

beiträge

Idealverein vs. wirtschaftlicher Verein (§ 21 BGB) – Klarstellung des BGH

Jürgen Wagner, LL.M., Konstanz

Die Kita-Rspr. des Kammergerichts² hat – gegen andere OLG – jahreslang für erhebliche Verunsicherung in der Vereinslandschaft geführt. Sie hat gedroht, Vereinen die Eintragung in das Vereinsregister zu entziehen oder (bei Neueintragungen) zu verweigern. Die Entscheidungen ADAC vom 17.01.2017 und der Registersache *FC Bayern München*³ suggerierten Rechtssicherheit für Grossvereine, während der Gesetzgeber Schnellschüsse in Richtung Genossenschaftsrecht abfeuerte, ohne Probleme nur ansatzweise zu lösen.⁴

Es existiert keine Vereinsstatistik des Statistischen Bundesamtes, lediglich das Bundesamt für Justiz veröffentlicht eine «Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der Amtsgerichte 1995 – 2015», die per 31.12.2015 die Zahl von 598.210 eingetragenen Vereinen ausweist (2014: 630.141 und 2013 591.759). 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 8.000 – 10.000 pro Jahr, wobei diese Zahl im Jahr 2014 von 10.512 im Jahr 2013 auf 12.793 anstieg und 2015 wieder auf 8.882 sank.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 16.05.2017 klar Stellung genommen und der Kita-Rechtsprechung des *KG Berlin* eine klare

Absage erteilt.⁵ Entgegen der bisher wohl h.M.⁶ 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**.⁷ 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.⁸

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.⁹

Gegen eine Einordnung eines Vereins mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb spricht auch nicht der **Umfang des Ge-**

1 Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Autor «Verein und Verband», Autor 13. und 14. Auflage Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, Red. [steueranwaltsmagazin](http://steueranwaltsmagazin.de).
2 *KG Berlin* 02.08.2012 – IV R 41/11, RPflegler 2014, 683 (s. hierzu *Sauter/Schweyer/Waldner*, Rn. 48) aktuell *KG Berlin* 16.02.2016 – 22 W 88/14, NZG 2016, 989; *KG Berlin* 11.04.2016 – 22 W 40/15, NZG 2016, 993; *BGH* 16.05.2017 – II ZB 6/16; *BGH* 16.05.2017 – II ZB 7/16 sowie auch 20.02.2016 – 22 W 87/14, unveröff., jetzt *BGH* 16.05.2017 – II ZB 9/16.
3 *AG München* 17.01.2017 – VR 304; statt vieler zuvor *Leuschner ZIP* 2015, 356; *ders.* NZG 2017, 16 f.; s. zur ADAC-Stiftung npoR 2017, 38; hierzu *Hadding/Leuschner*, Stellungnahme zur Angelegenheit 1. FSV Mainz, ZStV 1/2017, VI.
4 Siehe auch Stellungnahme der BRAK 12/2017 vom 14.03.2017; hierzu auch *Wagner, Liechtenstein-Journal* 2017, 16 ff.; aktuell *Wagner*, NZG 2017, 768; weniger kritisch *Segna*, npoR 2017, 6.

5 *BGH* 16.05.2017 – II ZB 7/16, für BGHZ vorgesehen.
6 Anders jedoch *Fischer*, jurisPR SteuerR 20/2015, SAnm. 1, Anm. zu OLG Stuttgart 03.12.2014 – 8 W 447/14, npoR 2015, 27; *Schauhoff*, npoR 2016, 241; *Wagner*, NZG 2016, 1046, 1048 und NZG 2017, 768.
7 *BGH* 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 19 mit Verweis auf *BGH* 29.09.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84, 92 f., NJW 1983, 569.
8 *BGH* 16.05.2017 – 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
9 *BGH* 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 24 f.

Idealverein vs. wirtschaftlicher Verein (§ 21 BGB) – Klarstellung des BGH Jürgen Wagner, LL.M., Konstanz¹

schäftsbetriebes. Grösse und Umfang des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes sind alleine nicht aussagekräftig.¹⁰

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.¹¹ 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.¹² 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** aus 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 solcher Gefahr entgegenstehen. Es wird zudem der Reiz gesenkt, erhebliche unternehmerische Risiken einzugehen.¹³ Auch wettbewerbsrechtliche Gründe begründen keine andere Beurteilung: Es können keine unmittelbare Relevanz dieser Bestimmungen für die Frage der Wettbewerbswidrigkeit hergeleitet werden.¹⁴

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 werden, als den Registergerichten dies bei ihrer Sach- und Personalausstattung möglich ist.¹⁵

Liegen jedoch konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall vor, von diesen Erwägungen abzuweichen, so sei dies vor allem bei Ge-

sichtspunkten des Gläubigerschutzes aufgrund der tatsächlichen Durchführung der Geschäftstätigkeit des Vereines möglich.¹⁶

Vereinsrechtsänderungsgesetz damit unnötig

Nach dem Referentenentwurf (Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften)¹⁷ vom 14.11.2016 sollte § 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 zu 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.

In erster Lesung hat der Bundestag am 23.03.2017 über den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften (18/11506) beraten und die Vorlage im Anschluss an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz überwiesen.

¹⁰ BGH 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 28 f. mit Verweis auf MüKo/Reuter, § 21 Rdn. 20; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 20161857.

¹¹ BGH 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 30 f.; a.A. Stöber/Otto, Rdn. 69; Leuschner, S. 172 f.; Soergel/Hadding, §§ 21, 22 Rdn. 36.

¹² BGH 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 31 m.w.N.

¹³ BGH 16.05.2017 – 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.

¹⁴ BGH 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 35 mit Verweis auf BGH 04.06.1986 – I ZR 29/85, NJW 1986, 3201.

¹⁵ BGH 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 32.

¹⁶ BGH 16.05.2017 – II ZB 7/16, Rdn. 33.

¹⁷ Hierzu aktuell Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.03.2017, BT-Drucks. 18/11506; Fein/Vielwerth, ZStV 2017, 81.

Stellungnahme und Kritik

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.¹⁸

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. Sollte der These des Kammergerichtes gefolgt werden, droht 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.¹⁹ 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.²⁰ Sie fühlen sich *nicht* als Gesellschafter, Genossen²¹ 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 Satzungszweckformulierung «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, während eine Klärung der Grenzziehung zwischen Idealverein gemäss § 21 BGB und wirtschaftlichem Verein gemäss § 22 BGB durch den *BGH* bisher noch ausstand.

Hier setzt die Kritik von *Leuschner* an:²² 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 Abs. 1 Nr. 1 AO enthalten. Das Vorbild einer solchen Lösung finde sich in § 5a 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.²³

Hier setzte auch die Kritik des Bundesrates an, der monierte, dass Regelungen zu treffen seien, unter welchen Voraussetzungen die Verfolgung des Zwecks in einer anderen Rechtsform unzumutbar ist. Eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen schafft keine weitere Rechtssicherheit, vermutlich aber das Gegenteil.

Das Ende vom Lied

Das «Gesetz zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften»²⁴ wurde schliesslich am 29.06.2017 **ohne die zuvor geplanten Änderungen im Vereinsrecht** (und damit in BGB und EGBGB) vom Bundestag verabschiedet. Unter anderem die Entscheidung des BGH vom 16.05.2017²⁵ hatte die Änderungen des § 22 BGB entbehrlich gemacht.

18 *Schauhoff*, nPoR 2016, 241 ff. m. Verweis auf *Leuschner*, nPoR 2016, 99; *ders.* nPoR 2017, 62; siehe auch Stellungnahme der BRAK 12/2017 vom 14.03.2017; hierzu auch *Wagner*, *Liechtenstein-Journal* 2017, 16 ff.; weniger kritisch *Segna*, nPoR 2017, 6.

19 So *Leuschner*, nPoR 2016, 99.

20 So zu Recht *Schauhoff*, nPoR 2016, 241 ff.; *ders.* nPoR 2017, 62.

21 Systemtechnisch sei es problematisch, einer nach materiellem Recht dem Genossenschaftsrecht zuzuordnenden Vereinigung in einer nichtgenossenschaftlichen Rechtsform zu führen, so zu Recht *Wolff*, nPoR 2017, 50.

22 Stellungnahme *Leuschner* vom 11.04.2017, (s. www.bundestag.de); er weist u.a. darauf hin, dass sich der 78. DJT im Jahr 2018 mit einer eigenen Abteilung dem Vereinsrecht widme.

23 So auch *MüKo/Reuter* Vor §§ 21 ff. Rn. 172 ff.

24 Aktuell «Gesetz zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften», BT-Drucks. 18/12998 (zuvor 18/11506, 11957 und 12181).

25 *BGH* 16.05.2017 – II ZB 7/16, NJW 2017, 1943, Rdn. 23; aktuell *Wagner*, *steueranwaltsmagazin* 2017, 116 und NZG 2017, 768; zusammenfassend *Leuschner* NJW 2017, 1919, 1924 («obsolet geworden»).