

Rechtsanwalt Jürgen Wagner, LL. M. (Zürich)*

Die Entwicklungen im Vereinsrecht

Der folgende Beitrag stellt nach NZG 2015, 1377 und NZG 2016, 1046 die Entwicklungen im Vereinsrecht der letzten Monate dar. Insbesondere die wirtschaftliche Betätigung von Vereinen steht im Vordergrund der derzeitigen Diskussion, die anhand der Entscheidungen zum FC Bayern München und dem ADAC aktueller denn je sind. Eine Entscheidung des BGH wurde am 16.5.2017 gefällt, die der Kita-Rechtsprechung des KG eine Absage erteilt hat. Auf der Zielgeraden der Großen Koalition wurde der Referentenentwurf (Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften) am 14.11.2016 veröffentlicht, der verschiedentlich in die Kritik geraten ist. Die Beratungen in Bundestag und Bundesrat im März 2017 haben zu weiterer Kritik, aber auch zu ernstzunehmenden Vorschlägen geführt.

I. Allgemeines zum Verein

Es existiert keine Vereinsstatistik des Statistischen Bundesamtes, lediglich das Bundesamt für Justiz veröffentlicht eine „Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der AG 1995–2015“, die per 31.12.2015 die Zahl von 598.210 eingetragenen Vereinen ausweist (2014: 630.141 und 2013 591 759).¹ Die Zahl der Neueintragungen bewegt sich bei 15 000–20 000 pro Jahr, wobei die letzten Jahre signifikant höher lagen: Die Zahl der Neueintragungen stieg von 15.084 im Jahr 2013 auf 60.095 im Jahr 2014, um im Jahr 2015 wieder auf 35.994 abzufallen. Die Anzahl der jährlichen Löschungen liegt bei 8000–10.000 pro Jahr, wobei diese Zahl im Jahr 2014 von 10.512 im Jahr 2013 auf 12.793 anstieg und 2015 wieder auf 8882 sank.

II. Nichteingetragener Verein

1. Charakteristika

Der nichteingetragene Verein ist entgegen der „Arbeits- und Haftungsgemeinschaft der Personengesellschaften“² durch seine körperschaftliche Struktur geprägt und vor allem vom Wechsel seiner Mitglieder unabhängig. Als Abgrenzungskriterien werden insbesondere (beim nichteingetragenen Verein) ein eigenes Vereinsvermögen, das dem Zugriff der Privatgläubiger entzogen ist, die fehlende gesamtschuldnerische Mitgliederhaftung für Vereinsverbindlichkeiten (dafür aber eine Handelndenhaftung)³ und eben die Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel vorgebracht.

2. Der rechtsfähige nichtrechtsfähige Verein?

Nach mittlerweile nahezu einhelliger Sicht in Literatur und Rechtsprechung ist der nichtrechtsfähige Verein selbst Träger von Rechten und Pflichten.⁴ § 54 S. 1 BGB verweist jedoch in seiner gültigen Fassung immer noch auf das Recht der Gesellschaften (bürgerlichen Rechts). Diese Vorschrift wird nun korrigierend und entgegen dem Wortlaut dahingehend ausgelegt, als sie auf Vereinsrecht verweist, soweit nicht die Eintragung an sich vorausgesetzt wird. Der nichtrechtsfähige Verein ist nun also rechtsfähig, also ein „rechtsfähiger nichtrechtsfähiger Verein“ – so misslich diese Qualifizierung begrifflich auch sein mag. Vom rechtsfähigen

Verein unterscheidet sich der „nichtrechtsfähige“ lediglich durch die fehlende Eintragung im Vereinsregister bzw. die fehlende staatliche Anerkennung iSd § 22 BGB. Für die Zukunft erscheint es angebracht, die Abgrenzung der beiden Vereinstypen auch terminologisch in eingetragene und nicht eingetragene Vereine nachzuvollziehen. Hier wird an der bisherigen Unterscheidung daher nicht mehr festgehalten, auch wenn damit in Kauf genommen werden muss, dass es sich auch beim wirtschaftlichen Verein des § 22 BGB um einen nichteingetragenen Verein handelt, der durch Verleihung zur juristischen Person wird.⁵ Der nichteingetragene Idealverein steht heute – mit der Ausnahme der Handelndenhaftung des § 54 S. 2 BGB zum Ausgleich der mangels Registerpublizität unzureichenden Transparenz der Vertretungsverhältnisse – dem eingetragenen Verein (fast) gleich.⁶

3. Ausnahme: Nicht gegebene Grundbuchfähigkeit

In der Zeit zwischen der Entscheidung des BGH vom 4.12.2008⁷ und dem Inkrafttreten von § 47 II GBO am 18.8.2009 sind Gesellschaften bürgerlichen Rechts zulässig allein unter ihrem Namen ohne Bezeichnung der Gesellschafter im Grundbuch eingetragen worden. Für diese Gesellschaften habe der Gesetzgeber mit Art. 229 § 21 EGBGB bewusst eine Rückwirkung von § 47 II 1 GBO nicht angeordnet, so dass diese Gesellschaften weiterhin ohne ihre Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sein können.⁸

Mit Ausnahme dieser bereits eingetragenen Gesellschaften hat der Gesetzgeber mit § 47 II 1 GBO Eintragungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts allein unter ihrem Namen jedoch ausdrücklich unterbinden wollen, weil sie praktisch kaum lösbare Probleme (Nachweis von Existenz, Vertretung und Identität in der Form des § 29 GBO) nach sich ziehen.⁹ Diese Probleme ließen sich nur verhindern, indem sichergestellt wurde, dass das Grundbuch die Namen der Gesellschafter als maßgebliches Kriterium zur Identifikation der eingetragenen Gesellschaft und als Grundlage für eine entsprechende Anwendung von §§ 892 ff. BGB enthält. Letztere materiell-rechtliche Folge

* Der Autor ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz, und Autor der 13. Auflage (2015) des *Reichert, Vereins- und Verbandsrecht – Die 14. Aufl. befindet sich in Vorbereitung.*

1 Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der AG 1995–2015, herausgegeben vom Bundesamt für Justiz, 12.8.2016 (www.bundesjustizamt.de).

2 MAH PersGesR/Mutter/Angsten, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 32; hierzu MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2016, vor § 705 Rn. 113 ff.; Wagner, NZG 2015, 1377.

3 MüKoBGB/Reuter, §§ 21, 22 Rn. 103 ff.

4 Grundlegend BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311; s.a. BGH, NZG 2007, 826 (Aufgabe der früheren Rspr. BGHZ 109, 15 = NJW 1990, 186). Vgl. aktuell BPatG, GRUR-RR 2014, 20; allg. MüKoBGB/Reuter, § 54 Rn. 17; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 5072, 5086.

5 Siehe bereits Wagner, NZG 2015, 1377; so wohl auch Stöber/Otto Rn. 1494. Hierzu auch Gummert in MüHb. GesR, § 8 Rn. 6 mwN.

6 MüKoBGB/Reuter, vor § 21 Rn. 48; zur Handelndenhaftung s.a. §§ 21, 22 Rn. 103 ff.

7 Verweis auf BGH, NJW 2009, 594.

8 Verweis auf BT-Drs. 16/13437, 26.

9 Verweis auf BT-Drs. 16/13437, 24; KG, NZG 2017, 464.

der Eintragung der Gesellschafter hat der Gesetzgeber mit Recht als Voraussetzung für eine effektive Teilnahme von Gesellschaften bürgerlichen Rechts am Immobilienverkehr angesehen.¹⁰ Er habe deshalb § 47 II 1 GBO – anders als § 47 I GBO – nicht als bloße Ordnungsvorschrift ausgestaltet, sondern als zwingendes Erfordernis des Rechts-erwerbs.¹¹

Da eine GbR ohne Eintragung ihrer Gesellschafter grundbuchliche Rechte nicht mehr erwerben kann, zeigt eine unter Verstoß gegen § 47 II 1 GBO vorgenommene Eintragung schon im Eintragungsvermerk selbst, dass das verlaubliche Recht in dieser Ausgestaltung nicht bestehen kann. Eine solche Eintragung sei als inhaltlich unzulässig zu löschen.¹² Die Literatur scheint diese Entscheidung zu begrüßen: Eine andere Sichtweise vermögen auch die mitgliederstarken Vereine nicht zu rechtfertigen, da reine Praktikabilitätsabwägungen nicht zu einer Durchbrechung der strengen Publizität im Grundbuchverfahren führen könnten.¹³

III. Compliance in Vereinen und Verbänden

Die Literatur in Betriebswirtschaft und Rechtswissenschaft ist sich einig: Compliance ist ein zunehmend aktuelles Thema für Stiftungen, Vereine und Verbände.¹⁴ Tax Compliance ist für gemeinnützige Vereine umso wichtiger, als sie steuerbefreit sind und dies bei Einhaltung gewisser Regeln auch bleiben wollen. Die Risiken bei der Gefährdung oder dem Verlust der Gemeinnützigkeit gehen von der Steuer-mehrbelastung, die auch die Existenz gefährden kann bis hin zu Imageschäden und Reputationsverlusten. Corporate Compliance ist jedenfalls keine einmalige, punktuelle oder gar untergeordnete Aufgabe.

Das *LG München I* hat den Siemens Ex-Vorstand *Heinz-Joachim Neubürger* verurteilt, 15 Mio. Euro an seinen früheren Arbeitgeber als Schadensersatz dafür zu bezahlen, dass er nicht dafür gesorgt hatte, dass ein funktionierendes Compliance Management System („CMS“) eingerichtet wurde.¹⁵ Die Regierungskommission Corporate Governance Kodex hat im Februar 2017 Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) beschlossen. Unter anderem wurde in Nr. 4.1.3. eine neue Anregung zur Einrichtung eines Compliance Management Systems und eines Whistleblower-Systems aufgenommen.¹⁶ Danach soll der Vorstand für ein angemessenes, an der Risikolage ausgerichtetes Compliance Management System sorgen und dessen Grundzüge offenlegen, damit sich Investoren und die Öffentlichkeit ein eigenes Bild von den Compliance-Anstrengungen machen können. Den Beschäftigten soll durch Einrichtung eines Whistleblower-Systems die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben. Empfohlen wird darüber hinaus, dieses System auch für externe Dritte zu öffnen.¹⁷

IV. Wirtschaftliche Betätigung des Vereins

Der Verein ist keine originäre Rechtsform für wirtschaftliche Tätigkeiten, dennoch sind ihm diese alles andere als verboten.¹⁸ Das Wesen einer nonprofit-Organisation schließt also eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nicht aus. Die Registergerichte haben in den letzten Jahren manchen Verein „trotz evidenter Wirtschaftstätigkeit noch als e. V. durchrutschen lassen“.¹⁹ Allerdings sind die Zahlen der wirtschaftlichen Vereine, vor allem durch die Genehmigungspraxis des Landes Rheinland-Pfalz (Zulassung von

Dorfläden als wirtschaftliche Vereine), wieder signifikant gestiegen.²⁰

1. Gemeinnützigkeitsstatus

Mittlerweile sind die Prüfungen allerdings deutlich strenger geworden. In diesem Sinne verlangt auch das deutsche Steuerrecht für die Zuerkennung und Aufrechterhaltung des Gemeinnützigkeitsstatus nicht, dass jede einzelne Tätigkeit, die ein Verein ausübt, per se gemeinnützig oder nicht erwerbswirtschaftlich sein müsste. Dabei kann die wirtschaftliche Betätigung eines Vereins unterschiedliche Zielsetzungen haben: Sie kann unmittelbar der Zweckverwirklichung dienen, das Steuerrecht spricht dann von Zweckbetrieben (Definition in § 65 AO).²¹ Das Gemeinnützigkeitsrecht gibt jedoch keine Vorgaben zur Frage der Eintragungsfähigkeit nach § 21 BGB, auch wenn es grundsätzlich zur Auslegung herangezogen werden kann. Dies hat der *BGH* nun in seiner Entscheidung vom 16.5.2017 ausdrücklich bestätigt.²²

2. Tagesmitgliedschaft

Ideelle Zwecke werden nicht (allein) dadurch zu wirtschaftlichen Zwecken, weil sie auch zum Gegenstand gewinnorientierten Handelns gemacht werden können.²³ Richtig ist, dass die Abgrenzung schwierig ist, was auch die Diskussion um die so genannten *Tagesmitgliedschaften* zeigt: Bei Tagesmitgliedschaften steht die Inanspruchnahme der angebotenen Leistung vor der Teilhabe am ideellen Zweck im Vordergrund. Wenn ein Verein ein Schwimmbad unterhalten will, das nur seinen Mitgliedern zur Verfügung steht, kann nicht ohne Weiteres von einer (für die Annahme des ideellen Vereins schädlichen) wirtschaftlichen Betätigung ausgegangen werden, auch wenn die Mitgliedschaft nur aufgrund der Inanspruchnahme der angebotenen Leistung erworben wird. Dies würde außer Acht lassen, dass auch die meisten Mitglieder der Sportvereine oder des ADAC ausschließlich an deren Leistungen und nicht an deren ideeller Zielsetzung interessiert sind.²⁴ Insofern relativiert sich die Bedeutung der Mitgliedschaft sowie des Vereins in seiner Funktion als Leistungserbringer.

10 Verweis auf BT-Drs. 16/13437, 24.

11 Verweis auf Wegmann in Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl. 2013, § 47 Rn. 211.

12 Verweis auf Lautner, DNotZ 2009, 650 (654); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 240 c.

13 Böttcher, NJW 2017, 859 (860); BGH, NZG 2016, 666.

14 Longrée/Loos, ZStV 2016, 34; s. a. Beispiel der Bedeutung für Verbände Kapp in Ummuß, Corporate Compliance Checklisten, 2017, Kap. 9 Rn. 34; Kapp/Hummel, CCZ 2013, 240.

15 *LG München I*, NZG 2014, 345; Berufung zum OLG München unter 7 U 113/14 anhängig; s. Ummuß, S. 156; aktuell Larisch/v. Hesberg, CCZ 2017, 17.

16 Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401.

17 Fuchs/Erkens, NJW-Spezial 2017, 207; Mense/Klie, BB 2017, 771; Brouwer, NZG 2017, 481.

18 Reichert, Rn. 141 ff.; Schauhoff, nPoR 2016, 241, ders., nPoR 2017, 62. Zur Vereinsklassenabgrenzung Rückert, Diss. Bonn 2011; aktuell bspw. Stöber, BB 2015, 962; Wagner, NZG 2015, 1377 (2016, 1046 f.).

19 MüHb. GesR/Knof, 5. Aufl. 2016, Bd. 5, § 12 Rn. 3 nach Karsten Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 23 III 3; aktuell Leuschner, ZIP 2015, 356 (364); Dück/Stiegler/Terhorst/Weidt, ZStV 2017, 41.

20 Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 42 a mwN; Verweis auf Grumbach/Bösche, Der wirtschaftliche Verein, 9. Aufl. 2013.

21 Stürner, Geschäftsleitung in fremdnützigen Organisationen, 2014, zugl. Diss. Heidelberg 2013, 336 ff.

22 Fischer, jurisPR SteuerR 20/2015, Anm. 1, Anm. zu OLG Stuttgart, nPoR 2015, 27; BGH, 16.5.2017 – II ZB 7/16.

23 Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 43; daher unvertretbar KG, DStR 2012, 1195 (Förderung der Klaviermusik).

24 Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 43; so OLG Karlsruhe, MDR 2012, 173 = BeckRS 2011, 28268 (Verein zur Erhaltung eines Freibades).

V. FC Bayern München

Im Sommer 2016 machte die „Registersache FC Bayern München“ Schlagzeilen. Das *AG München*, Registergericht, hat am Anfang August 2016 von Prof. *Leuschner* eingegangenen Anregung, den Fußball-Club Bayern München e. V. wegen Rechtsformverfehlung aus dem Vereinsregister zu löschen, nicht entsprochen.²⁵ Hintergrund der Anregung ist, dass nur nichtwirtschaftliche Vereine iSv § 21 BGB, deren Zweck im Gegensatz zu wirtschaftlichen Vereinen nach § 22 BGB nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, im Vereinsregister einzutragen sind und hierdurch Rechtsfähigkeit erlangen. Die Entscheidung des *AG München* fiel denkbar knapp aus:

„Die konkreten Verhältnisse bei dem Fußball-Club Bayern München wurden geprüft. Es besteht eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, der FC Bayern München AG. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände dieser Beteiligung hat das *AG München* im Rahmen der Einzelfallprüfung die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens hier abgelehnt. Ein Rechtsmittel gegen diese Entscheidung gibt es nicht.“

Der nichtwirtschaftliche Zweck impliziert nicht mehr eine nichtwirtschaftliche Art und Weise der Zweckerfüllung, sondern wird auf die gleiche Art und Weise wie der wirtschaftliche Zweck realisiert. In diesem Zusammenhang wird zum Teil vorgeschlagen, eine Spezialrechtsform für so genannte Sozialunternehmen zu erwägen.²⁶

VI. ADAC-Entscheidung

1. ADAC-Urteil

Der Idealverein als Konzernspitze wurde vor über 30 Jahren durch das umstrittene ADAC-Urteil des *BGH* ermöglicht. Der *I. Zivilsenat* des *BGH* befand 1982 in einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung, die Auslagerung unternehmerischer Aktivitäten auf Tochter-Kapitalgesellschaften sei vereinsrechtlich unbedenklich.²⁷ Wegen der rechtlichen und organisatorischen Trennung zwischen Verein und Kapitalgesellschaft könne der von dieser unterhaltene Geschäftsbetrieb dem Verein nicht als eigener zugerechnet werden und lasse dessen Status als nichtwirtschaftlicher Verein unberührt. In der Folgezeit kam es zu einigen Entscheidungen, die dies bestätigten: Zur öffentlichen Rechnungslegung ist der Holdingverein nicht verpflichtet,²⁸ so das *LG München I*. Der ADAC habe keine Unternehmenseigenschaft iSd § 11 PublG. Der Unternehmensbegriff des PublG stelle auf eine eigene erwerbswirtschaftliche Betätigung ab. Der ADAC werde „auch nicht dadurch zum Unternehmen, weil er Gesellschafter mehrerer Kaufleute (...) ist“. Auch die sonst zwingende Konzernmitbestimmung gilt nicht für den Idealverein.

2. Kritik

In der Fachliteratur hat *Reuter* im MüKoBGB seit jeher vehement widersprochen. Der ADAC sei ein „Problemfall für die Vereinsklassenabgrenzung“.²⁹ Der Autor führt Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes, des Mitgliederschutzes und der „Sozialpflichtigkeit“ (insbes. Mitbestimmung) gegen Holdingvereine an. Schließlich hofft er, dass dem *BGH*, „namentlich dem für das Vereins- und Gesellschaftsrecht eigentlich zuständigen *II. Senat*, Gelegenheit zu einer nochmaligen, weniger problemblinden Stellungnahme“ zu geben sei. Dies hat der *BGH* in seiner Entscheidung vom 16.5.2017 (II ZB 7/16) getan, freilich anders als von vielen erwartet.

3. Änderung der Vereinsstruktur 2016

Der ADAC (und auch andere betroffene Großvereine) wollten es offenbar nicht auf gerichtliche oder gar gesetzgeberische Maßnahmen ankommen lassen. Das Verfahren beim *AG München*, bei dem die Vereinseigenschaft des ADAC überprüft wird, wurde am 17.1.2017 entschieden.³⁰ Der ADAC hat in seiner Hauptversammlung im Mai 2016 die Trennung der wirtschaftlichen Aktivitäten von dem Idealverein beschlossen und einen Teil der Aktivitäten in einer gemeinnützigen Stiftung gebündelt. Im auch weiterhin als Idealverein organisierten ADAC e. V. verbleiben zentrale Mitgliederleistungen wie zB Pannenhilfe, Verbraucherschutz, Motorsport, Touristik, Juristische Zentrale (Mitgliederberatung), Verkehr und die Clubzeitschrift „ADAC Motorwelt“. Kommerzielle Aktivitäten werden in einer eigenständigen und vom Verein getrennten Aktiengesellschaft (ADAC SE) zusammengefasst. Eine neu zu gründende ADAC-Stiftung tritt neben Verein und SE. In dieser Stiftung werden die gemeinnützigen Aktivitäten des ADAC gebündelt.³¹

Ziel dieser Struktur (als für den ADAC entwickelte „Sonderlösung“) ist ersichtlich, die in § 17 II AktG enthaltene Vermutung vom Tatbestand des Mehrheitsbesitzes auf den Tatbestand des herrschenden Einflusses zu widerlegen. So werden GmbH-Beteiligungen in Aktiengesellschaften oder wie hier in eine SE umgewandelt, deren Geschäftsleitungen nicht weisungsabhängig sind, sondern diese in eigener Verantwortung leiten, § 76 I AktG und Art. 9 I Buchst. c II SE-VO.³²

4. ADAC-Entscheidung 2017

So konnte das *AG München* in seinem Beschluss vom 17.1.2017 den Vereinsstatus des ADAC e. V. quasi bestätigen, in dem es feststellte, bei der gegebenen Sachlage könne ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb des Vereins, der eine Amtslöschung gem. § 395 FamFG geboten erscheinen ließe, nicht festgestellt werden. Insbesondere könne ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb nicht darin erblickt werden, dass dem Verein sämtliche Anteile an den Beteiligungsgesellschaften gehören und er mit ihnen personell in vielfacher Hinsicht verflochten ist sowie geschäftsleitende Befugnisse in den von ihm allein beherrschten Gesellschaften ausübt. Der Verein habe in den vergangenen drei Jahren strukturelle Maßnahmen ergriffen, mit der Zielsetzung, die seit der Urteilsfindung fortentwickelte Vereinstätigkeit auch heute noch mit den in dem Urteil des *BGH* aufgestellten Maßstäben in Einklang zu bringen. Er habe durch seine neue auf drei Säulen basierende Organisationsstruktur aber auch der Kritik am Urteil des *BGH* Rechnung getragen. Soweit wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt werden, unterlägen sie dem Nebenzweckprivileg.

25 Pressemitteilung *AG München* vom 16.9.2016, Nr. 73/16; *AG München*, VR 2463; aktuell *Brouwer*, NZG 2017, 481; *Gubitz/Hildebrand*, NZG 2017, 495 und *Dück/Stiegler/Terhorst/Weidt*, ZStV 2017, 41.

26 MüKoBGB/*Reuter*, §§ 21, 22 Rn. 19c mit Verweis auf *Weitemeyer*, Non Profit Law Yearbook, 2011/2012, S. 91, 100.

27 *BGHZ* 85, 84 = NJW 1983, 569 – ADAC; hierzu ua MüHb. GesR/*Schwarz van Berk*, § 3 Rn. 44 ff.; hierzu *Wagner*, Liechtenstein-Journal 2016, 46; *ders.* NZG 2016, 1046.

28 *LG München I*, DB 2003, 1316.

29 MüKoBGB/*Reuter*, §§ 21, 22 Rn. 11 ff., 16, 51; in MüHb. GesR/*Schwarz van Berk*, § 3 Rn. 44 ff. mwN.

30 *AG München*, Beschl. v. 17.1.2017 – VR 304 (Fall 12); statt vieler zuvor *Leuschner*, ZIP 2015, 356; *ders.* NZG 2017, 16; s. zur ADAC-Stiftung nPoR 2017, 38.

31 https://www.adac.de/infotestrat/adac-im-einsatz/motorwelt/hauptversammlung_2016.aspx (Mai 2016).

32 VO (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 8.10.2001; s. a. *Leuschner*, NZG 2017, 16 (17).

VII. Differierende Rechtsprechung

1. Vereine mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb

Im Visier der Rechtsprechung des *KG Berlin* sind Vereine, die als auf wirtschaftliche Tätigkeiten gerichtet angesehen werden oder gar als Vereinskonzerne organisiert sind. In dem von *Waldner* als „abschreckendes Beispiel“ bezeichneten Fall des *KG*³³ hatte der Verein 16 Mitglieder. Mit diesen betreibt er 24 Kindertagesstätten in sechs Bezirken, in denen insgesamt 2412 (Stand 2013) Kinder betreut werden. Die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Beteiligten seien nicht Mitglieder des Vereins, auf dessen Zielsetzungen und Erziehungskonzepte sie direkt über Abstimmungen auf der Mitgliederversammlung Einfluss nehmen können, sondern dies sei nur den 16 Vereinsmitgliedern möglich.

Nach der Parallel-Entscheidung des *KG* zu diesem Thema ist der Fall des *AG Charlottenburg* nun vom *BGH* entschieden worden.³⁴ Das *KG* hat im Wesentlichen wie folgt argumentiert: Für die Unterscheidung zwischen beiden Vereinsklassen oder wirtschaftlicher Verein) kommt es nach § 21 BGB darauf an, ob der Zweck des Vereins auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet ist.³⁵ Ist er dies nicht, erlangt er gem. § 21 BGB Rechtsfähigkeit durch die Eintragung im Handelsregister. Ist der Vereinszweck demgegenüber auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, kann er gem. § 22 BGB (in Ermangelung besonderer Vorschriften) nur durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangen.³⁶

Die Annahme eines Idealvereins ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Verein irgendeine wirtschaftliche Betätigung vornimmt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass heute eine wirkungsvolle Betätigung von Vereinen in vielen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens gänzlich ohne wirtschaftliche Betätigung kaum noch vorstellbar ist.³⁷

Die Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Verein erfolgt nach heute ganz hM nach typologisch-teleologischen Erwägungen.³⁸ Da das Recht des eingetragenen Vereins keine Vorschriften zur Gläubigersicherung enthält, würden die entsprechenden Regelungen im Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht leerlaufen, wenn sich jede Personenvereinigung – auch eine wirtschaftliche – in der Form des eintragungsfähigen Vereins konstituieren könnte.³⁹

2. Auswirkungen auf die Eintragungsfähigkeit

Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, ist nicht nur der Wortlaut der Satzung, sondern die tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit,⁴⁰ wobei das leitende Ziel des Vereins sogar ganz hinter die Betätigung zurücktreten kann.⁴¹ Ob ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, ist in jedem Einzelfall typologisch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB zu ermitteln.⁴²

Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ist es, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des so genannten Nebenzweckprivilegs überschreitet.⁴³ Nach diesem Nebenzweckprivileg darf ein Verein auch unternehmerische Tätigkeiten entfalten, soweit diese dem ideellen Haupt-

zweck zu- und untergeordnet und nur Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind.⁴⁴

Eine wirtschaftliche Betätigung iSd § 22 BGB liegt dabei vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt.⁴⁵ Der hier durchgeführte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich, wie das *AG Charlottenburg* zutreffend annimmt, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung.⁴⁶

Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst kommt es dabei nicht an.⁴⁷ Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschließlich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger,⁴⁸ mögen diese auch vom Staat im Rahmen von dessen aus Art. 20 I GG und den Regelungen des SGB VIII resultierenden Verpflichtungen erfolgen.

3. Gemeinnützigkeit

Hieran wird vor allem kritisiert, dass das Steuerrecht den gemeinnützigen Rechtsträgern – im rechtstatsächlichen Re-

- 33 *KG*, Rpfleger 2014, 683 (s. hierzu *Sauter/Schweyer/Waldner* Rn. 48) aktuell *KG*, NZG 2016, 989; *KG*, NZG 2016, 993; anhängig *BGH*, II ZB 6/16 sowie *KG*, npoR 2016, 158, *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16; s. bereits *Wagner*, NZG 2016, 1046 (1047 f.).
- 34 *AG Charlottenburg*, 15.5.2015 – 95 VR 15980 B; *KG*, 16.2.2016 – 22 W 71/15, BeckRS 2016, 04717; *KG*, NZG 2016, 993; *BGH*, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16, NZG 2017, 705, sowie *KG*, NZG 2016, 989; anhängig *BGH*, II ZB 6/16; zuletzt *KG*, NZG 2016, 1155; *KG*, NZG 2016, 1352.
- 35 Verweis auf *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 2.29.
- 36 Verweis auf *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 8.7.2014 – 7 W 124/13, BeckRS 2014, 18675 Rn. 9. – juris.
- 37 Verweis auf Referentenentwurf des BMJ zur Reform des Vereinsrechts vom 25.8.2004, S. 15; *Gubitz/Hildebrand*, NZG 2017, 495 (497 ff.).
- 38 Verweis auf *Leuschner*, ZIP 2015, 356 (359); *Reuter*, NZG 2008, 881; vgl. dazu grundlegend *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286; ferner *KG*, 7.3.2012 – 25 W 95/11, BeckRS 2012, 08809 – juris Rn. 11; *Palandt/Ellenberger*, § 21 Rn. 3; *MüKoBGB/Reuter*, § 21 Rn. 6 ff.; dazu kritisch *Beuthien*, Rpfleger 2016, 65, 68; *Wickert*, NWB 2016, 863.
- 39 Verweis auf *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 (288).
- 40 Allg. Ansicht; vgl. nur *KG*, NZG 2005, 361 – juris Rn. 6; *OLG Hamm*, 8.9.2007 – 15 W 129/07 Rpfleger 2008, 141 – juris Rn. 15; jew. mwN. Bestätigt durch *LSG Berlin-Brandenburg*, NZG 2016, 1190.
- 41 Verweis auf *Mummenhoff*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979, S. 106 f.
- 42 Verweis auf *OLG Frankfurt a. M.*, SpuRt 2011, 125 – juris Rn. 22; *OLG Karlsruhe*, npoR 2012, 135 – juris Rn. 20; *KG*, npoR 2012, 136 – juris Rn. 11; *OLG Zweibrücken*, NZG 2014, 1349 – juris Rn. 5.
- 43 Verweis auf *BGH*, NJW 1986, 3201.
- 44 Verweis auf *BGHZ* 85, 84 = NJW 1983, 569; *KG*, NZG 2005, 361 – juris Rn. 6.
- 45 Verweis auf *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286; *KG*, NZG 2005, 361 – juris Rn. 6; *KG*, npoR 2012, 136 – juris Rn. 11; *OLG Schleswig-Holstein*, NZM 2011, 335 Ls. = BeckRS 2010, 28243 – juris Rn. 25 und npoR 2013, 164 – juris Rn. 30; *OLG Frankfurt a. M.*, SpuRt 2011, 125 – juris Rn. 20; *OLG Karlsruhe*, npoR 2012, 135 – juris Rn. 20; *OLG Zweibrücken*, NZG 2014, 1349 – juris Rn. 5; *Leuschner*, ZIP 2015, 356 (359); kritisch zu dieser Typologisierung *Beuthien*, Rpfleger 2016, 65.
- 46 Verweis: A. A. in konkreten Kindertagesstätten betreffenden Einzelfällen *OLG Schleswig*, NZG 2013, 627 Ls. = BeckRS 2013, 06920 – juris Rn. 30; *OLG Stuttgart*, npoR 2015, 27 Rn. 13 ff. – juris; *OLG Brandenburg*, NZG 2015, 922 Rn. 14; noch offen lassend *OLG Brandenburg*, npoR 2015, 26 Rn. 6 ff. – juris. Zulassung eines nichtwirtschaftlichen Vereins, der einen Naturkindergarten betreiben will aktuell *OLG Hamm*, NZG 2017, 625 – Naturkindergarten.
- 47 Verweis auf *BayObLG*, DNotZ 1990, 103 – juris Rn. 61; *KG*, NJW-RR 1993, 187 – juris Rn. 11; *LG Hamburg*, NJW-RR 1986, 417; *Reichert*, Rn. 143.
- 48 Verweis auf *KG*, 25.7.2011 – 25 W 47/11; vgl. auch *Winheller*, DStR 2013, 2009 (2011).

gelfall Vereinen – die wirtschaftliche Tätigkeit im „inneren“ und „äußeren“ Markt gestatte. Nach der Rechtsprechung vor allem des *KG* stehen dem die §§ 21 f. BGB entgegen. Es sprechen viele Gründe dafür, in die §§ 21 f. BGB eine Bereichsausnahme für Zweckbetriebe iSd §§ 65 ff. AO hineinzulesen.⁴⁹ Die Schaffung einer den Anwendungsbereich des § 21 BGB einschränkenden, für gemeinnützige Zweckbetriebe geltenden Bereichsausnahme ist jedenfalls ein Gebot höherrangigen Rechts. Die Rechtsform des eingetragenen Vereins ist für Rechtsträger des Dritten Sektors, die wirtschaftlich-unternehmerisch gegenüber ihren Mitgliedern und/oder gegenüber Dritten entgeltliche Leistungen erbringen, „alternativlos“.

4. Klarstellung des BGH

Der *BGH* hat in seinem Urteil vom 16.5.2017 klar Stellung genommen und der *Kita*-Rechtsprechung des *KG Berlin* eine klare Absage erteilt.⁵⁰ Entgegen der bisher wohl h. M.⁵¹ hat er die Indizwirkung der (steuerlichen) Anerkennung eines Vereines als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO anerkannt. Die Anerkennung als gemeinnützig sei ein *Indiz* dafür, dass der Verein nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und daher in das Vereinsregister eingetragen werden kann, § 21 BGB.

Der *BGH* wiederholt die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes und des *Nebenzweckprivilegs*.⁵² Die wirtschaftliche Tätigkeit sei in diesem Fall jedoch dem wirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung. Für die Beurteilung dieser Frage ist die Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO von entscheidender Bedeutung. Zwar sind die Voraussetzungen der Anerkennung der §§ 51 ff. AO nicht automatisch gleichbedeutend damit, ob ein Verein nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 21 BGB ausgerichtet ist. Eine Indizwirkung kommt diesem Umstand gleichwohl zu.⁵³

Auch nach der *Gesetzeshistorie* sei der Gesetzgeber vom gemeinnützigen Verein als Regelfall des Idealvereins ausgegangen. Im Gegensatz zum Idealverein habe der Gesetzgeber Gesellschaften gesehen, deren Gesellschaftsinteresse ihr Handeln bestimmt, das auf Geschäftsgewinn und den wirtschaftlichen Vorteil des Einzelnen abziele.⁵⁴

Gegen eine Einordnung eines Vereins mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb spricht auch nicht der *Umfang des Geschäftsbetriebes*. Größe und Umfang des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes sind alleine nicht aussagekräftig.⁵⁵ Wenn ein Verein die Mittel in der erforderlichen Höhe zur Verwirklichung seiner ideellen Zwecke erwirtschaften darf, dann kann ihm auch nicht verwehrt werden, den ideellen Zweck unmittelbar mit seinen wirtschaftlichen Aktivitäten zu erfüllen.⁵⁶ Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB verbietet dies jedenfalls dem als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO anerkannten Verein nicht.

Nach wie vor kommt u. a. aus Gründen des *Gläubigerschutzes* der Erwerb der Rechtsfähigkeit durch einen wirtschaftlichen Verein nur ausnahmsweise in Betracht.⁵⁷ Wenn ein Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb in einer bestimmten Größe unterhält, um die erforderlichen Mittel für die Erreichung des ideellen Zwecks zu erwirtschaften, entstehen keine größeren Gefahren für den Rechtsverkehr, wenn mittels des Geschäftsbetriebs unmittelbar der ideelle Zweck verfolgt wird. Eine Verlagerung von wirtschaftlichen Aktivitäten auf einen Idealverein ist nicht zu erwarten, wenn der Verein als gemeinnützig anerkannt ist, da die Einhaltung

der Voraussetzungen des § 55 AO und insbesondere das Verbot der Gewinnausschüttung an die Mitglieder einer solchen Gefahr entgegenstehen. Es wird zudem der Reiz gesenkt, erhebliche unternehmerische Risiken einzugehen.⁵⁸ Auch *wettbewerbsrechtliche Gründe* begründen keine andere Beurteilung: Es kann keine unmittelbare Relevanz dieser Bestimmungen für die Frage der Wettbewerbswidrigkeit hergeleitet werden.⁵⁹

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es nicht in erster Linie darauf ankommt, ob der Idealverein eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, sondern darauf, ob der Verein in seiner Zielsetzung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Die Vereinstätigkeit ist eben nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, wenn der Verein mit Hilfe von Einnahmen aus einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausschließlich und selbstlos einen ideellen Vereinszweck verfolgt.⁶⁰

Bei der Suche nach Indizien für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb geht das *KG*⁶¹ mittlerweile wohl etwas weit: Mit der Argumentation, es spreche für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, dass „sich unter den Gründungsmitgliedern Steuer- und Finanzberater befinden, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie (dem Verein) gegen Entgelt Anlagemöglichkeiten für die von den Mitgliedern zur Verfügung gestellten Mittel aufzeigen bzw. vermitteln wollen“, impliziert die Vermutung, dass Kaufleute keinen Verein ohne wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (bzw. der sich an das Nebenzweckprivileg hält) gründen können.

Letztlich ist auch die Betrachtung einzubeziehen, daß die Einhaltung der Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO und damit einhergehend unter anderem auch das Ausschüttungsverbot durch die Finanzverwaltung in effektiverer Weise überwacht werde, als den Registergerichten dies bei ihrer Sach- und Personalausstattung möglich ist.⁶² Liegen jedoch konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall vor, von diesen Erwägungen abzuweichen, so sei dies vor allem bei Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes aufgrund der tatsächlichen Durchführung der Geschäftstätigkeit des Vereines möglich.⁶³

49 *Fischer*, jurisPR SteuerR 20/2015, Anm. 1, Anm. zu OLG Stuttgart, nPoR 2015, 27; *Wagner* NZG 2016, 1046, 1048.

50 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, für BGHZ vorgesehen.

51 Anders jedoch *Fischer*, jurisPR SteuerR 20/2015, Anm. 1, Anm. zu OLG Stuttgart 3.12.2014 – 8 W 447/14, nPoR 2015, 27; *Schauhoff*, nPoR 2016, 241; *Wagner*, NZG 2016, 1046, 1048.

52 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 19 mit Verweis auf *BGH* 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84, 92 f., NJW 1983, 569.

53 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 23 u. a. mit Verweis auf *Reichert*, Rdn. 163 und OLG Frankfurt 28.10.2010 – 20 W 254/10, SpuRt 2011, 125; a. A. jedoch *Beuthien*, WM 2017, 645 f.; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl., Rdn. 2.31.

54 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 24 f.

55 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 28 f. mit Verweis auf *MüKoL Reuter*, § 21 Rdn. 20; *Schauhoff/Kirchhain*, ZIP 2016, 1857.

56 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 30 f.; a. A. *Stöber/Otto*, Rdn. 69; *Leuschner*, S. 172 f.; *Soergel/Hadding*, §§ 21, 22 Rdn. 36.

57 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 31 m. w. N.

58 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 32 mit Verweis auf *Beuthien*, WM 2017, 645 f.; *Schauhoff/Kirchhain*, ZIP 1857, 1865; a. A. im Ergebnis *Leuschner*, NZG 2017, 16, 19.

59 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 35 mit Verweis auf *BGH* 4.6.1986 – I ZR 29/85, NJW 1986, 3201.

60 *Schauhoff*, nPoR 2016, 241 m. Verweis auf *Leuschner*, nPoR 2016, 99; *ders.* nPoR 2017, 62.

61 *KG*, NZG 2016, 1352 Rn. 19.

62 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 32.

63 *BGH* 16.5.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 33.

VIII. David gegen Goliath

1. SV Wilhelmshaven

Ein unspektakuläres Urteil⁶⁴ aus vereinsrechtlicher Sicht, ein peinliches Urteil für die Sportverbände: Sanktionen dürfen gegen Mitglieder nur dann verhängt werden, wenn sie in der Satzung vorgesehen werden. Die Regularien der gem. § 25 BGB autonomen Vereine und Verbände stehen unter Beobachtung und müssen gelegentlich gerichtlicher Überprüfung standhalten. Diesen Grundsatz vergessen manche Vereine, deshalb gewinnt manchmal David gegen Goliath, hier der SV Wilhelmshaven letztlich gegen die FIFA. Der BGH bestätigt die hM, wonach es für die Umsetzung einer von einem übergeordneten Dachverband vorgesehenen Disziplinarmaßnahme gegenüber dem Mitglied eines nachgeordneten Vereins, das selbst nicht Mitglied des Dachverbands ist, entweder einer Grundlage in der Satzung des nachgeordneten Vereins bedarf oder einer sonstigen Anerkennung dieser Möglichkeit durch dessen Mitglied.⁶⁵ Regeln eines übergeordneten Verbands gelten grundsätzlich nur für dessen Mitglieder. Eine automatische Geltung für einen nachgeordneten Verein hat eine Vereinsstrafenregelung eines übergeordneten Vereins oder Verbandes also nur, wenn sie in dessen Satzung verankert ist.

2. Begründung des BGH

Der BGH stellt die Grundsätze der Geltung übergeordneten Rechts noch einmal in erfrischender Deutlichkeit dar: Es sei Sache der Mitgliederversammlung des nachgeordneten Vereins, bei Beschlussfassungen über die Satzung die Zugehörigkeit des Vereins zu einem Dachverband zu berücksichtigen; andererseits haben die Repräsentanten des Vereins in der Mitgliederversammlung des Dachverbands den erforderlichen Einfluss auf dessen Satzung zu nehmen, soweit sie auch in dem untergeordneten Verein gelten soll. Es besteht also Handlungsbedarf bei den Dachverbänden, nicht bei den nachgeordneten Vereinen. Gerade dieses Urteil des BGH hat den Sportverbänden in Bezug auf die Durchsetzung ihrer Regeln Grenzen aufgezeigt, aber auch ein Instrument in die Hand gegeben, durch vertragliche Regelungen und eindeutige Formulierungen in den Lizenz-, Lizenzulassungs- oder sonstigen Regelerstreckungsverträgen mit überschaubarem Aufwand das gleiche Ziel zu erreichen.⁶⁶

3. Dynamische Verweisung unzulässig

Während die Sportverbände der Auffassung sind, die Rechtsprechung habe die dynamische Verweisung nicht ausdrücklich untersagt, hat der BGH dies in seiner Entscheidung zum SV Wilhelmshaven (NZG 2016, 1315) ausdrücklich offengelassen. Manche meinen, es gäbe nichts Transparenteres als die Kompletterweisung auf ein ganzes Rechtssystem eines übergeordneten Verbandes und die Frage der statischen oder dynamischen Verweisung sei „hoch streitig“. Der Rechtsprechung wird vorgeworfen, indem sie die Regelungen überspanne, verkenne sie die Verbandsautonomie, die den nationalen und internationalen Verbänden im Rahmen ihrer freien Organisationsentscheidungen gestatte, sich zu internationalen und kollektiven Sportverwaltungsverbänden zusammenzuschließen, sich gegenseitig der Regeldurchgeltung zu unterwerfen und der Umsetzung der gegenseitigen Entscheidungen zu unterwerfen.⁶⁷ Dies erinnert wiederholt an den Reformansatz, den Leuschner formuliert hat: Vereinsrecht und Vereinspraxis müssen wieder zusammengeführt werden; entweder wird die Vereinpraxis an das Vereinsrecht angepasst oder das Vereinsrecht passt sich der Vereinspraxis an.⁶⁸

IX. Gesetzgebung

1. Referentenentwurf vom 14.11.2016

Nach dem Referentenentwurf (Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürokratischem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften)⁶⁹ vom 14.11.2016 soll § 22 BGB wie folgt gefasst werden:

§ 22 BGB. *Wirtschaftlicher Verein, Verordnungsermächtigung*

(1) ¹Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (wirtschaftlicher Verein), erlangt Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. ²Rechtsfähigkeit kann einem wirtschaftlichen Verein nur verliehen werden, wenn dies durch Gesetz bestimmt ist oder wenn es für den Verein unzumutbar ist, seinen Zweck in der Rechtsform eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zu verfolgen. ³Zuständig für die Verleihung ist das Land, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat.

(2) ¹Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz kann zur Förderung bürgerschaftlichen Engagements durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates für wirtschaftliche Vereine, deren Zweck auf die Verfolgung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs von geringerem Umfang gerichtet ist, regeln, unter welchen Voraussetzungen regelmäßig davon auszugehen ist, dass die Verfolgung des Zwecks in einer anderen Rechtsform als unzumutbar anzusehen und dem Verein daher Rechtsfähigkeit zu verleihen ist. ²Als Voraussetzungen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit können zum Schutz von Mitgliedern und Dritten besondere Anforderungen an die Mitgliederstruktur, die Satzung und die Betätigung des Vereins in der Rechtsverordnung festgelegt werden. ³Insbesondere können auch Rechnungslegungspflichten begründet werden sowie Mitteilungspflichten gegenüber dem Land, das für die Verleihung zuständig ist.

Der Gesetzentwurf sieht ua vor, für kleinere Vereine, für die die Rechtsform der Kapitalgesellschaft oder der Genossenschaft wegen der damit verbundenen Kosten nicht zumutbar sind, den Zugang zur Rechtsform des rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins (§ 22 BGB) zu erleichtern. Der rechtsfähige wirtschaftliche Verein ist eine Rechtsform, die wenig Aufwand und Kosten verursacht. Problem in der Praxis sei allerdings bisher, dass die Verleihung der Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins Ländersache (zuständig sind die Verwaltungsbehörden, zB Regierungspräsidien und nicht das Registergericht) sei und es an konkreten Kriterien und Vorgaben für die Verleihung fehle; diese Rechtsform führe (deshalb) bislang in der Praxis eher ein Schattendasein.⁷⁰

Dem will die Bundesregierung jetzt entgegenreten und schlägt vor, die Verleihung der Rechtsfähigkeit für den § 22 BGB-Verein stärker zu konkretisieren und dadurch die Verleihungspraxis stärker zu vereinheitlichen. Zu diesem Zweck soll § 22 BGB verständlicher gefasst werden und eine Ermächtigung für eine Verordnung vorgesehen werden, durch die die Verleihungsvoraussetzungen nach § 22 BGB für Vereine konkretisiert werden. Dass dies nun durch eine Verordnung geschehen soll, erstaunt doch.

64 BGH, NZG 2016, 1315 = NJW 2017, 402 (407) mit Anm. Wagner; zuvor OLG Bremen, SchiedsVZ 2015, 149 = NJOZ 2015, 824; Stöber, NZG 2017, 95; Heermann, ZIP 2017, 253.

65 Wagner, NZG 1046, 1049; Reichert, Rn. 503.

66 Orth, SpuRt 2017, 9 (13); Fluck, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, Diss. Bayreuth 2016, 207.

67 Orth, SpuRt 2017, 9 (13); so bereits Orth/Stopper, SpuRt 2015, 51.

68 Leuschner, npoR 2016, 99.

69 Hierzu aktuell Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.3.2017, BT-Drs. 18/11506; Wagner, NZG 2016, 1046.

70 Hierzu die geplante Rechtsverordnungsermächtigung zu § 22 BGB (Reife für eine Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine nach § 22 des BGB – RechtsfähigkeitsverleihungsVO) und Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11937 vom 12.4.2017 – zu BT-Drs. 18/11506.

a) Begründung

Die Bestimmungen im BGB zur Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine sollen „verständlicher gefasst und konkretisiert“ werden, um zur Förderung bürgerschaftlichen Engagements die Verleihung der Rechtsfähigkeit insbesondere für Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement zu erleichtern, für die die Verfolgung ihres Zwecks in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft unzumutbar ist. Für sehr kleine Genossenschaften soll bei jeder zweiten Prüfung eine weniger aufwändige so genannte vereinfachte Prüfung eingeführt werden.⁷¹

Im Entwurf sind daneben weitere Regelungen zum Bürokratieabbau für alle Genossenschaften vorgesehen, um auch die Gründung von Genossenschaften nicht nur für ganz kleine Unternehmen, sondern generell zu fördern. Das Genossenschaftsrecht soll damit an die jüngere Rechtsentwicklung im Kapitalgesellschafts- und Vereinsrecht angepasst werden.

Mit Artikel 1 soll § 22 BGB in der Entwurfsfassung (BGB-E) neu gefasst werden, um die Voraussetzungen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine verständlicher zu regeln und die Voraussetzungen für die weitere Konkretisierung der Verleihungsvoraussetzungen durch Rechtsverordnung zu schaffen. In Absatz 1 Satz 1 BGB-E soll geregelt werden, dass wirtschaftlichen Vereinen Rechtsfähigkeit verliehen werden kann. Wenn dies durch besondere Vorschriften bestimmt ist, wie zB für forstwirtschaftliche Vereinigungen durch Vorschriften im Bundeswaldgesetz, ergäben sich die Voraussetzungen für die Verleihung auch aus spezialgesetzlichen Vorschriften. Im Übrigen kann wirtschaftlichen Vereinen Rechtsfähigkeit verliehen werden, wenn es dem Verein unzumutbar ist, seine Zwecke in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zu verfolgen. Das entspräche inhaltlich dem bisherigen § 22 BGB in der Auslegung durch die Rechtsprechung.⁷² Absatz 1 Satz 2 BGB-E weist die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit dem Land zu, in dem der Verein seinen Sitz hat. Dies entspräche dem bisherigen § 22 S. 2 BGB.

b) Anmerkungen

Ob der Entwurf lediglich die vor einigen Jahren von *Reuter*⁷³ ins Spiel gebrachte Idee aufgreift, bestimmten Arten von Vereinen per Konzession nach einer Art einer Gruppenfreistellung zur Rechtsfähigkeit zu verhelfen, ist zweifelhaft, wollte der Gesetzgeber ja vor einigen wenigen Jahren den wirtschaftlichen Verein (ohne besonderen Erfolg) ganz abschaffen.⁷⁴

Fraglich ist, ob dieser (gut gemeinte, weniger gut gemachte) Vorschlag den Kern des Problems trifft. Hier soll eine Lösung für „kleinere Vereine“ geschaffen werden, was immer das genau sein mag. Eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen schafft keine weitere Rechtssicherheit, vermutlich aber das Gegenteil. Der Referentenentwurf wird voraussichtlich zu spät sein, da er angesichts der Bundestagswahl 2017, die voraussichtlich am 24.9.2017 stattfinden wird, noch vor der Sommerpause des Deutschen Bundestages verabschiedet sein müsste.⁷⁵

2. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.3.2017, BT-Drs. 18/11506

a) Begründung

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung wird vorgebracht, es bedürfe keiner eigenständigen gesellschaftsrechtlichen

Rechtsform,⁷⁶ da die vorhandenen Rechtsformen grundsätzlich ausreichen und mit punktuellen Änderungen attraktiver für unternehmerische Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement gemacht werden können. Als Alternative im Vereinsrecht werde diskutiert, die Rechtsform des Idealvereins für wirtschaftliche Zwecke zu öffnen. Dies würde allerdings dem Grundsatz widersprechen, dass eine wirtschaftliche Betätigung mit Haftungsbeschränkung nur gegen Einhaltung bestimmter gläubigerschützender Regeln zulässig ist (zB Kapitalvorschriften, Rechnungslegungs- und Offenlegungspflichten; Prüfungspflichten) und wäre insofern ein Eingriff in die Gesellschaftsrechtssystematik.

Auch eine eingeschränkte Öffnung für wirtschaftliche Zwecke, etwa durch eine gesetzliche Regelung, dass bis zu einem bestimmten Höchstbetrag eine wirtschaftliche Betätigung als zulässiger Nebenzweck gilt, sei nicht praktikabel. Umfang und Grenzen des Nebenzweckprivilegs seien nur einzelfallbezogen mit Blick auf Zweck und Größe des jeweiligen Vereins bestimmbar und eine solche Festlegung des Nebenzweckprivilegs für alle Vereine würde der vielfältigen Vereinslandschaft nicht gerecht werden können. Auch eine gesetzliche Regelung, nach der jeder steuerbegünstigte Zweck in der Rechtsform des eingetragenen Vereins verfolgt werden kann, wäre nicht zweckmäßig. Das Merkmal der Gemeinnützigkeit eigne sich nicht als Eintragungsvoraussetzung für Vereine, da es nicht verbindlich festgestellt wird, sondern die Finanzämter im Rahmen jedes Besteuerungsverfahrens erneut prüfen, ob die Satzung und die tatsächliche Tätigkeit des Vereins den Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts entsprechen.⁷⁷

Im Übrigen sei das Gemeinnützigkeitsrecht nicht speziell auf Vereine zugeschnitten, sondern gelte für alle Körperschaften, insbesondere auch für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Gemeinnützige Körperschaften seien nach den steuerrechtlichen Vorschriften nicht daran gehindert, ihre gemeinnützigen Zwecke auch in erheblichem Umfang durch wirtschaftliche Tätigkeit zu verfolgen. Sie könnten neben dem gemeinnützigen Bereich auch Zweckbetriebe oder wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten, die nicht steuerbegünstigt sind. Ein gemeinnütziger Verein könne dies aber nur insoweit, als das Nebenzweckprivileg dies ermögliche. Denn die Rechtsform des Idealvereins sei auf wirtschaftliche Tätigkeit, sei es zur Verfolgung eines gemeinnützigen oder eines anderen Zwecks, nicht zugeschnitten. Für Vereine gibt es keine dafür ausreichenden Regelungen zum Mitglieder- und Gläubigerschutz und keine Verpflichtung zur kaufmännischen Rechnungslegung. Aus diesem Grund scheidet auch eine Weiterentwicklung des wirtschaftlichen Vereins, der als Auffangrechtsform nicht mit gläubigerschützenden Regeln ausgestattet ist, zu einer Regelrechtsform aus. Es solle vielmehr dabei bleiben, dass der wirtschaftliche Verein nur für solche Fälle in Betracht komme, bei denen eine andere Rechtsform nicht zumutbar ist.

71 Begründung, s. S. 18, 23.

72 BVerwGE 58, 26 = NJW 1979, 2261.

73 Reuter, NZG 2005, 738 (744); zit. nach Segna, npoR 2017, 3, 6.

74 Statt aller s. Palandt/Ellenberger, vor § 21 Rn. 25.

75 Siehe auch krit. Stellungnahme der BRAK 12/2017 vom 14.3.2017 und des DAV (Nr. 36/2017, April 2017); hierzu auch Wagner, Liechtenstein-Journal 2017, 16; weniger kritisch Segna, npoR 2017, 6.

76 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.3.2017, BT-Drs. 18/11506, 17.

77 Diesen Aspekt hat der BGH nun in seiner Entscheidung vom 16.5.2017 (II ZB 7/16) konterkariert und Teile der Erwägungen des Gesetzgebers wieder relativiert.

b) Gesetzgebungsverfahren

In erster Lesung hat der Bundestag am 23.3.2017 über den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften (BT-Drs. 18/11506) beraten und die Vorlage im Anschluss an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz überwiesen.

c) Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 31.3.2017 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen.⁷⁸ Er kritisiert ua folgende Punkte:

- (1) Insbesondere zum Schutz von Gläubigern, Mitgliedern und Arbeitnehmern des Vereins seien detailliertere Regelungen im Gesetz zu treffen, ua auch zur Bekämpfung der Geldwäsche. Das Gesellschaftsrecht zeichne sich durch den Umstand aus, dass alle Formen wirtschaftlicher Betätigung gesetzlich klar definiert seien. Diese Normenklarheit werde ohne sachliche Notwendigkeit aufgegeben, wenn man es zuließe, dass wesentliche Inhalte einer Gesellschaftsrechtsform durch Verordnung definiert würden, von der nicht einmal im Ansatz klar sei, wie diese inhaltlich ausgestaltet werden solle.⁷⁹
- (2) Hinsichtlich des Gläubigerschutzes seien konkrete Regelungen zu treffen, wenn die Voraussetzungen für die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit nachträglich wegfallen.⁸⁰
- (3) Es wird die bundesweite Zuständigkeit der Registergerichte gefordert, da die Zuständigkeit für die ideellen und die wirtschaftlichen Vereine in den Ländern uneinheitlich sei.⁸¹
- (4) Die zwingende Aushändigung der Satzung vor Zulässigkeit der Beitrittserklärung, wie in § 15 I 2 GenG-E vorsehen, solle wieder gestrichen werden.⁸²
- (5) Ebenfalls sollte § 30 II GenG-E weiterhin bestimmte zwingende Mindestangaben für den Inhalt der Mitgliederliste vorsehen.⁸³ Art. 3 Nr. 15 zu § 53 GenG sollte gestrichen werden (Führung der Mitgliederliste), die Größenmerkmale nicht angehoben werden (Nr. 15 b).⁸⁴
- (6) Um klarzustellen, dass die Wahl des Prüfungsverbandes keine Geschäftsführungsmaßnahme⁸⁵ sei, wird eine neue Fassung des § 54 GenG (Pflichtmitgliedschaft im Prüfungsverband) empfohlen.⁸⁶
- (7) Die Kündigungsfrist soll höchstens ein Jahr betragen können (§ 54 III neu), die Wahlfreiheit der Genossenschaft soll in einem neuen Abs. 2 des § 55 GenG festgeschrieben werden. Es werden Bedenken bezüglich der Streichung der Einreichung beim Genossenschaftsregister angemeldet.⁸⁷
- (8) Die Einhaltung der Prüfungspflicht solle weiter durch die gerichtliche Verhängung von Zwangsgeldern erzwungen werden können.⁸⁸
- (9) Eine Veränderung im Bereich der genossenschaftlichen Pflichtprüfung sei nicht zielführend. Die Grenzen der Bemühungen um die Schaffung von Erleichterungen für kleine und Kleinst-Genossenschaften lägen jedoch dort, „wo der Kern der Rechtsform und ihre institutionellen Vorrichtungen zur Sicherstellung von Stabilität, Gläubiger- und Mitgliederschutz sowie wirtschaftlicher Solidität gefährdet sind“.⁸⁹

X. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es nicht in erster Linie darauf ankommt, ob der Idealverein eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, sondern darauf, ob der Verein in seiner Zielsetzung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Die Vereinstätigkeit ist eben nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, wenn der Verein mit Hilfe von Einnahmen aus einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausschließlich und selbstlos einen ideellen Vereinszweck verfolgt.⁹⁰

Richtig ist das Argument, dass der Rechtsverkehr gemeinnützige Vereine als die typischen Idealvereine ansieht. Insbesondere die Mitglieder gemeinnütziger Vereine können sich nicht vorstellen, dass sie sich allein deswegen mit dem Verein in der falschen Rechtsform befinden, weil sie zur Finanzierung der ideellen Tätigkeit wirtschaftliche Aktivitäten entfalten müssen. Wäre der BGH der These des KG gefolgt, wäre dies ein Widerspruch zwischen dem Selbstverständnis der zahlreichen in einem Verein engagierten ehrenamtlichen Kräfte einerseits und der Rechtsordnung andererseits, wie es immer wieder bei der Diskussion um die Reformbedürftigkeit des Vereinsrechts anklingt.⁹¹ Muss die Wirklichkeit der Rechtslage angepasst werden oder das geltende Recht der Rechtswirklichkeit?

Richtig ist weiter: Vereinsmitglieder möchten nicht an Handelsgeschäften beteiligt sein, auch nicht mittelbar.⁹² Sie fühlen sich *nicht* als Gesellschafter, Genossen⁹³ oder Aktionäre, da sie persönlich keine Gewinninteressen verfolgen und auch nicht deswegen dem Verein beigetreten sind. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Zumutbarkeit, in eine Rechtsform mit wirtschaftlicher Zielsetzung zu wechseln, ist daher nicht geeignet, hinsichtlich der gebotenen Abgrenzungen Rechtssicherheit zu schaffen. Im Gegenteil. Der Verein, anders als eine Handelsgesellschaft, darf sowieso nicht das Interesse verfolgen, möglichst viel Vermögen zu erwirtschaften. Umgekehrt: Es müssen Einnahmen erwirtschaftet werden, um den ideellen Zweck verfolgen zu können. Die Satzungszielsetzung „Sie ist selbstlos tätig und verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“ wird dadurch Programm.

Fraglich ist, ob dieser (gut gemeinte, weniger gut gemachte) Vorschlag den Kern des Problems trifft. Hier soll eine Lösung für „kleinere Vereine“ geschaffen werden, was immer das genau sein mag. Die Entscheidungen des AG München suggerieren jedenfalls die Unangreifbarkeit großer Vereine,

78 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017. Im Folgenden werden die uns am wichtigsten erscheinenden Vorschläge wiedergegeben.

79 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 1.

80 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 2.

81 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 3.

82 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 4.

83 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 5.

84 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 5.

85 OLG Schleswig, ZIP 2016, 1932.

86 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 6.

87 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 7f.

88 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 9f.

89 BR-Drs. 162/17 vom 31.3.2017, S. 14f.

90 Schaubhoff, npoR 2016, 241 m. Verweis auf Leuschner, npoR 2016, 99; ders. npoR 2017, 62; s. auch Stellungnahme der BRAK 12/2017 vom 14.3.2017; hierzu auch Wagner, Liechtenstein-Journal 2017, 16; ders. NZG 2016, 1046 (1055); weniger kritisch Segna, npoR 2017, 6.

91 So Leuschner, npoR 2016, 99.

92 So zu Recht Schaubhoff, npoR 2016, 241; ders. npoR 2017, 62.

93 Systemtechnisch sei es problematisch, einer nach materiellem Recht dem Genossenschaftsrecht zuzuordnenden Vereinigung in einer nicht-genossenschaftlichen Rechtsform zu führen, so zu Recht Wolff, npoR 2017, 50.

während eine Klärung der Grenzziehung zwischen Idealverein gem. § 21 BGB und wirtschaftlichem Verein gem. § 22 BGB durch den *BGH* erst jetzt vorgenommen wurde.

Hier setzt die Kritik von *Leuschner* an:⁹⁴ Die geplante Änderung des § 22 BGB sei abzulehnen, sie helfe nur wenigen Initiativen und verhindere darüber hinaus eine dringend notwendige Reform des § 21 BGB, von der wiederum viele Vereine profitieren würden. *Leuschner* schlägt vor, das aus § 21 BGB abgeleitete Verbot der wirtschaftlichen Betätigung durch ein Gewinnausschüttungsverbot zu ersetzen. Dieses ist für gemeinnützige Vereine sowieso bereits in § 55 I Nr. 1 AO enthalten. Das Vorbild einer solchen Lösung finde sich in § 5 a GmbHG; das für den e. V. vorgeschlagene vollständige

Gewinnausschüttungsverbot ginge darüber hinaus und müsste erst Recht geeignet sein, die wirtschaftliche Betätigung zu legitimieren. Alle relevanten Nachbarrechtsordnungen, die eine „Vereinsklassenabgrenzung“ vornähmen, stellten nicht auf die wirtschaftliche Betätigung, sondern auf die Gewinnausschüttung ab.⁹⁵ Eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen schafft keine weitere Rechtssicherheit, vermutlich aber das Gegenteil. ■

94 Stellungnahme *Leuschner* vom 11.4.2017, unveröff.; er weist ua darauf hin, dass sich der 78. DJT im Jahr 2018 mit einer eigenen Abteilung dem Vereinsrecht widme.

95 So auch *MüKoBGB/Reuter*, vor §§ 21 ff. Rn. 172 ff.

Bericht

Rechtsanwältin Dr. Anja Commandeur und Rechtsanwalt Alexander Römer*

Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht

Der Beitrag stellt die jüngsten gesetzlichen Änderungen des Insolvenzrechts auf verschiedenen Ebenen vor und zeigt deren Auswirkungen auf.

I. Update: BFH verwirft Sanierungserlass – Konsequenzen für aktuelle und künftige Insolvenz- und Sanierungsverfahren

1. Einleitung

Bereits in NZG 2017, 333 haben Commandeur/Brockner die am 7.2.2017 veröffentlichte Entscheidung des *Großen Senats* des *BFH* zum Sanierungserlass¹ und deren weitreichende Konsequenzen für die Sanierungspraxis untersucht. Nach dem Beschluss verstößt der seit 2003 regelmäßig durchgeführte Erlass von Sanierungsgewinnen gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mit der Folge, dass er keine Rechtsgrundlage für den Erlass von Einkommens- und Körperschaftssteuern aus sachlichen Billigkeitsgründen bildet, die auf einem Sanierungsgewinn beruhen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass gerade in der jüngeren Vergangenheit das Insolvenz- und Sanierungsrecht stetig weiterentwickelt wurde, um die Möglichkeiten der Unternehmenssanierung zu verbessern, war der Gesetzgeber aufgerufen, schnellstmöglich eine nachhaltige Lösung für die bisher latenten und jetzt akuten Probleme herbeizuführen, was die Praxis schon seit langem fordert.² Parallel hierzu rückten alternative Möglichkeiten zur steuerfreien Sanierung ohne Sanierungserlass in den Fokus.

2. Möglichkeiten der steuerfreien Sanierung ohne Sanierungserlass

a) Bremer Ausgliederungsmodell

In einem viel beachteten Beitrag haben *Hölzle/Kahlert* die Möglichkeiten einer so genannten Ausgliederung als eine von den Rechtsunsicherheiten der Besteuerung eines Sanierungsgewinns befreite Alternative im Insolvenzplanverfahren dargestellt.³ Demnach soll ein steuerpflichtiger Forderungsverzicht dadurch vermieden werden, dass der zu sanierende Unternehmensteil bzw. die zur Fortführung erforderlichen Vermögensgegenstände und Vertragsbeziehungen auf eine Tochtergesellschaft nach § 123 III UmwG ausgegliedert und

deren Anteile an einen Investor verkauft und übertragen werden. Über das Restvermögen findet sodann die insolvenzrechtliche Regelabwicklung statt. Auf diese Weise soll eine Trennung von Vermögen und Verbindlichkeiten – sogar ohne Beteiligung der Gläubiger – grundsätzlich möglich sein. Eingebettet wird die Ausgliederung in einen verfahrensleitenden Insolvenzplan, der – anders als sonst regelmäßig üblich – nur die Verfahrensabwicklung und nicht die Verfahrensbeendigung regelt. Der Insolvenzplan sieht zur Vermeidung eines Gewinns keine Forderungsverzichte vor. Nach dem Ausgliederungsmodell soll eine durch die Ausgliederung gegebenenfalls gleichwohl entstehende Steuerschuld (zB Aufdeckung von stillen Reserven) von der insolventen Gesellschaft aus Gründen der Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO) nicht gezahlt werden müssen. Fragen und mögliche Probleme können sich jedoch unter Umständen bei möglichen Haftungsgefahren für Geschäftsführer, Erwerber und Insolvenzverwalter ergeben.

b) Steuerneutrale Forderungsverzichte (Billigkeitsentscheidung)

Ein weiterer Lösungsansatz kann darin liegen, einen Steuerverzicht auf Grundlage einer Billigkeitsentscheidung aus persönlichen Gründen (§ 163 AO) zu bewirken.⁴ Billigkeitsmaßnahmen nach § 163 I, § 227 AO sowie positive verbindliche Auskünfte (§ 89 II AO) kommen nach der Rechtsprechung des *BFH*⁵ aus Gründen der sachlichen oder persönlichen Billigkeit grds. weiterhin in Betracht. Denn im Ergebnis handelt es sich bei dem Beschluss des *BFH* vom 28.11.2016 um eine Einzelfallentscheidung, wenngleich diese eine hohe präjudizielle Wirkung entfalten dürfte. Allein die Voraussetzungen des Sanierungserlasses reichen fortan

* Die Autorin *Commandeur* ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht und Partnerin der GÖRG Rechtsanwälte/Insolvenzverwalter GbR. Der Autor *Römer* ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Partner der GÖRG Insolvenzverwaltung Partnerschaft von Rechtsanwälten.

1 *BFH*, *BFHE* 255, 482 = *DStR* 2017, 305 = *DStRE* 2017, 316 Ls. = *NZG* 2017, 360 Ls.

2 Vgl. zB *Kahlert*, *ZIP* 2009, 643.

3 *Hölzle/Kahlert*, *ZIP* 2017, 510.

4 Ausführlich: *Lenger*, *NZI* 2017, 290 (293).

5 Vgl. nur *BFH* v. 20.2.1991, *BStBl.* II 1991, 541.