

Die restriktive Rechtsprechung zur Eintragungsfähigkeit von Vereinen – Hilfestellungen für Träger sozialer Dienstleistungen in rechtsunsicheren Zeiten

Von Stefan Winheller, Frankfurt/Berlin*

Das Kammergericht Berlin hat in den letzten Jahren mit seinen restriktiven Entscheidungen zur Eintragungsfähigkeit von Vereinen für Aufsehen im Dritten Sektor und insbesondere unter den Trägern sozialer Dienstleistungen und den Sozialverbänden gesorgt.¹ Mittlerweile haben sich auch andere deutsche Gerichte mit der Thematik befasst.² Auch die Sozialverbände selbst sowie die diversen Interessensvertreter der Kita- und Schulträger und nicht zuletzt auch die Beraterzunft haben zwischenzeitig ihre Auffassungen kundgetan.³ Der folgende Beitrag will einen Überblick über den aktuellen Rechtsstand bieten und den Trägern sozialer Dienstleistungen Hilfestellungen geben, wie sie sich in den heutigen rechtsunsicheren Zeiten möglichst rechtssicher aufstellen können.

1. Zeitenwende? Die Entscheidungen des KG Berlin ab 2011

Für viele überraschend entschied das KG Berlin Anfang 2011, dass ein neu gegründeter Betreiber von Kindergärten ein wirtschaftlicher Verein sei und daher nicht in das Vereinsregister eingetragen werden könne.⁴ Das Gericht berücksichtigte dabei nicht allein den in der Satzung des Vereins niedergelegten Zweck („Kinder-, Jugend- und Familienhilfe“), der zweifellos ideeller Natur und überdies gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 4 und 7 AO (Förderung der Jugendhilfe sowie der Erziehung und Bildung) gemeinnützig und damit steuerlich begünstigt gewesen wäre. Vielmehr fragte das Gericht

– so wie es auch die hM tut – nach der beabsichtigten tatsächlichen Betätigung des Vereins zur Umsetzung des satzungsmäßigen Zwecks.⁵ Da der Verein Betreuungsleistungen in Form des Betriebs eines Kindergartens erbringen sollte – und zwar gegen Entgelt (Elternbeiträge sowie staatliche Subventionen⁶) – und der Verein neben dieser Betätigung keine wesentlichen sonstigen nicht-wirtschaftlichen Betätigungen plante, stufte das Gericht die Betätigung als (sozial-) unternehmerisch und damit wirtschaftlich ein. Dass es dem Betreiber an einer Gewinnerzielungsabsicht fehlte, war für das Gericht ohne Belang. Aus Sicht des KG Berlin hatte sich der Kindergartenbetreiber mit dem Idealverein also die falsche Rechtsform ausgesucht.

Seit der Entscheidung des KG Berlin sind mittlerweile vier Jahre vergangen. In diesen vier Jahren hat das KG Berlin weitere Entscheidungen gefällt und seine restriktive Rspr. gefestigt bzw. – aus Sicht der sozialen Träger – weiter verschärft: Zum einen hält das Gericht eine mögliche Anerkennung eines Vereins durch das zuständige FA als gemeinnützig für die vereinsrechtliche Einordnung als wirtschaftlicher Verein oder als Idealverein für irrelevant. Es trennt klar zwischen den steuerrechtlichen Wertungen bzw. der Anerkennung als gemeinnützig auf der einen Seite und der vereinsrechtlichen Fragestellung, ob ein Verein Idealverein iSd § 21 BGB oder wirtschaftlicher Verein iSd § 22 BGB ist, auf der anderen Seite.⁷ Zum anderen überrascht das Gericht mit der dem Gemeinnützigkeitsrecht entlehnten Aussage, dass die Beteiligung an einer Tochterkapitalgesellschaft dem Verein für vereinsrechtliche Zwecke als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zuzurechnen ist, wenn der Verein auf die laufende Geschäftsführung der Tochter entscheidenden Einfluss nimmt und sich so durch die Tochter selbst am Markt wirtschaftlich betätigt.⁸ Eine solche Zurechnung kann bei intensiver wirtschaftlicher Betätigung der Tochter dazu führen, dass der Verein gegen das Nebenzweckprivileg (besser: Nebentätigkeitsprivileg⁹) verstößt

* Rechtsanwalt Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA), ist Fachanwalt für Steuerrecht und Geschäftsführer und Namensgeber der Kanzlei WINHELLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH mit Hauptsitz in Frankfurt am Main. Die Kanzlei ist auf die rechtliche und steuerliche Beratung von Nonprofit-Organisationen spezialisiert.

1 KG Berlin v. 18.1.2011 – 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632; v. 20.1.2011 – 25 W 35/10, DNotZ 2011, 634; v. 21.2.2011 – 25 W 32/10, nv; v. 7.3.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195; und neuerdings v. 23.6.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683; s. auch die Besprechung von Winheller DStR 2012, 1562.

2 Insb. das Schleswig-Holsteinische OLG v. 18.9.2012 – 2 W 152/11, ZStV 2013, 142 = BeckRS 2013, 06920 (kritisch Winheller DStR 2013, 2009); das OLG Brandenburg v. 4.8.2014 – 7 W 83/14, BeckRS 2014, 22210; und v. 8.7.2014 – 7 W 124/13, BeckRS 2014, 18675; und das OLG Stuttgart v. 3.12.2014 – 8 W 447/14. Aus der Finanzgerichtsbarkeit s. zuletzt FG Nürnberg v. 16.10.2014 – 4 K 1315/12, BeckRS 2014, 96393; und BFH v. 12.7.2012 – I R 106/10, BStBl. II 2012, 837 = DStR 2012, 1912.

3 S. einerseits die Broschüre des Paritätischen Brandenburg: „Der gemeinnützige eV – Eine geeignete Rechtsform für Kindertagesstätten“, online unter: http://paritaet-brandenburg.de/progs/brb/brbsitea/content/e4061/e5929/e8661/e12516/e12519/verein_kita-2014.pdf; Schlüter, Unter Beschuss, FAZ v. 4.9.2014, online unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/vereine-13133853.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 20.5.2015); Menges ZStV 2012, 63; Eichholz R&B 2014, 6; May R&B 2014, 11. Vgl. andererseits Winheller DStR 2012, 1562 und DStR 2013, 2009; und Segna, Wann ist ein Verein ein nichtwirtschaftlicher Verein?, Handout zum Vortrag bei den 14. Hamburger Tagen des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts am 14.11.2014, Gliederungspunkt III.

4 KG Berlin v. 18.1.2011 – 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632.

5 Dass das richtig ist, ergibt sich – was in der Diskussion bisher nicht berücksichtigt wird – übrigens auch aus § 226 und § 272 UmwG, wonach ein Formwechsel eines eV in eine (g)GmbH zulässig ist, der umgekehrte Weg aber verschlossen bleibt. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass wirtschaftliche Betätigungen, wie sie typischerweise in einer (g)GmbH entfaltet werden, sich nicht in einem eV fortsetzen dürfen.

6 Dagegen May R&B 2014, 11 („Zuschüsse, Subventionen oder die staatliche Finanzhilfe an Schulträger stellen kein Entgelt dar“).

7 KG Berlin v. 7.3.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195; und KG Berlin v. 23.6.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683. Ob diese Trennung richtig ist, ist fraglich. Ist eine Betätigung im Gemeinnützigkeitsrecht als Zweckbetrieb anerkannt, liegt der Schluss nämlich nahe, dass es sich auch für vereinsrechtliche Zwecke um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handelt, vgl. Winheller DStR 2013, 2009.

8 Vgl. AEAO Abschn. 3 zu § 64 Abs. 1 AO. Das KG erwähnt freilich nicht, dass es damit von BGH v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569 abweicht.

9 Vgl. Reuter in MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 22 Rn. 8 und 19 ff.; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 160 ff.; K. Schmidt AcP 182 (1982), 18 f. Fn. 101 aE; s. ausführlicher hierzu unten Kap. 5.2; offenbar ablehnend: May R&B 2014, 11 (16).

und ihm als verdeckt wirtschaftlicher Verein die Löschung aus dem Vereinsregister droht.¹⁰

2. Hintergrund der restriktiven Rechtsprechung

Die restriktive Rspr. aus Berlin verliert ihr Überraschungsmoment allerdings schnell, wenn man sich vergegenwärtigt, wie sich der Markt für soziale Dienstleistungen in den letzten Jahrzehnten gewandelt hat: Die Rahmenbedingungen, unter denen heutzutage soziale Dienstleistungen erbracht werden, sind mit denen früherer Zeiten nicht mehr zu vergleichen. Soziales Wirken muss sich heute einem zunehmenden Wettbewerb stellen.¹¹ Kindertagesstätten, die noch vor wenigen Jahrzehnten als kleine Elterninitiativen agieren konnten, in denen sich die Eltern gegenseitig und selbstorganisiert bei der Betreuung ihrer Kinder unterstützten, haben sich heute vielfach zu mittelständischen Sozialunternehmen gewandelt, die von ihren Pendanten im gewerblichen Sektor kaum mehr zu unterscheiden sind. Sie betreuen eine Hundertschaft von Kindern, beschäftigen zahlreiche angestellte Erzieherinnen und Erzieher, bedienen sich eines zentralen, straffen Managements und verstehen sich selbst als Dienstleister für ihre Kunden, nämlich die Eltern und Kinder.

Man mag diese zunehmende Ökonomisierung beklagen oder begrüßen – sie ist jedenfalls die Rechtswirklichkeit. Wenn ein Gericht heute über die Eintragung eines sozialunternehmerisch tätigen Vereins entscheiden muss, muss es sich daher dieser veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen bewusst sein, die nicht ohne Auswirkungen auf die Rechtsformwahl bleiben können. Hinzu kommt, dass das Vereinsrecht vom historischen Gesetzgeber für viele der heute existierenden Vereine nicht geschaffen wurde. Heute anzutreffende sozialunternehmerisch tätige Vereine haben – genauso wie Holding- und sonstige Großvereine mit Konzernstrukturen – nichts mehr gemein mit den kleinen „Skat-, Kegel-, Sauf- und Rauchvereinen“¹², die der historische Gesetzgeber des BGB allein im Blick hatte, als er das Vereinsrecht vor über 100 Jahren erschuf.¹³ Von daher ist es wenig verwunderlich, dass das Vereinsrecht zahlreiche Mängel auf-

weist, die anderen handelsrechtlichen Rechtsformen in dieser Weise nicht anhaften. Insbesondere was die Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten angeht, die dem Schutz der Mitglieder, der Gläubiger und der allgemeinen Öffentlichkeit dienen, liegt im Vereinsrecht vieles im Argen, wenn man es – anders als von den Verfassern des BGB beabsichtigt – auf die heutige Vereinslandschaft fern der kleinen, regionalen Vereinigungen anwendet.¹⁴

3. Weitere bedeutende Gerichtsentscheidungen

3.1 Sicherheit für kleine Vereine: Schleswig-Holsteinisches OLG und OLG Stuttgart

Versöhnliche Worte für kleine Kita-Betreiber in der Rechtsform des Vereins hat das Schleswig-Holsteinische OLG in einer viel beachteten Entscheidung gefunden.¹⁵ Das Gericht akzeptierte eine seit knapp 35 Jahren in der Rechtsform des Vereins eingetragene Kindergarten-Elterninitiative als eintragungsfähigen Idealverein. Es stellte dabei unter anderem auf das personalistische Element ab, das das gemeinschaftliche Zusammenwirken der Eltern im Verein prägte und das Gericht zu der Auffassung gelangen ließ, dass der Verein nicht unternehmerisch am (inneren) Markt tätig sei.

An anderer Stelle habe ich bereits auf die teils gravierenden Mängel in der Entscheidungsbegründung hingewiesen.¹⁶ Die Kernaussage, die das Schleswig-Holsteinische OLG trifft, ist aber richtig: Vereine, in denen die Mitglieder eine Aufgabe gemeinsam bewältigen, indem sie sich gegenseitig und selbstorganisiert mit ihren Leistungsbeiträgen unterstützen, können mangels unternehmerischer Betätigung weiterhin als eintragungsfähige Idealvereine sozial wirken und müssen sich nicht nach Rechtsformalternativen umsehen.

Im Ergebnis folgt auch das OLG Stuttgart¹⁷ der Entscheidung aus Schleswig-Holstein. Der Begründungsansatz der Stuttgarter Richter ist freilich ein völlig anderer: Der Senat bejaht nämlich ohne weiteres – an sich ganz auf der Linie des KG Berlin – die unternehmerische Betätigung in Form eines Kitabetriebs, was angesichts der Beschränkung auf nur 15 Kitaplätze und der deswegen nicht fernliegenden personalistischen Prägung des Vereinslebens überrascht. Zum anderen bemüht das OLG Stuttgart das Nebenzweckprivileg und erkennt den Verein (nur) deswegen als Idealverein an, weil der unternehmerische Kitabetrieb dem eigentlichen Ziel der Förderung der Waldorfpädagogik untergeordnet sei und er insoweit lediglich Hilfsmittel zur Erreichung des Zwecks sei.

3.2 Bestandsschutz für Altvereine: OLG Brandenburg

Für seit mehreren Jahren im Vereinsregister eingetragene Träger sozialer Dienstleistungen sind zwei jüngere Entschei-

10 KG Berlin v. 23.6.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683.

11 Vgl. statt aller BFH v. 12.7.2012 – I R 106/10, BStBl. II 2012, 837 = DStR 2012, 1912: „[F]ür die (entgeltliche) Unterbringung von Kindern in Kindergärten und Kindertagesstätten (...) besteht (...) ein (...) wettbewerbsrelevanter ‚Anbieter-‘ wie ‚Nachfragermarkt‘“. AA Schlüter, Unter Beschuss, FAZ v. 4.9.2014 (Fn. 3).

12 Arthur Stadthagen (1857–1917), sozialdemokratischer Reichstagsabgeordneter, zitiert nach Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, 1899, Band I, 995.

13 Die gesetzlichen Grundlagen, dh die §§ 21 und 22 BGB, haben sich hingegen bis heute nicht geändert, vgl. RGrB. 1896, 195 (199). Lediglich die Auslegung der genannten Vorschriften hat sich seitdem weiterentwickelt. Würden früher noch die subjektive (allein der Satzungszweck entscheidet) und die objektive Theorie (allein die Tätigkeit entscheidet) vertreten und entwickelte sich daraus eine gemischt subjektiv-objektive Theorie, die der Frage nachging, ob ein Verein mittels eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs wirtschaftliche Zwecke förderte, verfolgt die heute hM einen typologischen Ansatz, der mehrere Fallgruppen wirtschaftlicher Vereine beschreibt (unternehmerische Betätigung an einem inneren oder äußeren Markt oder Betrieb einer genossenschaftlichen Kooperation), vgl. die Übersicht bei Reuter (Fn. 9), §§ 21, 22 Rn. 5 ff.; sowie bei Schöpflin in BeckOK BGB, Ed. 1.11.2014, § 21 Rn. 91 ff., jeweils mwN.

14 Nicht ohne Grund wird seit Jahren eine Reform des Vereinsrechts angemahnt, vgl. statt aller Segna, Arbeitspapier Nr. 95, „Vereinsrechtsreform“, online unter <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43030117/paper95.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.5.2015).

15 Schleswig-Holsteinisches OLG v. 18.9.2012 – 2 W 152/11, ZStV 2012, 142 = BeckRS 2013, 06920.

16 Vgl. Winheller DStR 2013, 2009.

17 OLG Stuttgart v. 3.12.2014 – 8 W 447/14.

AUFSATZ

dungen des OLG Brandenburg von besonderer Bedeutung: Das OLG stellte für seit ca. 10 bzw. 19 Jahren in das Vereinsregister eingetragene Vereine nämlich auf den Gesichtspunkt des Bestandsschutzes ab.¹⁸ Ob das Vereinsregistergericht einen Verein aus dem Vereinsregister lösche, sei, so das Gericht, gemäß § 395 FamFG eine Ermessensfrage und das öffentliche Interesse an einem korrekt geführten Vereinsregister müsse bei Vereinen, die seit mehreren Jahren beanstandungslos im Register geführt würden, in der Regel hintanstehen.

Mit seiner Entscheidung verlagert das OLG Brandenburg das Problem der Abgrenzung zwischen Idealverein und Wirtschaftsverein also auf die Ebene der Ermessensausübung. Gleichzeitig setzt das Gericht die Hürde für eine Löschung extrem hoch: Nahezu alle professionell geführten Träger sozialer Dienstleistungen dürften beanstandungslos im Register geführt werden. Folgt man der Auffassung des OLG, scheidet eine Löschung von Altvereinen also nahezu immer aus.

4. Wie wird es weitergehen?

4.1 Entscheidung des BGH überfällig?

Den geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen können sich die Gerichte nicht entziehen, weswegen eine Vielzahl weiterer Gerichtsentscheidungen zu erwarten ist. Das dürfte zu einer weiteren Ausdifferenzierung der Rspr. führen. Viele hoffen auch auf eine Entscheidung des BGH – vorzugsweise zu einem Beschluss des KG Berlin.¹⁹ Auch wenn der Wunsch nach höchstrichterlicher Klärung verständlich ist, sind doch erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde zum BGH angebracht. Dass sie bisher nicht zugelassen wurde, hat einen einfachen wie guten Grund: Vorliegend geht es nicht um klärungsbedürftige Rechtsfragen, sondern darum, die tatsächlichen Verhältnisse in jedem Einzelfall sorgfältig zu würdigen. Die Rechtsfrage, wann ein wirtschaftlicher Verein und wann ein Idealverein vorliegt, ist durch die von der hM und Rspr. angewandte Typenlehre²⁰ seit langem beantwortet, auch wenn man einwenden mag, dass der BGH bisher noch keine Gelegenheit hatte, die typologische Herangehensweise vollumfassend als korrekt zu bestätigen.²¹ Wenn es aber nur darum geht, dass

18 OLG Brandenburg v. 4.8.2014 – 7 W 83/14, BeckRS 2014, 22210 (knapp 10 Jahre); sowie v. 8.7.2014 – 7 W 124/13, BeckRS 2014, 18675 (knapp 19 Jahre).

19 S. zB *Judis* im Vorfeld der Paritätischen Fachtagung am 29.11.2013, online unter: http://www.daks-berlin.de/downloads/handout_vereinsrecht_judis.pdf (zuletzt abgerufen am 20.5.2015).

20 S. oben Fn. 13.

21 Lediglich das BVerwG v. 6.11.1997 – 1 C 18/95, BVerwGE 105, 313 = NJW 1998, 1166 hat sich bislang zur Typenlehre bekannt. Der BGH verweist in seinem Urteil v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569 aber immerhin sowohl direkt als auch indirekt über die Inbezugnahme des Urteils des BVerwG v. 24.4.1979 – 1 C 8/74, BVerwGE 58, 26 = NJW 1979, 2261 auf K. Schmidt als den Begründer der Typenlehre. Möglicherweise nimmt der BGH auch die kürzlich eingelegte Rechtsbeschwerde gegen KG Berlin v. 6.1.2015 – 1 W 250-252/14 (BGH: V ZB 19/15) zum Anlass für Ausführungen zur Abgrenzung zwischen Idealverein und Wirtschaftsverein. In der Sache geht es allerdings um eine in diesem Beitrag nicht interessierende Frage (Grundbuchfähigkeit eines nicht rechtsfähigen Wirtschaftsvereins).

die Gerichte die ihnen vorliegenden Sachverhalte korrekt im Lichte der Typenlehre beurteilen und Entscheidungen im Einzelfall treffen, ist dies das klassische Aufgabengebiet der Tatsacheninstanz und einer grundsätzlichen Klärung durch das Rechtsbeschwerdegericht nicht zugänglich.²²

Wahrscheinlicher dürfte es sein, dass die noch ausstehende ADAC-Entscheidung des AG München den Instanzenweg bis hin zum BGH geht – jedenfalls dann, wenn das AG München die auf Tochter- und Enkel Ebene betriebenen Wirtschaftsaktivitäten dem ADAC eV als eigene wirtschaftliche Betätigungen zurechnen sollte. Denn immerhin hatte der BGH bereits 1982 einmal darüber zu befinden gehabt, ob die wirtschaftliche Betätigung einer Tochterkapitalgesellschaft dem Mutterverein zuzurechnen ist.²³ Damals hatte der BGH das noch verneint²⁴, allerdings bezogen auf nur eine einzige Tochter, nämlich die ADAC Verkehrsrechtsschutzversicherung AG. Heute müsste der BGH entscheiden, ob sein damaliges Urteil auch bei einer großen Vielzahl von Tochter- und Enkelkapitalgesellschaften Bestand haben soll.

4.2 Der Ruf nach dem Gesetzgeber

Auch der Ruf nach dem Gesetzgeber ist bereits vielfach ertönt.²⁵ Man darf gespannt sein, ob er erhört wird.²⁶ Ein überstürztes Einschreiten des Gesetzgebers wäre jedenfalls unglücklich – zumindest dann, wenn er eine punktuelle Lösung der als Problem erachteten Nicht-Eintragungsfähigkeit von (gemeinnützigen) Sozialunternehmen allein anstrebte. Würde er bspw. – wie zum Teil gefordert –²⁷ jedem als gemeinnützig anerkannten Verein oder jedem Verein, der einen gemeinnützigen Zweckbetrieb unterhält, die Eintragung als Idealverein gestatten, wäre damit das eigentliche Problem des Vereinsrechts, dass der Verein als eine im hohen Maße intransparente Rechtsform für umfangreiche wirtschaftliche Betätigungen nicht geschaffen ist, nämlich nicht behoben. Ratsam wäre eher eine umfassende Vereinsrechtsreform, die insbesondere zweckbetriebsdominierte Vereine²⁸ sowie Groß- und Holdingvereine in den Blick nimmt und ihnen

22 Vgl. BGH v. 14.11.2012 – IV ZR 219/12, NJW-RR 2013, 404.

23 BGH v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569.

24 BGH (Fn. 23); vorsichtiger aber bereits BGH v. 10.12.2007 – II ZR 239/05, DStR 2008, 363 – vgl. hierzu auch die Anm von *Hüttemann/Meyer* LMK 2008, 256400. Die hL lehnt die Auffassung des BGH ab, s. statt aller *Reuter* (Fn. 9), § 22 Rn. 37 mwN; *Steinbeck/Menke* NJW 1998, 2169 mwN; aA aber *Leuschner* ZIP 2015, 356.

25 So zB der Dachverband der Berliner Kinder- und Schülerläden (DaKS) in einem Positionspapier v. 3.6.2013, online unter <http://www.daks-berlin.de/downloads/vereine-als-kitatraeger-stichpunkte-fuer-bra.pdf>, dort S. 2 (zuletzt abgerufen am 20.5.2015); *Judis* im Vorfeld der Paritätischen Fachtagung am 29.11.2013 (Fn. 19).

26 Eine Grundlage für ein Einschreiten lieferte der aktuelle Koalitionsvertrag der Großen Koalition v. 16.12.2013, 78: „Wir wollen die Gründung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement (zB Dorfäden, Kitas, altersgerechtes Wohnen, Energievorhaben) erleichtern. Für solche Initiativen soll eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung stehen, die unangemessenen Aufwand und Bürokratie vermeidet.“

27 So zB *Sträßer*, Manuskript seines Referats v. 14.7.2013, 3, online unter: <http://www.daks-berlin.de/downloads/bedrohung-der-rechtsformverein.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.5.2015). S. auch *Judis* im Vorfeld der Paritätischen Fachtagung am 29.11.2013 (Fn. 19).

28 S. zu „zweckbetriebsdominierten Vereinen“ *Winheller* DStR 2012, 1562.

AUFSATZ

verstärkte Publizitätspflichten auferlegt. So ließe es sich rechtfertigen, Sozialunternehmen und große Verbände weiterhin in der Rechtsform des eV gewähren zu lassen.

Mit diesem Schritt würde der Gesetzgeber aber gleichzeitig die für (sozial-)wirtschaftliche Betätigungen geschaffenen Rechtsformen der gGmbH, gUG und der gemeinnützigen Genossenschaft schwächen. Insbesondere die Existenz der Genossenschaft stünde dann auf dem Spiel. Für sie gäbe es, wenn auch Vereine unbegrenzt wirtschaftlich agieren dürften, kaum mehr Bedarf in der Rechtspraxis. Dessen sollte sich der Gesetzgeber bewusst sein. Dies gilt umso mehr, als er erst kürzlich eine Diskussion über die Stärkung der Rechtsform der Genossenschaft durch die mögliche Einführung einer „kleinen Genossenschaft“ angestoßen hat und diesen Weg nun nur konsequent weiter beschreiten müsste.²⁹ Täte er das, bedürfte es einer Zulassung umfassender (sozial-)wirtschaftlicher Aktivitäten im Idealverein nicht.

5. Handlungsempfehlungen für Träger

Vor dem Hintergrund der geschilderten Ausgangslage hängen die Handlungsempfehlungen für betroffene Träger im Wesentlichen davon ab, wie der jeweilige Verein aufgestellt ist.

5.1 Kleine personalistisch geprägte Vereine

Personalistisch geprägte Vereine können sich weiterhin als Idealvereine organisieren, selbst dann, wenn sie ausschließlich einen gemeinnützigkeitsrechtlichen Zweckbetrieb, zB eine Schule oder eine Kita, betreiben.³⁰ Stützen können sich solche Vereine auf die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG und selbst auf die Registergerichtspraxis in Berlin, wonach Elterninitiativ-Kitas wie gehabt eintragungsfähig sind. Die Entscheidung des OLG Stuttgart, wonach es sich auch bei einer nur 15 Plätze großen Kita um eine unternehmerische Betätigung handeln soll, steht dem zwar auf den ersten Blick entgegen. Da sich die Entscheidung mit keinem Wort zu der Art und Weise des Engagements der Eltern äußert, wird man aber davon ausgehen dürfen, dass der Entscheidung entweder ein Ausnahmefall zugrunde lag, in dem sich die Eltern trotz der kleinen Platzzahl nicht aktiv im Verein engagierten, oder aber, dass das OLG schlicht übersehen hat, dass es die Frage des Elternengagements hätte prüfen müssen, bevor es sich dem Neben Zweckprivileg zuwendet.

Die personalistische Prägung sollte sowohl tatsächlich gelebt als auch entsprechend in den Vereinsstatuten verankert werden. Folgende Satzungsregelungen bieten sich zur Untermuerung einer selbstorganisierten Vereinsarbeit an:³¹

- Hohe Mehrheitserfordernisse für Satzungsänderungen und Zweckänderungen
- Auch im Übrigen umfassende Zuständigkeiten der Mitgliederversammlung
- Satzungsmäßige Verpflichtung der Mitglieder, Arbeitsleistungen zu erbringen unter Vermeidung des in der Praxis häufig anzutreffenden „Ablasshandels“ (Geld statt Arbeitsleistungen)
- Satzungsmäßige Verankerung gemeinsamer Überzeugungen/Werte (zB Erziehungsmethoden)
- Aufnahmestopp bei Erreichen einer gewisser Anzahl von Kindern/Schülern etc.³²

5.2 Große Sozialverbände mit einer großen ideellen Sphäre

Sozialverbände mit einer großen ideellen Sphäre, die sie prägt, haben nichts zu befürchten; auch sie sind in der Rechtsform des Idealvereins richtig aufgehoben. Sie können sich auf das Neben Zweckprivileg stützen, wonach es auch einem Idealverein gestattet ist, sich unternehmerisch zu betätigen, soweit es sich lediglich um eine untergeordnete, den ideellen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung handelt.³³

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Zweckbetriebs- und die sonstigen wirtschaftlichen Betätigungen noch dienenden Charakter haben, ist allerdings Vorsicht geboten. Zumindest die meisten Zweckbetriebe dienen nämlich definitionsgemäß dem ideellen Zweck des Vereins. Damit könnten Zweckbetriebe in beliebigem Umfang unterhalten werden, ohne dass der Verein gegen das Neben Zweckprivileg verstoßen würde. Das kann nicht richtig sein, was auch das KG Berlin so sieht: Da auch Zweckbetriebsaktivitäten (sozial-)wirtschaftlicher Natur sind, können mit ihnen Risiken für Gläubiger, Mitglieder und die Öffentlichkeit einhergehen. Der Idealverein ist für derlei Betätigungen als Rechtsform daher nicht geeignet. Dass das Neben Zweckprivileg sie nicht ausscheidet, liegt daran, dass der Begriff „Neben Zweckbetrieb“ schon im Ansatz missverständlich bzw. ungenau ist. Wie gerade gesehen, geht es letztlich nicht darum, ob die wirtschaftlichen Betätigungen dem Zweck des Vereins dienen und diesem funktional untergeordnet sind.³⁴ Entscheidend ist vielmehr, ob die wirtschaftlichen Betätigungen den *ideellen Aktivitäten* untergeordnet sind, dh „ob das geschäftliche oder das ideelle Tätigkeitsfeld dem Verein das Gepräge gibt“³⁵. Das sog „Neben Zweckprivileg“

29 Vgl. Referentenentwurf des BMJ eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft und zum weiteren Bürokratieabbau bei Genossenschaften v. 8.3.2013.

30 S. die Broschüre des Paritätischen Brandenburg, die zahlreiche Argumentationshilfen enthält, Fn. 3.

31 Der DaKS (vgl. Fn. 25) hat eine Mustersatzung entworfen und mit dem Vereinsregistergericht Berlin-Charlottenburg abgestimmt. S. unter <http://www.daks-berlin.de/information/aktuelles/vereinsrecht/index.html> (abgerufen zuletzt am 20.5.2015). Vgl. auch die Gestaltungshinweise bei Eichholz R&B 2014, 6.

32 Bei bis zu 20 betreuten Kindern kann man mE unproblematisch von einer echten Elterninitiative sprechen; so im Ergebnis (allerdings mit anderer Begründung) auch OLG Stuttgart v. 3.12.2014 – 8 W 447/14. Werden mehr als 20 Kinder betreut, sollte besondere Sorgfalt auf die Herausarbeitung und Dokumentation des personalistischen Elements gelegt werden.

33 BGH v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569 mwN.

34 So aber offensichtlich OLG Stuttgart v. 3.12.2014 – 8 W 447/14, das nicht detailliert genug herausarbeitet, welcher Art die ideellen Betätigungen des Vereins sind und welchen Umfang sie neben dem Kita-Betrieb einnehmen.

35 Reuter (Fn. 9), § 22 Rn. 8 mwN.

ist daher richtigerweise als „Nebentätigkeitsprivileg“ zu verstehen.³⁶

Dass es nicht auf die dienende Funktion der wirtschaftlichen Betätigungen in Bezug auf den Zweck des Vereins ankommen kann, ist übrigens auch schon deswegen einleuchtend, weil jede Wirtschaftsbetätigung, die die ideelle Sphäre des Vereins finanziert, dem Vereinszweck dient. Gewinnt eine solche wirtschaftliche Betätigung Überhand, ist der Verein nach hM gleichwohl wirtschaftlicher Verein. Umgekehrt darf ein Verein selbstverständlich auch wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten, die keinerlei inhaltlichen Bezug zum Vereinszweck haben und Letzteren lediglich finanzieren, solange es sich bei ihnen um reine Nebentätigkeiten handelt.³⁷

Sozialverbände müssen daher Obacht geben, dass sie sich wegen ihrer umfangreichen Zweckbetriebsaktivitäten nicht fälschlicherweise in Sicherheit wähnen. Nach dem oben Gesagten wird man nämlich spätestens dann einen Verstoß gegen das Nebentätigkeitsprivileg annehmen müssen, wenn die Zweckbetriebe dem Sozialverband unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (Umsatz, Personaleinsatz, Zeiteinsatz, Außenwirkung, mit der Betätigung verbundene Risiken etc.) „das Gepräge geben“ und ihn so dominieren, dass er von außen im Wesentlichen als Betreiber seiner sozialen Wirtschaftsbetriebe/Zweckbetriebe wahrgenommen wird und sein durch Spenden und echte Mitgliedsbeiträge finanziertes soziales Wirken dagegen in den Hintergrund tritt.³⁸

5.3 Kleine und große zweckbetriebsdominierte Vereine und Sozialverbände

Der eine oder andere Sozialverband wird sich, wenn er seine Zweckbetriebsaktivitäten ins Verhältnis zu seinen rein ideellen Aktivitäten setzt, der Gefahr ausgesetzt sehen, dass er von seinen Zweckbetrieben dominiert wird und damit der oben dargestellten Kategorie 2 entwachsen ist. Ihm droht dann, genauso wie kleineren nicht personalistisch geprägten Trägern, der Vorwurf der Rechtsformverfehlung.

Solch zweckbetriebsdominierte Einrichtungen können regelmäßig auf zwei Arten reagieren, sofern es sich bei ihnen nicht um „Altvereine“ handelt, die schon seit längerem im Vereinsregister eingetragen sind.³⁹

5.3.1 Stärkung der ideellen Sphäre

Denkbar ist zunächst, dass der Träger seine ideelle Sphäre nachhaltig stärkt, indem er bspw. vermehrt auf Spendenbasis oder durch echte Mitgliedsbeiträge oder echte Zuschüsse finanzierte Aktivitäten entfaltet, und ggf. gleichzeitig seine Zweckbetriebsaktivitäten reduziert und sich sodann auf das

Nebentätigkeitsprivileg stützt. Einrichtungen, deren Geschäftsmodell einzig und allein auf dem Betrieb einer Kita oder einer Schule oä aufbaut, werden hiermit in der Regel aber keinen Erfolg haben. Selbst für die großen Sozialverbände wird eine solche Neugewichtung der Aktivitäten nur nach sorgfältiger und langfristiger Planung und einer ebenso sorgfältigen und peniblen Umsetzung gelingen.

5.3.2 Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung

Alternativ kann der Träger eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung unter Einsatz einer anderen Rechtsform (gGmbH, gUG, Genossenschaft) erwägen. Hierfür bieten sich umwandlungsrechtlich regelmäßig drei Gestaltungsvarianten an: der Formwechsel in eine gGmbH oder eine gemeinnützige Genossenschaft (sogleich unter Punkt 5.3.2.1), die Ausgliederung eines Zweckbetriebs auf eine Tochter-Kapitalgesellschaft (im Folgenden unter Punkt 5.3.2.2) sowie die Abspaltung eines Zweckbetriebs auf eine gemeinnützige Genossenschaft (im Folgenden unter Punkt 5.3.2.3).

5.3.2.1 Formwechsel in gGmbH oder gemeinnützige Genossenschaft

Die wohl charmanteste Umwandlungsform, die das UmwG zur Verfügung stellt, ist der Formwechsel gemäß §§ 190, 272 ff. UmwG. Er setzt grundsätzlich einen mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Mitgliederstimmen herbeizuführenden und notariell zu beurkundenden Umwandlungsbeschluss voraus⁴⁰ und ermöglicht es, dass ein gemeinnütziger Verein unter Beibehaltung seiner rechtlichen Identität bei wirtschaftlicher Kontinuität lediglich sein „Rechtskleid“ wechselt und fortan als gGmbH oder als gemeinnützige⁴¹ Genossenschaft existiert. Sämtliche Rechtsbeziehungen zwischen dem Verein und Dritten (Bank, Vermieter, Dienstleister etc) bleiben erhalten. Gleiches gilt für das Vereinsvermögen, das zum Gesellschafts- bzw. Genossenschaftsvermögen wird, und für den Mitgliederbestand: die Mitglieder werden zu Gesellschaftern der gGmbH bzw. Genossen/Mitgliedern der Genossenschaft.

Auch in steuerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Hinsicht ist der Formwechsel unproblematisch: Die Buchwerte werden fortgeführt, eine Aufdeckung stiller Reserven erfolgt nicht. Mangels Vermögensübertragung von einem auf einen anderen Rechtsträger fällt auch keine Grunderwerbsteuer auf möglicherweise im Vermögen befindliche Immobilien an; der Formwechsel ist auch kein schenkungsteuerlicher Vorgang.⁴² Mangels Übergangs auf einen anderen Rechtsträger fehlt es schließlich auch an den Voraussetzungen eines Betriebsübergangs iSd § 613a BGB.⁴³

36 Vgl. Reuter (Fn. 9), § 22 Rn. 8, 19 ff.; so zuletzt auch Leuschner ZIP 2015, 356 und Schacherbauer SpuRt 2014, 143.

37 Vgl. Reuter (Fn. 9), § 22 Rn. 19: „[Es spielt keine Rolle,] ob ein Sportverein in Nebentätigkeit ein Fitnesscenter oder ein (zB von einem treuen Anhänger geerbtes) Blumengeschäft unterhält“. AA wohl Leuschner ZIP 2015, 356.

38 So auch Reuter (Fn. 9), § 22 Rn. 19: „Wenn das Deutsche Rote Kreuz sich auf die entgeltliche Krankenbehandlung in Krankenhäusern, auf Krankentransporte und Rettungsdienste zurückzieht, so dass nicht mehr der uneigennützig Einsatz für Menschen in Not, sondern die Vermarktung humanitärer Dienstleistungen sein Erscheinungsbild bestimmt, dann wird es zum wirtschaftlichen Verein“.

39 S. hierzu im Folgenden Kap. 5.4.

40 In gewissen Fällen ist eine noch größere Mehrheit erforderlich, vgl. § 275 UmwG. Ist mit dem Formwechsel eine Zweckänderung verbunden, bedarf es nach hM sogar der Einstimmigkeit aller Mitglieder, auch der in der Mitgliederversammlung nicht anwesenden, vgl. Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 6. Aufl. 2013, UmwG § 275 Rz. 2 mwN; Katschinski in Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 275 Rn. 4 mwN; aA, sofern in der Satzung ein abweichendes Mehrheitsfordernis vorgesehen ist, Vossius in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: Jan. 2010, UmwG § 275 Rn. 5.

41 Sofern die Genossenschaft die Vorgaben der §§ 51 ff. AO beachtet, kann sie steuerbegünstigt sein. Daher nicht richtig May R&B 2014, 11.

42 Vgl. BFH v. 14.2.2007 – II R. 66/05, DStRE 2007, 1114.

43 Vgl. Gussen in BeckOK BGB, Ed. 1.12.2014, § 613a Rn. 47.

AUFSATZ

Knackpunkt eines Formwechsels ist in der Praxis regelmäßig die Frage, ob die Mitglieder tatsächlich Gesellschafter einer gGmbH oder Mitglieder einer gemeinnützigen Genossenschaft werden wollen oder sollen. Die Antwort auf diese Frage stellt dann meist auch automatisch die Weichen in Bezug auf die zu wählende Zielrechtsform: Typischerweise werden Vereine, in denen sich die Mitglieder aktiv engagieren, in die gemeinnützige Genossenschaft formwechseln und sämtliche Mitglieder „mitnehmen“.⁴⁴ Gleiches dürfte regelmäßig den großen Sozialverbänden zu raten sein, deren Wirken von einer großen Mitgliederbasis getragen wird.⁴⁵ Vereine hingegen, die sich schon bisher eher als Dienstleister für ihre Mitglieder, dh Kunden, verstehen und deren Mitglieder sich daher nicht persönlich in die Vereinsarbeit einbringen, wählen als Zielrechtsträger eines Formwechsels eher die gemeinnützige GmbH. Da die Mitglieder meist kein Interesse an einer Gesellschafterstellung haben, treten sie im Vorfeld einer formwechselnden Umwandlung aus dem Verein aus, so dass nur noch wenige – wegen § 73 BGB mindestens aber drei – Mitglieder verbleiben, die dann den Formwechsel vollziehen und, sofern sie sich nicht zum Ausscheiden entschließen, zu Gesellschaftern der gGmbH werden.⁴⁶ Ihre sozialen Dienstleistungen erbringt die gGmbH sodann auf Grundlage der zwischen ihr und den Kunden zu schließenden vertraglichen Vereinbarungen (zB Kita-Betreuungsvertrag).

5.3.2.2 Ausgliederung eines Zweckbetriebs auf Tochter-gGmbH oder Tochter-gAG

Vielfach ist gewünscht, dass der Verein – anders als beim Formwechsel – fortexistiert. In diesem Fall bietet es sich an, den oder die Zweckbetriebe auf eine oder mehrere Töchter in der Weise auszugliedern, dass der Verein (einziger) Gesellschafter der Töchter wird. Als Tochtergesellschaften in Frage kommen dabei letztlich nur die gGmbH und die gemeinnützige AG. Die Genossenschaft ist, da sie – wie der Verein – eine Körperschaft ist, die auf der demokratischen Teilhabe ihrer Mitglieder beruht, für Ausgliederungsfälle, in denen der Verein einziger Gesellschafter wird, nicht geeignet.⁴⁷

Die Ausgliederung erfolgt häufig im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 123 Abs. 3 UmwG: Sämtliche mit dem Zweckbetrieb zusammenhängenden Forderungen,

Verbindlichkeiten und Vermögensgegenstände gehen dann durch einen einzigen Rechtsakt auf die Tochter über und der Verein erhält im Gegenzug 100 % der Geschäftsanteile an der Tochter.⁴⁸ Alternativ ist auch eine Übertragung und Abtretung der relevanten Forderungen, Verbindlichkeiten und Vermögensgegenstände auf die Tochter im Wege der Einzelrechtsnachfolge nach den jeweils einschlägigen Bestimmungen des BGB möglich.⁴⁹ Wesentlicher Unterschied der beiden Wege ist die Notwendigkeit der Genehmigung der Drittgläubiger im Fall der Schuldübernahme gemäß § 415 BGB durch Einzelrechtsnachfolge, wohingegen im Fall der Gesamtrechtsnachfolge Drittgläubiger keine Möglichkeit haben, dem Übergang zu widersprechen, sondern gemäß § 125 iVm § 22 UmwG im Einzelfall lediglich Sicherheitsleistung verlangen können. Ist zu erwarten, dass Drittgläubiger dem Übergang von Verträgen auf die Tochtergesellschaft ablehnend gegenüberstehen, wird die Wahl des Vereins daher in der Regel auf die Ausgliederung nach dem UmwG (Gesamtrechtsnachfolge) fallen.

In ertragsteuerlicher Hinsicht unterscheiden sich die beiden Wege hingegen nicht: Die Ertragsteuerbefreiung des Vereins in Bezug auf den Zweckbetrieb führt so oder so dazu, dass eine mögliche Realisierung stiller Reserven durch die Ausgliederung keine nachteiligen steuerlichen Konsequenzen hat.⁵⁰ Auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht gibt es einen Gleichlauf beider Ausgliederungswege: In beiden Fällen sind die Regelungen zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB zu beachten.

Obleich sich die Ausgliederung von Zweckbetrieben damit technisch vergleichsweise einfach darstellen lässt, sind Ausgliederungen fehleranfällig. Insbesondere folgende Gesichtspunkte sind zu beachten:

1. Der Verein muss nach der Ausgliederung des Zweckbetriebs weiterhin gemeinnützige Zwecke verfolgen, wenn er gemeinnützig bleiben möchte. Wichtig ist das vor allem in den Fällen, in denen ein Verein im Wesentlichen nur aus einem Zweckbetrieb bestand. Die Ausgliederung beraubt ihn dann seiner gemeinnützigen Grundlage. Seine Gemeinnützigkeit kann er nur erhalten, wenn er sich einen anderen gemeinnützigen Zweck gibt, den er künftig verfolgt. Vielfach bietet es sich an, den Verein als Förderverein auszugestalten, so dass sich sein Zweck und sein Wirken künftig darauf beschränken, die ausgegliederte Tochtergesellschaft gemäß § 58 Nr. 1 AO zu unterstützen. Derlei Zweckänderungen bedürfen aber regelmäßig eines einstimmigen Beschlusses der Mitgliederversammlung, wobei auch die nicht anwesenden Mitglieder zustimmen müssen.⁵¹ Das führt vor allem bei einer gro-

44 Im Fall gestufter Mehrfachmitgliedschaften sind aber ggf. besondere rechtliche Maßnahmen zu ergreifen, vgl. den Hinweis bei *Leuschner ZIP* 2015, 356.

45 Dass eine Genossenschaft als Alternative zum Verein in Frage kommt und nicht per se „zu schwerfällig“ ist, hat bereits BVerwG v. 24.4.1979 – 1 C 8/74, BVerwGE 58, 26 = NJW 1979, 2261 begründet.

46 Vorteil einer kleinen den Formwechsel beschließenden Mitgliederzahl ist ferner, dass die Mitglieder gemäß § 192 Abs. 2 UmwG geschlossen auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts verzichten können – das spart Kosten und vereinfacht das Verfahren.

47 Die Genossenschaft hat gemäß § 4 GenG mindestens drei Mitglieder.

48 Erforderlich ist hierfür in der Regel mindestens eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen der Mitglieder, vgl. § 125 UmwG iVm § 103 UmwG. Sofern mit der Ausgliederung eine Zweckänderung beim Verein einhergeht, verlangt § 275 Abs. 1 UmwG analog iVm § 33 Abs. 1 S. 2 BGB sogar eine einstimmige Beschlussfassung aller Mitglieder, auch der nicht anwesenden, vgl. *Katschinski* (Fn. 40), § 103 Rn. 15 ff. sowie bereits oben Fn. 40. Der Beschluss ist gemäß § 125 iVm § 13 Abs. 3 UmwG notariell zu beurkunden.

49 §§ 398, 414 ff., 929 ff. BGB. Handelt es sich bei dem auszugliedern den Zweckbetrieb um einen wesentlichen Teil des Vereinsvermögens, bedarf die Ausgliederung einer ¾-Mehrheit der abgegebenen Stimmen, vgl. BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, NJW 1982, 1703 („Holzmüller“); v. 26.4.2004 – II ZR 154/02, NZG 2004, 575 („Gelatine I“); v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, DStR 2004, 922 („Gelatine II“). Bei einer Zweckänderung gilt § 33 Abs. 1 S. 2 BGB (Einstimmigkeit aller Mitglieder), sofern die Satzung keine geringere Mehrheit genügen lässt.

50 Ob die §§ 20 ff. UmwStG Anwendung finden, ist umstritten. Dagegen zB *Orth DB* 2007, 419.

51 S. hierzu schon Fn. 48 und 49.

AUFSATZ

- ßen Mitgliederzahl nicht selten zum Scheitern einer Ausgliederung.
2. Auch die Gemeinnützigkeit der Tochtergesellschaft kann Probleme aufwerfen: Der Verein muss darauf achten, dass der Betrieb im Zuge der Ausgliederung seine Eigenschaft als Zweckbetrieb nicht verliert. Ein Labor ist zB als unselbständiger Teil eines Krankenhaus-Zweckbetriebs von Letzterem mitumfasst; wird das Labor aber auf eine eigenständige GmbH ausgegliedert, ist dieser Labor-GmbH die Eigenschaft als Zweckbetrieb bzw. die Gemeinnützigkeit nicht zuzuerkennen.⁵²
 3. Sofern ein Grundstück zum ausgliedernden Zweckbetrieb zählt, bietet es sich zur Vermeidung einer Grunderwerbsteuerbelastung in der Regel an, auf eine Übertragung des Grundstücks zu verzichten und das Grundstück stattdessen an die Tochter zu verpachten; zu einer steuerlich nachteiligen Betriebsaufspaltung führt dies nicht.⁵³ Alternativ kann wegen § 3 Nr. 2 GrEStG auch eine Schenkung des unbelasteten Grundstücks unter Berücksichtigung des § 58 Nr. 1 bis 3 AO in Betracht kommen. Schließlich kann die Privilegierungsregelung für Umstrukturierungen im Konzern gemäß § 6a GrEStG Anwendung finden – jedenfalls dann, wenn die Tochtergesellschaft bereits vor der Ausgliederung existierte.⁵⁴
 4. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des KG Berlin v. 23.6.2014⁵⁵ und der ausstehenden Entscheidung des AG München in Sachen ADAC⁵⁶ und der möglichen vereinsrechtlichen Zurechnung wirtschaftlicher Aktivitäten der Tochter an den Mutterverein sollte der Verein darauf verzichten, Einfluss auf die laufende Geschäftsführung der Tochter zu nehmen. Eine Personalunion zwischen dem Vereinsvorstand auf der einen Seite und der Geschäftsführung der Tochter auf der anderen Seite sollte daher vermieden werden – ggf. auch unter Inkaufnahme der steuerlichen Folge, dass eine umsatzsteuerliche Organschaft dann nicht darstellbar sein wird. Schon auf gesellschaftsrechtlicher Ebene lässt sich die entsprechende Einflussnahme übrigens durch die Wahl der gemeinnützigen AG als Tochter verhindern. Der Vorstand einer AG agiert – anders als der Geschäftsführer einer GmbH – gemäß § 76 Abs. 1 AktG nämlich stets weisungsfrei.⁵⁷

5.3.2.3 Abspaltung eines Zweckbetriebs auf eine gemeinnützige Genossenschaft

Sollen die sozialen Dienstleistungen künftig durch eine geeignetere Rechtsform erbracht werden und der Verein gleichwohl fortbestehen, kann sich schließlich noch die Abspaltung des Zweckbetriebs vom Verein auf eine gemeinnüt-

zige Genossenschaft gemäß § 123 Abs. 2 UmwG anbieten. Im Unterschied zur Ausgliederung eines Zweckbetriebs auf eine Kapitalgesellschaft ist im Fall einer Abspaltung nicht der Verein an der neuen Gesellschaft beteiligt; stattdessen sind es die Mitglieder des Vereins, die nach erfolgter Abspaltung zusätzlich Mitglieder des neuen Rechtsträgers werden. Eine solche Abspaltung bietet sich immer dann an, wenn der sozialunternehmerische Betrieb durch eine engagierte Mitarbeit der Mitglieder geprägt ist, so dass sich als Zielrechtsform letztlich nur die Genossenschaft als geeignete Rechtsform aufdrängt und nicht etwa die GmbH oder die AG. Im Ergebnis existieren dann sowohl der Verein als auch die gemeinnützige Genossenschaft, die den Zweckbetrieb fortführt. An beiden Rechtsträgern sind die Mitglieder beteiligt.

Auch die Abspaltung ist – wie schon die Ausgliederung – wegen des Gemeinnützigkeitsstatus des Vereins und ungeachtet möglicher umwandlungssteuerrechtlicher Regelungen⁵⁸ ertragsteuerneutral. Sie erfolgt im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge und bedarf einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Vereinsmitglieder.⁵⁹ Wie schon im Fall der Ausgliederung ist auch im Fall der Abspaltung darauf zu achten, dass der Zweckbetrieb auch in der neuen Rechtsform seine Qualifikation als Zweckbetrieb beibehält und dass der Verein, will er gemeinnützig bleiben, weiterhin gemeinnützige Zwecke verfolgt. Häufig wird das erreicht, indem der Verein die gemeinnützige Genossenschaft künftig als Förderverein unterstützt.⁶⁰ Zur Vermeidung einer möglichen Grunderwerbsteuerbelastung bieten sich schließlich das bereits oben skizzierte Pachtmodell oder aber die Schenkungslösung unter Berücksichtigung des § 58 Nr. 1 bis 3 AO an.⁶¹ § 6a GrEStG ist hingegen im Fall der Abspaltung mangels eines herrschenden und eines abhängigen Unternehmens nicht einschlägig. Arbeitsrechtlich sind die Regelungen zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB zu beachten.

5.4 Altvereine

Das OLG Brandenburg gewährt mit seinen Entscheidungen v. 8.7. und 4.8.2014⁶² seit mehreren Jahren beanstandungslos im Vereinsregister eingetragenen Vereinen Bestandsschutz. Da vermutlich nahezu alle am Markt aktiven Träger sozialer Dienstleistungen für sich in Anspruch nehmen können, bislang ohne Fehl und Tadel im Vereinsregister geführt worden zu sein, insbesondere notwendige Registereintragungen stets zeitnah veranlasst zu haben, dürfte das Risiko der Löschung aus dem Register für bereits seit längerem eingetragene Trägervereine gebannt sein, sollten die Entscheidungen des OLG auch andernorts Nachahmer finden. Da die Entscheidungen gewisse Angriffspunkte bieten, sind betroffene Vereine allerdings gut beraten, sich nicht blind auf sie zu verlassen.⁶³ Stattdessen dürfte es Ausfluss kluger Verbandsführung sein, sich im Zweifel wie ein

52 Vgl. BFH v. 6.2.2013 – I R 59/11, DStR 2013, 1427 (keine Gemeinnützigkeit wegen Verstoßes gegen das Unmittelbarkeitsgebot gemäß § 57 AO).

53 S. AEAO Nr. 3 S. 8 und 9 zu § 64 AO.

54 § 6a GrEStG befreit nicht von der Steuer, wenn der Verbund von herrschendem und abhängigem Unternehmen erst durch die Ausgliederung begründet wird, vgl. den gleichl. Erl. der Obersten Finanzbehörden der Länder v. 19.6.2012, DStR 2012, 1556 Tz. 2.1.

55 KG Berlin v. 23.6.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683.

56 S. unten Kap. 5.6.

57 S. hierzu auch unten Kap. 5.6.

58 Vgl. § 15 UmwStG.

59 Es gelten die Ausführungen in Fn. 48 entsprechend.

60 S. im Einzelnen bereits oben Kap. 5.3.2.2.

61 S. ebenfalls bereits oben Kap. 5.3.2.2.

62 Vgl. Fn. 18.

63 Das Urteil des OLG Brandenburg v. 4.8.2014 – 7 W 83/14, BeckRS 2014, 22210 ebenfalls ablehnend: *Leischnier* ZIP 2015, 356.

AUFSATZ

neu gegründeter Verein entsprechend den in Kap. 5.3 und 5.5 dargestellten Handlungsmöglichkeiten rechtlich zu positionieren.

Zum einen ist nämlich erstaunlich, dass sich das OLG Brandenburg in einer seiner beiden Entscheidungen mit der Vorfrage, ob es sich bei dem betreffenden Kita-Verein überhaupt um einen wirtschaftlichen Verein handelte, gar nicht beschäftigt und stattdessen allein auf die dem Vereinsregistergericht angeblich obliegende Ermessensentscheidung, ob der Verein zu löschen war oder nicht, abstellt.⁶⁴ Dabei ist eine solche Ermessensentscheidung überhaupt nur im Fall eines wirtschaftlichen Vereins erforderlich. Davon abgesehen setzt eine tragfähige Ermessensausübung und Abwägung der unterschiedlichen Positionen (Vor- und Nachteile einer Löschung für den Verein einerseits und die Öffentlichkeit andererseits) denklösig voraus, dass der Sachverhalt, über den zu entscheiden ist, zunächst möglichst vollständig aufgeklärt wurde. Nicht ohne Grund verlangt § 26 FamFG, dass das Gericht „von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen“ hat.⁶⁵ Dazu zählt neben der Frage, ob es sich offenkundig um einen verdeckt wirtschaftlichen Verein handelt, selbstverständlich auch, ob ein Rechtsformwechsel einfach oder nur unter außerordentlichen Anstrengungen möglich wäre. Für die Ermessensausübung ebenfalls von Relevanz ist die Frage, seit wann der Verein rein faktisch die Schwelle zum wirtschaftlichen Verein überschritten hat; entscheidend ist also nicht, dass bereits viele Jahre seit der Eintragung der Neugründung vergangen sind, sondern die Frage, wie viele Jahre seit dem Zeitpunkt ins Land gezogen sind, zu dem der Verein erstmals zum verdeckt wirtschaftlichen Verein wurde. Antworten auf all diese Fragen bleibt das OLG Brandenburg schuldig.

Zum anderen ist es zwar in der Tat noch hM, dass es im Ermessen des Vereinsregistergerichts liegt, ob es einen Verein aus dem Register löscht.⁶⁶ Richtig dürfte das gleichwohl nicht sein. Zum alten § 43 Abs. 2 BGB hatte das Bundesverwaltungsgericht nämlich in seinem Scientology-Urteil entschieden, dass ein Verein keinen Anspruch auf Wahrung seines Rechtsformbesitzes hat und das Ermessen im Fall einer Rechtsformverfehlung grundsätzlich auf Null reduziert ist.⁶⁷ Vieles spricht dafür, dass dies auch heute unverändert für § 395 FamFG gilt.⁶⁸ Nur in Ausnahmefällen sollte es zulässig sein, einen Rechtsbruch in Form einer fehlerhaften Eintragung zu legalisieren und damit in Kauf zu nehmen, dass das öffentliche Vereinsregister falsch ist. Das gilt umso mehr, als ein Verein in aller Regel durch die Androhung der Löschung nicht in seiner Existenz gefährdet sein wird; ihm stehen geeignete Rechtsformalternativen für den Betrieb eines (Sozial-)Unternehmens zur Verfügung, derer er sich unter vertretbarem Aufwand bedienen kann.⁶⁹

Für das vom OLG Brandenburg bemühte Vertrauensschutzargument bliebe dann nur noch in zwei Fällen Raum: Zum einen dann, wenn eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung aus besonderen Gründen einmal unzumutbar oder unmöglich ist⁷⁰, zB weil ihr zwingende Satzungsvorgaben entgegenstehen.⁷¹ Zum anderen hindert der Vertrauensschutz das Vereinsregistergericht daran, unangemessen kurze Fristen zu setzen und übereilt die Löschung zu bewirken; stattdessen hat es dem Altverein ausreichend Zeit für eine Reaktion einzuräumen.

5.5 Junge Vereine und Neugründungen

Ob Neugründungen und erst kürzlich eingetragene Vereine mit einer Zurückweisung der Eintragung bzw. einer Löschankeündigung rechnen müssen, hängt maßgeblich von der Haltung des jeweiligen zuständigen Vereinsregistergerichts ab. Liegt der Vereinssitz im Zuständigkeitsbereich des KG Berlin, wird sich der Verein an der restriktiven Rspr. des KG Berlin orientieren und sich, wenn er sich nicht auf das Nebentätigkeitsprivileg berufen kann, um eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung bzw. eine andere Rechtsform bemühen müssen. Jungen Vereinen und Neugründungen außerhalb Berlins fehlt es hingegen an jedweder Orientierung. Während man aus dem einen oder anderen Vereinsregistergericht ähnliche Positionen vernimmt, wie sie das KG Berlin vertritt⁷², haben andere Vereinsregister das Problem der Rechtsformverfehlung noch nicht einmal als ein solches identifiziert.⁷³

Jedenfalls ist in den letzten Monaten das Risiko deutlich gestiegen, in Diskussionen mit dem Vereinsregistergericht über eine mögliche Rechtsformverfehlung eintreten zu müssen. Nicht zu unterschätzen ist dabei das Engagement der örtlichen IHKs, die sich nicht mehr nur um die Löschung klassisch gewerblich-wirtschaftlicher Vereine bemühen, sondern mittlerweile auch gemeinnützige Unternehmungen in Vereinsrechtsform ins Visier nehmen.⁷⁴

Die Zurückweisung der Eintragung durch das Vereinsregistergericht oder die Löschankeündigung sollten in jedem Fall als ernstzunehmender Warnschuss verstanden und zum Anlass genommen werden, über Rechtsformalternativen nachzudenken. Ist der Verein hingegen davon überzeugt, Idealverein zu sein, ist viel Sorgfalt auf die Stellungnahmen gegenüber dem Vereinsregister zu legen. Die Erfahrung zeigt, dass mit der entsprechenden Aufbereitung und Präsentation der Argumente das Blatt häufig noch gewendet werden kann – wenn nicht bereits im Zuge des Verfahrens zur Eintragung des Vereins bzw. im Widerspruchsverfahren

64 Vgl. OLG Brandenburg v. 4.8.2014 – 7 W 83/14, BeckRS 2014, 22210.

65 S. auch *Krafka* in MüKoFamFG, 2. Aufl. 2013, § 395 Rn. 12.

66 S. statt aller *Krafka* (Fn. 65), § 395 Rn. 12.

67 BVerwG v. 6.11.1997 – 1 C 18/95, NJW 1998, 1166.

68 So auch *Rücker*, Die Vereinsklassenabgrenzung, 2012, 112 ff. mwN.

69 S. hierzu bereits Kap. 5.3.2.

70 Aber „[n]icht schon jede Unbequemlichkeit [ist] unzumutbar“, s. BVerwG v. 24.4.1979 – 1 C 8/74, BVerwGE 58, 26 = NJW 1979, 2261.

71 Man könnte freilich überlegen, ob nicht auch in einem solchen Fall zu löschen wäre. Stattdessen könnte dem Verein dann die Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB verliehen werden.

72 So ua von Vereinsregistergerichten in Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Hamburg und Baden-Württemberg.

73 So teilte bspw. das AG Ulm Ende 2014 mit, dass das „Thema wirtschaftliche Vereine“ die Registerabteilung nur sehr selten betreffe.

74 So zB OLG Zweibrücken v. 3.9.2013 – 3 W 34/13, NZG 2014, 1349 (Sportverein als Betreiber eines Fitnessstudios) und auch OLG Stuttgart v. 3.12.2014 – 8 W 447/14 (Kita).

AUFSATZ

gegen die Löschungsankündigung, so doch meist spätestens im Beschwerdeverfahren gegen die Ablehnung der Eintragung bzw. die Zurückweisung des Widerspruchs gegen die Löschungsankündigung. Je nach Vereinsregistergericht lässt sich übrigens auch das (Schein-)Argument, dass die vom FA anerkannte Gemeinnützigkeit für die Eigenschaft als Idealverein spreche⁷⁵, fruchtbar machen.

5.6 Vereine mit Holdingstrukturen

Besonders unsicher ist die Rechtslage aktuell für Vereine, die wirtschaftliche Aktivitäten in Tochterkapitalgesellschaften, in der Regel in Tochter-GmbHs oder Tochter-gGmbHs ausgegliedert haben, so wie es spätestens seit dem ADAC-Urteil des BGH aus dem Jahr 1982⁷⁶ landauf, landab – auch bei den Sozialverbänden – üblich war und ist. Unsicher ist die Rechtslage für solche Holdingvereine deswegen, weil der gesellschaftsrechtliche Aufbau des ADAC aktuell auf dem Prüfstand steht. Das AG München wird anlässlich des „ADAC-Skandals“, der sich im Nachgang der Manipulationen rund um die Verleihung des Preises „Gelber Engel“ seit Anfang 2014 entwickelt hat⁷⁷, die Frage zu beantworten haben, ob es sich beim ADAC eV um einen verdeckt wirtschaftlichen Verein handelt, weil der Verein zum einen selbst umfassend wirtschaftlich tätig wird (Pannenhilfe) und ihm zum anderen möglicherweise die über die Tochter- und Enkelgesellschaften betriebenen wirtschaftlichen Aktivitäten zugerechnet werden müssen.⁷⁸

Für Holdingvereine besonders spannend wären Aussagen des Gerichts zur letzteren Frage. Wenn man davon ausgeht, dass es sich das Gericht nicht so leicht machen wird wie das OLG Brandenburg, es sich also nicht vorschnell auf eine Ermessensentscheidung festlegt, müsste das Gericht nämlich klären, ob es bei der Rspr. des BGH aus 1982, wonach wirtschaftliche Aktivitäten in Tochterkapitalgesellschaften dem Mutterverein generell nicht zugerechnet werden können, bleibt oder ob es eher der Auffassung des KG Berlin und der hL zuneigt, wonach eine Zurechnung zumindest dann zu erfolgen hat, wenn der Verein auf die laufende Geschäftsführung der Töchter Einfluss nimmt. Dabei wird das Gericht die vom ADAC angestoßene Reform durch Umwandlung der bisherigen Tochter-Beteiligungs-GmbH in eine AG und die Beteiligung der geplanten ADAC-Stiftung an der AG mit einem Sperrminoritätsanteil von 25,1 % zu berücksichtigen haben und prüfen müssen, ob diese Maßnahmen genügen, um eine einheitliche Willensbildung im Verein, in der geplanten Tochter-Beteiligungs-AG und in den Enkelgesellschaften zu verhindern.

Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass dem ADAC die wirtschaftlichen Betätigungen der Tochter- und der Enkelgesellschaften zuzurechnen sind, wird es außerdem

zu entscheiden haben, ob sich die wirtschaftlichen Betätigungen im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs bewegen. Angesichts des Umfangs der wirtschaftlichen Aktivitäten und des Eigenlebens, das die diversen Betätigungen entfalten (Autovermietung, Rechtsschutz, Schutzbrief, Finanzdienste, Clubreisen etc), wird man das ernsthaft bezweifeln müssen.

Die aktuelle Rechtsunsicherheit durch das schwebende Verfahren vor dem AG München wird befeuert durch die Tatsache, dass auch schon die bisherige ADAC-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1982 heftige Kritik erfahren musste. Reuter bringt es auf den Punkt, wenn er konstatiert, dass die Entscheidung „nach sachverständigem Urteil dazu geführt [hat], dass der ADAC sich zu einem Wirtschaftskonzern entwickelt hat, dessen Spitze sich praktisch jeder Kontrolle durch die Mitglieder oder gar die Öffentlichkeit entzieht.“⁷⁹ Den hier interessierenden Sozialverbänden ist daher zu raten, sich nicht ohne weiteres auf die bisherige ADAC-Rspr. zu verlassen.⁸⁰ Wenn schon ein Wechsel der Rechtsform nicht gewünscht ist, sollte daher zumindest ein Einwirken auf das Tagesgeschäft der Töchter und eine Personalunion zwischen Vereinsverantwortlichen und der Geschäftsführung der Töchter unterbleiben⁸¹ – gleich, ob es sich bei der Tochter um eine gemeinnützige oder eine gewerbliche handelt. Da die Geschäftsführung einer Tochter-GmbH stets den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt, sollten Verbände als mögliche Tochterrechtsform außerdem häufiger als bisher die (gemeinnützige) Aktiengesellschaft in Betracht ziehen: Der Vorstand einer AG ist nämlich weisungsfrei. Dieser Gedanke steckt offenbar auch hinter der vom ADAC geplanten Umwandlung der bisherigen Tochter-GmbH in eine AG. Insoweit könnte der ADAC nun schon zum zweiten Mal nach 1982 Vorreiter für die organisatorische Aufstellung großer Sozialvereine und -verbände werden.

Flankierend zur Begrenzung der Einflussnahme auf die Geschäftsführung in den Töchtern sollten die Sozialverbände ihre ideelle Sphäre stärken, um so selbst im Fall der Zurechnung der wirtschaftlichen Betätigungen der Tochtergesellschaften an den Mutterverein den Status als Idealverein mit Hilfe des Nebentätigkeitsprivilegs rechtfertigen zu können.⁸²

6. Fazit

Agieren ist besser als reagieren. Diesem Motto sollten alle Vereine, die sich auch (sozial-)wirtschaftlich betätigen, folgen und sich eine Strategie zurechtlegen, wie sie angesichts der restriktiven Rspr. zur Eintragungsfähigkeit von Idealvereinen handeln wollen – bevor eine Löschungsankündigung des Vereinsregisters ins Haus flattert oder die Öffentlichkeit von jedem einzelnen Reformschritt neugierig Kenntnis nimmt, wie es im ADAC-Fall aktuell zu beobachten ist. Die insoweit gelegentlich vernommene Empfehlung, aktuell möglichst nichts zu tun, dh möglichst keine Satzungsänderungen vorzunehmen und auf Neubesetzungen

75 So zB eine Rechtspflegerin des AG Frankfurt am Main in einer nicht veröffentlichten Stellungnahme v. 21.9.2012. AA bereits *Winheller* DStR 2013, 2009.

76 Vgl. Fn. 23.

77 Zur chronologischen Übersicht des Skandals vgl. *Peitsmeier* in FAZ v. 1.7.2014, 24.

78 Eine ausführliche Vorschau auf das Verfahren vor dem AG München unter Herausarbeitung der relevanten rechtlichen Fragen findet sich bei *Leuschner* ZIP 2015, 356.

79 Reuter (Fn. 9), § 22 Rn. 22 mwN.

80 So schon *Steinbeck/Menke* NJW 1998, 2169 im Hinblick auf Ausgliederungen im Profifußball.

81 So auch *van Appen/Schwarz* npoR 2014, 111.

82 S. hierzu bereits oben Kap. 5.3.1.

RECHTSPRECHUNG

von Organämtern zu verzichten, um bloß keine Anmeldungen zum Vereinsregister einreichen zu müssen und dort nicht aufzufallen⁸³, mag kurzfristig helfen, ist aber auf lange Sicht denkbar ungeeignet. Denn das Verbandsleben steht ja

83 So zB Montag in einem vom DaKS (vgl. Fn. 25) in Auftrag gegebenen Privatgutachten, dort S. 5 („Schlafende Hunde sollten nicht geweckt werden!“), online unter: <http://www.daks-berlin.de/downloads/kurzgutachten.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.5.2015).

nicht auf Knopfdruck still. Zielführender dürfte es sein, sich ernsthaft mit der aktuellen Rechtslage und ggf. auch mit alternativen Rechtsformen auseinanderzusetzen. Wer dies mit kühlem Kopf tut, wird feststellen, dass die Rechtsformen der gGmbH (ggf. auch der gAG) und der gemeinnützigen Genossenschaft in der Tat vielfach geeignete Alternativen zum eV sind, die sich in der Rechtspraxis seit Jahren bewährt haben. Einem Träger sozialer Dienstleistungen muss vor ihnen also nicht bange sein.

RECHTSPRECHUNG

Keine Pflicht der depotführenden Bank zur Überprüfung von Mitteilungen auf Richtigkeit

BGB § 280 Abs. 1

Eine depotführende Bank ist nicht verpflichtet, ihr in marktüblicher Weise zur Verfügung gestellte Mitteilungen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

AG Frankfurt/M., Urt. v. 17.10.2014 – 32 C 1696/14 (18), rkr.

Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von der Beklagten Zahlung von Steuerberaterhonorar und die Erstattung eines Zinsschadens.

Der Kläger war seit dem 5.3.2010 Depotkunde bei der Beklagten. Nach Ziffer 3 der zwischen den Parteien vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen erbringt die Beklagte im Rahmen des Depotvertrages keine Beratungsleistungen. Sie bietet die Ausführung der Wertpapiergeschäfte dem Kunden als reines Ausführungsgeschäft an.

Vom 7.5.2010 bis zum 6.11.2012 erwarb der Kläger über die von der Beklagten betriebene Plattform ... 277.185 Anteile an dem Fonds R. (WKN: XXX) zum Preis von insgesamt 29.800 € bestehend aus einer Einmalzahlung und einem Sparplan. Verantwortliche Fondsgesellschaft war die ... (im Folgenden: Verwaltungsgesellschaft). Gewinnausschüttungen erhielt der Kläger in den Jahren 2010 bis 2012 nicht. Zum 31.12.2012 wurde der Fonds liquidiert. Im Zuge der Liquidation kam es zu einer Zahlung an den Kläger.

Gemäß Ziffer 5.1 der zwischen den Parteien vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen erstellt die Beklagte anstelle von Einzelsteuerbescheinigungen für jedes Kalenderjahr eine Jahressteuerbescheinigung.

Im Mai 2013 erhielt der Kläger von der Beklagten eine Jahressteuerbescheinigung für das Kalenderjahr 2012, in der Kapitalerträge iHv 22.048,84 € ausgewiesen sind, beruhend auf der Annahme, dass die Zahlung aus dem Fonds steuerpflichtig sei. Wegen des genauen Inhalts wird auf Bl. 5 d A. verwiesen. Die Beklagte führte für den Kläger 5.512,21 € Kapitalertragsteuer und 303,17 € Solidaritätszuschlag an das FA ab.

Zuvor hatte die W. am 7.1.2013 den Liquidationserlös des Fonds unter dem Code 377 als steuerpflichtige „Fondsliquidation, Veräußerungserlös in Höhe des Liquidationsbetrages“ ausgewiesen. Die Beklagte unterhält einen kostenpflichtigen Nutzungsvertrag mit der W. Aufgrund des Nutzungsvertrages stellt die W. ihr über eine elektronische Schnittstelle eine Vielzahl an Finanzmarktdaten zur Verfügung.

Der von dem Kläger beauftragte Steuerberater legte gegen die Einkommensteuererklärung 2012 Einspruch ein. Mit Schreiben v.

25.6.2013 wendete er sich an die Beklagte und teilte mit, die Auszahlung aus dem Fonds im Dezember 2012 sei lediglich eine Rückzahlung des Depotbestandes gewesen. Es handele sich um Kapitalerträge gemäß § 20 Abs. 2 EStG, die in der Jahressteuerbescheinigung falsch ausgewiesen seien.

Mit E-Mail v. 11.7.2013 teilte die Verwaltungsgesellschaft der Beklagten mit, dass es im Zuge der Liquidation und einhergehenden fehlerhaften W. Daten zu einer fehlerhaften Abrechnung der Kunden gekommen sei und bat die Beklagte, die Kunden erneut abzurechnen und über W. die korrigierten W.-Mitteilungen abzurufen.

Am 16.7.2013 erfolgte die W.-Mitteilung, es handele sich beim Liquidationserlös um eine steuerfreie „Substanzumkehr eines transparenten Fonds, Minderung der Anschaffungskosten in Höhe des Auskehrbetrages“.

Am 8.8.2013 übersandte die Beklagte dem Kläger eine berichtigte Steuerbescheinigung für das Jahr 2012, die bei Kapitalerträgen 0 € ausweist, wie auch bei der Kapitalertragsteuer und dem Solidaritätszuschlag. Aufgrund der Berichtigung wurden die einbehaltenen Steuern durch das FA am 20.9.2013 an den Kläger ausbezahlt.

Der Steuerberater des Klägers stellte diesem für seine Tätigkeit „Beratung Zinsbesteuerung 2012 ... Depot ... Bank; § 21 Abs. 1 StBVV 2012“ 671,16 € brutto in Rechnung.

Dem Kläger ist zudem aufgrund der Abführung der Kapitalertragsteuer und des Solidaritätszuschlags ein Zinsschaden iHv 190,34 € entstanden.

Mit anwaltlichem Schreiben v. 31.10.2013 forderte der Kläger die Beklagte zum Ersatz der Steuerberaterkosten und der Zinsen bis zum 14.11.2013 auf. Eine Zahlung erfolgte nicht.

Gründe:

II. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf Zahlung des Steuerberaterhonorars und Zinsen zu.

Die Beklagte hat nicht schuldhaft eine Pflicht aus dem Depotvertrag verletzt, die zu einem Schadenersatzanspruch des Klägers führen würde.

Der zwischen den Parteien geschlossene Depotvertrag berechtigt und verpflichtet die Beklagte zunächst lediglich zur Ausführung der von dem Kläger gewünschten Anlageentscheidung. Ferner ist die Beklagte durch § 44 EStG als auszahlende Stelle verpflichtet, die Kapitalertragsteuer abzuführen. Damit korreliert die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger eine Jahressteuerbescheinigung zu erstellen, Ziffer 5 der AGB.