hauptzweck (BGH, II ZB 7/16 Tz. 22-27)
- zulässiger Umfang einer wirt. Betätigung
 - keine Begrenzung des Umfangs einer wirt. Betätigung, sofern nur unmittelbare oder mittelbare Förderung des ideellen Vereinszwecks (BGH, II ZB 7/16 Tz. 29; bestätigt II ZB 11/17 Tz. 16)
 - Zulässigkeit reiner Zweckverwirklichungsbetriebe (zB Kita Träger e.V. [BGH, II ZB 7/16 Tz. 32 ff.]

II.2. – Gläubigerschutz im Verein

Analyse der Neuausrichtung der Vereinsklassenabgrenzung	
Argumente PRO	Argumente CONTRA
<ul style="list-style-type: none"> – Abbildung/Anpassung an veränderte Rechtswirklichkeit – Bedeutungsverlust eines Mindestkapitals als Instrument des Gläubigerschutzes (vgl. § 5a GmbHG) – Systemversagen der handelsvereinsrechtlichen Kapitalschutzmechanismen (§§ 30 f. GmbHG) bei ideellem/steuerbegünstigtem Verbandszweck – Rechnungslegungspflicht nach kaufmännischen Maßstäben bei umfangreicher wirtschaftlicher Betätigung (§ 33 HGB iVm §§ 238 ff. HGB) – geringere Anreize zur Eingehung erheblicher unternehmerischer Risiken bei fehlender Gewinnausschüttung / unter dem Status der Steuerbegünstigung iSd §§ 51 ff. AO – geringe Insolvenzanfälligkeit von e.V. – Zulässigkeit der unternehmenstragenden Stiftung 	<ul style="list-style-type: none"> – Gewaltenteilung: Anpassung des Rechts an die Rechtswirklichkeit = Aufgabe der Legislative und nicht der Judikative – eingeschränkte Rechnungslegungspflicht § 33 HGB: nur wirt. Bereich (h.M.); §§ 264 ff. HGB (-) – kein gesetzlich fixierter Umfang der Vertretungsmacht entsprechend §§ 82 Abs. 1 AktG, 37 Abs. 2 GmbHG, 27 Abs. 2 GenG, 126 Abs. 2 HGB – keine Strafbewehrung einer Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 iVm Abs. 7 InsO) – kein Zahlungsverbot gem. § 15b Abs. 1 InsO ⇒ gewisser Widerspruch zwischen Kita-Beschlüssen und BGH II ZR 156/09 Tz. 5, 7 – Gefahren unternehmerischer Tätigkeit für Gläubiger nicht nur bei Gewinnausschüttung <ul style="list-style-type: none"> • Substitution monetärer durch ideelle Interessen (insbesondere Sport [Fußball]) • vGA und „Gewinntransfers“ (vgl. AWO-Skandal in Hessen, gewerbl. Servicegesellschaften) ⇒ Anreize für Eingehung unternehmerischer Risiken

II.3. – Gläubigerschutz im Verein

3. Wirkeffizienz der Gläubigerschutztrias

a) Kapitalschutzregeln

Kapitalaufbringung	
<ul style="list-style-type: none"> – keine Kapitalaufbringungspflicht – Mitgliedsbeiträge üblich, aber nur optional (vgl. § 58 Nr. 2 BGB) 	
funktionelles Leerlaufen der Kapitalerhaltungsregeln?	
Ausgangspunkt	<ul style="list-style-type: none"> – gesetzliches und umfassendes Gewinnausschüttungsverbot <ul style="list-style-type: none"> • zwingend keine liquiden Vermögensrechte ⇒ weitergehende Vermögensbindung als bei KapG! • vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt: Recht auf Benutzung der Vereinseinrichtungen ⇒ P₁: zweckkonforme Vermögenszuwendungen, insbesondere bei mitgliedernützigen Vereinen
zweckkonforme Zuwendung	keine Grenzen durch Kapitalschutzregeln, da noch nicht einmal Grenze von § 30 GmbHG oder § 15b Abs. 5 InsO
Gewinnausschüttung	<ul style="list-style-type: none"> – umfassendes Verbot – Erstattungspflicht: §§ 812, 819 BGB – Schadensersatz: §§ 812, 819, 280, 286 BGB – P₂: Abgrenzung vGA ⇔ zweckkonforme Zuwendung

II.3.b) – Gläubigerschutz im Verein

b) Terminierungsregeln

Terminierungsregeln

- § 42 Abs. 2 S. 1 BGB iVm §§ 17 ff. InsO
 - Sanierungsfrist entsprechend § 15a Abs. 1 S. 2 InsO idF SanInsFoG?
 - Aufweichung des Insolvenzgrunds Überschuldung durch § 19 Abs. 2 S. 1 InsO idF SanInsFoG (Prognosezeitraum nur 12 Monate)?
 - Insolvenzanfechtung, insbesondere §§ 134, 143 InsO bzw. § 4 AnfG für zweckkonforme Vermögenszuwendungen
- 

II.3.c) – Gläubigerschutz im Verein

c) Vorstands- und Mitgliederhaftung

Vorstandshaftung

- § 280 BGB iVm Organstellung bzw. Anstellungsvertrag
- Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 42 Abs. 2 S. 2 BGB
- „Sanierungshaftung“ im Krisenvorfeld nach § 1 bzw. § 43 StaRUG?
- keine Strafbewährung der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 4 iVm Abs. 7 InsO)
- kein Erstattungsanspruch gem. § 15b Abs. 4 iVm Abs. 1 InsO ⇒ Auszahlungsverbot als Grundlage für Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB?
- kein Erstattungsanspruch gem. § 15b Abs. 5 InsO

Mitgliederhaftung

- im Fall von Gewinnausschüttungen: §§ 812, 819, 280, 286 BGB
- keine Ausfallhaftung für Gewinnausschüttungen analog gem. § 31 Abs. 3 GmbHG
- Durchgriffshaftung allgemein (-)
- Durchgriffshaftung nach Kolping-Werke-Rspr. zu Recht (-)
- Existenzvernichtungshaftung nach TRIHOTEL-Grundsätzen?
 - **(+)** unzulässiger Vermögenstransfer zugunsten eines Mitglieds, aber schon Abdeckung durch § 280 BGB iVm gesetzlicher Vermögensbindung
 - **P:** Fremdkapitalverzehr im Rahmen des zweckkonformen Vermögenseinsatzes
 - ➔ vorsätzlicher Fremdkapitalverzehr als Fallgruppe der Existenzvernichtung?

— Agenda

- I. Eckpunkte eines Gläubigerschutzsystems
- II. Gläubigerschutz in der gGmbH
- III. Gläubigerschutz im Idealverein
- IV. Fazit

V. – Fazit

- systematisches Versagen der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln bei zweckkonformem Einsatz des Verbandsvermögens (auch wenn zugunsten von Verbandsmitgliedern)
- wirksamer Gläubigerschutz nur über Exithaftung (Terminierungsregelung und Geschäftsführer- bzw. Vorstandshaftung)
 - gGmbH: uneingeschränkt
 - e.V.: eingeschränkt, weil kein § 15a Abs. 4 und § 15b InsO
 - Verlust der Steuerbegünstigung in der Insolvenz ⇒ Katalysatoreffekt
- Zuspitzung der „Jahrhundertfrage“: Wo endet die (noch) reguläre und wo beginnt die (schon) irreguläre Geschäftstätigkeit bei juristischen Person?
 - zweifelsfrei: vorsätzlicher Verbrauch von Fremdkapital
 - **P**: Feststellung/Konkretisierung im Einzelfall jenseits von eindeutigen Fällen
- Ergebnis: geringere Insolvenzanfälligkeit, aber wenn, dann richtig.
- ergänzend: Gläubiger(selbst)schutz durch Information
 - Hinweispflicht bei GmbH auf besonderen Gesellschaftszweck in der Firma durch zwingenden Verweis auf Steuerbegünstigung (gGmbH)
 - mittelbar ab 1.1.2022 durch § 60b AO



UNIVERSITÄT
LEIPZIG

VIELEN DANK!

Prof. Dr. Gregor Roth

Juristenfakultät

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gesellschaftsrecht und
Steuerrecht

Zentrum für Non Profit Recht Mitteldeutschland

Gregor.Roth@uni-leipzig.de

<https://unternehmensrecht.jura.uni-leipzig.de/>

