

Varia

Zur Befreiung des Gesellschaftsrechts von politischer Kontrolle – Am Beispiel des Körperschaftsrechts (§§ 43 BGB, 81 GenG, 366 AktG, 62 GmbHG)

Volker Beuthien

Abstract Deutsch

1. Der Staat unterwarf ursprünglich alle Vereine, die einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgten, einer weitreichenden verwaltungsbehördlichen Aufsicht. Auf diese hat er im Vereinsrecht nach und nach verzichtet. Es prüft dort nunmehr nur noch das Registergericht, ob ein eingetragener Verein einen gesetzeswidrigen Zweck oder ein sittenwidriges Ziel verfolgt.

2. Ausdruck des staatlichen Misstrauens war auch, dass sich eingetragene Genossenschaften nur für die förderwirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder einsetzen durften. Heute sind sie dazu auch bezüglich deren sozialer und kultureller Belange befugt. Jedoch sind ihnen allgemeine gesellschaftspolitische Ziele weiterhin verschlossen. Für diese ist wie früher ausschließlich der eingetragene Verein zuständig.

3. Dagegen hat der Staat seine verwaltungsbehördliche Aufsicht über die Kapitalgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften bisher nicht vollends zurückgenommen, sondern lässt diese daraufhin überprüfen, ob sie das Gemeinwohl gefährden. Jeweils ist aber das Aufsichtsverfahren trotz gleichen Kontrollinteresses uneinheitlich geregelt. Eine eingetragene Genossenschaft oder Aktiengesellschaft kann auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde durch landgerichtliches Urteil aufgelöst werden. Dagegen wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Verwaltungsbehörde selbst aufgelöst.

4. Indes muss es gegen Gemeinwohlverstöße überall die grundsätzlich gleiche Sanktion und gegen diese allseits den gleichen Rechtszug und die gleichen Rechtsmittel geben. Vereinigungen, die fortgesetzt das Gemeinwohl gefährden, sollte stets das Registergericht löschen und ihnen damit die Rechtsfähigkeit entziehen dürfen. Gegen die Gemeinwohlverstöße selbst vorzugehen, ist Sache der für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständigen Verwaltungsbehörden.

Abstract English

1. The state originally subjected all associations that pursued a political, socio-political or religious purpose to far-reaching administrative supervision. This has been gradually abandoned in the law on associations. Only the registration court now examines whether a registered association is pursuing an illegal or immoral purpose.

2. Another expression of the state's mistrust was the fact that registered cooperatives were only allowed to promote the economic interests of their members. Today, they are also authorized to do so with regard to their members' social and cultural interests. However, general political objectives remain closed to them. As in the past, the registered association is exclusively responsible for these.

3. On the other hand, the state has not yet completely withdrawn its administrative supervision of corporations and registered cooperatives, but has them examined to de-

termine whether they endanger the common good. In each case, however, the supervisory procedure is inconsistently regulated despite the same interest in control. A registered cooperative or stock corporation can be dissolved by a regional court ruling at the request of the competent supreme state authority. In contrast, a limited liability company is dissolved by the administrative authority itself.

4. However, violations of the common good must be subject to the same sanctions everywhere and must be subject to the same legal process and the same legal remedies everywhere. Associations that continue to endanger the common good should always be allowed to be deleted by the registry court, thus depriving them of their legal capacity. It is up to the administrative authorities responsible for public safety and order to take action against the violations of the common good themselves.

1. Grundsätzliche Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG)

Art. 9 I GG gewährleistet allen Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Dieses Recht zur freien sozialen Gruppenbildung erstreckt sich auf jegliche Vereinigungsbildung der freien und gleichen Bürger, und zwar unabhängig davon, welchen privatrechtlichen Zweck die Vereinigung verfolgt. Art. 9 II GG verbietet nur Vereinigungen, deren Zweck oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten.

Das war nicht immer so. Zwar gewährte schon das Vereinsgesetz von 1908 grundsätzlich Vereinsfreiheit, aber diese wurde bis 1918 vor allem durch das Vereinsgesetz selbst erheblich eingeschränkt. Insbesondere war sie der Polizeigewalt unterworfen. Die volle Vereinsfreiheit wurde erst im November 1918 durch den „Aufruf mit Gesetzeskraft“ des Rates der Volksbeauftragten¹ eingeführt, der dann förmlich in Art. 124 Weimarer Reichsverfassung (WRV) einging. Danach hatten alle Deutschen das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Dieses Recht konnte nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden.² Der Erwerb der Rechtsfähigkeit stand jedem Verein gemäß den Vorschriften des bürgerlichen Rechts frei und durfte einem Verein nicht aus dem Grunde versagt werden, dass er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolge.

Damit wurden die allgemeinen sicherheitspolizeilichen Schranken des § 1 II VereinsG 1908 beseitigt und die Vereinigungsfreiheit entwickelte sich zum „polizeifesten“ Grundrecht. Jedoch wurde Art. 124 WRV im Februar 1933 aufgehoben³ und damit die Vereinigungsfreiheit abgeschafft. Diese wurde erst wieder nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches im Mai 1945 in den meisten Landes-

1 Vom 12.11.1918 (RGBl. 1303, Nr. 2): „Das Vereins- und Versammlungsrecht unterliegt keiner Beschränkung, auch nicht für Beamte und Staatsarbeiter“.

2 Unter Vorbeugungsmaßregeln verstand man „Vorschriften, welche die Vereinsbildung präventiven Beschränkungen unterwerfen, sie also von Fall zu Fall von staatlicher Erlaubnis abhängig machen“ (so *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 575).

3 Durch VO vom 28.2.1933 (RGBl. I, 83).

verfassungen proklamiert und teilweise durch Richtlinien der Besatzungsmächte in beschränktem Umfang wiedereingeführt.⁴ Art. 9 Abs. I GG gewährleistet sie nunmehr in vollem Umfang, freilich nur in den neu hinzugefügten Grenzen des Art. 9 Abs. II GG.

2. Typologische Grenzen der Vereinigungsfreiheit

1. Mit dem Zugeständnis, dass die Vereinigungsfreiheit nicht dem allgemeinen Zugriff der Polizei unterliegt, hat sich der Staat freilich nicht vollends zurückgenommen. Vielmehr hat er sich vielfältige andere Mittel und Wege vorbehalten, um das korporative Zusammenwirken seiner Bürger zu kanalisieren und zu kontrollieren.

Unter dem Aspekt der gesellschaftspolitischen Kontrolle galt es vor allem, ein wachsames Auge auf die ideellen Vereinsziele zu werfen. Dabei ging es angesichts der umfassenden grundrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit nicht an, diese überall, also bei sämtlichen Vereinigungsarten einzugrenzen. Das hat sich auch rechtssystematisch als unnötig erwiesen, weil der Staat auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts nicht beliebig viele Vereinigungsarten zulässt, sondern den Bürgern nur einen in sich geschlossenen Kreis rechtlich zulässiger Vereinigungen bereitstellt. Infolge dieses Numerus clausus der Vereinigungstypen gliedert sich das staatshoheitliche Bedürfnis, die ideellen Vereinigungsziele zu kontrollieren, auf die einzelnen Vereinigungsarten auf.

2. Dieses staatliche Kontrollinteresse erübrigt sich überall dort, wo die Vereinigung wirtschaftliche und damit unpolitische Ziele verfolgt. Das ist bei den *Personenhandelsgesellschaften* (OHG und KG) der Fall, weil diese von Rechts wegen zwingend ein Handelsgewerbe betreiben müssen (§§ 105 Abs. I, 161 Abs. I HGB). Ein wirtschaftliches Unternehmen betreiben regelmäßig auch die *Kapitalgesellschaften* (GmbH und AG), aber das müssen diese nicht tun. Vielmehr darf deren Unternehmensgegenstand auch nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes bestehen (§ 3 Abs. I AktG). Sie können also (wie es in klareren Worten in § 1 GmbHG heißt) „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ errichtet werden. Indes droht daraus keine gesellschaftspolitische Gefahr, weil politische Gruppen, um gesellschaftlich Einfluss zu gewinnen, sich fortlaufend um weitere Mitglieder bemühen und ihre Ziele ständig dem gesellschaftlichen Wandel anpassen müssen. Sie sind deshalb darauf angewiesen, dass man ihnen frei und leicht beitreten und sie wiederum frei und unschwer wieder verlassen kann. Kapitalgesellschaften vermögen aber nur höchstens so viele Mitglieder aufzunehmen, wie ihr in Geschäftsanteile oder Aktien zerlegtes Stamm- oder Grundkapital (s. § 1 Abs. II AktG) gestattet.⁵ Die Mitgliedschaft in ihnen kann grundsätzlich⁶ nicht aufgekündigt, sondern nur

4 Zu allem näher *Schultze-v.Lasaulx*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1967, vor § 21 Rn. 68 m.N.

5 Sonst ist eine förmliche und eintragungsbedürftige Kapitalerhöhung erforderlich.

6 Nur bei der GmbH wird in seltenen Ausnahmefällen bei persönlicher Notlage eine Kündigung aus wichtigem Grund zugelassen.

durch Anteilsveräußerung auf einen anderen übertragen werden (s. §§ 67, 68 AktG; 15 Abs. I GmbHG). Ein Nachfolger steht aber nicht immer bereit. Infolgedessen ist die Zweckoffenheit der §§ 1 GmbHG, 3 Abs. I AktG aus der Sicht des Staates gesellschaftspolitisch unbedenklich.

3. Strukturell nicht ganz so eindeutig sieht es bei der *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (§ 705 BGB) aus. Die GbR darf zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden und verfolgt meist nichtwirtschaftliche Ziele. Ihre Mitgliederzahl ist gesetzlich unbegrenzt und es darf, wenn die Gesellschaft nicht zeitlich befristet ist, nicht nur die Mitgliedschaft, sondern sogar die Gesellschaft selbst (§ 723 Abs. I S. 1 BGB) jederzeit gekündigt werden. Insofern kann in einer nichtwirtschaftlichen GbR, die bisher in kein gerichtlich geführtes Register eingetragen wird⁷, eine unbegrenzte Vielzahl von Menschen gesellschaftspolitische Ziele verfolgen, ohne dass der Staat insoweit irgendeine verwaltungsbehördliche oder registergerichtliche Aufsicht auszuüben vermag. Dennoch droht personengesellschaftsrechtlich keine Gefahr, weil eine gesellschaftspolitisch ausgerichtete GbR auf möglichst viele Mitglieder angelegt ist, sich infolgedessen in der Regel anstelle der Geschäftsführung aller oder einzelner Gesellschafter (§§ 709 Abs. I, 710 BGB) korporativ mit einer Mitgliederversammlung und einem Vorstand zu versehen pflegt und damit in einen nV (§ 54 S. 1 BGB) umschlägt. Insofern bleibt das Personengesellschaftsrecht als solches gesellschaftspolitisch neutral.

4. Aus der Sicht des Staates unerwünschte oder gar unliebsame Assoziationen drohten daher nur im Vereinsrecht sowie im Genossenschaftsrecht und jeweils hat dieser entsprechende Vorsorge getroffen.

3. Besondere Grenzen der Vereinsfreiheit

1. Mit politischem Misstrauen⁸ begegnete der Staat seit eh und je dem nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten *bürgerrechtlichen Verein* (§ 21 BGB). Dessen Eintragung im Vereinsregister und der damit verbundene Erwerb der Rechtsfähigkeit als juristische Person wurde deshalb einer weitreichenden verwaltungsbehördlichen Kontrolle unterworfen. Diese erstreckte sich vor allem auf den gem. § 57 Abs. I BGB in der Satzung anzugebenden Vereinszweck. Ließ das über die Registereintragung entscheidende Amtsgericht den mit beigelegter Satzung (§ 59 Abs. II Nr. 1 BGB) angemeldeten Verein zu, so hatte es das der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzuteilen (§ 61 Abs. I BGB). Diese konnte gegen die Eintragung nicht nur Einspruch erheben, wenn der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt war oder verboten werden konnte, sondern ursprünglich auch „wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgte“ (so § 61 Abs. II BGB a.F.). Die Registereintragung durfte erst dann erfolgen, wenn

⁷ Dies soll aber künftig nach den §§ 707, 707a des am 1.1.2024 in Kraft tretenden Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz- MoPeG) v. 10.8.2021 ermöglicht werden.

⁸ Zeugnis darüber legen die Reichstagsprotokolle in *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, S. 602 ff. u. 984 ff. ab.

die Verwaltungsbehörde dem Amtsgericht mitteilte, dass seitens des Vereins binnen sechs Wochen kein Einspruch erhoben worden sei oder dieser seine Wirksamkeit verloren habe (§ 63 BGB). Neben die verwaltungsbehördliche Eingangskontrolle nach § 61 Abs. II BGB trat gem. § 43 Abs. III BGB die Befugnis der Verwaltungsbehörde, einem Verein, der nach seiner Satzung „einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat“, „die Rechtsfähigkeit zu entziehen, wenn er einen solchen Zweck tatsächlich verfolgt“. Beides gestattete eine nahezu lückenlose staatliche Inquisition aller Vereinszwecke, sodass man nicht zu Unrecht von einem „*verkappten Konzessionssystem*“ auch für nichtwirtschaftliche Vereine sprach.⁹

Dass dies zu weit ging, lag auf der Hand. Insbesondere die Gewerkschaften lehnten es ab, sich einem derart gesellschaftspolitisch überlagerten Vereinsregisterverfahren zu unterziehen.¹⁰ Vielmehr zogen sie es unter Verzicht auf den im Rechtsverkehr nützlichen Status einer juristischen Person vor, sich als nichteingetragener Verein zu betätigen, freilich um auch als solcher erheblichen rechtlichen Nachteilen ausgesetzt zu sein.¹¹ In § 61 Abs. II BGB wurden daher im Jahr 1953, weil nicht mehr in die Zeit passend, die repressiven Worte „oder wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt“ rechtsförmlich durch das GesEinhG¹² gestrichen.¹³ Zugleich wurde § 43 Abs. III BGB aufgehoben. Seitdem überprüft das Registergericht den in der Satzung festzulegenden Vereinszweck nur noch daraufhin, ob er gesetzwidrig ist, gegen die guten Sitten verstößt oder auf ein wirtschaftliches Ziel gerichtet ist, und dies ausschließlich in eigener Verantwortung. Endgültig beschränkte der Staat seine verwaltungsbehördliche Registergerichtskontrolle erst im Jahre 1997, indem er die §§ 61–63 BGB aus praktischen Gründen¹⁴ insgesamt aufhob¹⁵ und damit auf das dort geregelte Einspruchsverfahren verzichtete.

Gegen die Entscheidung des Registergerichts gibt es kein verwaltungsbehördliches Rechtsmittel. Ist die Registereintragung mangels rechtmäßigen Vereinszwecks unzulässig, so kann nur dieses sie von Amts wegen oder auf Antrag der berufsständigen Organe (§ 395 Abs. I in Verbindung mit 380 Abs. I FamFG) löschen.¹⁶ Die Verwaltungsbehörde hat das Registergericht davon nur zu unterrichten, wenn

9 S. Bericht der XII. Kommission v. 12.6.1896 S. 8 = *Mugdan*, Bd. 1, S. 952.

10 Insbesondere seit ihnen Art. 159 I WRV die Koalitionsfreiheit gewährleistete.

11 Dazu unten 3.2.

12 Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit vom 5.3.1953, Teil 1 Art. 1 Nr. 3 (BGBl. I, 33).

13 Vorher waren sie bereits durch Art. 124 II 2 WRV aufgehoben worden und auch nach deren Geltungsende nicht wieder in Kraft getreten. Näher dazu *Palandt/Danckelmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1950, §§ 61–63 Anm. 2.

14 Zu kurze Fristen, unnötige Doppelkontrolle, rechtswidriges Verhalten meist erst nach Eintragung (s. Gesetzesbegründung in BT-Ds 13/4709 S. 48 f.).

15 Durch Art. 11 Nr. 1 des Justizmitteilungsgesetzes (JuMiG) vom 18.6.1997 (BGBl. I, 1430).

16 Dabei hat es lediglich ein verwaltungsbehördliches Verbot gem. §§ 3, 17 I 3 VereinsG wegen Verstoßes gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Völkerverständigung zu vollziehen.

es sich um einen Ausländerverein oder dessen organisatorische Einrichtung handelt (§ 400 FamFG).¹⁷ Im Übrigen hat sich die Informationspflicht umgekehrt. Nicht mehr die Verwaltungsbehörde ist (wie gemäß § 61 Abs. I BGB a.F.) registergerichtlich von einer Vereinsanmeldung zu unterrichten, sondern die Polizei- und Gemeindebehörden haben die ihnen amtlich zur Kenntnis gelangten Fälle einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Registeranmeldung dem zuständigen Registergericht mitzuteilen (§ 379 Abs. I FamFG).

2. Jeder registergerichtlichen Vereinszweckkontrolle entzogen ist freilich mangels Registereintragung der *nichtrechtsfähige Verein* (§ 54 BGB). Insoweit blieb daher nur der Weg, diesen besonders strikten Haftungsregeln zu unterwerfen und so als Organisationsform möglichst wenig anziehend zu machen.¹⁸ Dies erfolgte gesetzestechnisch dadurch, dass der nrV kraft Verweisung den Vorschriften über die Gesellschaft unterstellt wurde (§ 54 S. 1 BGB). Damit waren auf diesen die §§ 705 ff. BGB über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft anzuwenden, und zwar vornehmlich das für diese geltende strenge Haftungsrecht. Infolgedessen hafteten die Mitglieder eines nrV für sämtliche Vereinsverbindlichkeiten nicht nur gemeinschaftlich mit dem Vereinsvermögen, sondern auch (und vor allem darin lag die besondere Härte) persönlich mit ihren Privatvermögen (§§ 714, 709 BGB). Sie taten das noch dazu als Gesamtschuldner (§ 421 BGB), also mit der abschreckenden Last, zunächst dem Vereinsgläubiger alles leisten zu müssen, um sodann nur höchst aufwendig und ungewiss bei den meist zahlreichen anderen Vereinsmitgliedern jeweils nur anteilig, Rückgriff nehmen zu können! Die Mitgliederhaftung statutarisch auf das Vereinsvermögen zu beschränken, scheiterte infolge der Verweisung des § 54 S. 2 BGB auf die §§ 705 ff. BGB daran, dass eine GbRmbH bis heute als unzulässig gilt.¹⁹ Doch damit nicht genug. Außer den Vereinsmitgliedern hafteten die nach außen auftretenden Vorstandsmitglieder und verfassungsmäßigen Vertreter persönlich als Handelnde, und zwar wiederum als Gesamtschuldner (§ 54 S. 2 BGB). Nicht zu Unrecht sprach man daher jedenfalls in bezug auf § 54 S. 1 BGB von einem *gesellschaftspolitischen Repressionszweck*.²⁰ Nur dem beharrlich wi-

17 Davor gleichlautend § 159 II FGG.

18 Misslich war auch, dass ein nrV mangels einpersonaler Rechtsfähigkeit nicht selbst als Grundeigentümer eingetragen werden konnte. Aber das war nicht gesellschaftspolitisch repressiv, sondern die sachenrechtlich zwangsläufige Folge dessen, dass der nrV keine juristische Person ist und eine Vielzahl miteinzutragender, aber ständig wechselnder Mitglieder hat. Heute wird empfohlen, auf den nrV den die Grundbuchfähigkeit der GbR regelnden § 47 II GBO entsprechend anzuwenden (so *Demharter*, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018, § 19 Rn. 101 m.N.). Da demnach auch die Vereinsmitglieder einzutragen sind, muss das Grundbuch freilich ständig an den wechselnden Mitgliederstand angepasst werden.

19 So BGHZ 142, 315 ff. In diesem Sinne auch weiterhin § 721 S. 2 Personengesellschaftsmodernisierungsgesetz (s. oben Fn. 7). Für die Zulässigkeit einer GbRmbH aber, weil § 128 S. 2 HGB lediglich für die wirtschaftliche GbR entsprechend gelte, *Beuthien*, (WM 2012, 1 ff.), freilich um den Preis, dass dann jedenfalls die Handelnden persönlich haften.

20 Dazu statt vieler *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 25 II 2 (S. 740) mit zahlreichen Nachweisen. Der Gesetzgeber (Prot. in *Mugdan*, Bd. 1, S. 640) sprach dabei

dersprechenden gesellschaftsrechtlichen Schrifttum²¹ und der entschlossenen Rechtsprechung²² ist es zu verdanken²³, dass die Mitglieder eines nicht eingetragenen Idealvereins nicht mehr persönlich für die Vereinsschulden in Anspruch genommen werden können.²⁴

4. Besondere Schranken für die eingetragene Genossenschaft

1. Die eG ist eine gesetzlich zweckgebundene Vereinigungsform. Nach § 1 Abs. I des aus dem Jahre 1889 stammenden Genossenschaftsgesetzes durfte sie lange Jahrzehnte durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb nur den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder fördern. Dagegen war es ihr nicht gestattet, den ideellen Interessen ihrer Mitglieder zu dienen. Darin kam die besondere staatliche Sorge zum Ausdruck, die Genossenschaften könnten sich zur Lösung der sozialen Frage in unliebsamer Weise sozialpolitisch, wenn nicht sogar parteipolitisch betätigen. Immer wieder hatte man das den im Preußischen Abgeordnetenhaus und später im Reichstag von dem Abgeordneten *Schultze-Delitzsch* vorgelegten Entwürfen eines Genossenschaftsgesetzes vorgehalten. Vergeblich wies dieser darauf hin, dass mit diesen Gesetzesvorlagen lediglich den förderwirtschaftlichen Interessen und keinerlei politischen Zielen der Genossenschaftsmitglieder gedient werden solle. Aber ihm wurde erwidert, dass er selbst, um seinem Anliegen sozialen Nachdruck zu verleihen, davon gesprochen habe, dass hinter diesem ein „Volksheer“ von Genossen stehe. Auch später kam man im Reichstag im Zuge der Beratungen des Entwurfs des GenG von 1889 immer wieder darauf zurück und bezeichnete die

selbst von einer Verweisung der nichtrechtsfähigen Vereine in „die für sie nicht passende Rechtsform der Gesellschaft“. Dieser wollte damit zwar keine Hintertür zum Prinzip der freien Körperschaftsbildung öffnen, vermied es aber zugleich sehenden Auges, das Recht des nRV sachgerecht zu regeln. Im Schrifttum wurde das scharf gerügt: „Von Anfang an verfehlte bewusst tendenziöse Vergewaltigung der Rechtswirklichkeit“ und „Zeugnis elementarer Ungerechtigkeit“ (So *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswissenschaften und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 11).

- 21 Wiederum statt vieler mit umfassenden Nachweisen *Schöppflin*, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 413 ff. u. 426 ff. sowie S. 431 in dortiger Fn. 191.
- 22 Insbesondere RGZ 63, 62 (65), 74, 371 (374), 90, 173 (176 f.), zuletzt RG WarnRspr. 1917 Nr. 263, S. 419 f. sowie BGH LM § 31 BGB Nr. 11 (Bl. 2), BGH NJW 1979, 2304 (2306) u. NJW-RR 2003, 1265 (mit zust. Bspr. von *Reuter*, Persönliche Haftung für Schulden des nichtrechtsfähigen Idealvereins, NZG 2004, 217 ff.).
- 23 Wobei die vielfältigen Begründungen dafür durchweg nur im Ergebnis überzeugen.
- 24 In Art. 1 Ziff. 2 des Personengesellschaftsmodernisierungsgesetzes wird daher in § 54 I BGB die persönliche Haftung der Mitglieder eines nichtwirtschaftlichen nRV entsprechend § 721 ausdrücklich ausgeschlossen. Dagegen ist die (zu Recht in § 54 II BGB weiterhin vorgesehene) Handelndenhaftung als subsidiäre Nothaftung unentbehrlich, weil die Handelnden die einzigen sind, an die sich die Vereinsgläubiger persönlich halten können, wenn sie nicht wissen, wo sie den Verein und die Gesamtheit der Mitglieder ausfindig machen können. Näher dazu *Beuthien*, GmbHR 2013, 1 ff.

Genossenschaften als eine „politische Macht“.²⁵ Alle Beteuerung, dass die Genossenschafter „viel zu praktische Leute“ seien, „als dass sie politisch auftreten möchten“ und „sehr wohl wüssten, dass die politische Gesinnung nicht beleihbar“ sei²⁶, fruchtete nicht.

Angesichts dieses politischen Misstrauens²⁷ blieb es dabei, dass die Genossenschaften sich nicht für die ideellen Bedürfnisse ihrer Mitglieder einsetzen durften. Erst im Jahre 2006(!) wurde § 1 Abs. I GenG dahin erweitert²⁸, dass eGn auch dazu befugt sind, die „sozialen oder kulturellen Belange“ ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Man wollte es diesen damit ermöglichen, ihre Mitglieder in der vollen Bandbreite ihrer Lebensbedürfnisse zu unterstützen. Irgendeine gesellschaftspolitische Sorge kam angesichts dessen, dass sich das gesamte Genossenschaftswesen während der langen Dauer seines Bestehens allgemeinpolitisch zurückgehalten und sich auch mit seinen Genossenschaftsverbänden (außer während ihrer nationalsozialistischen Gleichschaltung)²⁹ nur für förderwirtschaftliche Ziele eingesetzt hatte, nicht mehr auf.

2. Da eine eG nach dem neugefassten § 1 Abs. I S. 1 GenG auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen darf, scheint sich eine politische Genossenschaftszweckkontrolle erledigt zu haben. Nicht hinreichend bedacht wurde jedoch, dass die eGn nach dem Wortlaut des § 81 Abs. I GenG nach wie vor unter verwaltungsbehördlicher Aufsicht stehen. Danach kann eine Genossenschaft auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde nicht nur dann durch landgerichtlichen Beschluss aufgelöst werden, wenn sie durch gesetzeswidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das öffentliche Gemeinwohl gefährdet. Dies darf auch erfolgen, wenn „der Zweck der Genossenschaft entgegen § 1 nicht auf die Förderung der Mitglieder gerichtet ist“. Da eine eG auch jetzt soziale und kulturelle Ziele nur anstreben darf, wenn sich in diesen dementsprechende Bedürfnisse der Mitglieder widerspiegeln, bleiben ihr allgemein gesellschaftspolitische Zwecke weiterhin verschlossen. Für diese ist wie früher ausschließlich der e.V. (§ 21 BGB) zuständig.

3. Damit fragt sich, wer über die Zulässigkeit der jeweils gewählten genossenschaftlichen Vereinigungsform zu wachen hat, die Verwaltungsbehörde oder aus-

25 So insbesondere der konservative Abgeordnete von *Kleist-Retzow* (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages – 7. Legislaturperiode – IV. Session 1888/89 – 2. Band, S. 1019–1056, 1058–1086 – s. in *Beuthien/Hüsken/Aschermann*, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Bd. II. Parlamentarische Materialien, 1866–1922, Marburger Schriften zum Genossenschaftswesen, Sonderband 1989, S. 682).

26 So der liberaldemokratische Abgeordnete *Dr. Baumbach* unter Hinweis auf gleichsinnige Äußerungen von Schultze-Delitzsch (s. in *Beuthien/Hüsken/Aschermann*, a.a.O., S. 683).

27 Dazu im Einzelnen *Gerhard Baumgartl*, Die Funktion des Förderungsauftrages in § 1 Genossenschaftsgesetz, Diss. Nürnberg, 1979, S. 68 ff. mit näheren Nachweisen, insbesondere (S. 69 Fn. 223) unter Hinweis auf die seitens *Graf von Schlieffen* schon am 4.2. 1867 im Preußischen Herrenhaus gemachte Äußerung: „Es sind Kautelen notwendig!“

28 BGBl. I, 1911 ff.

29 Dazu näher *Wilhelm Kaltenborn*, Die Überwältigung – Die deutschen Genossenschaften 1933/34, der Anschlusszwang und die Folgen, 2020, S. 56 ff. sowie zu diesem *Beuthien ZfgG* 2021 u. *WM* 2021, 1305 ff.

schließlich das Registergericht? In § 81 Abs. I GenG werden zwei sachlich ungleichartige Tatbestände nebeneinandergestellt, die gesetzwidrige Gefährdung des Gemeinwohls (§ 81 I 1 Fall 1 GenG) und die Rechtsformverfehlung (§ 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG). In dem ersteren liegt eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung. Diese ist als öffentliche Angelegenheit vorrangig durch die Verwaltungsbehörden zu schützen. Dagegen obliegt die Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Vereinigungstypenordnung als privatrechtliche Angelegenheit ausschließlich den Registergerichten. Eine allgemein gesellschaftspolitisch ausgerichtete Genossenschaft darf daher das Registergericht schon aus Gründen der sachlich richtigen Rechtsformzuordnung nicht in das Genossenschaftsregister eintragen.³⁰ Betätigt sich eine eG später fortgesetzt allgemein gesellschaftspolitisch, kann das Registergericht sie, weil damit für die Vereinigung eine wesentliche Eintragungsvoraussetzung weggefallen ist, wieder von Amts wegen löschen (§ 397 S. 2 Fall 2 i.V.m. § 395 Abs. I S. 1 Fall 1 FamFG). Die Löschung tilgt die förderzweckwidrig ausgestaltete Genossenschaft zwar nur aus dem Register und nimmt ihr damit lediglich die durch die Registereintragung vermittelte Eigenschaft als juristische Person. Aufgelöst wird sie dadurch nicht. Vielmehr besteht sie als werbende nichteingetragene Vereinigung so lange weiter, bis ihre Mitglieder ihre Auflösung beschließen.³¹ Dagegen aber ist, wenn ihr Zweck nicht allgemein verboten ist, gesellschaftsrechtlich nichts einzuwenden. Neben den §§ 397 S. 2 Fall 2, 395 Abs. I S. 1 FamFG besteht daher für das in § 81 Abs. I Fall 2 GenG vorgesehene besondere Auflösungsverfahren weder Anlass noch Rechtfertigung.³² Damit hat der Staat nicht nur beim e.V. (§ 21 BGB), sondern auch bei der eG (§ 1 Abs. I GenG) seine verwaltungsbehördliche Vereinigungszweckkontrolle zugunsten der ausschließlichen Zuständigkeit des Registergerichts zurückgenommen und damit in einem wesentlichen Teilbereich des Gesellschaftsrechts für rechtssystematische Ordnung gesorgt.³³

4. Aufschlussreich ist, in welch zögerlichen Schritten sich das verfahrensrechtlich vollzogen hat. Nach der ursprünglichen Fassung des § 81 Abs. II GenG war

30 Allerdings wird die Grenzziehung schwierig, wenn die Genossenschaftsmitglieder das allgemeine gesellschaftspolitische Anliegen auch für sich selbst teilen. Dann wird man es ihr im Zweifel nicht verwehren können, dieses als Teil der Öffentlichkeit für sich mittels gesellschaftsrechtlicher Selbstorganisation eigennützig anzustreben. Es verhält sich dann ebenso, wie wenn die Genossen selbst zu den als gemeinnützig zu fördernden Personen gehören. Dazu *Beuthien*, GenG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 98 unter Hinweis auf *Helios/Srieder*; DB 2005, 2794 (2795).

31 Im Einzelnen dazu *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 177! Zu Unrecht gehen freilich etliche Autoren (wie BT-Ds 16/12813 S. 11) davon aus, dass die Vereinigung beendet ist, solange die Mitglieder nicht ihre Fortsetzung beschließen. (Nachweise bei *Leuschner*; a.a.O., in dortiger Fn 209).

32 Die Vorschrift sollte daher gestrichen werden. Stattdessen ist anstelle von § 81 I 1 Fall 2 GenG durch einen Nachsatz klarzustellen: „Ist der Zweck der Genossenschaft entgegen § 1 nicht oder nicht mehr auf die Förderung der Mitglieder gerichtet, entscheidet das Registergericht gem. § 395 FamFG von Amts wegen über deren Löschung im Genossenschaftsregister.“ Näher dazu *Beuthien*, NZG 2020, 681 (688).

33 Zur uneinheitlichen Regelung bei Gemeinwohlverstößen unten 5.

für die Auflösung der ihren wirtschaftlichen Förderzweck verfehlenden eG ausschließlich die Verwaltungsbehörde zuständig. Rechtsschutz gegen deren Ermessensentscheidung gab es dementsprechend nur im öffentlichrechtlichen Verwaltungsstreitverfahren. Die ordentliche Gerichtsbarkeit war ausgeschaltet. Erst durch die GenG-Novelle 2006³⁴ wurde die verwaltungsbehördliche Kompetenz dahin verkürzt, dass die Genossenschaft nur noch auf Antrag der örtlich zuständigen obersten Landesbehörde durch landgerichtliches Urteil aufgelöst werden kann.³⁵ Zugleich wurde die immer noch im Gesetz stehende Drohung gestrichen, dass die Auflösung erfolgen kann, „ohne dass deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet“.³⁶ Denn eine solche erübrigt sich, weil einem Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 Abs. I GG i.V.m. § 839 Abs. I S. 1 BGB in aller Regel das Richterprivileg des § 839 Abs. II S. 1 BGB entgegensteht. Die Auflösung der eG wirkt auch nicht im Sinne des Art. 14 Abs. III S. 2 GG enteignend³⁷, weil in dem dann regelgerecht nach Maßgabe der §§ 83–93 GenG einsetzenden Liquidationsverfahren das verbleibende Genossenschaftsvermögen anteilig den Genossen zufällt (§ 91 GenG).³⁸

5. Indes geht auch das noch zu weit. Vielmehr ist die in § 81 Abs. I GenG getroffene Regelung in sich unausgewogen. Denn das lediglich förderzweckwidrige Verhalten (§ 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG) lässt sich nicht auf eine Stufe mit den das Gemeinwohl gefährdenden Rechtsverstößen (§ 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG) stellen. Wer in gesetzwidriger Weise nachhaltig das Gemeinwohl verletzt, hat im Rechts- und Wirtschaftsverkehr nichts zu suchen. Wer dagegen nur eine gesetzlich zweckgebundene Vereinigungsform für außerhalb dieser rechtmäßige Ziele benutzt und damit fehlgebraucht, stört zwar das Gesellschaftsrechtssystem, nicht aber die allgemein zu achtende öffentliche Gesamtrechtsordnung. Verhält sich daher eine eG förderzweckwidrig, so genügt es, ihr die Rechtsfähigkeit zu entziehen. Dagegen ist dann ihre zur Liquidation führende Auflösung eine obrigkeitstaatliche Überreaktion.³⁹

Immerhin hatte schon die GenG-Novelle 1973⁴⁰ den bis dahin geltenden § 149 GenG aufgehoben, wonach sich Mitglieder des Vorstandes strafbar machten, „wenn ihre Handlungen auf andere als die in § 1 erwähnten geschäftlichen Zwecke gerichtet sind“. Die Strafe betrug 3 DM bis 10.000 DM, im Nichtbeitreibungsfall Gefängnis von 1 Tag bis zu 1 Jahr oder Haft von 1 Tag bis zu 6 Wochen!⁴¹

34 BGBl. I, 1911 ff.

35 Dieser Satz findet sich freilich (anders als in § 396 AktG) weiterhin in § 62 I GmbHG, dort allerdings nur in Bezug auf gesetzwidrige Gemeinwohlverstöße.

36 Dazu Begr. RegE BT- Ds 16/1025, S. 94.

37 Zutr. Kropff, Aktiengesetz, Begründung des Regierungsentwurfs, 1965, S. 497.

38 Die Auflösung ist auch nicht etwa „Ausdruck der Sozialpflichtigkeit des Eigentums“ i.S. des Art. 14 II GG (so freilich *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 62 Rn. 7), sondern schlicht die Folge einer schweren Störung der öffentlichen Ordnung, also eines Ordnungsverstoßes.

39 Im Einzelnen dazu *Beuthien*, Was tun, wenn eingetragene Genossenschaften ihren Förderzweck missachten?, NZG 2020, 682 u. 685.

40 BGBl. I, 1451.

41 So *Meyer/Meulenbergh*, Genossenschaftsgesetz, 11. Aufl. 1970, § 149 Anm. 2.

5. Uneinheitliche Regelung bei Gemeinwohlgefährdung

1. Uneinheitlich und unübersichtlich ist die Rechtsentwicklung verlaufen, wenn die Verwaltungsträger (Vorstand oder Geschäftsführer) durch gesetzeswidriges Verhalten das Gemeinwohl gefährden. Ursprünglich war dann im Gesamtbereich des Körperschaftsrechts einheitlich vorgesehen, dass die Vereinigung auf Antrag der zuständigen Verwaltungsbehörde durch verwaltungsgerichtliches Gestaltungsurteil aufgelöst werden durfte, wenn die Mitgliederversammlung und (wo vorhanden) der Aufsichtsrat nicht unverzüglich für die Abberufung der verantwortlichen Personen sorgten (§§ 43 Abs. I, 44 BGB a.F., § 62 GmbHG, § 396 Abs. I AktG a.F., § 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG a.F.). Dieses insgesamt verwaltungsrechtliche Auflösungsverfahren wurde sodann bei der AG und eG (in einer eigenartigen Vermengung von öffentlichem und privatem Recht) dahin verändert, dass die Verwaltungsbehörde nunmehr beim Landgericht die Auflösung der gemeinwohlwidrigen Vereinigung durch Urteil zu beantragen hat (§§ 396 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG).⁴² Dagegen beließ man es für die GmbH bei der ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde und des Verwaltungsgerichts (§ 62 Abs. II GmbHG)⁴³. Dabei ging das gesellschaftsrechtliche Schrifttum fortan davon aus, dass die gemeinwohlwidrige Gesellschaft bereits durch den Verwaltungsakt der Verwaltungsbehörde mit anschließendem Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht aufgelöst wird.⁴⁴ Dabei blieb es lange Jahrzehnte, bis die alte Fassung des § 43 Abs. I BGB im Jahre 2009 durch das Vereinsrechtsänderungsgesetz (Vereins-RÄndG)⁴⁵ aufgehoben wurde.⁴⁶ Das jedoch war insofern zu unbedacht⁴⁷, als Gleiches im Aktien- und Genossenschaftsrecht unterblieb und als § 62 II GmbHG (wiederum anders die §§ 396 II AktG, 81 II GenG) weiterhin anstelle des Landgerichts das Verwaltungsgericht für zuständig erklärt.⁴⁸ Dabei wird im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum die Parallelvorschrift des § 396 Abs. II AktG⁴⁹ kurzerhand

42 § 44 BGB wurde gestrichen. § 396 I AktG gilt gem. § 398 AktG auch für die KGaA.

43 Die früher in § 62 II 2 u. 3 GmbHG geregelte Ersatzzuständigkeit des Landgerichts am Sitz der Gesellschaft für diejenigen Länder, in denen noch kein Verwaltungsstreitverfahren bestand, wurde 1960 durch die bundeseinheitliche Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinfällig.

44 Statt vieler *Casper*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 62 Rn. 26 m.N.

45 BGBl. 2009, I, 3145.

46 Zusammen mit § 43 II BGB a.F. (Entziehung der Rechtsfähigkeit wegen satzungswidrigen Verfolgens eines wirtschaftlichen Zwecks). In Kraft blieb als neuer Absatz 1 nur § 43 IV BGB (Entziehung der Rechtsfähigkeit eines wirtschaftlichen Vereins wegen Verfolgens eines anderen als in der Satzung bestimmten Zwecks).

47 Eine materielle Rechtsanalogie zu den §§ 62 GmbHG, 396 AktG, 81 I 1 Fall 1 GenG lässt sich angesichts der gezielten Aufhebung des § 43 I Fall 2 BGB und der unterbliebenen Änderung der Wirtschaftsvereinsvorschriften kaum begründen.

48 Immerhin wurde aber die Fassung des § 81 I 1 Fall 1 GenG als § 289 in den Entwurf eines neuen GmbHG übernommen (s. BT-Ds VI, S. 230). Sie ist aber nicht in Kraft getreten (näher dazu *Konow*, GmbHR 1973, 217, 218 ff.).

49 Das Gleiche muss dann folgerichtig auch für den (nicht mit ins Auge gefassten) § 81 II GenG gelten.

als „systemwidrig und daher nicht analogiefähig“ bezeichnet⁵⁰. In der Tat lässt sich § 396 Abs. I AktG auf die GmbH nicht entsprechend anwenden, weil dem die ausdrückliche Verweisung des § 62 Abs. II GmbHG auf den Verwaltungsprozess entgegensteht. Aber welche der beiden Vorschriften systemwidrig ist, fragt sich gerade.

2. Unumgänglich ist, dass es bei der derzeitigen Unordnung nicht bleiben kann. Das gemeine Wohl dient allen und ist daher von allen Personen und Personenvereinigungen in gleicher Weise zu achten. Ernstliche Gemeinwohlverstöße müssen daher durchweg unterbunden werden. Der e.V. verdient insoweit keine besondere Nachsicht und damit keine gesellschaftsrechtliche Sonderbehandlung gegenüber den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Vielmehr muss es überall die grundsätzlich gleiche Sanktion und gegen diese allseits den gleichen Rechtszug und die gleichen Rechtsmittel geben.

Damit fragt sich: Gilt es den gestrichenen § 43 Abs. I BGB a.F. wieder einzuführen oder sind die §§ 396 Abs. I AktG, § 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG, 62 Abs. I GmbHG ebenfalls zu streichen? Letzteres empfiehlt sich, da das gemeine Wohl ein gesellschaftlich höchstwertiges Rechtsgut ist, nur dann, wenn dieses hinreichend anderweit geschützt wird. Indes ist inzwischen genau das der Fall.

Verfolgt eine gesellschaftsrechtliche Vereinigung von Anfang an einen rechts- oder sittenwidrigen Zweck, ist ihre Satzung insoweit nichtig (§§ 134, 138 Abs. I BGB). Der jeweils durch den Unternehmensgegenstand näher zu bestimmende Gesellschaftszweck ist im Register einzutragen (§§ 3 Abs. I, 23 Abs. III Nr. 2, 39 Abs. I AktG; 3 Abs. I Nr. 2, 10 Abs. I GmbHG; 1 Abs. I, 6 Nr. 2, 12 Nr. 3 GenG). Ist dieser jedoch rechtlich unzulässig, so darf das Registergericht die Vereinigung nicht eintragen. Es kann sie mangels einer wesentlichen Eintragungsvoraussetzung jederzeit von Amts wegen wieder löschen (§ 397 i.V.m. § 395 Abs. I S. 1 FamFG).⁵¹ Das gilt auch, wenn die Vereinigung nachträglich dazu übergeht, planmäßig und fortgesetzt einen gesellschaftsrechtlich unzulässigen Zweck zu verfolgen.⁵² Die guten Sitten i.S. des § 138 Abs. I BGB beinhalten nicht nur moralische Gebote, sondern vor allem als rechtsethische Grundordnung auch einen *ordre public*⁵³ und zu diesem gehört die Achtung und Wahrung des Gemeinwohls.⁵⁴

50 So *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 62 Rn. 14 im Anschluss an *Scholz/Schmidt/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 62 Rn. 8 sowie unter Hinweis auf *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016 ff., § 62 Rn. 24 u. *Nerlich*, in: *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbHG, § 62 Rn. 21.

51 Vorgängervorschrift: § 142 FGG.

52 BT-Ds. 16/9733, S. 298.

53 Näher zu diesem im Einzelnen äußerst umstrittenen Problemkreis *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 15. Aufl. 1959, § 191 I Anm. 5, *Hefermehl*, in: *Soergel*, Bürgerliches Recht, Gesetzbuch, Bd. I, 12. Aufl. 1987, § 138 Rn. 7 sowie *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 22 III (S. 435 ff.), jeweils m.w.N.

54 Dazu, dass das Registergericht Eintragungen sittenwidrigen Inhalts löschen kann, *Keidel/Heinemann*, FGG, 20. Aufl. 2020, § 395 Rn. 21 im Anschluss an KG NJW 1962, 1917.

Die §§ 43 Abs. I BGB a.F., 396 Abs. I AktG, 62 Abs. I GmbHG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG knüpfen zwar nicht an einen rechts- oder sittenwidrigen Vereinigungszweck, sondern an ein rechtlich unzulässiges Verhalten der Mitgliederversammlung und der Verwaltungsträger an. Beschränkt sich dieses aber nicht auf Einzelfälle⁵⁵, sondern dauert es planmäßig an, so wird faktisch ein sittenwidriger Vereinigungszweck verfolgt. Infolgedessen wird dann § 397 i.V.m. § 395 Abs. I S. 1 FamFG anwendbar und wiederum infolgedessen werden (außer § 43 Abs. I BGB a.F.) auch die §§ 396 Abs. I AktG, 62 Abs. I GmbHG, 81 S. 1 Fall 1 GenG überflüssig, wenn nicht sogar von Rechts wegen hinfällig.⁵⁶

Gewiss darf das Registergericht die gegen das Gemeinwohl verstoßende Vereinigung gem. §§ 397 i.V.m. 395 Abs. I FamFG nur im Register löschen, nicht aber rechtsgestaltend auflösen. Dessen bedarf es aber auch nicht, weil diese wegen ihres gemeinwohlwidrigen und damit sittenwidrigen Zweckes allenfalls fehlerhaft wirksam ist, worauf sich jedermann berufen darf. Was ohnehin unwirksam ist, braucht daher nicht auch noch rechtsförmlich aufgehoben zu werden.

Praktisch unterbunden werden muss nur das rechts- oder sittenwidrige Verhalten. Dazu aber sind nicht das Registergericht, sondern kraft öffentlichen Vereinsrechts die für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständigen Verwaltungsbehörden berufen.⁵⁷ Diese jedoch dürfen gesellschaftsrechtliche Vereinigungen derzeit nur verbieten⁵⁸ und auflösen (§ 3 Abs. I u. II, § 17 Nr. 1 VereinsG)⁵⁹, wenn deren Zweck oder Tätigkeit den aus Gründen des Staatsschutzes erlassenen Strafgesetzen zuwiderläuft oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.⁶⁰ Ob aber das Gemeinwohl zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört⁶¹, ist zweifelhaft, weil darunter in diesem Sachzusammenhang

55 Gegen diese kann, soweit dadurch die öffentliche Ordnung gestört ist, die örtlich zuständige Polizeibehörde vorgehen.

56 S. dazu oben 4. zu § 81 I 1 Fall 2 GenG.

57 Zu Recht heißt es insoweit in BT-Ds 16/12813 S. 11 zu Nummer 8 (§§ 43 und 44 BGB): „eine das Gemeinwohl gefährdende Tätigkeit von Vereinen“ kann „nur mit den Mitteln des öffentlichen Vereinsrechts unterbunden werden.“

58 Im Einzelnen zum Vereinsverbot in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung *Plancker*, NVwZ 1998, 113 ff.

59 Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts vom 5.8.1964 (BGBl. I, 593). Dieses hatte die §§ 43, 44 BGB gem. § 30 II Nr. 1 ursprünglich ausdrücklich unberührt gelassen. Inzwischen trifft das aber nur noch für den früheren § 43 IV BGB (jetzt § 43 I BGB), also lediglich für den wirtschaftlichen Verein i.S. des § 22 BGB zu. Grundsätzlich zum Verhältnis des öffentlichen Vereinsrechts zur registergerichtlichen Vereinszweckkontrolle *Mummenhoff*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit 1979, S. 70 ff.

60 Möglicherweise ist das eine bisher nicht hinreichend bedachte Rechtsschutzlücke des öffentlichen Vereinsrechts. Diese muss dann gemessen an die in BT-Ds 16/12813 S. 11 (oben Fn. 31) getroffene Erwägung dort und nicht in den gesellschaftsrechtlichen Organisationsgesetzen geschlossen werden.

61 Zur verfassungsmäßigen Ordnung werden nur die diese tragenden Verfassungsprinzipien, insbesondere das Demokratieprinzip sowie das Rechts- und Sozialstaatsprinzip gerechnet. Näher dazu BVerfGE 2, 1 (12f.) u. 144, 20/22 ff. Dabei muss die Vereinigung die verfassungsmäßige Ordnung nicht nur ablehnen, sondern in kämpferisch-aggressiver Weise auf ihre verfassungsfeindlichen Ziele hinwirken (BVerfGE 61, 218, 220).

(anders als bei Art. 2 Abs. I GG) mehr zu verstehen ist, als die Gesamtheit aller verfassungsgemäßen Normen. In aller Regel wird daher bei körperschaftsrechtlichen Gemeinwohlverstößen nur das Registergericht löschend tätig werden können.

Die §§ 395 AktG, 62 GmbHG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG sollten nach alledem als rechtssystematisch verfehlt gestrichen werden. Jedenfalls geht es nicht an, diese Vorschriften teils als gesellschaftsrechtlich und damit privatrechtlich⁶² und teils als öffentlichrechtlich zu begreifen.⁶³ Auch ist es unnötig und unangebracht, in den §§ 395 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG die Kompetenzen der Verwaltungsbehörde und des Landgerichts zu mischen.⁶⁴ Denn die für das Rechtsvertrauen der Staatsbürger unerlässliche richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. I GG) ist heute nicht nur bei den Zivilgerichten, sondern auch bei den Verwaltungsgerichten hinreichend gewahrt.⁶⁵

Größere praktische Bedeutung sollen die §§ 395 AktG, 62 GmbHG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG zwar sämtlich nicht erlangt haben.⁶⁶ Aber ihr Wortlaut verdeckt die sachlich gebotene ausschließliche Zuständigkeit des Registergerichts und kann zu dem Missverständnis führen, als dürften die Verwaltungsbehörden auf diesem Wege die ihnen durch das öffentliche Vereinsrecht gezogenen Grenzen⁶⁷ übersteigen.⁶⁸ Das gilt insbesondere, wenn man das Gemeinwohl (wie § 288 AktG 1937)

62 So im Kern auch die §§ 395 AktG, 81 I 1 Fall 1 GenG.

63 So § 62 GmbHG (in diesem Sinne ausdrücklich *Nerlich*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, § 62 Rn. 2: „Die Vorschrift ist öffentlich-rechtlich und ist dem Gefahrenabwehrrecht/allgemeines Ordnungsrecht, also dem Verwaltungsrecht zuzuordnen.“

64 Für die vorrangige Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte (insbesondere des Registergerichts) hatten sich zwar einzelne Abgeordnete schon während der Gesetzberatungen ausgesprochen. Sie konnten sich damit aber nicht durchsetzen, weil es damals noch kein reichseinheitliches öffentliches Vereinsrecht und kein reichseinheitliches Verwaltungsverfahrensgesetz gab (s. bei *Mugdan*, Bd. 1, S. 602 sowie 952).

65 Im Einzelnen dazu die Studie des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages über die „Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland“, 2017 (WD7-3000-098/17), 3.1-9. Noch bei *Kropff* (Aktiengesetz, 1965, S. 497) aber hieß es: „Das Verfahren nach der Zivilprozessordnung bietet die beste Rechtsgarantie“.

66 Bekannt geworden sind nur ein Urteil des KG in JW 1937,1270 zur GmbH (ohne Sachverhalt) sowie eine Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts in RIW 1988, 140 f. zu Art. 57 III ZGB (gerichtliche Auflösung einer AG wegen widerrechtlichen Erwerbs von Grundeigentum in der Schweiz durch Ausländer). Zur letzteren Entscheidung *Dagon/Scholtissek*, RIW 1988, 142 u. *Becker*, ZSchweizR 1988, 613 (625 f.). Aber welche repressive Vorwirkung diese Vorschriften entfaltet haben, ist unbekannt.

67 Nach § 1 II VereinsG kann gegen Vereine, die die Vereinsfreiheit missbrauchen, zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung „nur nach Maßgabe dieses Gesetzes eingeschritten werden“!

68 Gemeinwohlverstöße stören zwar die öffentliche Ordnung und sind insoweit eine das öffentliche Recht betreffende Angelegenheit (s. *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandrechts, 8. Aufl. 2001, Rn. 2081 in Bezug auf § 43 BGB a.F.: „gehört an sich in das öffentliche Vereinsrecht.“). Sie verletzen aber zugleich die privatrechtlich vom Registergericht zu wahrenden guten Sitten i.S. des § 138 I BGB (s. oben 5.2). Sie als speziellen Sittenverstoß aus dessen umfassender Zuständigkeit auszugliedern und stattdessen dem bewusst auf den Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung und der Völ-

bereits dann als gefährdet aussieht, wenn „gegen Grundsätze verantwortungsbewusster Wirtschaftsführung“ verstoßen wird⁶⁹ und dabei „allgemeine Interessen der Volkswirtschaft“ berücksichtigt⁷⁰ oder gar dafür ausreichen lässt. Denn dann könnten die §§ 396 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG, 62 Abs. I GmbHG zu wirtschaftslenkenden Eingriffen des Staates⁷¹ verleiten.

6. Schlusswürdigung

Welche der gesetzlich zugelassenen Vereinigungsarten die gründungswilligen Personen wählen wollen, entscheiden diese zwar selbst. Ob sie aber tatsächlich Zugang zu der gewünschten Vereinigungsform finden, hat das jeweils zuständige Registergericht anhand des eingereichten Organisationsvertrages (Gesellschaftsvertrag oder Satzung) zu entscheiden. Eine politische Kontrolle der Vereinigungsziele hat dabei nichts zu suchen. Dem Registergericht obliegt es auch, in eigener Verantwortung zu beurteilen, ob und inwieweit die Vereinigung noch ihren Eintragungsvoraussetzungen genügt, also nachträglich unzulässig wird (§ 397 i.V.m. § 395 FamFG). Das ist auch dann der Fall, wenn der Vorstand oder die Geschäftsführer planmäßig und fortgesetzt gegen das gemeine Wohl verstoßen. Neben dieser umfassenden Zuständigkeit des Registergerichts bedarf es keiner zusätzlichen Befugnis der Verwaltungsbehörden, die sich gegenwärtig verhaltende Vereinigung selbst durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt aufzulösen (so bei der GmbH) oder beim Landgericht zu beantragen, diese durch Gestaltungsurteil aufzulösen (so bei der AG und eG). Die dies jeweils vorsehenden §§ 396 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG, 62 Abs. I GmbHG sind daher zu streichen. Gegen einzelne die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstoßende Gemeinwohlverstöße kann in ausreichender Weise die zuständige Polizeibehörde einschreiten. Damit hätte sich die politische Kontrolle des Körperschaftsrechts nach einem über ein Jahrhundert währenden Entwicklungsprozess auf ein sachlich angemessenes und für die betroffenen Vereinigungen erträgliches Maß eingependelt.

kerverständigung beschränkten VereinsG zuzuweisen, empfiehlt sich nicht, weil es im Wesentlichen nur um eine auch vom Registergericht zu bewältigende besondere Wertungsfrage geht.

69 Ähnlich bereits Art. 151 I 1 WRV: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“

70 So *Casper* in: *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016, § 62 Rn. 16. Dem zustimmend *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 396 Rn. 2. Auch *Wolff* (in: *Beuthien*, GenG, § 81 Rn. 2) will genügen lassen, dass „gewichtige öffentliche (insbesondere volkswirtschaftliche) Interessen“ ernstlich bedroht sind. Zu Recht sehr viel konkreter demgegenüber *Herzberg*, in: *Hildebrand/Keßler* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, 3. Aufl. 2019, § 81 Rn. 2: „Fortlaufende nachhaltige Steuerhinterziehung, fortgesetzte Belieferung mit gesundheitsschädlichen Nahrungsmitteln, nachhaltige Verstöße gegen außenwirtschaftliche Normen, Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB.“

71 Mittels der Drohung, die Vereinigung sonst aufzulösen und zur Unternehmensliquidation zu zwingen.

Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger*, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021.
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933.
- Baumbach, Adolf/Hass, Ulrich/Hueck, Alfred*, Kommentar zum GmbHG, 22. Aufl. 2019.
- Baumgartl, Gerhard*, Die Funktion des Förderungsauftrages in § 1 Genossenschaftsgesetz, Diss. Nürnberg, 1979.
- Beuthien, Volker*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 16. Auflage 2018.
- Beuthien, Volker/Hüskens, Ulrich/Aschermann, Rolf*, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Bd. II. Parlamentarische Materialien, 1866–1922, Marburger Schriften zum Genossenschaftswesen, Sonderband 1989.
- Demharter, Johann*, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 15. Aufl. 1959.
- Hefermehl, Wolfgang*, in: Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Recht, Gesetzbuch, Bd. I, 12. Aufl. 1987.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens*, Kommentar zum AktG, 14. Aufl. 2020.
- Kaltenborn, Wilhelm*, Die Überwältigung – Die deutschen Genossenschaften 1933/34, der Anschlusszwang und die Folgen, 2020.
- Keidel, Theodor/Heinemann, Jörn*, Kommentar zum FGG, 20. Aufl. 2020.
- Kropff, Bruno*, Aktiengesetz, Begründung des Regierungsentwurfs, 1965.
- Larenz, Karl*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989.
- Leuschner, Lars*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011.
- Meyer, E.H./Meulenbergh, Gottfried*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 11. Aufl. 1970.
- Michalski, Lutz/Heidinger, Lutz/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica*, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1899.
- Mummenhoff, Winfried*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit 1979.
- Palandt, Otto/Danckelmann, Bernhard*, Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1950.
- Reichert, Bernhard*, Handbuch des Vereins- und Verbandrechts, 8. Aufl. 2001.
- Reuter*, Persönliche Haftung für Schulden des nichtrechtsfähigen Idealvereins, NZG 2004, 217 ff.
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002.
- Schöpfunglin, Martin*, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003.
- Schultze von Lasaulx, Hermann*, in: Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1967, vor § 21.
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbbe, Marc*, Kommentar zum GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016.
- Wieacker, Franz*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953.