

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 176397****letzte Aktualisierung: 2. Juni 2020****BGB §§ 21, 22; AO § 52****Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Vereinszweck; eingetragener Idealverein, dessen Tätigkeit sich tatsächlich auf Erbringung von Dienstleistung gegen Aufwandsentschädigung beschränkt; Konsequenzen einer Rechtsformverfehlung****I. Sachverhalt**

Ein Verein besteht aus 12 Personen, davon ca. die Hälfte aktiv. Sinn des Vereins ist laut Satzung die Unterstützung und Mitgestaltung eines in öffentlicher Hand befindlichen kleinen Heimatmuseums. In den letzten Jahren ist die Vereinstätigkeit aber darauf beschränkt gewesen, den Aufsichtsdienst während der Öffnungszeiten des Museums zu erbringen. Der Verein erhält dafür von dem Träger (öffentliche Hand) eine Aufwandsentschädigung, die unter dem Mindestlohn aller denkbaren Berufe liegt, und die in gleicher Höhe von dem Verein an die betreffenden Vereinsmitglieder weitergegeben wird, die den Dienst auch, z. T. auch vor allem wegen der Aufwandsentschädigung leisten. Weitere Vereinstätigkeit findet faktisch nicht statt. Die finanziellen Bewegungen des Vereins werden zu über 90 % von den Aufwandsentschädigungen bestimmt, der Rest sind Mitgliedsbeiträge und Spenden, die im Wesentlichen die laufenden Kosten decken. Antrag auf steuerliche Anerkennung in Bezug auf Gemeinnützigkeit ist nicht gestellt worden.

II. Fragen

1. Handelt es sich bei einem solchen Verein noch um einen ideellen Verein i. S. d. BGB oder liegt ein Wirtschaftsverein vor?
2. Sollte kein ideeller Verein vorliegen, obwohl er eingetragen ist, welche Bedeutung hat dies für die Vorstandsmitglieder (z. B. Haftung)?

III. Zur Rechtslage**Vorabhinweis:**

Die Abgrenzung von Ideal- und wirtschaftlichem Verein war stets schwierig, ist jedoch seit der sog. Kita-Rechtsprechung des BGH in vielen Fällen zusätzlich erschwert worden. Der BGH hat zwar einen Großteil der praktisch relevanten Fälle durch das Abstellen auf die Gemeinnützigkeit geklärt. Gleichzeitig hat er jedoch im Unklaren gelassen, ob die herkömmliche Typologie der Vereinsklassen fortgilt, und damit die Maßstäbe zur Einordnung nicht gemeinnütziger Vereine grundsätzlich in Frage gestellt (vgl. BeckOGK-BGB/Segna, Std.: 1.1.2020, § 21 Rn. 150). Klare dogmatische Konsequenzen vermag auch die Literatur derzeit nicht zu ziehen. Im Folgenden

werden lediglich allgemeine dogmatische Erwägungen angestellt, die bei der Einordnung helfen können. Der Ausgang eines diesbezüglichen gerichtlichen Verfahrens ist u. E. nicht zu prognostizieren.

1. Allgemeines zu ideellem und wirtschaftlichem Vereinszweck und herkömmliche Typologie

Gem. § 21 BGB können lediglich solche Vereine Rechtsfähigkeit durch Eintragung im Vereinsregister erlangen, deren Zweck *nicht* auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Vereine mit wirtschaftlichem Zweck sind dagegen auf die Konzessionierung gem. § 22 BGB verwiesen. Dies bedeutet nicht, dass ein Anspruch auf die Konzession, also die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit bestünde. Im Gegenteil: Die Konzessionierung ist die Ausnahme, denn wirtschaftliche Zwecke sind – insbesondere aus Gründen des Gläubigerschutzes – vornehmlich in den Rechtsformen des Handelsgesellschafts-, Kapitalgesellschafts- und Genossenschaftsrechts zu verfolgen. Nach der herkömmlichen Typologie (vgl. grundlegend K. Schmidt, AcP 182 (1982), 1 ff.) sind drei Kategorien wirtschaftlicher Vereine zu unterscheiden:

- der Verein, der sich über den vereinsinternen Bereich hinaus unternehmerisch am äußeren Marktgeschehen (gegenüber Nichtmitgliedern) beteiligt (Erbringung von Leistungen gegen Entgelt), ohne notwendigerweise Gewinnerzielung zu beabsichtigen,
- der Verein, der sich unternehmerisch auf einem aus seinen Mitgliedern bestehenden inneren Markt betätigt, insbesondere dann, wenn er planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet, wobei dieses Entgelt im Mitgliedsbeitrag enthalten sein kann,
- der Verein, der in genossenschaftsähnlicher Weise korporativer Träger ausgelagerter unternehmerischer Teilaufgaben seiner Mitglieder ist.

Im vorliegenden Fall erschiene der mitgeteilte statutarisch formulierte Zweck zwar als ideell, die tatsächlich verübte Tätigkeit muss jedoch Berücksichtigung finden (vgl. Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Aufl. 2016, § 9 Rn. 21; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 65). Gemessen an der Praxis würde man einen wirtschaftlichen Zweck i. S. d. dritten Kategorie („Genossenschaft“) gleichwohl ausschließen. Auch die zweite Kategorie („Binnenmarkt“) passt nicht, es sei denn, man könnte den Verein im Verhältnis zu seinen Mitgliedern als eine Art „Jobvermittler“ begreifen. Nicht von vornherein ausgeschlossen ist dagegen die erste Kategorie, wenn sich das Dasein und die Tätigkeit des betroffenen Vereins faktisch in der Aufsichtstätigkeit erschöpft: Aufsichtsleistungen sind durchaus Dienstleistungen, die ein Rechtsträger entgeltlich am äußeren Markt anbieten kann (insoweit wiederum als eine Art Vermittler). Die Beschränkung auf einen Leistungsempfänger müsste nicht zwingend schädlich sein, ebenso wenig die Tatsache, dass es sich bei dem Entgelt lediglich um eine Aufwandsentschädigung, nicht um marktüblichen Lohn handelt.

2. Abgrenzung nach neuerer BGH-Rechtsprechung

- a) Die Rechtsprechung hatte die skizzierte Vereinsklassenabgrenzung weitgehend rezipiert und war teilweise zu strengen Ergebnissen gelangt. Die Rechtsprechung des KG zu Kindertagesstätten-Vereinen ist vom BGH im Jahre 2017 schließlich gekippt worden (vgl. BGH NJW 2017, 1943; BGH BeckRS 2017, 114911 und BGH BeckRS 2017, 114946). Die Ent-

scheidungen betrafen gemeinnützige Vereine; der BGH hat einen wirtschaftlichen Zweck abgelehnt, obwohl es in einem der entschiedenen Fälle um den Betrieb von 24 Kindertagesstätten mit 2400 betreuten Kindern und 695 Mitarbeitern ging. Grundsätzlich hält der BGH einen wirtschaftlichen Zweck für gegeben, wenn ein Verein planmäßig, auf Dauer und nach außen gerichtet eine eigenunternehmerische Tätigkeit entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder zielt (BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – II ZB 6/16, Tz. 22 [juris] = BeckRS 2017, 114911). Indessen sei es mit Zweck und Tätigkeit eines Idealvereins nicht unvereinbar, wenn dieser einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führe. Ein Verein könne auch dann nichtwirtschaftlich sein, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfalte, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung seien. Dementsprechend könnten wirtschaftliche Tätigkeiten eines Vereins auch dann als Gewerbe i. S. d. Gewerberechts anzusehen sein, wenn sie die zivilrechtliche Qualifikation des Vereins als Idealverein nicht berührten. Entscheidend für die Einordnung sei nicht nur die Satzung des Vereins, sondern auch, in welcher Form er tatsächlich tätig werde. Der entgeltliche Betrieb von Kindertagesstätten stelle eine unternehmerische Tätigkeit dar, denn der Verein erbringe am äußeren Markt der Kindertagesstätten planmäßig und dauerhaft Kinderbetreuungsleistungen gegen Entgelt; die wirtschaftliche Tätigkeit sei aber (im konkreten Fall) dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung, unterfalle also dem sog. Nebenzweckprivileg (Tz. 23 f.). Für die Beurteilung der Frage, ob der Verein auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, sei die Anerkennung des Vereins als gemeinnützig von Bedeutung (Tz. 25). Gemeinnützigkeit sei zwar nicht gleichbedeutend mit einem Idealzweck, der Gemeinnützigkeit komme im Hinblick darauf jedoch Indizwirkung zu (Tz. 26).

Im Anschluss an die Kita-Rechtsprechung erging eine weitere wichtige Entscheidung des BGH zum Vermögensverwaltungsverein (DNotZ 2019, 75: private Vermögensverwaltung als alleiniger statutarischer Zweck). Insoweit hat der BGH den wirtschaftlichen Zweck jedenfalls unter der Voraussetzung bejaht, dass die Satzung den Mitgliedern einen Beschluss über die Auskehrung des Überschusses aus der Vermögensverwaltung ermöglicht. Die Grenze der Eintragungsfähigkeit sei erreicht, wenn die Vermögensverwaltung auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten der Vereinsmitglieder abziele (DNotZ 2019, 75 Tz. 17). Der BGH hebt in diesem Zusammenhang auch den Gläubigerschutz als Grund für die Abgrenzung zwischen Ideal- und Wirtschaftsvereinen hervor. Bei einer nach außen gerichteten wirtschaftlichen Betätigung seien Gläubigerinteressen nämlich in besonderem Maße berührt (DNotZ 2019, 75 Tz. 21 f.).

Welche Auswirkungen die Entscheidungen des BGH auf die herkömmlich Typologie zur Vereinsklassenabgrenzung haben, dürfte derzeit noch nicht absehbar sein. Ob der BGH in seinen Entscheidungen eine abschließende Definition des wirtschaftlichen Vereinszwecks geben und damit die Kategorien der von K. Schmidt begründeten Typologie ablösen wollte, lässt sich nicht klar sagen (für grundsätzliche Fortgeltung der Typologie etwa Terner, RNotZ 2017, 508, 514; BeckOK-BGB/Schöpfli, Stand: 1.2.2020, § 21 Rn. 103; die BGH-Rechtsprechung als – begrüßenswerten – Systembruch bezeichnend MünchKommBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 21 Rn. 31; ders., NJW 2017, 1919, 1924; vgl. auch jurisPK-BGB/Otto, 8. Aufl. 2017, § 22 Rn. 11.2 [online-Aktualisierung v. 26.6.2017]: Entscheidungen seien schwer einzuordnen).

- b) Für sich betrachtet ist die im vorliegenden Fall kritische Tätigkeit – die Erbringung von Aufsichtsleistungen durch den Verein gegen eine an den Verein gezahlte Entschädigung –

der Tätigkeit eines Kita-Vereins (Betreuungsleistungen am äußeren Markt gegen Entgelt) nicht unvergleichbar. Entscheidend dürfte es darauf ankommen, ob diese Tätigkeit auch einem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung ist. Die Indizwirkung der Gemeinnützigkeit kommt im konkreten Fall nicht zur Hilfe. Allerdings ist die anerkannte Gemeinnützigkeit wie gesagt nur ein Indiz (s. auch Wöstmann, npoR 2018, 195, 201, rechte Spalte) und schließt eine materiell begründete Unterordnung unter den Idealzweck nicht aus (wobei diese Unterordnung offenbar nicht quantitativ zu bestimmen ist, vgl. Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 21 Rn. 65). Dass beim fraglichen Verein der statutarische Idealzweck (= Unterstützung des Heimatmuseums) noch in irgendeiner Ausprägung verfolgt wird, scheint jedenfalls möglich. Auch ist die Erbringung von Aufsichtsleistungen objektiv betrachtet durchaus eine Tätigkeit, die diesen Idealzweck fördern kann. Das gilt insbesondere, da die Aufsichtsleistungen zu einer unter dem marktüblichen Lohn liegenden Aufwandsentschädigung erbracht werden. Welche subjektiven Motive dieser Tätigkeit bei den einzelnen Vereinsmitgliedern womöglich zugrunde liegen, kann zwar nicht (allein) ausschlaggebend sein. Andernfalls müsste der Aufwandsdienst durch kommerzielle Anbieter gegen (angemessenes) Entgelt erbracht werden. In der Übernahme des Aufwandsdienstes durch die Vereinsmitglieder gegen eine geringe Aufwandsentschädigung dürfte also eine aus ideellen Zwecken motivierte Tätigkeit zu sehen sein, so dass wir im Ergebnis davon ausgehen würden, dass der Verein selbst ebenfalls einen Idealzweck verfolgt. Freilich verbleibt ein Restrisiko, dass die Rechtsprechung die Tätigkeit als wirtschaftlich einordnen würde.

Zumindest als Probe kann man die Erwägung anstellen, ob die Anerkennung des Vereins als gemeinnützig konkret möglich wäre. Im Prinzip wäre wohl der Tatbestand des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 22 AO einschlägig (darunter fällt auch die Unterstützung von Heimatmuseen, s. Tipke/Kruse/Seer, AO/FGO, EL 1/2016, § 52 AO Rn. 52) oder der § 58 Nr. 4 AO (Förderverein). Ein angemessener Aufwandsersatz für ehrenamtliche Tätigkeiten der Mitglieder verstößt nicht gegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO (Tipke/Kruse/Seer, § 55 AO Rn. 16). Es könnte deshalb erwogen werden, das einigermaßen sichere Indiz der Gemeinnützigkeit durch entsprechende Anerkennung herbeizuführen.

3. Konsequenzen einer Rechtsformverfehlung

Geht man entgegen der zuvor vertretenen Auffassung davon aus, dass es sich um die Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks handelt, stellt sich die Frage nach der Konsequenz für die Eintragung im Vereinsregister. Ist ein Verein im Vereinsregister eingetragen, obwohl er einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt (Rechtsformverfehlung), so kommt eine Amts Löschung gem. § 395 FamFG in Betracht. Diese Norm erfasst seit Abschaffung des § 43 Abs. 2 BGB (Vereinsrechtsreform 2009) sowohl den von vornherein fälschlich eingetragenen als auch den nachträglich „wirtschaftlich gewordenen“ Verein (BGH, II ZB 6/16, Tz. 20 [juris]; BeckOK-BGB/Schöpfung, Stand: 1.2.2020, § 43 Rn. 5). Die bloße Lösungsreife des Vereins ändert aber nichts an seiner Verfassung als eingetragener Verein und dürfte grundsätzlich auch keine Konsequenzen für die Vorstände und ihr Handeln haben. Diese haften so, wie sie als Vorstände des eingetragenen Vereins für Pflichtverletzungen haften (ggf. beschränkt durch § 31a BGB). Zu ihren allgemeinen Pflichten kann es freilich gehören, dass sie bei ihrem Handeln die von ihnen erkannte Rechtsformverfehlung berücksichtigen und u. U. auf einen Ausweg aus dieser Situation hinwirken.