

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

Jürgen Wagner, LL.M.¹

Die Kita-Rspr. des Kammergerichts² hat – gegen andere OLG – jahrelang 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 abfeuert, 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 gemeinnützigem 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 Geschäftsbetriebes. 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, entste-

1 Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Autor „Verein und Verband“, Autor 13. und 14. Auflage *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, Red. [steueranwaltsmagazin](#).

2 KG Berlin 02.08.2012 – IV R 41/11, RPfeger 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; anhängig BGH II Z.B. 6/16 sowie 22 W 71/15; BGH 16.05.2017 – II Z.B. 7/16, (MDR 2016, 403 sowie auch 20.02.2016 – 22 W 87/14, unveröff., jetzt BGH II Z.B. 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.; weniger kritisch *Segna*, npoR 2017, 6.

5 BGH 16.05.2017 – II Z.B. 7/16, für BGHZ vorgesehen; *Leuschner* NJW 2017, 1919

6 Anders jedoch *Fischer*, jurisPR SteuerR 20/2015, Anm. 1, Anm. zu OLG Stuttgart 03.12.2014 – 8 W 447/14, npoR 2015, 27; *Schauhoff*, npoR 2016, 241; *Wagner*, NZG 2016, 1046, 1048.

7 BGH 16.05.2017 – II Z.B. 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 Z.B. 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 Z.B. 7/16, Rdn. 24 f.

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

11 BGH 16.05.2017 – II Z.B. 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 Z.B. 7/16, Rdn. 31 m.w.N.

hen 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 wer-

den, 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 Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes aufgrund der tatsächlichen Durchführung der Geschäftstätigkeit des Vereines möglich.¹⁶

Letztlich ein begrüßenswertes Urteil¹⁷, das – entgegen der Bemühungen des Kammergerichts Berlin – der Rechtssicherheit in der Vereinslandschaft dient.

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

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

16 BGH 16.05.2017 – II Z.B. 7/16, Rdn. 33.

17 So auch *Leuschner* NJW 2017, 1919, 1924.

Topaktuelle Erläuterungen.



Leseprobe unter
www.boorberg.de/aiias/1649599

WWW.BOORBERG.DE

Umsatzsteuer 2017

Rechtsstand: 1.1.2017

von Professor Dr. Otto-Gerd Lippross, Rechtsanwalt und Steuerberater, und Dipl.-Finanzwirt Hans-Georg Janzen, Steuerberater, hrsg. vom Steuerberaterverband Niedersachsen Sachsen-Anhalt e.V.

2017, 1124 Seiten, DIN A4, € 78,-

ISBN 978-3-415-05884-2

Das Praxiswerk »Umsatzsteuer 2017« enthält die wichtigsten Materialien für die Bearbeitung umsatzsteuerlicher Fragen:

- UStG und UStDV mit Rechtsstand 1.1.2017
- Umsatzsteuer-Anwendungserlass in konsolidierter Fassung mit Rechtsstand 1.1.2017 mit optischen Hervorhebungen der Änderungen in 2016
- kommentierende Hinweise der Autoren zu den Änderungen des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses bis einschließlich 1.1.2017
- Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie mit Rechtsstand 1.1.2017
- Durchführungsverordnung zur Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie mit Rechtsstand 1.1.2017

Im Laufe des Jahres 2016 hat es im Bereich der Umsatzsteuer wieder viele praxisrelevante Änderungen gegeben. Darüber hinaus sind zum 1.1.2017 wichtige gesetzliche Neuerungen in Kraft getreten. Der aktuelle Leitfaden geht auf alle Änderungen mit praxisorientierten Gestaltungsmöglichkeiten ein.

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 · 089/4361564
TEL 0711/7385-343 · 089/436000-20 BESTELLUNG@BOORBERG.DE

S20617