

Unterwegs in der falschen Rechtsform des e.V.?

– Was Träger sozialer Dienstleistungen beachten sollten –

Stefan Winheller, Frankfurt/Berlin*

Das Kammergericht Berlin hat es getan, das Schleswig-Holsteinische OLG hat es getan und auch das OLG Stuttgart und das OLG Brandenburg haben es getan: Sie und vermutlich eine große Vielzahl erstinstanzlicher Vereinsregistergerichte mussten sich in den letzten Jahren und Monaten mit der Frage auseinandersetzen, ob Träger sozialer Dienstleistungen, z. B. Kita- und Schulvereine, in der Rechtsform des Vereins firmieren dürfen oder ob sie ihre Dienstleistungen als verdeckt wirtschaftliche Vereine in der falschen Rechtsform erbringen und auf andere Rechtsformen zu verweisen sind. Wie die Träger sozialer Dienstleistungen reagieren sollten, will der folgende Beitrag näher beleuchten.

I. Stand der Dinge

Vor allem das KG Berlin hat sich in der aktuellen Diskussion hervorgetan. Es hatte 2011 für viele überraschend entschieden, dass eine Kita ein (sozial-)wirtschaftlicher Betrieb und der die Kita betreibende Verein daher ein wirtschaftlicher Verein sei, der nicht in das Vereinsregister eingetragen werden könne.¹ Ob der Zweck des Vereins ein ideeller sei, sei zweitrangig. Denn: Papier ist geduldig. Entscheidend sei, welche Aktivitäten der Verein tatsächlich entfalte. Sofern die sozialwirtschaftlichen Betätigungen die rein ideellen Aktivitäten überlagern, handele es sich um einen wirtschaftlichen Verein gemäß § 22 BGB, was zur Folge habe, dass der Träger sich nach einer Rechtsformalternative umsehen müsse.

In den folgenden Jahren hat das Gericht seine Auffassung weiterentwickelt:² Zum einen komme es, so das KG, für die vereinsrechtliche Frage, ob ein Verein Idealverein oder wirtschaftlicher Verein sei, nicht darauf an, ob das Finanzamt dem Verein die Gemeinnützigkeit zugesprochen habe. Anders als der BGH im Jahr 1982 entschieden hatte,³ will das KG Berlin außerdem wirtschaftliche Aktivitäten, die in Tochter-Kapitalgesellschaften betrieben werden, dem Verein als eigene Aktivitäten zurechnen, wenn der Verein auf die Geschäftsführung der Tochter Einfluss nehmen kann.⁴

Das Schleswig-Holsteinische OLG⁵ und kürzlich auch das OLG Stuttgart⁶ haben die Aussagen des KG Berlin dahingehend relativiert, dass zumindest kleinere Einrichtungen weiterhin als Idealverein in das Vereinsregister eingetragen werden können. Während das Schleswig-Holsteinische OLG zu Recht darauf hinweist, dass ein Verein sich nicht unternehmerisch betätigt, wenn sich seine Mitglieder in der Vereinsarbeit engagieren und der Verein auf diese Art und Weise personalistisch geprägt wird, bemüht das OLG Stuttgart das Nebenzweckprivileg, um einem Kita-Träger mit lediglich 15 Betreuungspätzen den Weg in das Vereinsregister zu weisen.

Das OLG Brandenburg⁷ wiederum nimmt den vielen tausend Altvereinen, die seit mehreren Jahren beanstandungslos im Vereinsregister eingetragen sind, die Sorge um ihren Vereinsstatus: Gemäß § 395 FamFG stehe es im Ermessen des Vereinsregistergerichts, ob es einen verdeckt wirtschaftlichen Verein löschen wolle oder nicht.

Sofern ein Verein seit Langem in das Vereinsregister eingetragen sei (in den entschiedenen Fällen: 10 bzw. 19 Jahre) und es nie zu Problemen gekommen sei, gebe es keinen Grund, den Verein zu löschen.

II. Rechtliche Würdigung der Rechtsprechung

Vor 30 Jahren konnte eine Elterninitiative noch völlig unproblematisch die Rechtsform des Vereins wählen und in das Vereinsregister eingetragen werden. Gleiches gilt bis heute. Für überwiegend ideell tätige Initiativen bietet der Idealverein gemäß § 22 BGB nach wie vor einen geeigneten Rahmen. Insofern hat sich also nichts geändert, wie sich übrigens auch die gesetzlichen Regelungen, auf denen die oben genannten Gerichtsentscheidungen fußen, seit über 100 Jahre nicht geändert haben: Die §§ 21 und 22 BGB sind seit Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuches unverändert.

Geändert haben sich in den letzten Jahrzehnten aber die Lebensumstände: Die oben angesprochene Elterninitiative ist heute im Zweifel zu einem mittelständischen Sozialunternehmen herangewachsen. Dass ein solches keinen Platz mehr im Vereinsregister haben soll, verwundert nicht: Der Idealverein ist als Rechtsform eben gerade nicht für wirtschaftliche Betätigungen geschaffen worden – die überlieferten Worte von Arthur Stadthagen (1857 – 1917), sozialdemokratischer Reichstagsabgeordneter, sprechen eine eindeutige Sprache: Die Vereinsrechtsform sei gedacht für die kleinen „Skat-, Kegel-, Sauf- und Rauchvereine“⁸. Von Sozialbetrieben, Konzern- und Holdingstrukturen war damals keine Rede und vergewärtigt man sich die fehlenden Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten für Vereine, muss Gleiches auch heute noch gelten. Unternehmerische Aktivitäten verweist § 22 BGB daher konsequent auf die zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Rechtsformen, z.B. auf die GmbH, die UG, die AG oder die Genossenschaft (bzw. auf die jeweiligen gemeinnützigen Spielarten).

Der Entscheidung des KG Berlin kommt das Verdienst zu, dass sie diese Position klar und deutlich ausspricht. Auch ein sozialer Betrieb

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

1 KG Berlin v. 18.1.2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62.

2 KG Berlin v. 21.2.2011, 25 W 32/10 (n.v.); KG Berlin v. 7.3.2012, 25 W 95/11, DStR 2012, 1195; s. auch die Besprechung von Winheller, DStR 2012, 1562. Die Finanzgerichtsbarkeit ist ähnlich eindeutig, vgl. zuletzt FG Nürnberg v. 16.10.2014, 4 K 1315/12, Juris und BFH v. 12.7.2012, I R 106/10, BStBl. II 2012, 837 (Kita als Betrieb gewerblicher Art).

3 BGH v. 29.9.1982, I ZR 88/80, BGHZ 85, 84.

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

5 Schleswig-Holsteinische OLG v. 18.9.2012, 2 W 152/11, ZStV 2013, 142; kritisch dazu Winheller, DStR 2013, 2009.

6 OLG Stuttgart v. 3.12.2014, 8 W 447/14.

7 OLG Brandenburg v. 4.8.2014, 7 W 83/14, Juris und v. 8.7.2014, 7 W 124/13, Juris.

8 Zitiert nach Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1899, Band I, S. 995.

bleibt eben ein Betrieb. Auch soziale Betriebe sind am Markt tätig und stehen mit ihren entgeltlich angebotenen Dienstleistungen im Wettbewerb um Kunden, selbst wenn es sich bei dem relevanten Markt nur um einen „inneren“ Markt gegenüber den Vereinsmitgliedern handelt. Die Entscheidung bringt auch auf den Punkt, dass für die Beurteilung, ob ein Idealverein oder ein wirtschaftlicher Verein vorliegt, auf die tatsächlichen Betätigungen abzustellen ist. Der Zweck heiligt eben nicht die Mittel. Nur weil ein Verein einen gemeinnützigen Zweck in seiner Satzung verankert, heißt das noch nicht, dass er diesen Zweck auch auf ideelle Art und Weise, z.B. rein durch Spenden, echte Zuschüsse und echte Mitgliederbeiträge finanziert, verwirklicht. Die Frage, ob ein Idealverein oder ein wirtschaftlicher Verein vorliegt, kann also nur mit Blick auf die tatsächlichen Tätigkeiten des Vereins entschieden werden. Ist sie entgeltfinanziert, spricht das für eine wirtschaftlich-unternehmerische Betätigung. Wenn dann das Nebenzweckprivileg nicht eingreift, ist der Verein wirtschaftlicher Verein.

Die Qualifizierung eines Vereins als gemeinnützig kann – und auch insoweit ist dem KG Berlin zu folgen – an diesem Ergebnis nichts ändern. Denn noch einmal: Der Zweck – auch ein gemeinnütziger – sagt nichts darüber aus, ob die Tätigkeiten zur Zweckverfolgung auf ideelle oder auf wirtschaftliche Art und Weise entfaltet werden.⁹ Im Gegenteil: Zahlreiche als gemeinnützig anerkannte Körperschaften betätigen sich durch ihre sog. Zweckbetriebe gemäß §§ 65 ff. AO nahezu ausschließlich (sozial-) wirtschaftlich im Sinne des § 14 AO. Das gilt bspw. für Kindergärten, Schulen, Altersheime, Krankenhäuser, Jugendherbergen und zahlreiche sonstige Dienstleister der Wohlfahrtspflege.

Die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG widerspricht dem Beschluss des KG Berlin zumindest im Ergebnis nicht. Ihr ist es – trotz zahlreicher und gravierender juristischer Mängel in der Entscheidungsbegründung –¹⁰ gelungen, die von vielen als zu pauschalierend empfundene Herangehensweise des KG Berlin ins rechte Licht zu rücken: Eine kleine Initiative, in der sich die Mitglieder/Eltern engagieren und einbringen und die auf diese Art und Weise ihre Kinder selbstorganisiert und gemeinschaftlich erziehen, wird man schwerlich als ein am (inneren) Markt tätiges Unternehmen, das in einer anonymen Kunde-Dienstleister-Beziehung steht, einstufen können. Derlei kleine Einheiten müssen keine alternative Rechtsform wählen. Sie sind im Idealverein weiterhin bestens aufgehoben. Anders als die Entscheidungen des KG Berlin vermuten lassen, sieht das übrigens auch das Vereinsregister Berlin-Charlottenburg so. Kleine Kita- und Schulträgervereine und sonstige sozialen Dienstleistervereine haben also nichts zu befürchten.

Ins gleiche Horn bläst die Entscheidung des OLG Stuttgart, die – jedenfalls im Ergebnis – ebenfalls die Position kleiner Trägervereine stärkt. Die Entscheidungsbegründung ist allerdings wenig überzeugend. Zum einen arbeitet das Gericht nicht sorgfältig genug heraus, warum eine Kita mit nur 15 Kindern ein wirtschaftlicher Betrieb sein soll; eine solch kleine Einheit scheint mir – zumindest dem ersten Anschein nach – eher personalistisch geprägt zu sein. Zum anderen irrt es über die exakte Bedeutung des Nebenzweckprivilegs – was übrigens ein Kernproblem der aktuellen Diskussion sein dürfte. Statt nämlich die Frage zu stellen, ob eine wirtschaftliche Betätigung den ideellen *Zwecken* des Vereins dient – jede(!) wirtschaftlich erfolgreiche Betätigung dient allein schon durch ihre Finanzierungsfunktion den Vereinszwecken und jeder(!) Zweckbetrieb fördert schon defi-

nitionsgemäß die Vereinszwecke; die Frage ist also von vornherein falsch gestellt – hätte es die Frage beantworten müssen, ob der Verein durch die ideelle *Betätigung* oder aber durch die sozialwirtschaftliche Betätigung (Kita-Betrieb) geprägt wird. Zu klären ist also stets, ob die ideelle Betätigung der sozialwirtschaftlichen Betätigung untergeordnet ist oder ob die sozialwirtschaftliche Betätigung bereits die Oberhand gewonnen hat (sog. *Nebenzweckprivileg*, richtigerweise verstanden als *Nebentätigkeitsprivileg*¹¹). Nur so kommt man zu klaren Ergebnissen und nur so lässt sich vermeiden, dass intensive sozialwirtschaftliche Betätigungen im Kleid des Idealvereins erbracht werden.

Auch die Entscheidungen des OLG Brandenburg weisen Schwachstellen auf, sodass ich aktuell nicht vorherzusehen vermag, ob sie auch von anderen Gerichten aufgegriffen werden. Zum einen begründet das Gericht seine Ermessensausübung kaum. Allein darauf abzustellen, dass ein Rechtsbruch seit vielen Jahren geduldet wird und nicht zu Problemen geführt hat, so wie es das OLG tut, ist natürlich ein wenig überzeugendes Argument. Ein vor ein paar Jahren fälschlicherweise erfolgter Eintrag im Vereinsregister ist und bleibt eben falsch und bedarf der Korrektur, will man das Vertrauen in ein öffentliches Register nicht komplett untergraben. Auch auf die Frage, ob der Verein ihm zumutbare Maßnahmen ergreifen könnte, allen voran die Änderung seiner Rechtsform, geht das Gericht im Rahmen der Ermessensausübung nicht ein. Wenn aber doch rechtliche Alternativen zur Verfügung stehen und diese problemlos und ohne unangemessenen Aufwand gewählt werden können, muss das die Ermessensentscheidung maßgeblich beeinflussen. Und schließlich muss sich das OLG die Frage stellen lassen, ob überhaupt die Grundannahme stimmt, dass dem Vereinsregistergericht ein Ermessen zuzubilligen ist. Denn das Bundesverwaltungsgericht hat schon 1997 zur vergleichbaren Regelung des alten § 43 Abs. 2 BGB entschieden, dass im Fall einer Rechtsformverfehlung eine Ermessensentscheidung zugunsten des Vereins nur in außergewöhnlichen Konstellationen angezeigt ist.¹² Man wird daher gespannt sein dürfen, wie sich die Rechtsprechung zu diesem Punkt weiter entwickelt.

III. Was ist zu tun?

Betroffenen Verbänden ist vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtslage und der erwähnten Rechtsprechung Folgendes zu raten:

1. Möglicherweise spricht der BGH in Kürze ein Machtwort. Ihm liegt nämlich aktuell eine am 13.2.2015 eingelegte Rechtsbeschwerde vor.¹³ Die Verbände sollten die weitere Entwicklung daher aufmerksam verfolgen. Allerdings geht es in dem vom BGH zu entscheidenden Fall in erster Linie um die Frage der Grundbuchfähigkeit eines nicht rechtsfähigen Wirtschaftsvereins. Zweifel sind daher angebracht, ob der BGH dies zum Anlass für grundlegende Ausführungen zur Abgrenzung zwischen Idealverein und Wirtschaftsverein nehmen wird. Nicht vergessen sollte man außerdem, dass der BGH als Rechtsbeschwerdeinstanz nicht dazu da ist, Einzelfallentscheidungen zu

⁹ Vgl. hierzu bereits Winheller, DStR 2013, 2009.

¹⁰ Vgl. Winheller, DStR 2013, 2009.

¹¹ Vgl. statt aller: MüKo-Reuter, BGB, 6. Aufl. 2012, § 22 Rn. 8, 19 ff.; so zuletzt auch Leuschner, ZIP 2015, 356 und Schacherbauer, SpuRt 2014, 143.

¹² BVerwG v. 6.11.1997, 1 C 18/95, NJW 1998, 1166; so auch Rücker, Die Verneinungsklassengrenzung, Bonn 2012, S. 112 ff. m.w.N.

¹³ BGH V ZB 19/15.

- treffen und die jeweiligen Sachverhalte vor dem Hintergrund der §§ 21, 22 BGB zu bewerten. Das ist Sache der Tatsacheninstanzen. Davon abgesehen dürfte die Rechtsfrage, wie der Idealverein vom wirtschaftlichen Verein abzugrenzen ist, seit Langem beantwortet sein (sog. typologische Abgrenzung nach Karsten Schmidt¹⁴).
2. Auf eine **gesetzgeberische Lösung** zu hoffen, dürfte nicht weiterführen. Ließe der Gesetzgeber eine umfassende sozialwirtschaftliche Betätigung durch Idealvereine zu, würde das die Grenzen zur Rechtsform der Genossenschaft verwischen bzw. die Bedeutung der Genossenschaft vollständig in den Hintergrund drängen. Das würde sich schwerlich vertragen mit der kürzlich angestoßenen Initiative zur Stärkung der Rechtsform der Genossenschaft durch Einführung der sog. „Mini-Genossenschaft“.¹⁵
 3. **Kleine personalistisch geprägte Vereine** können sowohl nach Auffassung des Vereinsregistergerichts Berlin-Charlottenburg, des Schleswig-Holsteinischen OLG als auch – jedenfalls im Ergebnis – des OLG Stuttgart in der Vereinsrechtsform existieren. Es liegt nahe, dass auch andere Gerichte das so sehen werden. Entscheidend ist freilich, wann von einem „personalistisch geprägten“ Verein auszugehen ist, d.h., wie intensiv die Mitarbeit und das Engagement der Mitglieder sein muss. Für Kita- und Schulträger dürfte es dabei insbesondere darauf ankommen, wie viele Mitglieder der Verein hat bzw. wie viele Kinder er betreut. Bei einer Zahl von bis zu 20 Kindern/Mitgliedern wird man m.E. regelmäßig davon ausgehen dürfen, dass der Verein noch von den Gedanken einer echten Elterninitiative geprägt wird.¹⁶ Darauf allein sollten sich betroffene Vereine aber natürlich nicht verlassen: Sie sollten vielmehr die Idee der Selbstorganisation und der gemeinschaftlichen Erledigung der Kinderbetreuung ausdrücklich in ihrer Satzung verankern, eine starke Beteiligung der Mitglieder in pädagogischen Fragen verlangen, keinen „Ablasshandel“ gestatten (Geld statt Arbeitsleistung) und möglichst auch ein Aufnahmestopp neuer Kinder/Mitglieder vorgeben, um zu verhindern, dass sich eine durch personalistische Elemente geprägte Einrichtung aus Versehen über die Jahre zu einem Dienstleister wandelt, der seinen Kunden nur noch in einem anonymen Kunde-Dienstleister-Verhältnis gegenübersteht.
 4. **Verbände mit einer großen ideellen Sphäre** haben ebenfalls nichts zu befürchten. Betätigen sich große Sozialverbände mithin intensiv ideell – finanziert durch Mitgliedsbeiträge, echte Zuschüsse und Spenden – dürfen sie sich daneben auch wirtschaftlich betätigen, also z. B. diverse Zweckbetriebe und sonstige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten. Aber Vorsicht: Schon oben habe ich darauf hingewiesen, dass ein Verband sich nur dann rechtsicher auf das Nebenzweckprivileg stützen kann, wenn seine ideellen Tätigkeiten ihm das Gepräge geben und die (sozial) wirtschaftlichen Aktivitäten überlagern. Allein das Argument, die (sozial) wirtschaftlichen Betätigungen förderten oder dienen dem ideellen Zweck, ist hingegen ein gefährliches Argument. Es mag hier und da verfangen. Gerichte, die das Nebenzweckprivileg aber im Kern als *Nebentätigkeitsprivileg* verstehen, werden sich von einer reinen Zweckförderung durch die (sozial-)wirtschaftliche Betätigung nicht blenden lassen. Um es mit Reuter zu sagen: „Wenn das Deutsche Rote Kreuz sich auf die entgeltliche Krankenbehandlung in Krankenhäusern, auf Krankentransporte und Rettungsdienste zurückzieht, sodass nicht mehr der uneigen-

*nützige Einsatz für Menschen in Not, sondern die Vermarktung humanitärer Dienstleistungen sein Erscheinungsbild bestimmt, dann wird es zum wirtschaftlichen Verein“.*¹⁷

5. Handlungsbedarf besteht damit vor allem für **zweckbetriebsdominierte Träger sozialer Dienstleistungen** und solche Träger, die neben ihren Zweckbetrieben auch sonstige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten und deren **ideelle Sphäre** daneben **nur klein** ist. Gelingt es ihnen nicht, ihre ideelle Sphäre zulasten der (sozial)wirtschaftlichen Betätigungen zu stärken, sollten sie sich um eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung bemühen – das gilt jedenfalls für Neugründungen und Vereine, die erst seit Kurzem im Vereinsregister eingetragen sind bzw. die als im Vereinsregister eingetragene Vereine erst seit Kurzem die Schwelle zum wirtschaftlichen Verein überschritten haben.

Als mögliche Umstrukturierungsvarianten kommen dabei vor allem die Folgenden in Betracht:

a) Formwechsel

Besonders einfach ist der Formwechsel, d.h. der Wechsel der Rechtsform vom Verein in die gemeinnützige GmbH oder die gemeinnützige Genossenschaft. Rechtlich bleibt beim Formwechsel alles beim Alten, allein die Rechtsform ändert sich. Konkret bedeutet das, dass grundsätzlich sämtliche Verträge erhalten bleiben und auch das Vermögen. Die Mitglieder des Vereins werden automatisch zu Mitgliedern der Genossenschaft bzw. zu Gesellschaftern der gGmbH. Steuerlich und arbeitsrechtlich verläuft ein Formwechsel unproblematisch.

An einem Formwechsel interessierte Vereine müssen im Wesentlichen nur die Frage nach dem gewünschten neuen Rechtsträger beantworten: Der Formwechsel in eine gGmbH bietet sich regelmäßig dann an, wenn der Verein sich sowieso als Dienstleister in einer eher anonymen Kunde-Dienstleister-Beziehung versteht. Üblicherweise tritt in diesem Fall im Zuge des Formwechsels der Großteil der Mitglieder aus dem Verein aus, damit die gGmbH mit nur wenigen Gesellschaftern – ggf. auch nur mit einem – fortexistiert; mangels persönlichen Engagements bedarf es einer großen Zahl von Gesellschaftern ja nicht. Die Genossenschaft als Zielrechtsform bietet sich hingegen an, wenn sich die Mitglieder aktiv in ihrer Genossenschaft engagieren wollen und sollen. Auch für einen Sozialverband, der traditionell basisdemokratisch aufgebaut ist und eine entsprechend große Mitgliederzahl aufweist, ist es wichtig, eine Zielrechtsform zu wählen, die auf die Mitgliederinteressen Rücksicht nimmt. Die Genossenschaft tut dies. Bei einem Formwechsel in eine Genossenschaft werden die Mitglieder daher üblicherweise „mitgehen“ wollen, d.h. künftig Mitglieder der Genossenschaft sein.

14 Vgl. K. Schmidt, Rpfleger 1972, 286 ff., 343 ff.; ders., AcP 182 (1982), 1 ff.; ders., Rpfleger 1988, 45 ff.

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

16 Vgl. Winheller, DStR 2013, 2009. Dies ist freilich nicht mehr als eine „Daumenregel“. Auch größere Einheiten können natürlich personalistisch geprägt sein. Umgekehrt können auch kleinere Einheiten im Einzelfall unternehmerisch auftreten.

17 MüKo-Reuter, BGB, 6. Aufl. 2012, § 22 Rn. 19.

b) Ausgliederung

Während beim Formwechsel der neue Rechtsträger an die Stelle des alten tritt, bleibt der Verein bei einer Ausgliederung des oder der Zweckbetriebe auf einen anderen Rechtsträger erhalten. Die Ausgliederung, die entweder nach den Regeln des Umwandlungsgesetzes oder aber nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgen kann, führt im Ergebnis dazu, dass der Verein zu i. d. R. 100 % am ausgegliederten Rechtsträger beteiligt ist und der neue Rechtsträger den bisher vom e.V. geführten Zweckbetrieb fortführt. Ausgliederter Rechtsträger ist meist eine gGmbH, im Einzelfall mag auch einmal eine gemeinnützige AG in Betracht zu ziehen sein; Letzteres ist insbesondere dann ratsam, wenn vor dem Hintergrund der strengen Rechtsprechung des KG Berlin eine Einflussnahme des Vereins auf die laufende Geschäftsführung der Tochter in größtmöglichem Umfang, und zwar schon auf gesellschaftsrechtlicher Ebene, vermieden werden soll. Die Genossenschaft ist für eine Ausgliederung dagegen nicht geeignet; sie ist auf die Beteiligung ihrer Mitglieder ausgelegt und nicht darauf, von einem einzigen Gesellschafter getragen zu werden.

Ein typischer Stolperstein bei einer Ausgliederung ist die Frage, welche gemeinnützigen Zwecke der Verein nach der Ausgliederung verwirklichen soll. Durch die Ausgliederung seiner Zweckbetriebe hat er sich ja im Zweifel sämtlicher gemeinnütziger Betätigungen begeben. Als Lösung bietet sich meist eine Änderung des Vereinszwecks an: vom operativ tätigen Verein zum reinen Förderverein, der künftig seine gemeinnützige Tochter, in der die operativen Aktivitäten entfaltet werden, finanziell unterstützt. Problematisch kann das deswegen werden, weil eine Zweckänderung regelmäßig eines einstimmigen Beschlusses bedarf – unter Mitwirkung sämtlicher Vereinsmitglieder, also auch der in der Mitgliederversammlung nicht anwesenden.¹⁸

In steuerlicher Hinsicht sind vor allem die grunderwerbsteuerlichen Folgen einer Ausgliederung zu bedenken, sofern ein Grundstück mit auf den neuen Rechtsträger übertragen wird. Um eine Besteuerung zu vermeiden, wird das Grundstück meist beim Verein zurückgelassen. Der Verein verpachtet das Grundstück dann einfach an die Tochtergesellschaft.

Arbeitsrechtlich sind die allgemeinen Regeln des Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB zu beachten.

c) Abspaltung

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 gemeinnützige Genossenschaft 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, sodass 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.

Wie bei der Ausgliederung muss auch bei der Abspaltung darauf geachtet werden, dass der „zurückbleibende“ Verein weiterhin gemeinnützige Zwecke verfolgt, wenn er den steuerlichen Gemeinnützigkeitsstatus behalten möchte. Die Grunderwerbsteuerproblematik lässt sich mithilfe der o.g. Verpachtungslösung umgehen. Arbeitsrechtlich stellt auch die Abspaltung einen Betriebsübergang gemäß § 613a BGB dar.

6. **Altvereine**, also Vereine, die schon seit Langem beanstandungslos im Vereinsregister eingetragen sind bzw. – noch besser – schon seit Langem als verdeckt wirtschaftliche Vereine entsprechend eingetragen sind, können sich auf das Bestandsschutzargument des OLG Brandenburg stützen – in dem Wissen, dass die Entscheidungen des OLG Brandenburg auf etwas wackeligen Füßen stehen und andere Gerichte möglicherweise anders entscheiden werden. Zur Sicherheit sollten Altvereine daher einen „Plan B“ in der Schublade haben, d.h. sich zumindest grundlegend mit einer möglichen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung befassen haben, um von einer Aufforderung zum Rechtsformwechsel oder einer Löschungsankündigung durch das Vereinsregister nicht auf dem falschen Fuß erwischt zu werden.

7. **Jungen Vereinen und Neugründungen** ist zu raten, dass sie sich von vornherein richtig aufstellen. Neugründungen von Vereinen, die ersichtlich wirtschaftlich geprägt sind, sollten also unterbleiben. Vereine, die erst seit Kurzem im Vereinsregister eingetragen sind, sollten entweder eine ausreichend große ideelle Sphäre vorweisen können oder aber eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung in Betracht ziehen bzw. zumindest gedanklich vorbereiten, um sie im Fall der Fälle (Aufforderung seitens des Vereinsregisters) umsetzen zu können.

Das konkrete Vorgehen hängt dabei freilich auch vom zuständigen Vereinsregister ab. Während Vereine im Zuständigkeitsbereich des KG Berlin wissen, was zu tun ist, fehlt es vielen anderen Vereinen an der nötigen Orientierung, weil die Vereinsregistergerichte bundesweit mit dem Thema sehr unterschiedlich umgehen: Während immer mehr Vereinsregistergerichte auf die Linie des KG Berlin umschwenken, was nicht selten auf die Initiative der örtlichen IHKs zurückgeht, haben viele Vereinsregistergerichte das Problem noch nicht einmal auf dem Schirm bzw. vertreten z. B. die für Vereine günstige Auffassung, dass allein schon die Gemeinnützigkeit ein klares Indiz dafür sei, dass es sich bei dem Verein um einen ideellen Verein handle.

8. **Holdinglevereine** stehen aktuell unter besonderer Beobachtung. Hintergrund ist das ADAC-Verfahren, das aktuell vor dem AG München anhängig ist. Das AG München hat bekanntlich zu beurteilen, ob der ADAC trotz seiner zahlreichen Tochter- und Enkelgesellschaften weiterhin Idealverein sein kann. Zwar hatte der BGH schon 1982¹⁹ entschieden, dass wirtschaftliche

18 Vgl. § 275 Abs. 1 analog UmwG i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB; s. auch Katschinski, in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 103 Rn. 15 ff. Bei einer Ausgliederung gemäß den BGB-rechtlichen Regelungen gilt § 33 Abs. 1 S. 2 BGB direkt (Einstimmigkeit, sofern die Satzung keine geringere Mehrheit genügen lässt).

19 BGH v. 29.9.1982, I ZR 88/80, BGHZ 85, 84.