

## Die rechtlichen Herausforderungen der Ökonomisierung des Dritten Sektors\*

Prof. Dr. iur. Gregor Roth

### I. Einleitung

Der Dritte Sektor wird durch zwei Rechtsmaterien besonders geprägt und beeinflusst, nämlich einerseits durch das steuerrechtliche Gemeinnützigkeitsrecht und andererseits durch das Gesellschaftsrecht. Es verwundert daher nicht, dass die rechtlichen Herausforderungen der Ökonomisierung des Dritten Sektors gerade aus diesen beiden Rechtsmaterien resultieren.

Für das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht soll dies hier nur angerissen werden: Die sogenannte Rettungsdienstentscheidung des BFH vom 27.11.2013<sup>1</sup> hat eine Vielzahl von Problemfeldern aufgedeckt, die im hier zu besprechenden Kontext hoch relevant sind. Die Entscheidung betraf zwar vordergründig nur die bis dato höchstrichterlich ungeklärte Frage, ob eine kommunale Eigengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH trotz Wahrnehmung hoheitlicher Pflichtaufgaben<sup>2</sup> ihres kommunalen Alleingeschafters steuerbegünstigt i.S.d. §§ 51 ff. AO sein kann. Der BFH bejaht dies im Grundsatz. Wie so oft liegen die Tücken freilich im Detail, die der BFH in Form vieler kleiner „aber“ der Begründung seines Urteils hinzufügte. Jetzt fragen Sie sich vielleicht: Was interessiert mich das als Mitglied eines rein privatrechtlich organisierten Verbandes? Ihr Interesse sollte deshalb groß sein, weil der BFH in den vielen „aber“ Grundsätzliches zu den Rahmenbedingungen gemeinnützigen Wirtschaftens ausführt. An dieser Stelle müssen zwei Stichworte genügen: verdeckte Gewinnausschüttung bei Leistungsbeziehungen zwischen steuerbegünstigter Gesellschaft und ihrem ebenfalls steuerbegünstigten Gesellschafter sowie die Anforderungen an die Einrichtungen der Wohlfahrtspflege i.S.v. § 66 AO im Hinblick auf das Merkmal „des Erwerbs wegen“.

Intensiv soll nachgehend hingegen auf die gesellschaftsrechtlichen Implikationen der Ökonomisierung des Dritten Sektors eingegangen werden. Denn in den vergangenen Jahren ist eine scheinbar erledigte Debatte neu entbrannt, die in der Vereinslandschaft für gehörige Unruhe und Unsicherheit sorgt(e).<sup>3</sup> Gemeint ist die Gretchenfrage des Vereinsrechts: Wann steht eine wirtschaftliche Betätigung der Eintragung einer Vereinigung als Idealverein im Vereinsregister entgegen? Oder noch schlimmer: Wann droht wegen übermäßiger wirtschaftlicher Betätigung eine Zwangslöschung aus dem Vereinsregister gem. § 395 FamFG? Beide Fragen hat das

---

\* Ausformulierte und um zahlreiche Fußnoten sowie aktuelle Entwicklungen ergänzte Fassung des Vortrags am 29.3.2017 auf der Mitgliederversammlung des Diakonie Mitteldeutschland e.V. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Der Fußnotenapparat ist bewusst ausführlich gehalten, um auch dem interessierten Laien einen Einstieg in die anspruchsvolle Materie zu ermöglichen. Der Vortragsteil zum Gemeinnützigkeitsrecht ist in der schriftlichen Fassung nicht enthalten.

1 BFH, Urt. v. 27.11.2013 – I R 17/12 = BFHE 244, 194.

2 Im konkreten Fall: Durchführung des bodengebundenen Rettungsdiensts im Land Brandenburg.

3 Beruhigung und vermeintliche Rechtssicherheit dürften die jüngsten Beschlüsse des BGH vom 16.5.2017 (II ZB 6/16, II ZB 7/16 und II ZB 9/16) bringen, in denen der BGH die Eintragung gemeinnütziger Vereine in das Vereinsregister trotz einer umfangreichen unternehmerischen Betätigung zur Kinderbetreuung bejahte, weil die steuerliche Gemeinnützigkeit ein starkes Indiz dafür sei, dass der Vereinszweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei (vgl. dazu ausführlich unter VII. und zur Kritik daran bereits unter IV.3.).

Kammergericht Berlin durch seine sogenannte Kita-Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit erneut zur Diskussion gestellt. Die Causa ADAC und die Anregung meines Kollegen *Leuschner* im August 2016 an das Registergericht des AG Münchens, den FC Bayern München e.V. wegen übermäßiger wirtschaftlicher Betätigung aus dem Vereinsregister zu löschen,<sup>4</sup> haben die Diskussion weiter befeuert.<sup>5</sup> Auf diese möchte ich nun näher eingehen.<sup>6</sup>

## II. Die Kita-Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin (KG)

Das KG hat seit dem Jahr 2011<sup>7</sup> in einer ganzen Abfolge von Entscheidungen Vereinen die Eintragung in das Vereinsregister unter Hinweis auf deren wirtschaftliche Betätigung versagt<sup>8</sup> bzw. sogar deren Löschung aus dem Vereinsregister bestätigt<sup>9</sup>. Hauptsächlich betrafen die Entscheidungen Vereine, die sich laut ihres Satzungszwecks der Kinderbetreuung verschrieben haben und dazu Kindertagesstätten betreiben.<sup>10</sup> Daneben versagte das KG aber auch

---

4 *Leuschner*, Die Registersache FC Bayern München e. V., NZG 2017, 16 ff.; *Fritsch*, Zeit-Online vom 8.9.2016 (Wird der FC Bayern aufgelöst?, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/sport/2016-09/bayern-muenchen-loeschung-verein-amtsgericht-muenchen-adac>).

5 Vgl. nur *Gubitz/Hildebrand*, Ist der Profifußball in Deutschland illegal?, NZG 2017, 495; *Leuschner*, Die Registersache FC Bayern München e. V., NZG 2017, 16 ff.; *Beuthien*, Wie ideell muss ein Idealverein sein?, NZG 2015, 449, 456 ff.; *Segna*, Die Registersache FC Bayern München, npoR 2017, 3 ff.; *Dück/Stiegler/Terhorst/Weidt*, Wirtschaftlich tätige (Sport-)Vereine – Handlungsoptionen bei (drohender) Löschung aus dem Vereinsregister, ZStV 2017, 41 ff.

6 Im Originalvortrag war dies nur der erste Teil des Vortrags. Der zweite Teil widmete sich den vorstehend aufgeworfenen steuerrechtlichen Fragen. Diese Ausführungen sind einem separaten Beitrag vorbehalten.

7 Zuvor hatte das LG Berlin als zuständiges Beschwerdegericht noch den ersten Beschluss des AG Charlottenburg (Beschl. v. 27.11.2008 – 95 VR 26995 B), mit dem es einem Kita-Verein wegen wirtschaftlicher Betätigung die Eintragung in das Vereinsregister versagte, aufgehoben (LG Berlin, Beschl. v. 2.3.2009 – 48 T 109/08) (Fundstellen zitiert nach *Sorra*, Die Kita-Rechtsprechung des Kammergerichts, npoR 2017, 45, 46).

8 Dagegen wurde eine Eintragung nicht versagt: KG, Beschl. v. 3.6.2016 – 22 W 122/15 = NZG 2016, 1155 (Verein zur Förderung der Integration von Migranten, weil im konkreten Fall nicht nachgewiesen war, dass die tatsächliche Tätigkeit des Vereins – nach Anpassung der Satzung aufgrund entsprechenden Hinweises des RegG – auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist).

9 KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 88/14 = NZG 2016, 989 (aufgehoben durch BGH Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16) und 22 W 71/15 = DSStR 2016, 1173 (Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16); KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 = DSStR 2016, 2120.

10 KG, Beschl. v. 18.1.2011 – 25 W 14/10 = npoR 2011, 53 (Betrieb mehrerer Kita und Jugend- und Familienzentren); KG, Beschl. v. 21.2.2011 – 25 W 32/10 (unveröffentlicht – Ablehnung der Eintragung einer Satzungsänderung, die auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zielt: Betrieb mehrerer Kita und einer Schule); KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 88/14 = NZG 2016, 989 (Kita-Verein mit 16 Mitgliedern, ca. 695 hauptamtlichen Angestellten, davon 33 Verwaltungsmitarbeiter, und 2.868 Kitaplätzen in 24 Kita-Einrichtungen. Zudem betreibt der Verein neun Kinder- und Jugendstätten, drei Schülerclubs und vier Schulstationen [aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16]); KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 71/15 = DSStR 2016, 1173 (Kita-Verein mit 11 Mitgliedern, der neun Kinderläden mit einer Größe von je 16 bis 32 Kindern betreibt [aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16]); KG, Beschl. v. 15.3.2016 – 22 W 87/14 (Jugend- und Familienhilfe Verein, der eine entgeltliche Schulhortbetreuung mit 250 Plätzen betreibt [aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 9/16]); KG Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 = DSStR 2016, 2120 (Betrieb einer Kita mit 25 Plätzen für Kinder im Alter zwischen 0 und 6 Jahren, aber Platzangebot am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern).

- einem Verein zur Förderung des internationalen Comedyfilms und der interkulturellen Verständigung, der diesen Zweck durch die Veranstaltung regelmäßiger Filmabende und eines jährlichen Filmfestivals erreichen wollte,<sup>11</sup>
- einem Verein zur Förderung der Klaviermusik, der dies insbesondere durch die Veranstaltung entgeltlicher Klavierkonzerte und die Veröffentlichung von Klaviermusik tun wollte,<sup>12</sup>
- einem Verein zur Förderung des öffentlichen Gesundheitswesens, dem es nach der Satzung erlaubt war, zur Verfolgung seiner satzungsmäßigen Zwecke Unternehmen zu gründen oder sich an solchen zu beteiligen<sup>13</sup>
- sowie einem Verein, der Träger einer Unterstützungskasse nach § 1b Abs. 4 BetrAVG sein sollte,<sup>14</sup> die Eintragung in das Vereinsregister.

Mit welcher Begründung versagte das KG insbesondere den Kita-Vereinen die Eintragung in das Vereinsregister? Im Kern stützt das KG seine Entscheidungen auf eine Kommerzialisierung von an sich ideellen Zwecken. Mit anderen Worten sei das Angebot etwa von Kinderbetreuungsleistungen gegen Entgelt als unternehmerische Tätigkeit zu qualifizieren mit der Folge, dass die Betreuungsleistung als wirtschaftliche und nicht als ideelle Betätigung zu qualifizieren sei. Im Detail liegen dem die folgenden fünf Erwägungen zugrunde:

- Ob ein Verein als wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Verein einzustufen ist, richte sich nicht primär nach dem Satzungszweck, sondern nach der tatsächlich ausgeübten oder beabsichtigten Vereinstätigkeit.<sup>15</sup>
- Eine wirtschaftliche Vereinstätigkeit i.S.v. § 22 BGB liege bei einem planmäßigen, auf Dauer angelegten entgeltlichen Betrieb einer Kindertagesstätte vor, sofern die Betreuungsplätze im Wesentlichen am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern angeboten werden.<sup>16</sup>
- Für die Beurteilung der Entgeltlichkeit sei unbeachtlich, ob die Entgelte ausschließlich von den Eltern oder durch staatliche Leistungsträger gezahlt werden. Irrelevant sei auch, ob der Verein mit Gewinnerzielungsabsicht handele.<sup>17</sup>

---

11 KG, Beschl. v. 20.1.2011 – 25 W 35/10 = DNotZ 2011, 634.

12 KG, Beschl. v. 7.3.2012 – 25 W 95/11 = DStR 2012, 1195.

13 KG, Beschl. 23.6.2014 – 12 W 66/12 = FGPrax 2014, 270 (kein Nachweis, dass Unternehmensbeteiligung im Rahmen des Nebenzweckprivilegs liegt).

14 KG, Beschl. v. 6.9.2016 – 22 W 35/16 = FGPrax 2017, 71; KG, Beschl. v. 16.9.2016 – 22 W 65/14 = NZG 2016, 1352; ferner LG Braunschweig, Beschl. v. 22.10.1999 – 8 T 906/99 (545) = NJW-RR 2000, 333; *Otto*, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 22 Rn. 31; a.A. die h.M. OLG München, Beschl. v. 28.5.2013 – 31 Wx 136/13 m.w.N. unter Tz. 3 = ZIP 2013, 2010; BayObLG, Beschl. v. 3.12.1975 – BReg. 2 Z 40/75 = BayObLGZ 1975, 435 (mit Abgrenzung zwischen ideellem Verein und Verwaltungsabteilung eines Betriebes); *Ellenberger*, Palandt BGB, 76. Aufl. 2017, § 21 Rn. 5 f.; *Reuter*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 22 Rn. 47; *Schöpflin*, PWW BGB, 12. Aufl. 2017, § 21 Rn. 5, 12.

15 KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 20 = DStR 2016, 2120, 2122.

16 KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 23 i.V.m. 27 = DStR 2016, 2120, 2122 f.; so im Ausgangspunkt auch die BGH-Beschlüsse v. 16.5.2017 – II ZB 6/16 Tz. 23, II ZB 7/16 Tz. 19 und II ZB 9/16 Tz. 17.

17 KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 23 = DStR 2016, 2120, 2122; ebenso OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2017 – 7 W 124/13 Tz. 13; OLG Hamm Beschl. v. 18.2.2003 – 15 W 427/02 = NJW-RR 2003, 898, 899; OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 22.5.2006 – 20 W 542/05 = NJW-RR 2006, 1698; OLG Celle, Beschl. v. 26.8.1991 – 20 W 12/91 Tz. 8; Beschl. v. 5.5.1995 – 20 W 4/95 Tz. 11; OLG Schleswig, Beschl. v. 30.7.1996 – 2 W 54/96 Tz. 3; OLG Hamm, Beschl. v. 7.04.2017 – 27 W 24/17 Tz. 11 = NZG 2017, 625, 626.

- Die wirtschaftliche Tätigkeit sei auch nicht durch das sogenannte Nebentätigkeitsprivileg gedeckt, da dieses bei zweckbetriebsdominierten Einrichtungen per se nicht greife.<sup>18</sup>
- Schließlich weise die Steuerbegünstigung einen Verein nicht als Idealverein aus.<sup>19</sup>

Ist damit der Kita-Verein im Gerichtsbezirk des KG tot? Nein. Für die sogenannten Elterninitiativkindergärten bleibt es auch nach Ansicht des KG dabei: Sie sind Idealvereine.<sup>20</sup> Nach Ansicht des KG seien für einen Elterninitiativkindergarten die besondere qualitative und quantitative Einbindung der Eltern in die Organisationsabläufe des Vereins<sup>21</sup> und die geringe Zahl von betreuten Kindern<sup>22</sup> charakteristisch.<sup>23</sup>

### III. Gegenläufige Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte

#### 1. Beschluss des OLG Schleswig vom 18.9.2012

Diese auf den ersten Blick rigorose Kita-Rechtsprechung des KG teilen indes nicht alle Oberlandesgerichte.<sup>24</sup> So hat etwa das OLG Schleswig in seinem Beschluss vom 18.9.2012 einem Verein den Status als Idealverein bescheinigt, der nach seinem geänderten Satzungszweck eine Kindertagesstätte gem. § 1 KiTaG Schleswig-Holstein für seine Vereinsmitglieder betreiben wollte. Das Registergericht Lübeck hatte die Eintragung der Satzungsänderung noch unter Hinweis auf die Kita-Rechtsprechung des KG abgelehnt. Für die Annahme des OLG Schleswig, der Verein sei trotz entgeltlichen Betriebs einer Kindertagesstätte kein wirtschaftlicher Verein, waren folgende Punkte – in Abweichung zum KG – entscheidend:

- Ob ein Verein als wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Verein einzustufen ist, richte sich nicht nach der tatsächlich ausgeübten oder beabsichtigten Vereinstätigkeit, sondern nach dem Satzungszweck.<sup>25</sup>
- Das entgeltliche Angebot von Kinderbetreuungsleistungen führe – entgegen dem KG – nicht zwangsläufig zu einer unternehmerischen Tätigkeit.<sup>26</sup> Vielmehr komme es auf eine Abwägung im Einzelfall an, bei der auch der Schutzzweck des § 22 BGB und die besonderen Wertungen des Landesgesetzgebers einzubeziehen seien.<sup>27</sup> Insbesondere sprächen die Regelungen des

---

18 KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 32 = DStR 2016, 2120, 2124.

19 KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 34 = DStR 2016, 2120, 2124; OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2017 – 7 W 124/13 Tz. 12.

20 *Sdorra*, Die Kita-Rechtsprechung des Kammergerichts, npoR 2017, 45; KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 26 = DStR 2016, 2120, 2123.

21 KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 26 = DStR 2016, 2120, 2123.

22 Die Betreuung von acht Kindern soll noch für den Charakter als Elterninitiativverein sprechen, KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 27 = DStR 2016, 2120, 2123.

23 Ausführlich dazu auch *Sdorra*, Die Kita-Rechtsprechung des Kammergerichts, npoR 2017, 45, 47; ebenso OLG Hamm, Beschl. v. 7.04.2017 – 27 W 24/17 Tz. 14 = NZG 2017, 625, 626.

24 Zustimmung erfährt das KG durch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 3.9.2013 – 3 W 34/13 Fitnessstudio ist kein Idealverein = NZG 2014, 1349.

25 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 34 ff. = npoR 2013, 164, 166; vgl. aber auch Tz. 59 (Bedeutung der tatsächlichen Betätigung).

26 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 44 = npoR 2013, 164, 167.

27 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 45 = npoR 2013, 164, 167.

KiTaG Schleswig-Holstein, die faktisch eine 100% Finanzierung der Kindertageseinrichtungen sicherstellen würden, gegen eine Gläubigergefährdung und damit die Notwendigkeit, einem Kita-Verein die Eintragung in das Vereinsregister zu versagen.<sup>28</sup>

- Zudem spräche die Anerkennung als gemeinnütziger Verein i.S.d. §§ 51 ff. AO für einen nicht wirtschaftlichen Hauptzweck.<sup>29</sup>
- Schließlich nahm das OLG Schleswig aufgrund der starken aktiven Elternbeteiligung und der kleinen Gruppen betreuter Kinder an, der Verein sei ein echter Elterninitiativverein.<sup>30</sup>

## **2. Beschluss des OLG Stuttgart vom 3.12.2014**

Mit seinem Beschluss vom 3.12.2014 schloss sich das OLG Stuttgart der Ansicht des OLG Schleswig im Ergebnis an.<sup>31</sup> Allerdings geht das OLG Stuttgart in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des KG zunächst davon aus, dass ein Verein, der einen Waldorfkindergarten betreibt, unternehmerisch tätig sei, wenn er planmäßig und auf Dauer am Markt die entgeltliche Betreuung für Kinder seiner Mitglieder und für Kinder aus der Umgebung anbiete. Dadurch nehme er am Wirtschafts- und Rechtsverkehr wie ein Unternehmen teil.<sup>32</sup> Allerdings, so das OLG Stuttgart, stehe die wirtschaftliche Betätigung einer Eintragung gleichwohl nicht entgegen, weil zugunsten des Vereins das sogenannte Nebentätigkeitsprivileg greife. Denn die wirtschaftliche Tätigkeit erfolge lediglich zur Verwirklichung des ideellen Vereinszwecks – nämlich der Förderung und Pflege moderner Erziehungsmethoden auf der Grundlage der Pädagogik Rudolf Steiners – und sei damit diesem zu- und untergeordnet, also bloßes Hilfsmittel.<sup>33</sup>

## **3. Beschlüsse des OLG Brandenburg vom 8.7.2014, 4.8.2014 und 28.10.2014**

Um den Überblick über die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung abzurunden, möchte ich noch kurz auf drei Entscheidungen des OLG Brandenburg vom 8.7.2014,<sup>34</sup> 4.8.2014<sup>35</sup> und 28.10.2014<sup>36</sup>

---

28 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 48 = npoR 2013, 164, 167 f.; in der Sache ebenso OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.6.2015 – 7 W 23/15 Tz. 14 = NZG 2015, 922, 923.

29 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 58 = npoR 2013, 164, 168; so nun auch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 22 ff., II ZB 6/16 Tz. 24 ff. und II ZB 9/16 Tz. 20 ff.

30 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 56 = npoR 2013, 164, 168. Verwunderlich ist insofern aber, dass dies unter dem Aspekt des Nebentätigkeitsprivilegs erörtert wird, obgleich dadurch schon die wirtschaftliche Betätigung (an einem inneren Markt) in Abrede stehen würde. Zutreffend daher OLG Hamm, Beschl. v. 7.04.2017 – 27 W 24/17 = NZG 2017, 625, das zunächst eine wirtschaftliche Betätigung des Vereins bejaht (Tz. 11 f.), diese aber – insofern wegen des Charakters als Elterninitiativkindergarten – vom Nebentätigkeitsprivileg gedeckt sieht (Tz. 13 ff.).

31 OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.12.2014 – 8 W 447/14, Tz. 17 = npoR 2015, 27, 28.

32 OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.12.2014 – 8 W 447/14, Tz. 11 = npoR 2015, 27; ebenso nun auch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 20, II ZB 6/2016 Tz. 23 und II ZB 9/16 Tz. 18.

33 OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.12.2014 – 8 W 447/14, Tz. 15, 17 = npoR 2015, 27, 28; ebenso OLG Hamm, Beschl. v. 7.04.2017 – 27 W 24/17 Tz. 14 = NZG 2017, 625, 626; so ausdrücklich nunmehr auch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 21 ff. und 28 ff., II ZB 6/16 Tz. 24 ff. und Tz. 31 ff. und II ZB 9/16 Tz. 19 ff. und Tz. 26 ff.

34 OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2014 – 7 W 124/13 (Garagenverein, der seit annähernd 18 Jahren bestand).

35 OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.8.2014 – 7 W 83/14 (Montessori- und Waldpädagogikverein, der seit etwa 10 Jahren bestand) = npoR 2015, 26.

36 OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2014 – 7 W 10/14 (Kita-Verein, der seit mehr als 15 Jahren bestand).

eingehen. Die beiden letzten Fälle betrafen Kita-Vereine, der erste Fall einen Garagenverein. In allen Fällen hatte das zuständige Registergericht dem Verein wegen seiner wirtschaftlichen Betätigung die Amtslöschung gem. § 395 Abs. 2 FamFG angedroht. Das OLG Brandenburg gab der dagegen gerichteten Beschwerde indes jeweils statt. Noch wenig spektakulär beginnen die Ausführungen im ersten Beschluss betreffend den Garagenverein. Das OLG Brandenburg stellt insofern nämlich zweifelsfrei dessen wirtschaftlichen Charakter fest.<sup>37</sup>

Bemerkenswert ist indes die weitere Begründung, mit der das Gericht in allen drei Fällen die Voraussetzungen für eine Amtslöschung verneint: § 395 Abs. 1 S. 1 FamFG eröffne dem Registergericht aufgrund des Wortes „kann“ einen Ermessensspielraum,<sup>38</sup> in dessen Rahmen auch die Interessen des zu löschenden Vereins zu berücksichtigen seien.<sup>39</sup> Wörtlich heißt es dazu: „Bei Ausübung dieses Ermessens ist das öffentliche Interesse an der Bereinigung des Registers und dem Schutz des Rechtsverkehrs gegen das Bestandsinteresse des Beteiligten abzuwägen.“<sup>40</sup> Insofern befindet sich das OLG Brandenburg noch im Einklang mit der herrschenden Meinung. Nach Ansicht des OLG Brandenburg überwiege allerdings das Bestandsinteresse, wenn der Verein sich in der Vergangenheit korrekt gegenüber dem Registergericht verhalten habe und es zu keinen Unzuträglichkeiten im Rechtsverkehr gekommen sei und solche in Zukunft auch nicht zu erwarten seien.<sup>41</sup> Die für Vereine erfreuliche Quintessenz des OLG Brandenburg ist also: Ein einmal eingetragener Verein genießt trotz seiner an sich eintragungsschädlichen wirtschaftlichen Betätigung Bestandsschutz, solange er sich im Übrigen nur rechtskonform und registerfreundlich verhält.

#### IV. Einbettung in das gesellschaftsrechtliche Ordnungssystem und Bewertung

Nachdem ich Ihnen die aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung mit ihrem bunten Meinungsspektrum ein Stück näher gebracht habe, will ich nunmehr versuchen, in das gedankliche Chaos, das ich dadurch bei einigen von Ihnen sicher verursacht habe, wieder Ordnung zu bringen.

---

37 OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2014 – 7 W 124/13 Tz. 10, 16 (unternehmerische Tätigkeit an einem inneren Markt).

38 OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2014 – 7 W 124/13 Tz.18 f.; Beschl. v. 4.8.2014 – 7 W 83/14 Tz. 7 = npoR 2015, 26; Beschl. v. 28.10.2014 – 7 W 10/14 Tz. 13. Die h.M. (vgl. KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 88/14 Tz. 39 f. m.w.N.; KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 39 f. m.w.N. = DStR 2016, 2120, 2125; KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 71/15 Tz. = 38; *Munzing*, BeckOK FamFG, 22. Edition, § 395 Rn. 32; *Heinemann*, Keidel FamFG, 19. Aufl. 2017, § 395 Rn. 23 m.w.N.; *Sdorra*, Die Kita-Rechtsprechung des Kammergerichts, npoR 2017, 45, 49; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 4759; Stöber/Otto Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 1421) geht zwar im Grundsatz ebenso von einem Ermessen des Registergerichts im Rahmen von § 395 Abs. 1 S. 1 FamFG aus. Allerdings sei die Interessenabwägung vorgezeichnet, da ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Beseitigung der Eintragung bestehe, wenn der als Idealverein im Vereinsregister eingetragene Verein in Wirklichkeit ein wirtschaftlicher Verein ist, weil er durch seine unerlaubte wirtschaftliche Betätigung tatsächlich einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt.

39 OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2014 – 7 W 124/13 Tz.18 f.; Beschl. v. 4.8.2014 – 7 W 83/14 Tz. 7 = npoR 2015, 26; Beschl. v. 28.10.2014 – 7 W 10/14 Tz. 13.

40 OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2014 – 7 W 10/14 Tz. 13.

41 OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2014 – 7 W 124/13 Tz. 21; Beschl. v. 4.8.2014 – 7 W 83/14 Tz. 8 = npoR 2015, 26 f.; Beschl. v. 28.10.2014 – 7 W 10/14 Tz. 15; a.A. die h.M. die in Fällen der Rechtsformverfehlung zwingend ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Beseitigung der Eintragung annimmt (vgl. bereits die Nachweise in Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**38).

## 1. Die Vereinsklassenabgrenzung

Zunächst müssen wir uns dazu kurz der rechtlichen Ausgangslage zuwenden. Nach § 21 BGB erlangt ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Demgegenüber ordnet § 22 BGB an, dass ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, in Ermangelung besonderer bundesgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erlangt. Aus dem Zusammenspiel beider Vorschriften folgt, dass eine Vereinigung, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, Rechtsfähigkeit nur ausnahmsweise durch staatliche Verleihung erlangen kann, nämlich lediglich dann, wenn es ihr aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist, sich in der Rechtsform einer AG, GmbH oder e.G. zu organisieren.<sup>42</sup> § 22 BGB hat damit eine Sperrfunktion: Er soll wirtschaftlich tätige Vereine auf die Rechtsformen der AG, GmbH oder e.G. verweisen, weil nur diese Rechtsformen einen hinreichenden Schutz des Rechtsverkehrs vor den Risiken einer wirtschaftlichen Tätigkeit bieten. Diese Risiken rühren vor allem aus dem Investitionsrisiko, das mit einer anbietenden Tätigkeit gegen Entgelt bei Unsicherheit über die potentielle Nachfrage verbunden ist. Der Schutz des Rechtsverkehrs vor den Risiken unternehmerischer Tätigkeiten wird vor allem durch die expliziten Kapitalerhaltungsvorschriften<sup>43</sup>, die umfassenden internen und externen Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten, die Vorschriften über eine Haftung der Leitungsorgane im Insolvenzfall (Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung) und deren Strafbewehrung gem. § 15a Abs. 4 InsO, die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz sowie die Regelungen über die nicht beschränkbare Organvertretungsmacht der Geschäftsleiter, die im Recht des Idealvereins jeweils kein oder nur ein unzureichendes Pendant finden, realisiert.<sup>44</sup> An Bedeutung eingebüßt haben seit der Einführung der UG haftungsbeschränkt hingegen die Kapitalaufbringungsvorschriften.

### a) Die teleologisch-typologische Abgrenzung

Nach dem Wortlaut der §§ 21 und 22 BGB ist damit die alles entscheidende Frage, ob der Vereinszweck „auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“ oder nicht.<sup>45</sup> Wann dies der Fall ist, ist seit Inkrafttreten des BGB umstritten. Denn der Gesetzeswortlaut lässt offen, ob für die Eintragungsfähigkeit der Vereinszweck im Sinne eines leitenden Endziels, die tatsächliche Vereinstätigkeit oder eine Kombination aus beidem maßgeblich sein soll.<sup>46</sup> Zunächst glaubte man die Abgrenzung anhand je eines Einheitstatbestands für den wirtschaftlichen und

---

42 BVerwG, Urt. v. 24.4.1979 – 1 C 8.74 = BVerwGE 58, 26, 32; BGH, Urt. v. 29.9.1982 – I ZR 88/80 = BGHZ 85, 84, 89 (ADAC); *Reuter*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 22 Rn. 55; *Segna*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 47, 57; *Winheller*, DStR 2013, 2009, 2011; *Otto*, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 22 Rn. 8; *Weick*, Staudinger-BGB, 2005, § 22 Rn. 3.

43 Inwiefern das Kapitalerhaltungssystem beim eingetragenen Verein hinter dem der Handelsvereine zurückbleibt, hängt entscheidend von der – umstrittenen – Frage ab, ob bei einem Idealverein Gewinnausschüttungen durch die Vereinssatzung vorgesehen werden können. Verneint man die Frage nach zutreffender Ansicht, so ist die Kapitalbindung beim Verein jenseits der mitgliedernützigen Vereinsbetätigung sogar strenger als bei den Kapitalgesellschaften, weil dann *jegliche* Kapitalausschüttung an die Vereinsmitglieder verboten ist.

44 *K. Schmidt*, AcP 182, 1, 13 f.; *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 133 ff.

45 *Segna*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 47, 57.

46 *Segna*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 47, 57 f.

nichtwirtschaftlichen Verein vornehmen zu können.<sup>47</sup> In den 70er Jahren des vorherigen Jahrhunderts hat sich dann eine teleologisch-typologische Abgrenzung durchzusetzen begonnen,<sup>48</sup> die heute allgemein anerkannt ist.<sup>49</sup> Teleologisch ist die Abgrenzung, weil sie entsprechend dem Normzweck von § 22 BGB danach fragt, welche Verbände vor allem zum Schutz des Rechtsverkehrs auf die Rechtsform des AG, der GmbH und der e.G. verwiesen werden sollen. Typologisch ist die Abgrenzung, weil sie anhand des Normzwecks von § 22 BGB nach der h.M. drei Grundtypen von wirtschaftlichen Vereinen unterscheidet.<sup>50</sup>

- Grundtyp 1 ist der Volltypus eines unternehmerisch tätigen Vereins, der dadurch gekennzeichnet ist, dass er planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt an einem äußeren Markt anbietet.
- Der Grundtyp 2 des wirtschaftlichen Vereins bietet zwar auch planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt an, dies aber nur an einem inneren Markt, also ausschließlich gegenüber den Vereinsmitgliedern.
- Der dritte Grundtyp ist der genossenschaftliche Vereinstypus, der durch die Wahrnehmung ausgelagerter wirtschaftlicher Tätigkeit seiner Mitglieder gekennzeichnet ist.

Deutlich wird damit bereits eines: Nach der Typenlehre kommt es für die Qualifikation eines Vereins als wirtschaftlicher oder nicht wirtschaftlicher Verein maßgeblich auf seine tatsächliche oder beabsichtigte Tätigkeit an.

## b) Einzelheiten zu den Grundtypen 1 und 2

Im Folgenden will ich mich auf den Grundtyp 1 und 2 beschränken, weil diese für die Analyse der eingangs vorgestellten Kita-Rechtsprechung von besonderer Relevanz sind. Dazu erläutere ich kurz

---

47 Im Einzelnen bemühte man zunächst einerseits die subjektive Theorie, die ausschließlich auf den niedergeschriebenen Satzungszweck im Sinne seines leitenden Endziels abstellte und andererseits die objektive Theorie, die die Vereinsklassenzuordnung allein am Vorhandensein eines Geschäftsbetriebs festmachte. Die gemischte bzw. subjektiv-objektive Theorie versuchte die Schwächen der beiden anderen Ansätze zu vermeiden, konnte aber ebenso keine allgemein überzeugenden Abgrenzungskriterien hervorbringen (vgl. zur Kritik an den Einheitstatbeständen *K. Schmidt*, AcP 182, 1, 9 ff.; *Segna*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 47, 57 f.).

48 Grundlegend dazu *K. Schmidt*, Die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen – Bestandsaufnahme, Kritik und Neuorientierung, Rpfleger 1972, 286 ff. und 343 ff.

49 OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 28.10.2010 – 20 W 254/10 Tz. 22 f.; KG Berlin, Beschl. v. 23.06.2014 – 12 W 66/12 Tz. 10 f. = Rpfleger 2014, 683, 684; OLG Celle, Beschl. v. 26.08.1991 – 20 W 12/91 Tz. 8 = Rpfleger 1992, 66; OLG Celle, Beschl. v. 05.05.1995 – 20 W 4/95 Tz. 11 = NJW-RR 1996, 1502, 1503; OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 29 ff. = npoR 2013, 164, 165 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.12.1997 – 3 Wx 488/97 Tz. 13 ff. = NJW-RR 1998, 683; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.08.2011 – 14 Wx 51/11 Tz. 20 = MDR 2012, 173 f.; ferner BVerwG, Urt. v. 6.11.1997 – 1 C 18/95 Tz. 19 f. = BVerwGE 105, 313, 316 f. (Scientology Kirche); *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 132; *Waldner/Wörle-Himmel*, Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016 Rn. 42a; *Reuter*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 22 Rn. 6 f.; Vgl. *Weick*, Staudinger-BGB, 2005, § 21 Rn. 6 f.; *Otto*, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 22 Rn. 11 ff.; *Segna*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 47, 59 f.; *Winheller*, Totgesagte leben länger – Wie schlimm steht es wirklich um den eV?, npoR 2017, 59, 60.

50 Weitergehend hat *Reuter*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, §§ 21, 22 Rn. 37 ff. und Rn. 40 ff. als weitere Typen des wirtschaftlichen Vereins den Holdingverein und den Vermögensverwaltungsverein herausgearbeitet, um auch den Mitgliederschutz als Normzweck von §§ 21 und 22 BGB zu adressieren; dagegen *K. Schmidt*, AcP 182, 1, 15 f. (der stattdessen die Lehre von der Typenverfeinerung bemühen will); *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 165 f.



die Funktion der einzelnen Merkmale und die daraus folgenden Konsequenzen für die Qualifikation der Tätigkeit eines Vereins.

- Planmäßig und dauerhaft ist das Leistungsangebot, wenn der Verein sich durch Investitionen zielgerichtet in die Lage versetzt, nicht nur gelegentlich Sach- oder Dienstleistungen anbieten zu können. Nicht planmäßig handelt daher ein Verein, der nicht mehr benötigtes Inventar verkauft, auch wenn er dies regelmäßig tut. Denn in diesem Fall stellt der Verein sein Leistungsangebot nicht zielgerichtet durch Investitionen bereit, sondern es erfolgt nur eine ökonomisch sinnvolle „Restverwertung“. Aufgrund dieses Merkmals kann auch die rein nachfragende Tätigkeit eines Vereins nicht als wirtschaftlich qualifiziert werden. In beiden Fällen geht der Verein kein Investitionsrisiko ein.
- Das nächste Merkmal ist die entgeltliche Tätigkeit an einem Markt. Entgeltlichkeit ist gegeben, sobald der Verein sein Leistungsangebot um einer Gegenleistung willen erbringt. Unbeachtlich ist daher, ob der Verein Gewinn erzielt oder wenigstens mit Gewinnerzielungsabsicht handelt.<sup>51</sup> Anders als das OLG Schleswig meint, kommt es auch nicht auf die Art und Weise der Entgeltzahlung, etwa in Form von staatlichen Finanzhilfen oder Zuschüssen Dritter, an.<sup>52</sup> Denn entscheidend ist wiederum, ob der Verein einem Investitionsrisiko ausgesetzt ist, er also bei Ungewissheit über eine hinreichende Nachfrage nach seinem Leistungsangebot durch den Markt Investitionsentscheidungen trifft, die bei mangelnder Nachfrage zu Verlusten führen können.<sup>53</sup> Das Investitionsrisiko zeigt sich etwa deutlich, wenn die Höhe der staatlichen Zuschüsse von der tatsächlichen Belegung der Kita abhängt; zugleich unterstreicht dies den Entgeltcharakter der staatlichen Zuschüsse.<sup>54</sup>

Kita-Vereine, die Betreuungsleistungen auch für Kinder von Nichtvereinsmitgliedern anbieten, sind danach zweifelsfrei an einem äußeren Markt gegen Entgelt<sup>55</sup> tätig und erfüllen damit die Voraussetzungen des Volltypus eines wirtschaftlichen Vereins.

Bietet der Verein die Kinderbetreuung dagegen nur seinen Vereinsmitgliedern an, liegt ein entgeltliches Leistungsangebot an einem inneren Markt nur vor, wenn der Mitgliedsbeitrag sich in Wahrheit als verschleiertes Entgelt für die Betreuungsleistung darstellt. Wann der Mitgliedsbeitrag in Wahrheit Entgelt für das Leistungsangebot eines Vereins ist, beurteilt sich

---

51 OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 28.10.2010 – 20 W 254/10 Tz. 23; BayObLG, Beschl. v. 6.4.1989 – BReg. 3 Z 10/89 Tz. 61 = BayObLGZ 1989, 124, 129; KG, Beschl. v. 17.7.1992 – 1 W 6555/90 Tz. 11 = NJW-RR 1993, 187, 189; LG Hamburg, Beschl. v. 7.10.1985 – 71 T 39/85 = ZIP 1986, 228, 229; KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 88/14 Tz. 22 = NZG 2016, 989, 991; OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 31 = npoR 2013, 164, 166; OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.12.2014 – 8 W 447/14 Tz. 12 = npoR 2015, 27; OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2017 – 27 W 24/17 Tz. 11 = NZG 2017, 625, 626; K. Schmidt, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, 1984, S. 115 f.; K. Schmidt, *AcP* 182, 1, 16; Reichert, *Handbuch Vereins- und Verbandsrecht*, 13. Aufl. 2016, Rn. 143; Stöber/Otto, *Handbuch zum Vereinsrecht*, 11. Aufl. 2016, Rn. 68; Sdorra, *npoR* 2017, 45, 47.

52 KG, Beschl. v. 16.02.2016 – 22 W 88/14 Tz. 22 = NZG 2016, 989, 991; Sdorra, *npoR* 2017, 45, 47; Winheller, *DStR* 2013, 2009, 2011; Beuthien, *Rpflger* 2016, 65, 80; a.A. May, *Recht und Bildung* 2014, 11, 14 f.

53 Reuter, *npoR* 2015, 199, 202.

54 Segna, *Non Profit Law Yearbook* 2014/2015, S. 47, 63.

55 Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn der Beitrag der Eltern eher Symbolcharakter hat, weil der Verein zur Finanzierung seines Betreuungsangebots überhaupt nicht auf die Geldzahlung der Eltern angewiesen ist. So verhält es sich, wenn der Verein sich aus eigenen Mitteln finanziert. Einhergeht damit der Wegfall des Investitionsrisikos, weil der Verein zur Refinanzierung seines Angebots nicht auf einen unsicheren Markterfolg angewiesen ist (Reuter, *npoR* 2015, 199, 202).

allgemein danach, ob die Mitgliedschaftsbeziehung kundenähnlich ausgestaltet ist.<sup>56</sup> An einer kundenähnlichen Ausgestaltung der Mitgliedschaft fehlt es, wenn die Vereinstätigkeit von gemeinsamen Überzeugungen der Mitglieder getragen wird, von denen sie nicht gelöst werden kann, ohne ihren Wert für das einzelne Mitglied zu verlieren.<sup>57</sup> Ebenso fehlt es an einem kundenähnlichen Verhältnis, wenn der Verein Selbsthilfecharakter hat. Ausschlaggebend ist, dass in beiden Fällen das für die Qualifikation als Wirtschaftsverein maßgebliche Investitionsrisiko fehlt. Denn der Verein kennt jeweils genau die Bedürfnisse seiner Mitglieder und kann dementsprechend seine Leistungen bedarfsgerecht anbieten. Er nimmt daher keine Investitionen in sein Leistungsangebot unter Unsicherheit über dessen Nachfrage vor. Für alle mitgliedernützigen Vereine ist diese Abgrenzung bedeutsam.

Für Kita-Vereine bedeutet dies: Elterninitiativvereine, in denen Eltern ihre Kinder nach gemeinsamen pädagogischen Überzeugungen und Konzepten erziehen oder die als Selbsthilfegruppen betrieben werden, sind als Idealverein eintragungsfähig.<sup>58</sup> Die Grenze zu einem kundenähnlichen Mitgliedschaftsverhältnis wird indes überschritten, wenn die Anzahl der betreuten Kinder nicht mehr überschaubar ist und die aktive elterliche Mitarbeit quantitativ und qualitativ in den Hintergrund tritt.

#### **4. Rettungsanker I: Nebenzweckprivileg**

Selbst wenn ein Verein die Merkmale eines Grundtyps des wirtschaftlichen Vereins erfüllt, schließt dies nicht per se seine Qualifikation als Idealverein aus. Voraussetzung ist, dass zu seinen Gunsten das sogenannte Nebenzweckprivileg – besser spricht man von einem Nebentätigkeits- oder Nebenerwerbsprivileg<sup>59</sup> – greift. Das Nebentätigkeitsprivileg beruht auf der allgemein anerkannten Einsicht, dass auch Idealvereine finanziell häufig nicht ohne einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auskommen. Bereits in den Materialien zum BGB wird das Vereinslokal als Beispiel für eine zulässige unternehmerische Nebentätigkeit eines Sportvereins genannt.<sup>60</sup> Das Nebentätigkeitsprivileg greift, wenn ein Verein zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet sind, ihm funktional dienen.<sup>61</sup> Wann eine derartige funktionale Unterordnung vorliegt, ist im Detail umstritten.<sup>62</sup> Einigkeit besteht aber im Ausgangspunkt: Die unternehmerische Tätigkeit muss dem ideellen Hauptzweck zu dienen bestimmt sein und ein ideeller Hauptzweck muss nicht nur in der Satzung verankert, sondern neben der unternehmerischen Tätigkeit auch

---

56 BVerwG, Urt. v. 6.11.1997 – 1 C 18/95 Tz. 20 = BVerwGE 105, 313, 316 f. (Scientology Kirche).

57 BVerwG, Urt. v. 6.11.1997 – 1 C 18/95 Tz. 25 = BVerwGE 105, 313, 318 (Scientology Kirche).

58 So ausdrücklich OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2017 – 27 W 24/17 Tz. 14 ff. = NZG 2016, 625, 626 in klarer Abgrenzung zu den Fallgestaltungen, die den Beschlüssen des KG v. 18.1.2011 – 25 W 14/10 und v. 16.2.2016 – 22 W 88/14 zugrunde lagen; KG, Beschl. v. 16.2.2016 – 22 W 88/14 Tz. 27 und 36.

59 So *Beuthien*, NZG 2015, 449 Fn. 1.

60 Mugdan I, S. 604 und S. 997.

61 BVerwG, Urt. v. 6.11.1997 – 1 C 18/95 Tz. 20 = BVerwGE 105, 313, 316 f. (Scientology Kirche); BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz.19 = NZG 2017, 705, 706 und II ZB 6/16 Tz. 22.

62 Vgl. zu möglichen Kriterien OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 28.10.2010 – 20 W 254/10 Tz. 28 ff.

tatsächlich verfolgt werden.<sup>63</sup> Mit anderen Worten greift das Nebentätigkeitsprivileg entgegen dem OLG Stuttgart von vornherein nicht, wenn sich die Vereinstätigkeit in einer unternehmerischen Betätigung erschöpft, auch wenn diese auf ein ideelles Endziel gerichtet ist.<sup>64</sup> Denn in diesem Fall existiert keine ideelle Haupttätigkeit, die den Verein prägt und dem sich die unternehmerische Zweckverwirklichung funktional unterordnen könnte. Aus diesem Grund kann ein zweckbetriebsdominierter Verein kein Idealverein sein.

## 5. Rettungsanker II: Steuerliche Gemeinnützigkeit als Indiz für die ideelle Zweckausrichtung?

Entgegen einiger Stimmen<sup>65</sup> ist es für das Nebentätigkeitsprivileg deshalb auch unerheblich, ob der Verein als gemeinnützig anerkannt ist oder nicht.<sup>66</sup> Darin liegt auch keine Inkonsistenz der Rechtsordnung, wie vereinzelt behauptet wird. Denn die steuerliche Anerkennung eines Zweckbetriebs beruht auf originär steuerrechtlichen Erwägungen, nämlich der Privilegierung von Tätigkeiten, die zum Vorteil des Gemeinwohls selbstlos ausgeübt werden. Die zivilrechtliche Vereinsklassenabgrenzung zielt hingegen darauf ab, den Rechtsverkehr vor den Gefahren unternehmerischen Handelns zu schützen. Insofern gilt aus vereinsrechtlicher Sicht: Der Zweck heiligt gerade nicht die Mittel. Für diese Sichtweise sprechen zwei simple Kontrollüberlegungen: Würde man erstens jenen Stimmen folgen, die die Zu- und Unterordnung der wirtschaftlichen Betätigung am Status der Gemeinnützigkeit festmachen wollen, so wäre dies nicht nur ein Rückfall in die längst überwundene Zeiten der subjektiven Theorie. Verbunden wäre damit vor allem eine umfangreiche Entwertung des Regelungsziels von §§ 21 und 22 BGB: die Verweisung wirtschaftlicher Betätigungen auf die Rechtsformen der Handelsgesellschaften. Denn fortan wären auch gemeinnützige Krankenhäuser oder gemeinnützige Privathochschulen durch das Nebenzweckprivileg zweifelsfrei gedeckt und wohl auch die Profifußballbereiche. Zweitens können

---

63 A.A. nunmehr BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz.19 = NZG 2017, 705, 706, II ZB 6/16 Tz. 24 und II ZB 9/16 Tz. 19; unklar bleibt hierbei freilich, wie der BGH mangels weiterer realer Tätigkeit die Zu- und Unterordnung der auch von ihm festgestellten wirtschaftlichen Tätigkeit prüfen will.

64 K. Schmidt, Rpfleger 1972, 343, 351; Beuthien, NZG 2015, 449, 451; Sdorra, npoR 2017, 45, 48; a.A. BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 30 = NZG 2017, 705, 706, II ZB 6/16 Tz. 33 und II ZB 9/16 Tz. 28; Beuthien, WM 2017, 645, 646; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1865.

65 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 22 ff. = NZG 2017, 705, 706, II ZB 6/16 Tz. 25 ff. und II ZB 9/16 Tz. 20 ff.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 03.12.2014 – 8 W 447/14 Tz. 14 f. = npoR 2015, 27; OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 57 ff. = npoR 2013, 164, 168; Schauhoff, npoR 2016, 241, 244 f.; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1865; P. Fischer, jurisPR-SteuerR 20/2015 Anm. 1; Reuter, NZG 2008, 881, 887 (a.A. aber Reuter, 2015, 199, 202); de lege ferenda für eine Gleichschaltung des Nebentätigkeitsprivilegs mit den steuerlichen Zweckbetriebsanforderungen Schauhoff/Kirchhain, FR 2013, 301, 313; sogar den Gläubigerschutz durch Gemeinnützigkeit bejahend Montag, Kurzgutachten zur Eintragungsfähigkeit von Trägervereinen von Kindertagesstätten, S. 12; May, Recht und Bildung 2014, 11, 17; in diesem Sinne nunmehr offenbar auch BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 32, II ZB 6/16 Tz. 35 und II ZB 9/16 Tz. 30; dagegen zu Recht Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S.47, 75.

66 H.M. Reuter, npoR 2015, 199, 202; Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 49, 67 f.; Winheller, DStR 2013, 2009, 2013; ders. npoR 2017, 59, 60 f.; ders. DStR 2012, 1562, 1563 f.; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 64; Hüttemann, Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 2.30; KG, Beschl. v. 11.4.2016 – 22 W 40/15 Tz. 33 ff. = DStR 2016, 2120, 2124; Beuthien, WM 2017, 645, 646; a.A. noch KG Beschl. v. 26.10.2004 – 1 W 295/04 Tz. 3 = FGPrax 2005, 77, 78. Auch der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften geht ausdrücklich von der Irrelevanz der steuerrechtlichen Bewertung für die Vereinsklassenabgrenzung aus (BT-Drucks. 18/11506 S. 19 f.).

die korrekte Vereinsklassenabgrenzung und damit die Frage der Eintragungsfähigkeit in das Vereinsregister nicht von dem jährlich (!) im Rahmen der Veranlagung neu zu beurteilenden Status der steuerlichen Gemeinnützigkeit abhängen. Entscheidend ist aber folgender Gesichtspunkt: Das gemeinnützigkeitsrechtliche Gewinnausschüttungsverbot gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO kann entgegen anderslautender Stimmen<sup>67</sup> in praxi keinen (substantiellen) Beitrag zum Gläubigerschutz leisten, weil die damit intendierte Mittelbindung einen spezifischen gemeinnützigkeitsrechtlichen Zweck verfolgt: Es dient nicht der Sicherung des Haftungsfonds einer einzelnen juristischen Person, sondern soll nur Vermögensabflüsse aus dem Dritten Sektor als solchen unterbinden. Aus diesem Grund erlaubt § 58 Nr. 2 AO etwa unproblematisch Gewinnausschüttungen an steuerbegünstigte Gesellschafter, weil die Mittel dem Dritten Sektor erhalten bleiben.

Für die Einstufung eines Vereins als Ideal- oder Wirtschaftsverein sind zudem allein die abstrakten Gefahren für den Rechtsverkehr entscheidend, die von einer unternehmerischen Tätigkeit ausgehen können. Aus diesem Grund ist es für die Qualifikation eines Vereins als Wirtschaftsverein entgegen der Ansicht des OLG Schleswig<sup>68</sup> und des BGH<sup>69</sup> unerheblich, ob im konkreten Einzelfall durch die unternehmerische Betätigung tatsächlich eine Gefährdung des Rechtsverkehrs droht. Berücksichtigungsfähig ist dieser Gedanke allein bei der Frage, ob einem Wirtschaftsverein gem. § 22 BGB ausnahmsweise durch staatliche Konzession Rechtsfähigkeit zuerkannt werden kann.<sup>70</sup> In diese Richtung weist der Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften vom 13.3.2017, auf den ich gleich noch kurz zu sprechen komme.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Unternehmerisch tätige Kita-Vereine sind keine Idealvereine, wenn die Vereinstätigkeit im Wesentlichen durch die entgeltliche Kinderbetreuung geprägt ist. Insofern liegt das OLG Stuttgart falsch, wenn es zwar den wirtschaftlichen Charakter der Kinderbetreuung bejaht, aber unter Rückgriff auf das Nebentätigkeitsprivileg gleichwohl den Verein als Idealverein qualifiziert.<sup>71</sup>

## V. Handlungsoptionen für betroffene Vereine

Rechtspraktisch stellt sich damit die Frage, welche Handlungsoptionen verbleiben, wenn die eigene wirtschaftliche Tätigkeit nicht mehr durch das Nebentätigkeitsprivileg gedeckt ist. Bereits im Jahr 1982 hat der BGH in seinem sogenannten ADAC-Urteil einen Ausweg gewiesen:<sup>72</sup> die Ausgliederung der wirtschaftlichen Tätigkeit in eine Tochtergesellschaft in der Rechtsform etwa einer AG oder GmbH. Vereine wie der ADAC, die Fußballvereine der Profiligen aber auch die großen Wohlfahrtsvereine haben die ADAC-Rechtsprechung dankend aufgenommen und ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten zum Schutz ihres Status als Idealverein in zahlreiche

---

67 BGH, Beschl. v. 19.5.2017 – II ZB 6/16 Tz. 35, II ZB 7/16 Tz. 32 und II ZB 9/16 Tz. 30.

68 OLG Schleswig, Beschl. v. 18.9.2012 – 2 W 152/11 Tz. 45 = npoR 2013, 164, 167; OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2014 – 7 W 10/14 Tz. 15.

69 In der Sache ebenso BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 Tz. 33, II ZB 6/16 Tz. 36 und II ZB 9/16 Tz. 31.

70 Ebenso *Reuter*, npoR 2015, 199, 201.

71 Im konkret entschiedenen Fall lag es aber nicht fern, schon die wirtschaftliche Betätigung zu verneinen, da wohl ein Elterninitiativkindergarten vorlag.

72 BGH, Urt. v. 29.9.1982 – I ZR 88/80 = BGHZ 85, 84 (ADAC).

Tochtergesellschaften ausgelagert. Dieses Tun ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht kritiklos geblieben. Insbesondere dann, wenn der Verein auf die laufende Geschäftsleitung seiner Töchter Einfluss nimmt, diese also beherrsche, müsse dem Mutterverein die wirtschaftliche Tätigkeit der Tochter als eigene wirtschaftliche Tätigkeit zugerechnet werden. Gibt sie ihm das Gepräge, sei der Mutterverein kein Idealverein mehr.<sup>73</sup>

Vor diesem Hintergrund sind die Strukturreform beim ADAC und das gegen den FC Bayern München e.V. angeregte Lösungsverfahren zu sehen. Im letzteren Fall hat das AG München nunmehr die Aussagen des ADAC-Urteils bestätigt, sodass die Mehrheitsbeteiligung des FC Bayern München e.V. an der FC Bayern München AG für dessen Status als Idealverein unschädlich ist. Dem FC Bayern München e.V. kam dabei freilich auch zugute, dass er seine wirtschaftlichen Aktivitäten in eine AG ausgelagert hat. Der Vorstand leitet gem. § 76 AktG – anders als der Geschäftsführer einer GmbH – die AG unter eigener Verantwortung. Eine Einflussnahme auf die laufenden Geschäfte ist daher institutionell erheblich eingeschränkt. Verständlich wird damit auch, warum der ADAC auf Hinweise des AG München als dem zuständigen Registergericht sich strukturell in einem Drei-Säulen-Modell unter Einbeziehung einer SE neu aufgestellt hat.

Wenn ich abschließend noch einmal auf die Kita-Rechtsprechung des KG zurückkommen darf: So rigoros und unerwünscht sie dem einen oder anderen Praktiker erscheinen mag, gibt sie entgegen mancher Stimmen die aktuelle Gesetzeslage zutreffend und überzeugend wieder.

## **VI. Gesetzesentwurf zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement**

Dies leitet mich zum letzten Punkt des ersten Teils meines Vortrags über. Die Bundesregierung hat am 13.3.2017 einen Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften in den Bundestag eingebracht. Zur Förderung des bürgerschaftlichen Engagements sieht der Entwurf in § 22 BGB erleichterte und bundeseinheitliche Voraussetzungen dafür vor, dass unternehmerische Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement als wirtschaftlicher Verein tätig werden können. Zu diesem Zweck soll § 22 BGB grundlegend neu gefasst werden.

### *§ 22 Wirtschaftlicher Verein; Verordnungsermächtigung*

*(1) Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (wirtschaftlicher Verein), erlangt Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Rechtsfähigkeit kann einem wirtschaftlichen Verein nur verliehen werden, wenn dies durch Gesetz bestimmt ist oder wenn es für den Verein unzumutbar ist, seinen Zweck in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zu verfolgen. Zuständig für die Verleihung ist das Land, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat.*

*(2) Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz kann zur Förderung bürgerschaftlichen Engagements durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates für*

---

73 Im Ansatz in diese Richtung jüngst auch KG, Beschl. 23.6.2014 – 12 W 66/12 Tz. 18 = FGPrax 2014, 270, 271. Allerdings ist hier die Besonderheit zu beachten, dass schon nach dem Satzungszweck die Gründung oder Beteiligung an Unternehmen möglich sein soll; *Segna*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, S. 47, 67; *ders.*, npoR 2017, S. 3, 5; vgl. auch *Dück/Stiegler/Terhorst/Weidt*, ZStV 2017, 41, 43 f.

*wirtschaftliche Vereine, deren Zweck auf die Verfolgung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs von geringerem Umfang gerichtet ist, regeln, unter welchen Voraussetzungen regelmäßig davon auszugehen ist, dass die Verfolgung des Zwecks in einer anderen Rechtsform als unzumutbar anzusehen und dem Verein daher Rechtsfähigkeit zu verleihen ist. Als Voraussetzungen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit können zum Schutz von Mitgliedern und Dritten besondere Anforderungen an die Mitgliederstruktur, die Satzung und die Betätigung des Vereins in der Rechtsverordnung nach Satz 1 festgelegt werden. Insbesondere können auch Rechnungslegungspflichten begründet werden sowie Mitteilungspflichten gegenüber dem Land, das für die Verleihung zuständig ist.*

§ 22 Abs. 1 BGB-E fasst die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsfähigkeit verliehen werden kann, präziser als es § 22 BGB bisher tut. Ein Zugewinn an Rechtssicherheit ist damit dennoch nicht wirklich verbunden, weil lediglich die bisherige Rechtsprechung des BVerwG in Gesetzesform gegossen wird.<sup>74</sup> Neu ist dagegen die in § 22 Abs. 2 BGB-E normierte Ermächtigung des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, durch Rechtsverordnung zu regeln, unter welchen näheren Voraussetzungen wirtschaftlichen Vereinen die Verfolgung ihres Zwecks in einer anderen Rechtsform unzumutbar ist und dem Verein daher die Rechtsfähigkeit zu verleihen ist. Liegen die Voraussetzungen vor, soll künftig ein Rechtsanspruch auf Verleihung der Rechtsfähigkeit bestehen. Zugleich wird das BMJV ermächtigt, Regelungen zum Schutz der Gläubiger und der Mitglieder zu treffen, insbesondere durch Rechnungslegungspflichten und Mitteilungspflichten an die Verleihungsbehörde.

Die im Grundsatz zu begrüßende Gesetzesinitiative dürfte die Erwartungen der Praxis nur bedingt erfüllen. Zunächst bleibt die Notwendigkeit der Vereinsklassenabgrenzung bestehen. Zudem setzt § 22 Abs. 2 BGB-E an zentraler Stelle auf einen unbestimmten Rechtsbegriff, der neue Rechtsunsicherheit hervorbringen wird. Zukünftig wird nämlich die Frage entscheidend sein, wann der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb „von geringerem Umfang“ ist.<sup>75</sup>

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 15.03.2017 den Entwurf einer Verordnung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine nach § 22 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgelegt (RVV-E). Der Verordnungsentwurf ist zu Recht auf vielfältige Kritik gestoßen. Bereits die Konzessionslösung des Entwurfs wird kritisiert. So gäbe es in den Formen der GmbH & Co. KG. und der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG sowie der Konstellation einer anteilshaltenden GbR und einer operativen GmbH echte Optionen, die dem Gesetzgebungsvorhaben ihre Notwendigkeit nehmen.<sup>76</sup> Andere verweisen darauf, den ideellen Verein mit einem (expliziten) Gewinnausschüttungsverbot auszustatten oder in Anlehnung an die subjektive Theorie wirtschaftliche Tätigkeiten, die unmittelbar der Verfolgung des ideellen Zwecks dienen, vollständig zu tolerieren.<sup>77</sup> Nach anderen Stimmen greife das Gesetzesvorhaben zu kurz, weil es gerade in den problematischen Fällen (Kita und anderen Sozialeinrichtungen) den

---

74 BT-Drucks. 18/11506, S. 24.

75 Ebenso schon BAGFW, npoR 2017, 63, 64.

76 DAV, Stellungnahme Nr.: 36/2017, S. 5 f.

77 Leuschner, Stellungnahme zu BT-Drucks. 18/11506 und zur Rechtsfähigkeitsverleihungsverordnung, S. 6.

betroffenen Einrichtungen nur selten Rechtsfähigkeit gewähre.<sup>78</sup> Vor allem die in § 2 Nr. 1 RVV-E angelegte Voraussetzung eines fehlenden anderweitigen erwerbswirtschaftlichen Angebots von ausreichendem Umfang würde diesen Einrichtungen die Verleihung der Rechtsfähigkeit in größeren Städten unmöglich machen.<sup>79</sup> Des Weiteren wird die fehlende Registereintragung des Wirtschaftsvereins als Publizitätsverlust beanstandet.<sup>80</sup> Schließlich stellt sich auch die Frage, ob eine so zentrale Frage wie der Gläubigerschutz vor dem Hintergrund des Parlamentsvorbehaltes auf dem Verordnungsweg geregelt werden darf.

## **VII. Nachtrag zum Vortrag: Der Zweck heiligt doch die Mittel (BGH)!**

Am 16.5.2017 hat der BGH mit drei Beschlüssen zu den aufgeworfenen Fragen Stellung bezogen.<sup>81</sup> Inhaltlich überraschen die Beschlüsse, weil sie im Ergebnis der seit Mitte der 1980er konzidierten Vereinsklassenabgrenzung nach der teleologisch-typologischen Theorie den Boden unter den Füßen wegreißen und zugleich das Nebentätigkeitsprivileg zum Haupttätigkeitsprivileg fortentwickeln. Fasst man die weitgehend wortgleichen Beschlüsse zusammen, steht eine unternehmerische Tätigkeit der Eintragung eines Verbands in das Vereinsregister nicht (mehr) entgegen, sofern damit nur ein ideeller Hauptzweck verfolgt wird, weil der Verband in einem solchen Fall nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei. Dies soll nach Ansicht des BGH auch dann gelten, wenn sich die Vereinstätigkeit in der unternehmerischen Tätigkeit erschöpft, also der wirtschaftliche Nebenzweck unmittelbar den ideellen Hauptzweck verwirklicht.<sup>82</sup> Das Vereinsrecht kennt damit neben dem Nebenzweckbetrieb nunmehr auch den Zweckbetrieb i.S.v. § 65 AO. Für die Frage, ob der Verein einen ideellen Hauptzweck verfolgt, kommt nach Ansicht des BGH der Anerkennung als steuerbegünstigte Körperschaft entscheidende Indizwirkung zu.<sup>83</sup> Denn das Gemeinnützigkeitsrecht schließe insbesondere die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für den Einzelnen aus (insbesondere in Form eines Gewinnausschüttungsverbots),<sup>84</sup> was durch die Finanzverwaltung zudem wesentlich effektiver als durch die Registergerichte überwacht werde.<sup>85</sup> Dies komme mittelbar auch dem Gläubigerschutz zugute. Dagegen sei für die Frage, ob der Verein einen ideellen Hauptzweck verfolge, der Umfang seiner unternehmerischen Betätigung irrelevant. Dementsprechend ist nach Ansicht des BGH auch ein Verein nicht aus dem Vereinsregister zu löschen, der zwar nur aus 16 Vereinsmitgliedern besteht, aber mit knapp 700 hauptamtlich Angestellten in 50 Einrichtungen mehr 2.400 Kitaplätze und weitere Kinder- und Jugendbetreuungsmaßnahmen anbietet.<sup>86</sup> Die Quintessenz dessen ist: Der Zweck heiligt – eben doch – die Mittel, auch wenn der Gläubigerschutz, wie oben ausgeführt, auf der Strecke bleibt!

---

78 *Leuschner*, Stellungnahme zu BT-Drucks. 18/11506 und zur Rechtsfähigkeitsverleihungsverordnung, S. 5; BAGFW, Stellungnahme der BAGFW zu der Verordnung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine nach § 22 BGB, S. 2.

79 ebd.

80 *Leuschner*, Stellungnahme zu BT-Drucks. 18/11506 und zur Rechtsfähigkeitsverleihungsverordnung, S. 6; DAV, Stellungnahme Nr.: 36/2017, S. 6.

81 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, II ZB 7/16 und II ZB 9/16.

82 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16 Tz. 33.

83 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16 Tz. 26.

84 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16 Tz. 28.

85 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16 Tz. 35.

86 BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16.

Und: Das Nebentätigkeitsprivileg hat der BGH zu einer formalen Floskel denaturiert. Neben zahlreichen steuerbegünstigten e.V., deren rechtstatsächliche Vereinstätigkeit sich in einem Zweckbetrieb erschöpft, wird dies auch den ADAC e.V. und die Fußballproficlubs freuen, steht doch nach den Beschlüssen vom 16.5.2017 ihre Existenz als eingetragene Vereine wieder weniger in Frage. Denn auch wenn jeweils der Status der Gemeinnützigkeit fehlt, erfüllen diese Vereine gleichwohl die zentralen materiellen Gesichtspunkte, die die Beschlüsse des BGH vom 16.5.2017 tragen. Die Zukunft wird zeigen, ob der BGH mit seinen Beschlüssen der Vereinslandschaft langfristig wirklich einen Dienst erwiesen hat. Dahingehende Zweifel bestehen, weil fortan der Umfang der unternehmerischen Betätigung im Rechtskleid des e.V. zunehmen wird und damit zwangsläufig auch die Zahl insolventer Vereine. Bisher haben die strengen Grenzen des Nebentätigkeitsprivilegs einen „natürlichen“ – scil. einen rechtsformspezifischen – Insolvenzschutz bewirkt. Mit der steigenden Anzahl von Insolvenzen wird es freilich zum Schwur kommen, weil dann die insolvenzrechtlichen Defizite des vereinsrechtlichen Gläubigerschutzsystems vermehrt zu Tage treten. Dann besteht aber die Gefahr, dass der e.V. seinen – bisher zu recht – guten Ruf im Rechtsverkehr verliert und damit die Vereinslandschaft und der Dritte Sektor Schaden nehmen. Denn altruistisches Handeln auf Kosten Dritter – scil. der Vereinsgläubiger – ist abzulehnen.

Mit den Beschlüssen des BGH wurde zudem dem Gesetzgebungsvorhaben zur Reform des § 22 BGB die Grundlage genommen. Dadurch, dass der BGH nicht die teleologisch-typologische Methode anwendet, sondern das Nebentätigkeitsprivileg äußerst extensiv auslegt, sind die im Gesetzgebungsvorhaben angesprochenen Verbände als Verein eintragungsfähig. Folgerichtig hat der Bundestag auf Empfehlung<sup>87</sup> des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz den Gesetzesentwurf am 29.06.2017 unter Streichung aller vereinsrechtlichen Änderungen angenommen<sup>88</sup> und der Bundesrat dem zugestimmt.<sup>89</sup>

---

87 BT-Drucks. 18/12998, S. 20.

88 Vgl. Protokoll der 3. Beratung im Bundestag (BT-PIPr 18/243, S. 25056 C).

89 BR-Drucks. 529/17 B.