

## beiträge

### Verein und Verband: Neue Entwicklungen

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz\*

*Der folgende Beitrag stellt, nach liechtenstein-journal 2015, 113 ff., weitere Entwicklungen im Vereinsrecht seit etwa Mitte 2015 dar. Er greift aber auch punktuell Streitfragen auf, die abseits vom akademischen Diskurs in der Praxis Lösungen suchen und teilweise auch gefunden haben. Allerdings kommen Anmerkungen zu FIFA, DFB und ADAC vorerst nicht vor.*

#### 1. Allgemeines

Der Verein ist Träger von Rechten und Pflichten, kann auch beleidigen oder beleidigt werden. Die Äusserung, ein Verein sei anerkanntes Sprachrohr für Rassismus, Nationalismus und Fremdenfeindlichkeit, stellt eine Meinungsäußerung dar und überschreitet nicht die Grenze zur Schmähkritik, so jüngst das OLG Frankfurt.<sup>1</sup>

#### a) Reformbedarf

Die Justizministerinnen und Justizminister sind der Auffassung, dass bürgerschaftliches Engagement zu unterstützen und zu fördern ist.<sup>2</sup> Neben dieser Allgemeinaussage besteht bei den Justizministern der Länder derzeit die Auffassung, das Gesellschaftsrecht um eine weitere Rechtsform hierfür ergänzen zu müssen. Am Rande wird sich der 71. Deutsche Juristentag im September 2016 mit der aktuellen Reformdiskussion im Personengesellschaftsrecht befassen. Der Hauptgutachter, Prof. Dr. Carsten Schäfer, geht in seinem Gutachten «Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?» auch auf die Vereine ein.

\* Der Autor ist Wirtschaftsanwalt, LL.M. (Internationales Wirtschaftsrecht, Universität Zürich) und als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Zürich und in Vaduz zugelassen. Er ist Bearbeiter des Reichert, Vereins-Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, s.a. NZG 2015, 1377.

<sup>1</sup> OLG Frankfurt 21.1.2016 – 16 U 87/15, juris.

<sup>2</sup> Beschluss der Justizministerkonferenz (Herbstkonferenz vom 12.11.2015).

#### b) Europa

Die Bemühungen, ein einheitliches Vereinsrecht in Europa zu schaffen, werden von der Kommission nicht mehr weiterverfolgt. Anfang 2016 wurde hierzu eine Klage beim (erstinstanzlichen) EuG<sup>3</sup> eingereicht mit dem Antrag, das Gericht möge die Entscheidung zur Untätigkeit der Europäischen Kommission vom 17.8.2015 bei der Schaffung von Europäischem Vereinsrecht in Form ihres nicht mehr publizierten Gesetzesvorschlags oder einer abgeänderten Variante im zulässigen Rahmen, der grenzüberschreitende Tätigkeiten mit ideellen Zielen den auf Gewinn ausgerichteten Vereinigungen gleichstellt, in eventu bei der Harmonisierung der nationalen Versammlungs- und Vereinigungsrechte bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten mit ideellen Zielsetzungen, als nichtig zu erklären; und so der Europäischen Kommission die Herstellung eines gesetzeskonformen Zustands im Sinne des Art. 266 AEUV aufzuerlegen, wobei weitere Verschlechterungen (...), welche die Herstellung dieses Zustands verhindern oder erschweren können, zu unterlassen sind (...).

#### c) Idealverein vs. Wirtschaftlicher Verein

Der EuGH<sup>4</sup> hatte sich in seiner Entscheidung vom 03.12.2015 mit dem Begriff der «wirtschaftlichen Tätigkeit» befasst: Dieser sei dahingehend auszulegen, dass es für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit hingegen nicht erforderlich sei, dass sie mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. (...) «Daraus folgt, dass der Begriff «wirtschaftliche Tätigkeit» im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1/2005 dahin auszulegen ist, dass er eine Tätigkeit erfasst, die wie die im Ausgangsverfahren fragliche darin besteht, dass ein gemeinnütziger Verein herrorlose Hunde von einem Mitgliedstaat in einen anderen transportiert, um sie Personen anzuvertrauen, die sich verpflichtet

<sup>3</sup> EuG 28.1.2016 – T-595/15, ABl. EU 2016, Nr. C 27, 62 (Europäischer Tier- und Naturschutz und Giesen gegen Kommission).

<sup>4</sup> EuGH, 3.12.2015 – C-301/14, juris.

haben, sie gegen Zahlung eines Betrags aufzunehmen, der grundsätzlich die dem Verein hierdurch entstandenen Kosten deckt.»

Ähnlich die neueste Entscheidung des *LSG Berlin-Brandenburg* vom 11.03.2016: Nach der Insolvenz eines wirtschaftlichen Vereins, der weder gem. § 22 BGB konzessioniert noch in das Vereinsregister eingetragen war, nahm die Klägerin in einem Verfahren vor dem Sozialgericht das Gründungsmitglied des Vereins in die persönliche Haftung, was durch das Landessozialgericht bestätigt wurde.<sup>5</sup> Der Verein ging mit Lohnrückständen in die Insolvenz, die Behörde nahm die Gründungsmitglieder gesamtschuldnerisch für rückständige Sozialversicherungsbeiträge und Säumniszuschläge in die Haftung.

#### aa) Kindertagesstätten

In den letzten Jahren ergingen verschiedene Entscheidungen zur Kindertagesstätten, die abwechselnd die Eintragung wegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes ablehnten oder aber die Eintragung guthiessen, da kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliege.<sup>6</sup> In einer Anmerkung zu der Entscheidung des *OLG Brandenburg*<sup>7</sup>, das sich zum Betrieb einer Kindertagesstätte in Form des nichtwirtschaftlichen Vereins äusserte *Reuter*<sup>8</sup> entgegen dem Gericht die Auffassung, dass die im vorliegenden Fall errichtete Kindertagesstätte nicht in Form des nichtwirtschaftlichen Vereins geführt werden könne. Er begründet dies im Wesentlichen mit der Tatsache, dass sich offenbar die Betreuungsleistungen nicht nur an die Mitglieder, sondern an den äusseren Markt richteten; es sei daher nicht auf den ideellen Zweck abzustellen, sondern auf die wirtschaftliche Tätigkeit.

#### bb) Kammergericht Berlin

Im Fall des *KG Berlin*<sup>9</sup> handelt es sich jedoch nicht um «kleine» Projekte, sondern um Kindertagesstätten, die in einem Vereinskonzern organisiert sind. Hier «hat der Verein 16 Mitglieder. Mit diesen betreibt er 24 Kindertagesstätten in sechs Bezirken, in denen insgesamt 2.412 (Stand 2013) Kinder betreut werden. Nur der Verein ist gemäss Mitteilung auf seiner Homepage der

«Träger», der alle KiTas gemeinsam verwaltet. Insgesamt arbeiten 750 Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in den rund 50 Einrichtungen und Projekten des Beteiligten. Zudem wird die Arbeitskraft von 695 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in den KiTas und 33 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Geschäftsstelle vom Verein (...) nachgefragt. (...) Eine so grosse Anzahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern hat aber mit der klassischen Struktur eines eingetragenen Vereins, der auf gesellige, kulturelle und andere Zwecke ausgerichtet ist, nichts zu tun, sondern ähnelt einem mittelständischen Wirtschaftsunternehmen, zumal auch die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Beteiligten nicht Mitglieder der Vereins sind auf dessen Zielsetzungen und die Erziehungskonzepte direkt über Abstimmungen auf der Mitgliederversammlung Einfluss nehmen können, sondern dies nur den 16 Vereinsmitgliedern möglich ist», so das *KG Berlin*.

Nach der Parallel-Entscheidung des *KG Berlin* zu diesem Thema ist der Fall des *AG Charlottenburg* nun beim *BGH* anhängig.<sup>10</sup> Das *KG Berlin* hat dort im Wesentlichen wie folgt argumentiert: 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.<sup>11</sup> Die Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Verein erfolgt nach heute ganz h.M. nach typologisch-teleologischen Erwägungen.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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

<sup>5</sup> *LSG Berlin-Brandenburg* 11.3.2016 – L 1 KR 377/14, juris.

<sup>6</sup> Hierzu *Gössl* in *Baumann/Sikora*, § 6 Rn. 28.

<sup>7</sup> *OLG Brandenburg*, 23.6.2015 – 7 W 23/15, NZG 2015, 922; *Stöber/Otto*, Rn. 80 m.w.N.

<sup>8</sup> *Reuter*, npoR 2015, 200 ff.

<sup>9</sup> *KG Berlin* 16.2.2016 – 22 W 88/14; anhängig *BGH* II ZB 6/16.

<sup>10</sup> *AG Charlottenburg*, 15.5.2015 – 95 VR 15980 B; *KG Berlin* 16.2.2016 – 22 W 71/15; anhängig *BGH* II ZB 7/16 sowie *KG Berlin* 16.2.2016 – 22 W 88/14; anhängig *BGH* II ZB 6/16.

<sup>11</sup> Verweis: Vgl. Referentenentwurf des BMJ zur Reform des Vereinsrecht vom 25.8.2004, S. 15.

<sup>12</sup> Verweis: *Leuschner*, ZIP 2015, 356, 359; *Reuter*, NZG 2008, 881 f.; vgl. dazu grundlegend *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 ff.; ferner *KG Berlin*, 7.3.2012, 25 W 95/11, Rn. 11, juris; *Palandt/Ellenberger*, § 21 Rn. 3; *MüKo/Reuter*, § 21 Rn. 6 ff.; dazu kritisch *Beuthien*, Rpfleger 2016, 65 ff., 68.

<sup>13</sup> Verweis: *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286, 288.

tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit,<sup>14</sup> wobei das leitende Ziel des Vereins sogar ganz hinter die Betätigung zurücktreten kann.<sup>15</sup> Ob ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, ist in jedem Einzelfall typologisch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB zu ermitteln.<sup>16</sup> 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 sog. Nebenzweckprivilegs überschreitet.<sup>17</sup> Nach diesem Nebenzweckprivileg darf ein Verein auch unternehmerische Tätigkeiten entfalten, soweit diese dem ideellen Hauptzweck zu- und untergeordnet und nur Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind.<sup>18</sup>

Eine wirtschaftliche Betätigung i.S. des § 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.<sup>19</sup> Der hier durchgeführte planmässige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich, wie das Amtsgericht Charlottenburg zutreffend annimmt, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung.<sup>20</sup> Auf eine Gewinnerzielungsabsicht

des Vereins selbst kommt es dabei nicht an.<sup>21</sup> Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fliessen, ob ausschliesslich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger,<sup>22</sup> mögen diese auch vom Staat im Rahmen von dessen aus Art. 20 Abs. 1 GG und den Regelungen des SGB VIII resultierenden Verpflichtungen erfolgen. Auf die Entscheidungen des II. Senats des BGH in den Az. II ZB 6/16 und 7/16 darf man gespannt sein.

#### d) Ehrenamt und Hauptamt

Die ehrenamtliche Arbeit im Verein<sup>23</sup> wird nicht auf Grund eines Arbeitsverhältnisses erbracht, sie kann aber ein Beschäftigungsverhältnis darstellen. Die Ausübung von Ehrenämtern dient nicht der Sicherung oder Besserung der wirtschaftlichen Existenz. Sie ist «Ausdruck einer inneren Haltung gegenüber Belangen des Gemeinwohls und den Sorgen und Nöten anderer Menschen. Ehrenamtliche sind daher nicht Arbeitnehmern gleichzustellen.»<sup>24</sup> Das Auftragsverhältnis unterscheidet sich vom Arbeitsverhältnis durch die *Unentgeltlichkeit* der zu erbringenden Dienste und durch die jederzeit von beiden Seiten bestehende Möglichkeit grundloser Beendigung.

Allgemeinsprachlich ist mit dem Begriff des Ehrenamts stets und unausgesprochen eine dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit verknüpft, die ihre Bedeutung in sozialer Anerkennung wiederfindet und unentgeltlich erfolgt. Die rechtliche Begriffsdefinition ist damit nur zum Teil abgebildet; das SGB XI kennt verschiedene Formen des Ehrenamts.<sup>25</sup> Die Teilbegriffe des gemeinwohlfördernden Laien, einer gewissen Verbindlichkeit und Regelmässigkeit der Leistungserbringung, die Freiwilligkeit und Nichterwerbsmässigkeit bilden die Grundlage des Ehrenamtes. Zusammenfassend lässt sich daher der Ehrenamtsbegriff folgendermassen kennzeichnen: Ehrenamtlich ist die freiwillige Übernahme von bestimmten Tätigkeiten, die von einem Laien nicht erwerbsmässig, aber ggf. gegen eine pauschale Aufwandsentschädigung mit einem gewissen Mass an Regelmässigkeit und Dauerhaftigkeit durchgeführt wird.<sup>26</sup>

<sup>14</sup> Allg. Ansicht; vgl. nur *KG Berlin*, 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, Rn. 6, juris; *OLG Hamm*, 8.9.2007 – 15 W 129/07, Rpfleger 2008, 141 f., Rn. 15, juris, jeweils m.w.N.

<sup>15</sup> Verweis: *Mummenhoff*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979, S. 106 f.

<sup>16</sup> Verweis: *OLG Frankfurt*, 28.10.2010 – 20 W 254/10, Rn. 22, juris; *OLG Karlsruhe*, 30.8.2011 – 14 Wx 51/11, Rn. 20, juris; *KG Berlin*, 7.3.2012, 25 W 95/11, Rn. 11, juris; *OLG Zweibrücken*, 3.9.2013 – 3 W 34/13, Rn. 5, juris.

<sup>17</sup> Verweis: Vgl. *BGH* 4.6.1986 – IZR 29/85, NJW 1986, 3201.

<sup>18</sup> Verweis: *BGH* 29.9.1982 – I ZR 88/80, NJW 1983, 569; *KG Berlin*, 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, Rn. 6, juris.

<sup>19</sup> Verweis: Grundlegend *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 ff.; *KG Berlin*, 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, Rn. 6, juris; *KG Berlin*, 7.3.2012, 25 W 95/11, Rn. 11, juris; *Schleswig-Holsteinisches OLG*, 6.8.2010, 2 W 112/10, Rn. 25, juris und 8.9.2012, 2 W 152/11, Rn. 30, juris; *OLG Frankfurt*, 28.10.2010 – 20 W 254/10, Rn. 20, juris; *OLG Karlsruhe*, 30.8.2011 – 14 Wx 51/11, Rn. 20, juris; *OLG Zweibrücken*, 3.9.2013, 3 W 34/13, Rn. 5, juris; *Leuschner*, ZIP 2015, 356, 359; kritisch zu dieser Typologisierung *Beuthien*, Rpfleger 2016, 65 ff.

<sup>20</sup> Verweis: A.A. in konkreten, Kindertagesstätten betreffenden Einzelfällen *Schleswig-Holsteinisches OLG*, 18.9.2012 – 2 W 152/11, Rn. 30, juris; *OLG Stuttgart*, 3.12.2014 – 8 W 447/14, Rn. 13 ff., juris.; *Brandenburgisches OLG* 23.6.2015 – 7 W 23/15, Rn. 14; noch offen lassend *Brandenburgisches OLG* 4.8.2014, 7 W 83/14, Rn. 6 ff., juris.

<sup>21</sup> Verweis: *BayObLG*, 6.4.1989 – BReg 3 Z 10/89, juris Rn. 61; *KG Berlin*, 17.7.1992 – 1 W 6555/90, Rn. 11, juris; *LG Hamburg* 7.10.1985 – 71 T 39/85, ZIP 1986, 228; *Reichert*, 13. Aufl. 2016, Rn. 143.

<sup>22</sup> Verweis: Vgl. *KG Berlin*, 25.7.2011 – 25 W 47/11; vgl. auch *Winheller*, DStR 2013, 2009, 2011.

<sup>23</sup> Hierzu *Sandberg/Graf Strachwitz*, ZStV 2015, 210. *LSG Berlin-Brandenburg*, L 2 U 147/13.

<sup>24</sup> Zur Abgrenzung von Ehrenamt und Beschäftigungsverhältnis vgl. *BAG*, 29.8.2012 – 10 AZR 449/11, DB 2012, 8 ff.; *Reichert*, Rn. 5788.

<sup>25</sup> *Hoffmeister/Hille*, NJW 2015, 3753.

<sup>26</sup> *Hoffmeister/Hille*, NJW 2015, 3753, 3757.

Durch die Einführung des sog. Mindestlohnes wurde wiederum deutlich, dass die Begriffe Ehrenamt und ehrenamtliche Arbeit immer noch nicht geklärt sind: ob durch die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns die ehrenamtliche Tätigkeit erschwert werde, wie es von verschiedenen Vereinen und Institutionen befürchtet werde. Nach § 22 Abs. 3 MiLoG solle die ehrenamtliche Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich des MiLoG ausgeschlossen werden. Problematisch sei jedoch, dass der Ehrenamtsbegriff weder im MiLoG noch in anderen gesetzlichen Bestimmungen definiert sei. Der Verfasser kommt zum Ergebnis, dass nach typologischer Gesamtbetrachtung das Ehrenamt aus einem überwiegend ideellen Tätigkeitszweck ausgeübt werden müsse, als Ausdruck eines nicht erwerbswirtschaftlich angelegten bürgerschaftlichen Engagements. Eine Weisungsabhängigkeit schade nicht. Nach diesem Verständnis des Ehrenamts könne der gesetzliche Mindestlohn das förderungs- und schutzwürdige bürgerschaftliche Engagement nicht unterbinden.<sup>27</sup>

Jeder Arbeitnehmer ist verpflichtet, selbst alles zu unterlassen, was Persönlichkeitsrechte anderer Arbeitnehmer verletzt. Diese Selbstverständlichkeit hat das *ArbG Aachen*<sup>28</sup> noch einmal klargestellt – letztlich gilt dies auch für alle ehrenamtlich Tätigen: Aussagen zum Umgang eines leitenden Mitarbeiters mit dem Verdacht des sexuellen Übergriffs auf Schutzbefohlene gehören zu den sensiblen Umständen des Arbeitsverhältnisses, die einem besonderen Schutz unterliegen. Ein renommierter Fussballverein muss sich am Massstab des korrekten Umgangs mit Mitarbeitern aus dem benachbarten Ausland messen lassen. Dies gilt umso mehr, als Fussballvereine sich DFB-weit auf die Fahne geschrieben haben, sich gegen den Rassismus zu stellen. Wird nun einem Vorstandsmitglied vorgeworfen, sich höchst abfällig über einen belgischen Staatsbürger auszulassen, stellt dies eine schwere Beschädigung seiner Reputation dar. Letztlich gelten für einige Vereine besondere (Ausnahme-)Regeln: Ein Fussballverein der ersten Bundesliga darf bspw. Verträge mit Lizenzspielern weiterhin befristen. Die Befristung ist wegen der Eigenart der geschuldeten Arbeitsleistung des Spielers als Profifussballspieler sachlich gerechtfertigt. Auch obliegt die Entscheidung darüber, ob der Spieler in Bundesligaspielen ein gesetzt wird, dem freien Ermessen des Trainers.<sup>29</sup>

### e) Eingetragener und nicht eingetragener Verein

Nach mittlerweile nahezu einhelliger Sicht in Literatur und Rechtsprechung ist der nichteingetragene Verein selbst Träger

<sup>27</sup> Greiner, NZA 2015, 285.

<sup>28</sup> *ArbG Aachen* 25.2.2016 – 2 Ga 6/16.

<sup>29</sup> LAG Rheinland-Pfalz, 17.2.2016 – 4 Sa 202/15, n.kkr.

von Rechten und Pflichten.<sup>30</sup> § 54 Satz 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 bisher so genannte 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 i.S.d. § 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.<sup>31</sup>

### f) Verein und Verband

Das *OLG Frankfurt*<sup>32</sup> hat in einer Entscheidung vom 02.02.2016 den DFB rechtlich als Unternehmensvereinigung qualifiziert und klargestellt, dieser sei grundsätzlich Normadressat des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Er ist ein Verband, in dem Vereine zusammengeschlossen sind, für die das Fussballspiel – auch – eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Sind die einzelnen Vereinsmitglieder damit Unternehmen, ist der Beklagte selbst als Unternehmensvereinigung einzuordnen.<sup>33</sup> Unstreitig unterfällt die hier massgebliche Regelungstätigkeit auch nicht dem rein sportlichen Bereich, sondern betrifft die vorgelagerte, kosten auslösende Vermittlung von Sportlern. Gemäss der Rechtsprechung des EuGH gelten die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts immer dann, wenn nicht die reine Ausübung des Sportes, sondern eine dem Wirtschaftsleben zuzurechnende Tätigkeit zu prüfen ist.<sup>34</sup> Das DFB-Reglement stellt damit einen Beschluss dieser Unternehmensvereinigung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.

<sup>30</sup> Grundlegend *BGH* 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056. Vgl. aktuell *BPatG*, 16.8.2013 – 27 W (Pat) 545/12, GRUR-RR 2014, 20; allg. MüKoBGB/Reuter, 7. Aufl. 2015, § 54 Rn. 17; Reichert, Rn. 5072, 5086.

<sup>31</sup> Siehe bereits Wagner, NZG 2015, 1377; so auch noch in der Neubearbeitung der 13. Auflage des Reichert; wohl zust. Stöber/Otto, Rn. 1494.

<sup>32</sup> *OLG Frankfurt*, 2.2.2016 – 11 U 70/15 (Kart), juris.

<sup>33</sup> Verweis auf FIFA *EuG* 26.1.2005 – T-193/02 (Piau).

<sup>34</sup> Verweis auf *EuGH* 18.7.2006 – C-519/04 (Meca Medina/Kommission) Rn. 23 ff.; *OLG Bremen* 30.12.2014 – 2 U 67/14, SchiedsVZ 2015, 149.

## 2. Mitgliedschaft

Das Verhältnis des Vereins zu seinen Mitgliedern und auch der Mitglieder untereinander ist durch ein gegenseitig bestehendes Treueverhältnis gekennzeichnet.<sup>35</sup> Die Nichtigkeit des treuwidrigen Beschlusses kann mit einer Feststellungsklage gem. § 256 ZPO geltend gemacht werden. Der Begriff «Anfechtung» ist in diesem Zusammenhang nicht der richtige, weil es keine Anfechtungszuständigkeit des Vorstands oder eines anderen Vereinsorgans gibt, es sei denn, die Satzung sieht dies vor. Wird jedoch über die Wirksamkeit des Beschlusses gestritten, kann durch die Mitglieder gegen den Verein eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses erhoben werden. Vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses in Form eines sog. Feststellungsinteresses ist grundsätzlich auszugehen. Dieses fehlt nur ausnahmsweise, etwa wenn keinerlei objektives Bedürfnis für eine Nichtigkeiterklärung eines Beschlusses besteht, etwa weil der betreffende Beschluss überholt ist und keine Wirkung mehr entfalten kann.<sup>36</sup>

Ein Monopolverband, der als einziger bestimmte Leistungen unter von ihm selbst aufgestellten Kriterien an Nicht-Verbandsangehörige erbringt, ist verpflichtet, diese Leistungen jedem zu gewähren, der die Voraussetzungen für die Leistungsgewährung erfüllt.<sup>37</sup> Im Fall *Friedek* hatt der DOSB eine Olympia-Nominierungspflicht, die er jedoch nicht einhielt, was den BGH letztlich zur Bejahung von Schadenersatz bewegte. Der BGH stellte u.a. fest: Wenn die Bindung nicht über das Mitgliedschaftsverhältnis besteht, kommt allein eine einzelvertragliche bzw. rechtsgeschäftliche Lösung in Frage. Zwischen Verband und Athlet besteht daher eine vorvertragliche Sonderverbindung nach § 311 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 BGB. Die Nominierungsrichtlinien entfalten insoweit Aussenwirkung gegenüber Nichtmitgliedern bzw. sog. Mittelbaren Mitgliedern.<sup>38</sup> Wie die Satzung selbst sind auch Nebenordnungen «aus sich heraus» auszulegen, wobei Wortlaut, Sinn und Zweck ausschlaggebend und objektiv zu ermitteln sind.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> OLG München, 14.10.2015 – 7 U 995/15, NZG 2016, 71 (Genossenschaft).

<sup>36</sup> OLG Hamm 28.10.2015 – 8 U 73/15, BeckRS 2016, 03150.

<sup>37</sup> BGH 13.10.2015 – II ZR 23/14; hierzu Hübner, NZG 2016, 50; MüKo-Reuter, Vor § 21, Rn. 108 ff.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt, 22.7.2008 – 19 O 210/08, NJW 2008, 2925; BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93.

<sup>39</sup> Hübner, NZG 2016, 50, 56.

## 3. Beschlüsse, Satzungsbestimmungen

Die Mitgliederversammlung fasst Beschlüsse, die für den Vorstand und die Mitglieder bindend sind. Diese Beschlüsse dürfen weder rechtswidrig noch gesetzeswidrig sein.<sup>40</sup> Satzungsbestimmungen einer Taxigenossenschaft, die es ihren Mitgliedern untersagen, während eines von der Genossenschaft vermittelten Fahrauftrags ihre Positionsdaten an Wettbewerber (hier an die Betreiberin einer Taxi-App) zu übermitteln oder auf ihren Fahrzeugen für diese zu werben, stellen eine unzulässige Behinderung des Wettbewerbs gem. §§ 1, 33 GWB dar, so das OLG Nürnberg.

## 4. Satzungen und Satzungsänderungen

### a) Satzungsänderung vs. Zweckänderung

Das OLG Nürnberg<sup>41</sup> widmete sich der *Abgrenzung zwischen der Satzungsänderung im Bereich des Zwecks und der Zweckänderung* im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB: «Nicht bereits jede Änderung des den Vereinszweck regelnden Satzungswortlauts stellt zugleich eine Änderung des Vereinszwecks im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB dar. Vereinszweck im Sinne dieser Vorschrift ist vielmehr (nur) der den Charakter des Vereins festlegende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit, also der satzungsmässig (§ 57 Abs. 1 BGB) festgelegte Zweck, der für das Wesen der Rechtspersönlichkeit des Vereins massgebend ist und der das Lebensgesetz des Vereins – seine grosse Linie – bildet, um derentwillen sich die Mitglieder zusammengeschlossen haben und mit dessen Abänderung schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen kann.<sup>42</sup>

Bei der Feststellung des Vereinszwecks ist zu beachten, dass Vereinsatzungen häufig nicht zwischen der eigentlichen – prinzipiell indisponiblen – Zweckbestimmung des Vereins und der – wenn auch mit qualifizierter Mehrheit – grundsätzlich disponiblen näheren Darstellung von Aufgaben und einzuschlagenden Wegen unterscheiden, vielmehr den im allgemeinen Sprachgebrauch weit ausgedehnten Begriff des «Zweckes» nicht in rechtlich differenziertem Sinne verwenden.<sup>43</sup>

Eine Änderung des Vereinszwecks im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB erfordert damit, dass sich der «Charakter» und

<sup>40</sup> Aktuell OLG Nürnberg, 22.1.2016 – 1 U 907/14, juris.

<sup>41</sup> OLG Nürnberg, 17.11.2015, 12 W 2249/2015.

<sup>42</sup> Verweis auf BGH, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BGHZ 96, 245; BayObLG NJW-RR 2001, 1260; Arnold in MünchKomm-BGB, 7. Aufl. § 33 Rn. 3; Schöpflin in BeckOK-BGB § 33 Rn. 7.

<sup>43</sup> Verweis auf BGH, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BGHZ 96, 245.

damit die grundsätzliche Zweckrichtung des Vereins ändert.<sup>44</sup> Hierfür reicht es nicht aus, wenn die Ziele des Vereins unter Aufrechterhaltung der bisherigen Leitidee dem Wandel der Zeit angepasst und mit anderen Mitteln verfolgt werden; ebenfalls genügt es nicht, wenn der Vereinszweck – unter Aufrechterhaltung der bisherigen grundsätzlichen Zweckrichtung – lediglich ergänzt oder beschränkt wird.<sup>45</sup>

Zur Beurteilung der Frage der Zweckänderung hat der Senat die Satzung des Vereins selbständig auszulegen, er ist hierbei nicht an die Würdigung durch die Vorinstanz gebunden. Diese Auslegung hat objektiv, lediglich aus dem Inhalt der Satzung heraus zu erfolgen; Willensäußerungen oder Interessen der satzungsbeschliessenden Vereinsmitglieder oder sonstige, dem Satzungsinhalt nicht zu entnehmende Umstände spielen für die Auslegung keine Rolle.<sup>46</sup>

Hierbei ist es zu berücksichtigen, dass eine weite Ausdehnung der indisponiblen Zweckbestimmung in aller Regel nicht dem Interesse des Vereins und seiner Mitglieder entspricht. Es bleibt in einem längeren Vereinsleben nicht aus, dass geänderte Forderungen an den Verein herantreten und sich unvorhergesehene Schwierigkeiten auf tun, auf die er sich in praktikabler Weise einstellen muss. Hierbei muss er, ohne die prinzipielle Zielrichtung des Vereins aufzugeben, einzelne Teile der Satzung ohne Rücksicht auf Aussenseitermeinungen sachgerecht den veränderten Verhältnissen anpassen können.<sup>47</sup>

## b) Satzungsdurchbrechende Beschlüsse

Beschlüsse der Mitgliederversammlung können trotz des möglicherweise sogar einstimmigen Zustandekommens die Satzung verletzen, indem sie diese im Einzelfall durchbrechen. Elegant ist von «Vollzug fehlerhafter Strukturänderungen» die Rede, anderenorts schlicht von Kompetenzüberschreitungen. Fraglich ist, ob diese Beschlüsse wirksam sind.<sup>48</sup>

Das Vereinsrecht kennt Satzungsänderungen und Satzungsverstöße und eröffnet gegen Letztere die Möglichkeit, diese mit einer Feststellungsklage für unwirksam erklären zu lassen – allerdings wohl nicht für diejenigen Mitglieder, die diesem Beschluss zugestimmt haben. Bei der Frage der Zulässigkeit gehen

die Meinungen auseinander: *Satzungsdurchbrechungen* seien, auch wenn sie mit satzungsändernder Mehrheit beschlossen wurden, unzulässig, andere halten sie auch ohne Registereintragung für möglich.<sup>49</sup> Um Registereintragungen kann es jedoch nur beim eingetragenen Verein gehen; beim nichteingetragenen Verein entscheidet ohnehin der Vollzug.

Die anderen Meinungen differenzieren zwischen punktuellen Satzungsdurchbrechungen und solchen, die einen Dauerzustand begründen. Punktueller Satzungsdurchbrechungen müssten jedenfalls angekündigt worden sein, um dem Schutzinteresse aller Mitglieder zu genügen.<sup>50</sup> Subjektive Kriterien können keine Rolle spielen, etwa ob sich die Versammlung bewusst war, dass sie die Satzung verletzt oder gar den erkennbaren Willen hatte, die Satzung zu ändern. Das Schutzinteresse aller Vereinsmitglieder erfordert objektive Kriterien.<sup>51</sup> Abweichungen von der Satzung, die Dauerwirkung entfalten, können u.E. nur mit einer formell korrekten Satzungsänderung beschlossen werden, die gem. § 71 zu dokumentieren und einzutragen ist. Ob satzungswidrige Wahlen zum Vorstand (im entschiedenen Fall durch unzulässige, weil in der Satzung nicht vorgesehene Blockwahlen) eine punktuelle Durchbrechung darstellen oder einen dauerhaften Zustand begründen, ist umstritten und zeigt, dass auch diese Kriterien nicht eindeutig und nicht generell tauglich sind.<sup>52</sup>

Die punktuellen Satzungsdurchbrechungen, die «Formalia» und «minderschwere Fälle» betreffen, müssen hingegen u.E. «geheilt» werden können. Trifft die Satzung bspw. die Anordnung, dass jedes Mitglied die Unterlagen für die Versammlung 14 Tage vorher erhalten müssen und bekommen erschienene Mitglied ihre Unterlagen erst 7 Tage vor Versammlungsbeginn, so ist ein Beschluss, der dies «heilt» wirksam, auch wenn er gegen die entsprechende Satzungsbestimmung verstößt. Vereinzelt ist auch die Rede davon, man komme nicht daran vorbei, dass sich das «Leben» des Vereins nach dem fehlerhaft geänderten Organisationsstatut nicht rückwirkend ungeschehen machen lässt.<sup>53</sup>

Diese *faktische Satzungsdurchbrechung* kann auch durch den Vorstand erklärt worden sein. In diesem Fall ist eine vorzeitige Abberufung möglich. Ist die Kompetenzüberschreitung durch die Mitgliederversammlung mit einer wie immer gearteten Mehrheit beschlossen worden, so ist der Ansicht zuzustimmen,

<sup>44</sup> Verweis auf BayObLG NJW-RR 2001, 1260; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht 12. Aufl. Rn. 583.

<sup>45</sup> Verweis auf BayObLG NJW-RR 2001, 1260; Palandt/Ellenberger, BGB 74. Aufl. § 33 Rn. 3; Krafska/Kühn, Registerrecht 9. Aufl. Rn. 2186.

<sup>46</sup> Verweis auf BGH, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BGHZ 96, 245; BayObLG NJW-RR 2001, 1260; OLG Nürnberg MDR 2015, 961.

<sup>47</sup> Verweis auf BayObLG NJW-RR 2001, 1260.

<sup>48</sup> Stöber/Otto, Rn. 951 ff.; Reichert, Rn. 705 ff.; Priester, ZHR 151, 40, 45 ff.; Stein/Welbers, NJW-spezial 2014, 655 f. (GmbH).

<sup>49</sup> Palandt/Ellenberger, § 33 BGB, Rn. 1; BGH 7.6.1993 – II ZR 81/92, NJW 1993, 2246, BGHZ 123, 15; a.A. MüKo/Reuter, BGB, § 33 Rn. 10.

<sup>50</sup> Übersicht in Stöber/Otto, Rn. 952 ff.; Reichert, Rn. 709.

<sup>51</sup> Stein/Welbers, NJW-spezial 2014, 655 f. (GmbH).

<sup>52</sup> OLG Zweibrücken, 26.6.2013 – 3 W 41/13, FGPrax. 2013, 1236; hierzu Waldner RPfleger 2014, 209.

<sup>53</sup> MüKo/Arnold, § 33 BGB, Rn. 9; Kort, S. 127 ff.

dass der überstimmten Minderheit ggf. eine Klagemöglichkeit gegen die Mehrheit zusteht. Schliesslich ist der verbandsrechtliche Anspruch des Mitglieds anzuerkennen, dass der Verband seine Mitgliedschaftsrechte achtet und alles unterlässt, was sie über das Gesetz und die Satzung gedeckte Mass hinaus beeinträchtigt.<sup>54</sup>

## 5. Pflichten des Vereins

### a) Wahrung von Persönlichkeitsrechten

Der BGH hat nun noch einmal zu der Frage Stellung genommen, ob es zulässig ist, vereinsinternen E-Mails Werbung anzuhängen.<sup>55</sup> Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich einmal der Fall, in dem der Empfänger der Zusendung von Werbung bereits widersprochen hat und zum anderen der Fall, dass kein solcher Widerspruch vorliegt.

#### aa) Kein Widerspruch

Wenn kein Widerspruch vorliegt ist zunächst auch bei zulässigen E-Mails (wie im entschiedenen Fall vereinsinterne Kommunikation, z.B. Bestätigungsmail) zwischen dem zulässigen Teil und der Werbung zu trennen:

*«Die elektronische Post des Klägers wird von der Beklagten vielmehr in zweifacher Hinsicht – nämlich für die nicht zu be-  
anstandende Eingangsbestätigung und unzulässig für Zwecke der Werbung – genutzt. Für die Annahme, die Nutzung der elektronischen Post des Klägers sei durch die zulässige Bestätigungs-E-Mail insgesamt gerechtfertigt, ist indes kein Raum [...]»*

Der BGH hat allerdings die Rechtsfrage offengelassen, ob sich aus datenschutzrechtlichen Gründen ein generelles Verbot der Zusendung von Werbung per E-Mail an natürliche Personen ergibt. Dies musste nicht beantwortet werden, da der Empfänger widersprochen hatte. Der BGH führt aus:

*«Auch im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie gehört ein von einer natürlichen Person unterhaltenes elektronisches Postfach zur Privatsphäre in diesem Sinne. Nach dieser Vorschrift ist die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung (sogar) **nur bei vorheriger Einwilligung** der Teilnehmer oder Nutzer zulässig. Aus den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 sowie Art. 1 Abs. 1 der Da-*

*tenschutzrichtlinie ergibt sich, dass diese Regelung dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation dienen soll (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 7 Rn. 2, 184; MünchKommUWG/Leible, 2. Aufl., § 7 Rn. 31; Ohly in Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 8).*

*Im vorliegenden Fall kann indes dahinstehen, ob der Regelung des Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie aufgrund des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung (vgl. BGH, Urteile vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 19 mwN; vom 7. Mai 2014 – IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 20) dadurch Geltung zu verschaffen ist, dass sich ein Verstoß gegen diese Regelung stets als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt (vgl. Ohly in Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 9 aE, 17 f.; Peters, Die Entwicklung der E-Mail-Werbung unter besonderer Berücksichtigung der UWG-Reform, 2006, S. 173 ff.; Menebröcker in Götting/Nordemann, UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 15; GK-UWG/Pahlow, 2. Aufl., § 7 Rn. 210) [...]»*

Demnach ist also noch offen, ob die europarechtliche Datenschutzrichtlinie so gestaltet ist, dass sie wie ein Gesetz gilt. Denn grundsätzlich müssen EU-Richtlinien erst durch Gesetze in nationales Recht umgesetzt werden. Sicherheitshalber wäre aber zu raten, davon auszugehen, dass die Richtlinie direkte Wirkung hat. Demnach sollte keine Werbung an E-Mails beigefügt werden, ohne dass hierzu vorab ein Einverständnis eingeholt wurde.

#### bb) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Die Zusendung von Werbung stellt sich auch als wettbewerbswidrig dar. Der BGH führte hierzu in der angegebenen Entscheidung aus: *«Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers eine unzumutbare Belästigung dar.»*

Allerdings gibt es in § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahme für Werbung nach Abschluss eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrags für ähnliche Waren oder Dienstleistungen, welche bei vereinsinterner Kommunikation nicht gegeben sein kann. Zudem würde die Ausnahme eine vorherige Belehrung voraussetzen. Im entschiedenen Fall war dies allerdings nicht ausschlaggebend, da sich auf diese Vorschrift nur bestimmte Personen wie Wettbewerber oder auch Verbraucherschutzvereine berufen dürfen, zu denen der dortige Kläger nicht gehörte. Da sich aber ein Empfänger einer E-Mail, die Werbung enthält, an einen Wettbewerber oder einen Verbraucherschutzverein wenden könnte, welcher dann den Unterlassungsanspruch geltend macht, darf auch aus diesem Grund ohne Einwilligung keine Werbung an E-Mails beigefügt werden.

<sup>54</sup> Reichert, Rn. 712; BGH 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 («Holzmüller» zur AG); ausf. MüKo/Arnold, § 33 BGB, Rn. 11 m.w.N.

<sup>55</sup> BGH, 15.12.2015 – VI ZR 134/15.

### cc) Widerspruch liegt vor

Im Falle eines Widerspruchs ist die Rechtslage klar: Die Zusendung von Werbung muss unterbleiben. Der BGH hierzu: «Der Kläger hat gegen die Beklagte aber einen Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Werbung gegen den eindeutig erklärten Willen des Klägers stellt einen Eingriff in seine geschützte Privatsphäre und damit in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht dar, § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB.»

Letztlich stellt sich die Frage, was alles unter dem Begriff der Werbung zu verstehen ist. Der BGH nimmt auch hierzu Stellung: «Der Begriff der Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Massnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist ausser der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb [...] jede Äusserung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern [...].»

### b) Fazit

Im Einzelfall ist daher jede Hinzufügung in verbandsinterner Kommunikation darauf zu überprüfen, ob sie sich in diesem Sinne als Werbung darstellt.