

Das mitgliedschaftliche Eigeninteresse an der wirtschaftlichen Betätigung des Vereins als Kernelement des wirtschaftlichen Vereins nach § 22 BGB

Stefan Winheller und Alexander Vielwerth*

Es ist viel geschrieben und diskutiert worden in den letzten Jahren, seitdem das KG Berlin im Jahr 2011 einem Kindergartenträger erstmals die Rechtsform des eingetragenen Vereins verweigerte.¹ Sowohl Befürworter als auch Gegner der Entscheidungen des KG meldeten sich zu Wort.² Den Schlussakkord setzte kürzlich der BGH mit seinen Kita-Entscheidungen.³ Er schlug sich auf die Seite derjenigen, die der Rechtsform des eV auch umfangreiche wirtschaftliche Betätigungen zugestehen wollen. Die Praxis wird sich mit den BGH-Entscheidungen wohl auf längere Sicht arrangieren müssen.⁴ Aus der Welt sind die Unstimmigkeiten im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen § 21 und § 22 BGB damit freilich nicht.⁵ Der vorliegende Beitrag will versuchen, weitere systematische Erwägungen in den Diskurs einzubringen.

1. Eine kurze Geschichte der Vereinsklassengrenzung

Die Frage der Abgrenzung zwischen dem eingetragenen Verein nach § 21 BGB und dem konzessionsbedürftigen Verein nach § 22 BGB ist älter als das BGB selbst und hat den juristischen Kanon zur Auslegung in seiner vollen Breite herausgefordert: Sowohl die subjektive, die objektive als auch die gemischte Theorie bissen sich noch am Verhältnis des Zweckes zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb die Zähne aus.⁶ K. Schmidt legte daraufhin seine teleologisch-typologische Methode vor, die bis zu den aktuellen BGH-Beschlüssen als hM gelten durfte. K. Schmidt machte als Telos der Abgrenzungsfrage den Gläubigerschutz aus und entwickelte besonders gläubigergefährdende Vereinstypen, die die Rechtsfähigkeit nicht durch bloße Eintragung nach § 21 BGB erhalten sollten.⁷

Auch die hM konnte die Rechtsunsicherheit allerdings nicht beseitigen. Der Abgrenzungsschwierigkeiten de lege ferenda Herr zu werden ist das Ziel zahlreicher Lösungsansätze, die in den letzten Jahren Gegenstand der Diskussion waren. Hinzuweisen ist insbesondere auf die Gesetzentwürfe

* Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA), ist Fachanwalt für Steuerrecht und Geschäftsführer der auf die Beratung von Körperschaften des Dritten Sektors spezialisierten WINHELLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH mit Hauptsitz in Frankfurt a. M. Alexander Vielwerth, LL.M. oec, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Jena und promoviert zur „Subsidiarität des wirtschaftlichen Vereins“.

1 KG Berlin v. 18.1.2011 – 25 W 14/10, ZStV 2012, 62 mAnm Menges, BeckRS 9998, 44145.

2 Einer der Verfasser zählte zu den Befürwortern der nun überholten KG-Berlin-Entscheidungen, vgl. Winheller DStR 2012, 1562; ders. DStR 2013, 2009; ders. DStR 2015, 1389; ders. SRa 2015, 103; ders. npoR 2017, 59.

3 BGH v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16, II ZB 9/16, DStR 2017, 1277 mAnm Mock/Mohamed.

4 Skeptisch, was die Aussichten für eine – überfällige – umfassende Vereinsrechtsreform angeht: Segna ZIP 2017, 1881 (1888).

5 Vgl. ausführlich Segna ZIP 2017, 1881.

6 Zusammenfassend Schöpflin in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, Stand 1.11.2017, § 21 Rn. 91 f.

7 Grundlegend K. Schmidt Rpfleger 1972, 286 und 343; ders. AcP 1982, 1.

zur Streichung des § 22 BGB⁸ sowie zur Einführung einer Rechtsfähigkeitsverleihungsverordnung (RVV).⁹ Aus der Literatur erwähnenswert sind die Vorschläge zur Verankerung eines Gewinnausschüttungsverbots¹⁰ und zur Einführung eines wirtschaftlich sozialen Vereins.¹¹

De lege lata findet sich neuerdings ein steuerlicher Ansatz, der eine Anerkennung als gemeinnützig der Eintragungsfähigkeit als Idealverein gleichstellen will.¹² Entscheidend sei die Verfolgung ideeller, gemeinnütziger Zwecke. Obgleich dies im Grunde eine Rückkehr zum überkommenen subjektiven bzw. gemischten Ansatz darstellt, folgt der BGH dieser Auffassung zumindest im Ergebnis, begründet seine Entscheidung allerdings mit der Historie der Normen.¹³ Der Gesetzgeber habe gemeinnützige, wohltätige und gesellige Vereine im Blick gehabt¹⁴, die Anerkennung der Gemeinnützigkeit indiziere¹⁵ somit die Eintragungsfähigkeit als Idealverein.

Nachdem jüngst gar eine ökonomische Analyse der Problematik gefordert wurde¹⁶, scheint es an der Zeit, den juristischen Auslegungskanon zu vollenden und im Nachgang zu den BGH-Entscheidungen einen systematischen Ansatz zu entwerfen.¹⁷

2. Die Systematik der §§ 21, 22 BGB

Die Bedeutung der §§ 21, 22 BGB als eine wichtige Schaltstelle des Gesellschaftsrechts¹⁸ zeigt sich an deren unterschiedlichen Rechtsfolgen: Der Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, bedarf zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der staatlichen Verleihung (Konzessionssystem), sofern nicht „besondere bundesgesetzliche Vorschriften“ existieren. Das BVerwG interpretiert dies dahingehend, dass der wirtschaftliche Verein ge-

8 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts v. 25.8.2004, abrufbar unter http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/Vereinsrecht/vereinsrecht-index.htm (zuletzt aufgerufen am 11.2.2018).

9 Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften v. 14.11.2016, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Buergerschaftliches_Engagement.html (zuletzt aufgerufen am 11.2.2018); dazu Fein/Vielwerth ZStV 2017, 81.

10 Leuschner npoR 2016, 99 (100).

11 Momberger, Social Entrepreneurship, 2015.

12 Schauhoff/Kirchhain ZIP 2016, 1857.

13 Die Entscheidungen des BGH sind bereits vielerorts kritisch besprochen worden, vgl. etwa Mock/Mohamed DStR 2017, 1280; Büch EWiR 2017, 359; Segna ZIP 2017, 1881; K. Schmidt JuS 2017, 776. Seine vorgeschlagene Lösung nun bereits de lege lata umgesetzt sieht Leuschner NJW 2017, 1919.

14 BGH v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16, II ZB 9/16, DStR 2017, 1277 Rn. 24.

15 Der BGH betont, dass dies kein Automatismus sein muss: BGH v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16, II ZB 9/16, DStR 2017, 1277 Rn. 23.

16 Mock/Mohamed DStR 2017, 2288 (2294).

17 Dies fordert wohl auch Schöpflin ZStV 2017, 126 (131).

18 So auch K. Schmidt JuS 2017, 776 (778).

AUFSATZ

genüber den spezieller geregelten Unternehmensrechtsformen subsidiär ist, die Vereinsrechtsform also nur gewählt werden darf, wenn die Wahl einer der übrigen zur Verfügung stehenden Rechtsformen unzumutbar ist.¹⁹

Der Verein, dessen Zweck hingegen nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit bereits durch Eintragung in das Vereinsregister (Normativsystem).

Alle Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, gehören also in die Klasse des § 22 BGB samt der dort gesondert in Bezug genommenen Rechtsformen. Alle übrigen Vereine, also Vereine mit anderen Zwecken, sind nicht-wirtschaftliche Vereine nach § 21 BGB und gehören in das Vereinsregister.²⁰

Von entscheidender Bedeutung für die Vereinsklassenabgrenzung ist mithin, welche Vereine dem Regelungsregime des § 22 BGB unterfallen. Letztlich ist damit die Frage zu beantworten, wann der Zweck eines Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

2.1 Wirtschaftliche Vereine gemäß § 22 BGB

Als wirtschaftliche Vereine sind zunächst all diejenigen zu klassifizieren, die Rechtsfähigkeit aufgrund „besonderer bundesgesetzlicher²¹ Vorschriften“ erlangen. Auszugehen ist dabei immer vom Verein als Grundform, es kommen daher nur Körperschaften in Betracht.²² Als besondere Vorschriften sind insbesondere das AktG, das GmbHG sowie das GenG anzusehen.

2.1.1 AG, GmbH, Unternehmersgesellschaft

Sowohl die Aktiengesellschaft (AG) als auch die GmbH (bzw. die Unternehmersgesellschaft) betreiben ein Unternehmen²³, dessen erwirtschaftete Gewinne grundsätzlich an die Gesellschafter ausgeschüttet werden sollen.²⁴ Zweck der Gesellschaften ist demnach stets die Gewinnausschüttung an ihre Mitglieder. Der Preis für die Rechtsfähigkeit samt Haftungsbeschränkung liegt im erforderlichen Garantiekapital, das bei der Unternehmersgesellschaft freilich minimal sein kann.

Zur Umsetzung ihres Zwecks bedienen sich die genannten Gesellschaften eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes. Denn sowohl die AG als auch die GmbH und die UG betreiben Unternehmen (§ 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Der Gesetzgeber setzt das Vorliegen eines Betriebes im Übrigen voraus, wenn er die Rechtsformen als Formkaufmann dem Handelsrecht unterwirft. Der Zweck ist daher, wie es § 22 BGB verlangt, auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet.

2.1.2 Genossenschaft

Gänzlich unterschiedlich funktioniert die Genossenschaft, die ein Mindesthaftungskapital nicht voraussetzt.

Stattdessen muss sie sich einer genossenschaftlichen Pflichtprüfung unterziehen, die die wirtschaftlichen Verhältnisse der Genossenschaft und die der Geschäftsführung feststellt.²⁵

Anders als bei der AG, der GmbH und der Unternehmersgesellschaft ist das Wirken einer Genossenschaft nicht auf das Erwirtschaften von Gewinnen auf Ebene der Genossenschaft und auf die anschließende Ausschüttung an die Mitglieder gerichtet. Die Begünstigung der Mitgliederinteressen erfolgt vielmehr direkt bei den Mitgliedern, indem die Genossenschaft mit ihren Mitgliedern Förder- und Austauschgeschäfte betreibt. Der Geschäftsbetrieb, zu dem sich die Mitglieder einer Genossenschaft zusammenschließen (§ 1 Abs. 1 GenG), dient also per se unmittelbar den privaten Belangen der Mitglieder. Einer separaten Gewinnausschüttung bedarf es hierzu nicht mehr.

Die Begünstigung der Mitglieder kann sowohl wirtschaftlicher Natur sein als auch – seit der Genossenschaftsreform 2006 – soziale oder kulturelle Belange der Mitglieder betreffen. In den zuletzt genannten Fällen liegen die Mitgliedervorteile nur mittelbar in einer wirtschaftlichen Förderung, bspw. durch die Ersparnis von Ausgaben.

Welche Förderrichtung eine Genossenschaft auch verfolgt, entscheidend ist stets, dass sich die Fördertätigkeit der Genossenschaft auf die eigenen Mitglieder bezieht (Selbsthilfefprinzip)²⁶, Fördergeschäfte mit Nichtmitgliedern dürfen nur am Rande stattfinden.

2.1.3 „Besondere bundesgesetzliche Vorschriften“ im VAG und BWaldG

Als besondere bundesgesetzliche Vorschriften gelten darüber hinaus auch solche, die nicht zu einer besonderen Rechtsform führen, sondern direkt zur Rechtsfähigkeit als wirtschaftlicher Verein (der dank der besonderen Vorschriften dann keiner staatlichen Verleihung iSd § 22 BGB mehr bedarf). Solche Vorschriften finden sich etwa im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVAG) und im Bundeswaldgesetz (BWaldG) für die Forstgemeinschaften.²⁷ Sowohl der VVAG als auch die Forstgemeinschaften können durch Anerkennung einer fachlich zuständigen Behörde die Rechtsfähigkeit erlangen, die nicht mit der für die Verleihung nach § 22 BGB zuständigen Behörde identisch sein muss.

Beide Vereinsformen könnten genauso gut Genossenschaften sein, da sie die Interessen der einzelnen Mitglieder fördern. Dass sie die Voraussetzungen der Genossenschaft nicht erfüllen müssen, um die Rechtsfähigkeit als wirtschaftlicher Verein zu erlangen, ist eine legitime Entscheidung des Gesetzgebers. Er privilegiert gewisse Zusammenschlüsse, indem er ihnen den Weg zum Konzessionsverein eröffnet. Die im VAG und BWaldG enthaltenen Vorschriften zur Rechnungslegung und zu Transparenzberichten kompensieren dabei die fehlende Pflichtprüfung bzw. das nicht vorgesehene Haftungskapital.

19 BVerwG v. 24.4.1979 – 1 C 8/74, NJW 1979, 2261.

20 So im Ergebnis auch *Beuthien* Rpfleger 2016, 65 (80).

21 Nicht ausreichend: landesgesetzliche Vorschriften, vgl. *Winheller* DStR 2013, 2009 (2011).

22 Nicht korrekt daher die Aufzählung bei *Schockenhoff* NZG 2017, 931 (931 f.).

23 § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG.

24 § 174 Abs. 2 Nr. 2 AktG, § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

25 *Bloehs* in Pöhlmann/Fandrichs/Bloehs, GenG, 4. Aufl. 2012, § 53 Rn. 6.

26 *Fandrich* in Pöhlmann/Fandrichs/Bloehs, GenG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 25.

27 § 171 VAG, § 19 BWaldG.

AUFSATZ

2.1.4 Echte Konzessionsvereine

Es bleiben Vereine, deren Zweck auf die wirtschaftliche Förderung ihrer Mitglieder gerichtet ist, die die Rechtsfähigkeit jedoch nicht durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften erlangen können. Diese sind gemäß § 22 BGB auf die Konzession durch die nach Landesrecht zuständige Behörde angewiesen. Die Konzessionspraxis ist freilich äußerst unterschiedlich.²⁸ Es gibt jedenfalls durchaus Bundesländer, die von ihren Möglichkeiten Gebrauch machen. Besonders zu erwähnen ist hier die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion (ADD) des Landes Rheinland-Pfalz, die sog. Dorfläden als wirtschaftliche Vereine konzessioniert.²⁹

2.2 Gemeinsamkeiten aller wirtschaftlichen Vereine

Alle wirtschaftlichen Vereine eint, dass sie auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind. Dies ergibt sich aus der grundlegenden Norm des § 22 BGB und für die AG, die GmbH und die UG aus den Spezialgesetzen. Selbst die Genossenschaft betreibt einen „gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb“ (§ 1 Abs. 1 GenG). Gleiches gilt für den VVAG und die Forstgemeinschaften aufgrund ihres genossenschaftlichen Charakters.

Hinzu kommt stets ein Eigeninteresse der Mitglieder am Betrieb des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes – sei es, wie meist, wirtschaftlicher Art oder, wie bei Sozial- und Kulturgenossenschaften, gesellschaftlicher Natur, das sich höchstens mittelbar wirtschaftlich auswirkt.

2.2.1 Was ist ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb?

Bisher geht es bei der Vereinsklassenabgrenzung im Kern um die Frage, was unter dem Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zu verstehen ist. An sich ist die Antwort hierauf aber schon seit Jahrzehnten bekannt. Auch die Steuerrechtswissenschaft hat sich seit langem mit dem Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs befasst. Sie stellt mit § 14 S. 1 und 2 AO eine geeignete Definition zur Verfügung, auf die das Vereinsrecht zwanglos aufbauen kann.

Von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist danach im Wesentlichen auszugehen, wenn zwischen dem Verein und anderen Akteuren (Mitgliedern oder Nichtmitgliedern) ein nachhaltiger Leistungsaustausch stattfindet. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es dabei nicht an und auch nicht darauf, ob mit dem Geschäftsbetrieb die Zwecke des Vereins unmittelbar gefördert werden (in gemeinnützigkeitsrechtlicher Terminologie: Zweckbetrieb) oder mit ihm lediglich Mittel zur Finanzierung der Vereinszwecke generiert werden (Mittelbeschaffungsbetrieb).

2.2.2 Zusätzlich: Eigeninteresse der Mitglieder am wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb

Jeder Verein ist ein Zusammenschluss von Gleichgesinnten, die ihre Interessen gemeinsam verfolgen möchten. Dies

ist bei Mitgliedern eines Gesangsvereins nicht anders als bei Gesellschaftern einer gewerblichen GmbH. Worin liegt der Unterschied? Während der Idealverein eine Förderung der Interessen der Mitglieder nicht kennt, bieten wirtschaftliche Vereine ihren Mitgliedern solche Vorteile, indem sie sie durch einen vereinseigenen Geschäftsbetrieb fördern oder einen Geschäftsbetrieb unterhalten, dessen Gewinne den Mitgliedern in Form von Ausschüttungen zugutekommen.

In diese Richtung dachte schon *K. Schmidt*.³⁰ Und in der Tat ist es aus teleologischer Sicht naheliegend, dass Vereine, die der Nutzenmaximierung ihrer Mitglieder dienen, zum Nachteil der Vereinsgläubiger auch höhere Risiken eingehen. Den im Vereinsrecht fehlenden Gläubigerschutz (fehlendes Haftungskapital und fehlende Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten³¹, fehlende Transparenz- und „Corporate Governance“-Mechanismen³²) will *K. Schmidt* daher durch einen Zwang zur Wahl speziellerer Rechtsformen ausgleichen.

Ob es um den Gläubigerschutz so schlecht bestellt ist, darf allerdings bezweifelt werden. Zugegebenermaßen verfügt der Verein über kein Eigenkapital, wie es bei der AG oder der GmbH der Fall ist. Aber auch die Unternehmergesellschaft kann bereits mit 1 € gegründet werden.³³ Der BGH weist zudem darauf hin, dass Gläubiger um das fehlende Haftungskapital eines Vereins wissen.³⁴ Auch was die Rechnungslegung und die Publizität angeht, lässt die Rechtsform des Vereins die Gläubiger nicht per se im Stich. Es ist zwar richtig, dass die Alternativrechtsformen AG, GmbH, UG und Genossenschaft durch ihre spezialgesetzlich zugewiesene Eigenschaft als Formkaufmann stets zur Buchführung verpflichtet sind, doch ist auch beim Idealverein die Eigenschaft als Istkaufmann denkbar. Dies hat die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Publizität im Handelsregister zur Folge³⁵, was dem Gläubigerschutz ausreichend Genüge tun sollte. Die Pflicht zur Handelsregistereintragung müsste in der Praxis nur endlich ernst genommen und auch zwangsweise durchgesetzt werden. Daran mangelt es aktuell.³⁶

Gläubigerschützende Wirkung kann außerdem das dem Gemeinnützigkeitsrecht entlehnte Selbstlosigkeitsgebot des

30 „Genossenschaftsähnlicher Verein“ (*K. Schmidt* Rpfleger 1972, 343) und „nach innen gerichteter Verein“ (*K. Schmidt* Rpfleger 1972, 343 [347 ff.]).

31 *K. Schmidt* AcP 1982, 1 (13).

32 Insgesamt dazu *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011 sowie *ders.* npoR 2016, 99.

33 *Leuschner* npoR 2016, 99 (100).

34 BGH v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16, II ZB 9/16, DStR 2017, 1277 Rn. 32 aE. Interessant ist (zugunsten deliktischer Gläubiger) die Forderung der ADD in Rheinland-Pfalz nach einer abgeschlossenen Haftpflichtversicherung als Voraussetzung für die Konzessionserteilung, vgl. <https://add.rlp.de/de/themen/staat-und-gesellschaft/ordnung/wirtschaftliche-vereine/> (zuletzt aufgerufen am 11.2.2018).

35 Vgl. OLG Köln v. 24.5.2016 – 2 Wx 78/16, BeckRS 2016, 20605 (hierzu *Krüger/Saberzadeh* npoR 2017, 152) sowie OLG Frankfurt v. 24.1.2017 – 20 W 290/14, BeckRS 2017, 115045 (hierzu *Krüger/Saberzadeh* npoR 2017, 250).

36 Als eV organisierte Vereine wie Schalke 04 oder Mainz 05 sind beispielsweise trotz des Betriebs großer Profisportabteilungen nicht im Handelsregister eingetragen. Mittlerweile wird aber zumindest der Deutsche Alpenverein dem Registerzwang unterworfen, vgl. OLG Frankfurt v. 24.1.2017, 20 W 290/14, BeckRS 2017, 115045.

28 In Hessen existieren allein im Zuständigkeitsbereich der Stadt Frankfurt a. M. 42 wirtschaftliche Vereine, in ganz Thüringen hingegen kein einziger.

29 <https://add.rlp.de/de/themen/staat-und-gesellschaft/ordnung/wirtschaftliche-vereine/> (zuletzt aufgerufen am 11.2.2018); auf diesem Weg ist bis 2016 immerhin 13 wirtschaftlichen Vereinen die Rechtsfähigkeit verliehen worden.

AUFSATZ

§ 55 AO entfalten³⁷, das in jüngster Zeit von *L. Leuschner* auch für das Vereinsrecht gefordert wird.³⁸ Danach dürfen die Mitglieder eines Idealvereins keine Gewinnanteile oder sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten.

Im Ergebnis bedeutet das für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb des § 22 BGB, dass er mehr sein muss als der des § 14 AO. Zum objektiven Tatbestand des § 14 AO muss in subjektiver Hinsicht hinzukommen, dass die Mitglieder ein Eigeninteresse an der wirtschaftlichen Betätigung des Vereins haben. Nur dann haben wir es mit einem wirtschaftlichen Verein zu tun. Ein solches Eigeninteresse liegt bei den gewinnausschüttenden Vereinsformen unmittelbar vor, bei wirtschaftlichen Fördergenossenschaften in den unmittelbaren Vermögensvorteilen und bei Sozial- und Kulturgenossenschaften in der Bereitstellung von Leistungen, die den Mitgliedern ohne den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft nicht oder nicht in dieser Form zur Verfügung stünden.

2.2.3 Folgefragen

Es liegt auf der Hand, dass dieser Ansatz diverse Folgefragen aufwirft. Ein allein in der Satzung des Vereins verankertes Selbstlosigkeitsgebot hilft zB nicht weiter. Entscheidend ist, ob es tatsächlich gelebt wird. Aus dem Steuerrecht wissen wir, dass hier regelmäßig der Hund begraben liegt, denn das Satzungspapier ist geduldig und in der Praxis wirft das Selbstlosigkeitsgebot häufig äußerst schwierige Abgrenzungs- und Wertungsfragen auf. Wer soll außerdem die laufende Geschäftsführung eines Vereins auf die Einhaltung des Selbstlosigkeitsgebots hin überwachen? Für gemeinnützige Vereine könnte man sich auf die Finanzverwaltung verlassen. Eine lückenlose Überwachung garantiert das aber nicht. Bei Neugründungen bescheinigt sie die Gemeinnützigkeit zB allein auf Grundlage der vorgelegten Satzung (§ 60a AO), eine Prüfung in tatsächlicher Hinsicht erfolgt zu diesem Zeitpunkt in der Regel nicht. Im Übrigen erfolgt eine Prüfung im gewöhnlichen Veranlagungsverfahren immer nur rückwirkend für die Vergangenheit, also frühestens nach Ablauf des Steuerjahres, gelegentlich auch erst nach drei Jahren. Und bei nicht-gemeinnützigen Vereinen interessiert sich das FA regelmäßig gar nicht für ein in der Satzung enthaltenes Ausschüttungsverbot. Auch stellen sich Fragen der Behandlung von Verstößen gegen das Selbstlosigkeitsgebot: Soll der Verein dann direkt aus dem Vereinsregister gelöscht werden? Ist ihm der Wechsel in den wirtschaftlichen Verein anzubieten? Oder sind die erlangten Vorteile lediglich an den Verein zurückzuzahlen? Letztere Lösung würde dem Gläubigerschutz wohl am ehesten gerecht und wäre mit der Behandlung von verdeckten Gewinnausschüttungen nach § 31 GmbHG vergleichbar, wirft zugleich aber Durchsetzungsfragen auf.

2.3 Zwischenfazit

Die positive Feststellung eines ideellen Zwecks ist in der Regel eine schwierige Wertungsfrage und führt letztlich zu

der Hilfskonstruktion des BGH, als gemeinnützig anerkannte Vereine stets als eintragungsfähige Idealvereine zu klassifizieren.³⁹ Dass diese Herangehensweise nicht überzeugt, ist schon an anderer Stelle begründet worden:⁴⁰ Das Vereinsrecht einerseits und das Gemeinnützigkeitsrecht andererseits verfolgen völlig unterschiedliche Zielrichtungen. Das Vereinsrecht und generell das Gesellschaftsrecht bieten einen organisatorischen Rahmen für Personenzusammenschlüsse und berücksichtigen dabei Belange des Gläubiger- und Mitgliederschutzes.⁴¹ Das Gemeinnützigkeitsrecht sieht demgegenüber steuerliche Privilegierungen für die Förderung bestimmter gesellschaftlich wünschenswerter Zwecke vor.⁴² Von Ausnahmen abgesehen (Stiftungen, Personengesellschaften) ist es rechtsformneutral.⁴³ Es knüpft also grundsätzlich nicht an bestimmte Rechtsformen, sondern an Steuertatbestände an. Die Anerkennung als gemeinnützig sagt schließlich nichts darüber aus, ob ein Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält oder nicht. Denn auch zu 100 % über ihre sog. Zweckbetriebe wirtschaftlich tätige Körperschaften (zB Kindergärten, Schulen, Krankenhäuser, Altersheime) können gemeinnützig sein, selbst wenn sie sich damit zB auf dem Markt sozialer Dienstleistungen gegen Wettbewerber behaupten müssen und eine Gläubigergefährdung damit nicht von der Hand zu weisen ist.

Statt den ideellen Zweck eines Vereins bestimmen zu wollen, dürfte es daher zielführender sein, den wirtschaftlichen Zweck eines Vereins nach § 22 BGB herauszuarbeiten; der eintragungsfähige Idealverein nach § 21 BGB verbleibt dann im Wege einer Negativabgrenzung. Für die Definition des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs des Vereinsrechts lässt sich dabei auf das Steuerrecht zurückgreifen (§ 14 AO). Der Systematik der §§ 21, 22 BGB entsprechend steht ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb einer Eintragung im Vereinsregister allerdings nur dann im Wege, wenn er den Eigeninteressen der Mitglieder dient, bspw. durch Gewinnausschüttungen oder genossenschaftliche Austauschbeziehungen oder soziale und kulturelle Leistungen, die den Mitgliedern ohne die betriebliche Aktivität der Genossenschaft vorenthalten blieben. In all diesen Fällen unterhält der Verein einen Geschäftsbetrieb, der aus gläubigerschützender Sicht zu risikoreichen Geschäften verleiten kann.

Vereine mit (auch umfangreichem) wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb können hingegen in das Vereinsregister eingetragen werden, wenn ihr Zweck nicht auf die Förderung der eigenen Interessen der Mitglieder gerichtet ist. Mittelgenerierende Tätigkeiten wie der Bratwurstverkauf beim jährlichen Fußballturnier, dessen Einnahmen dem Verein zufließen und der damit nur äußerst mittelbar durch eine Vergünstigung der Beiträge den Interessen der Mitglieder dient, sind hierbei unschädlich. Als Abgrenzungskriterium kann insoweit die Frage dienen, ob durch den Wegfall der wirtschaft-

37 BGH v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16, II ZB 9/16, DStR 2017, 1277 Rn. 32.

38 *Leuschner* npoR 2016, 99 (100); zustimmend *Schockenhoff* NZG 2017, 931 (936).

39 Zu Recht ablehnend: *Segna* ZIP 2017, 1881 (1884, 1886 ff.).

40 *Winheller* DStR 2012, 1562 (1563 f.); *ders.* DStR 2013, 2009 (2013); *Segna* ZIP 2017, 1881 (1884, 1886 ff.).

41 *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 9 Rn. 21.

42 *Droege* in *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel*, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, 2017, Teil 1 Rn. 1 f.

43 *Winheller* DStR 2012, 1562 (1564).

AUFSATZ

lichen Tätigkeit ein Mitgliederschwund eintreten würde. Sportvereine etwa werden kaum Mitglieder verlieren, wenn sie bei Turnieren keine Bratwürste mehr verkaufen. Die Mitglieder haben kein wesentliches Interesse an eben genau diesem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Eine Querfinanzierung der Mitgliedsbeiträge könnte genauso gut auch durch anderweitige wirtschaftliche Betätigungen erfolgen.

3. Problemfälle

3.1 Profisport

Zu welchem Ergebnis führt dieser Ansatz bei denjenigen Sportvereinen, die mit Mannschaften in den Profiligen vertreten sind und Millionenumsätze mit ihren Lizenzkadern erwirtschaften?

Im Hinblick auf die Mitgliederbegünstigung ist zunächst auf vorgesehene oder tatsächlich stattfindende Gewinnausschüttungen zu achten. Direkte Ausschüttungen im Sinne einer monetären Zahlung finden zwar nicht statt. Spieler-, Angestellten- und Vorstandsgehälter sind (zumindest im Branchenvergleich) angemessen. Die Vereinsmitglieder erhalten keine wirtschaftlichen Vorteile, etwaige Vergünstigungen beim Erwerb von Eintrittskarten werden – jedenfalls bei einer Durchschnittsbetrachtung in Bezug auf sämtliche Mitglieder – regelmäßig durch den Mitgliedsbeitrag vollständig kompensiert.

Mitglieder von Profivereinen haben allerdings regelmäßig ein sehr starkes Interesse gerade an der wirtschaftlichen Betätigung des Vereins, nämlich am Betrieb „ihrer“ Mannschaft bzw. Profiabteilung. Sie allein dient der Verfolgung ihrer sozialen Interessen als Fans. Der Betrieb von Profimannschaften kann daher nicht in der selbstlosen Rechtsform des eV stattfinden. Abgesehen davon erfordert die hohe Umsätze generierende Lizenzspielerabteilung, die eine Vielzahl von Angestellten beschäftigt, fraglos einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb iSd § 1 HGB. Aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und des Gläubigerschutzes wäre er daher in das Handelsregister einzutragen.

Anders ist es übrigens bei Vereinen, die ihre Profiabteilungen in eigenständige Tochterkapitalgesellschaften ausgegliedert haben. Sie dürfen die Rechtsform des Idealvereins wählen. Denn auch hier haben die Vereinsmitglieder zwar ein starkes Interesse am Profibetrieb. Allerdings stellt die (auch mehrheitliche) Beteiligung an Kapitalgesellschaften aus Sicht des Vereins schon keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar.⁴⁴ Ein solcher wird allein in der ausgegliederten Gesellschaft betrieben.

3.2 Kindertagesstätten

Vereine, die Kindertagesstätten betreiben, müssen differenziert betrachtet werden.

⁴⁴ Vgl. BGH v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, NJW 1983, 569; darauf verweisend AG München v. 17.1.2017 – VR 304 (Fall 12), npoR 2017, 159. Auch im Gemeinnützigkeitsrecht stellt die Beteiligung an einer Tochterkapitalgesellschaft grundsätzlich keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar, Abschn. 56 Nr. 3 AEAO zu § 64 AO.

Elterninitiativ-Kitas sind Kleinsteinrichtungen mit in der Regel nur wenigen betreuten Kindern und werden zu einem wesentlichen Teil von der Mitarbeit der Eltern (= Mitglieder) getragen.⁴⁵ Die in Elterninitiativ-Kitas geleisteten Tätigkeiten kommen zwar den Mitgliedern zugute, die hiermit ihre eigenen sozialen, wenn nicht gar (durch Kostenersparnis gegenüber kommerziellen Trägern) wirtschaftlichen Belange zu fördern suchen. Allerdings mangelt es Elterninitiativen bereits an der Grundvoraussetzung für einen wirtschaftlichen Verein, nämlich an einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb: Elterninitiativ-Kitas stehen mit den Eltern nicht in einem entgeltlichen Leistungsaustauschverhältnis. Die Beziehung zwischen dem Verein und den Eltern ist vielmehr rein personalistisch geprägt; die Eltern sind „Kunde“ und „Dienstleister“ zugleich, indem sie sich selbst organisieren und gemeinsam Erziehungs- und Verwaltungsleistungen erbringen.⁴⁶

Anders sind die Fälle gelagert, die den aktuellen BGH-Beschlüssen zugrunde lagen. Die betroffenen Vereine unterhielten wirtschaftliche Geschäftsbetriebe. Nach der hier vertretenen Ansicht sind aber auch sie zulässigerweise als Idealvereine tätig. Sie zählten nämlich nur wenige Mitglieder, die nicht selbst zugleich Eltern von in den Horten betreuten Kindern waren.⁴⁷ Die Mitglieder hatten folglich kein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem konkreten Geschäftsbetrieb des Vereins, sondern wollten Außenstehenden spezielle Betreuungsdienstleistungen anbieten. Die Schaffung eigener (angemessen vergüteter) Arbeitsplätze schadete dabei nicht.

Der eingetragene Verein bleibt damit eine geeignete Rechtsform selbst für größere Träger, die sich wirtschaftlich betätigen, ihren Mitgliedern jedoch keine wirtschaftlichen Vorteile (außer eines eigenen Arbeitsplatzes) vermitteln.

3.3 Dorfläden

Der im Gesetzentwurf zur Rechtsfähigkeitsverleihungsverordnung (RVV) diskutierte Dorfladen, zu dessen Betrieb sich Bürger einer Gemeinde ohne Einkaufsmöglichkeiten vor Ort in Vereinsform zusammenschließen, ist zwar nicht auf die Erwirtschaftung und Ausschüttung von Gewinnen aus, gleichwohl dient er der Förderung der (Privat-)Wirtschaft der Mitglieder. Aufbau und Zweck eines Dorfladenvereins entsprechen der Genossenschaft und damit einem wirtschaftlichen Verein. Auch wenn hiermit der „ideelle“ Zweck der Versorgung strukturschwacher Regionen verbunden ist, kann der Verein die Rechtsfähigkeit nicht durch Eintragung in das Vereinsregister erlangen. Eine Anerkennung als gemeinnützig ist darüber hinaus aufgrund fehlender Selbstlosigkeit, aber auch schon mangels eines gemeinnützigen Zwecks unwahrscheinlich.

⁴⁵ Vgl. etwa OLG Schleswig-Holstein v. 18.9.2012 – 2 W 152/11, npoR 2013, 164; OLG Brandenburg v. 23.6.2015 – 7 W 23/15, npoR 2015, 199 mAnm Reuter; OLG Hamm v. 7.4.2017 – 27 W 24/17, NJW-RR 2017, 743.

⁴⁶ Ausführlich *Winheller* DStR 2013, 2009 (2012); *ders.* DStR 2015, 1389 (1390); *Werner* ZStV 2013, 145 spricht insoweit anschaulich von „Gemeinschaftsleistungen“.

⁴⁷ Vgl. BGH v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16, II ZB 9/16, DStR 2017, 1277 Rn. 3.

RECHTSPRECHUNG

Mangels Eintragungsfähigkeit erlangt der Dorfladen daher nur Rechtsfähigkeit, wenn er die Rechtsform der Genossenschaft (bzw. – theoretisch – AG/GmbH/UG) wählt oder die Rechtsfähigkeit staatlich verliehen bekommt. In Rheinland-Pfalz dürfen entsprechende Vereine tatsächlich auf das Wohlwollen ihrer Regierung vertrauen und mit der Konzessionierung rechnen. In anderen Bundesländern hingegen wird konsequent auf die Rechtsprechung des BVerwG und die daraus abzuleitende Subsidiarität und damit auf die alternativ zur Verfügung stehenden Rechtsformen eG, AG, GmbH und UG verwiesen.

4. Wäre die Rechtsfähigkeitsverleihungsverordnung die Lösung gewesen?

Die RVV hätte in der Tat eine besondere bundesgesetzliche Vorschrift darstellen können, die es den gesondert begünstigten Vereinen ermöglicht hätte, trotz Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke die im Vergleich zu anderen Rechtsformen einfachere Variante des Konzessionsvereins nach § 22 BGB zu wählen. Problematisch war freilich, dass mit der RVV das Gesellschaftsrecht auf die Ebene der Exekutive verlagert und damit dem Gesetzgeber entzogen worden wäre.⁴⁸ Die hinter der RVV stehende Idee ist aber wei-

⁴⁸ Hierzu insgesamt *Mock/Mohamed* DStR 2017, 2288.

⁴⁹ https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1 (zuletzt aufgerufen am 11.2.2018), Zeile 5562 f: „[Wir wollen] den rechtlichen Rahmen für ehrenamtliche Betätigung und soziales Unternehmertum weiter verbessern“ und Zeile 5564 ff.: „Insbesondere streben wir im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zur Eintragungsfähigkeit von Vereinen mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb im Interesse von bürgerschaftlichen Initiativen Verbesserungen im Vereinsrecht an.“

terhin gut: Es liegt jetzt am Gesetzgeber, unternehmerische Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement gesondert den Weg zur Rechtsfähigkeit zu ebnen, etwa durch ein Spezialgesetz für Dorfläden. Der aktuelle Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 7.2.2018 bietet hierfür eine geeignete Grundlage.⁴⁹

5. Fazit: Das Ende des Nebenzweckprivilegs?

Der vereinsrechtliche Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist iSd § 14 AO zu verstehen. Aus systematischer Sicht ist für die Vereinsklassenabgrenzung nach §§ 21, 22 BGB darüber hinaus entscheidend, ob der Geschäftsbetrieb den Eigeninteressen der Mitglieder dient. Tut er das, haben wir es mit einem wirtschaftlichen Verein zu tun. Eine (auch indirekte) Gewinnausschüttung ist insoweit stets schädlich. Darüber hinaus stehen auch solche Geschäftsbetriebe der Eintragungsfähigkeit entgegen, die der sonstigen Förderung der Mitglieder dienen. Hierunter können zB Vereine fallen, die ihren Mitgliedern zu einer Reduzierung ihrer Ausgabenlast verhelfen oder die ihren Mitgliedern soziale oder kulturelle Leistungen zugutekommen lassen, die den Mitgliedern ansonsten nicht zur Verfügung stünden. Entscheidend ist stets das Eigeninteresse der Mitglieder an der konkreten wirtschaftlichen Betätigung des Vereins, das durch eine Gesamtbetrachtung zu ermitteln ist. Das Nebenzweckprivileg⁵⁰ hat damit ausgedient.

⁵⁰ Bereits vom Wortlaut her verfehlt. Es ging im Vereinsrecht im Kern nie um die Unschädlichkeit gewisser (Neben-)Zwecke, sondern stets um die Bestimmung der Unschädlichkeit einzelner wirtschaftlicher Betätigungen. *Reuter* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2015, § 22 Rn. 19 ff., spricht daher zu Recht seit langem vom „Nebentätigkeitsprinzip“.