

Schwerpunkt **Wichtige Rechtsprechung zu freien Schulen**

Geleitwort..... 2

Rechtsprechung **Prozedurale Anforderungen an den Gesetzgeber**

**Zum Urteil des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs
zur staatlichen Finanzhilfe vom 15.11.2013**

Klaus Hesse, Rechtsanwalt & Mediator, Mannheim 3

Studiengebühren nur für auswärtige Studenten sind verfassungswidrig.

**Eine neue Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu
Landeskinderklauseln**

Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Rechtsanwalt, Berlin 8

Der Zweck heiligt die Mittel: Warum die Rechtsform des Vereins für Schulträger zulässig ist

Zu den Entscheidungen des KG Berlin

Stephan May, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Hamburg 11

Beitrag **Steuerrechtliche Behandlung von Schulgeld und Elternbeiträgen**

Klaus Hesse, Rechtsanwalt & Mediator, Mannheim 20

Büchertisch **Handbuch Freie Schulen**

Prof. Dr. Arnold Köpcke-Duttler, Rechtsanwalt und Dipl.-Päd., Ochsenfurt 21

In eigener Sache **Dank an Aribert H. Wandersleben**

Prof. Dr. Johann Peter Vogel, Rechtsanwalt, Berlin 24

Der Zweck heiligt die Mittel: Warum die Rechtsform des Vereins für Schulträger zulässig ist Zu den Entscheidungen des KG Berlin

STEPHAN MAY, RECHTSANWALT, FACHANWALT FÜR STEUERECHT, HAMBURG

Mit einer Reihe von ablehnenden Entscheidungen zur Eintragungsfähigkeit von Vereinen, die sich nach den jeweils eingereichten Satzung als Träger von Kindertagesstätten,¹ Filmvorführungen und Film-Festivals,² Klavierunterricht und Klavierkonzerten³ betätigen wollten, hat das KG Berlin für erhebliche Unruhe nicht nur bei den Schulträgern und ihren Verbänden, sondern u.a. auch bei den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege gesorgt. Dies umso mehr, als zwischenzeitlich die Vereinsregister in Berlin und vereinzelt auch in Brandenburg ohne konkreten Anlass den Trägervereinen von Schulen und Kindertagesstätten Amtslöschungsverfahren androhen.

Rechtlich geht es dabei um die Auslegung und Anwendung des § 21 BGB. Die einschlägigen Bestimmungen lauten:

„§ 21. Nicht wirtschaftlicher Verein. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.

§ 22. Wirtschaftlicher Verein. Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt ... Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung.“

Kammergericht und ihm folgend die Vereinsregister argumentieren nun, das entgeltliche Angebot der Jugendhilfe, der Schulbildung, des Klavierunterrichts, der Filmvorführungen usw. seien solche wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe, und da sie jeweils auch Hauptzwecke der Vereine seien, schlossen sie deren Eintragung in das Vereinsregister mithin aus.

Ein bestechend einfacher Gedankengang, bei dem man sich nur fragt, warum er erst nach weit mehr als 100 Jahren seit Inkrafttreten der Vorschrift in dieser Schlichtheit zur Anwendung kommen soll. Zwar hat die Abgrenzung des wirtschaftlichen Vereins vom Idealverein (genauer: nichtwirtschaftlichem Verein) Literatur und Rechtsprechung immer wieder beschäftigt, weitgehend unbehelligt von den dabei angestellten Überlegungen hat sich aber der Verein als mit großem Abstand wichtigste Rechtsform für die Trägerschaft der steuerbegünstigten („gemeinnützigen“) Zweckbetriebe entwickelt.

Nicht wirtschaftliche Vereine

Rechtsträger der freien Schulen sind, sofern diese sich nicht in unmittelbar kirchlicher Trägerschaft befinden, fast ausschließlich gemeinnützige Vereine. Dazu kommen Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege, von der Jugendhilfe bis zur Altenhilfe, der Behindertenhilfe, der Pflege usw., Jugendherbergen, Studentenwohnheime, Bildungshäuser, kulturelle Einrichtungen, Theater, Orchester in der Trägerschaft steuerbegünstigter Vereine. Das reicht vom Kindergarten mit wenigen Plätzen bis zu Vereinen mit mehr als 200 Mio. € Jahresumsatz.⁴ Zwar ist bereits seit vielen Jahren eine Tendenz zu beobachten, Zweckbetriebe der Wohlfahrtspflege auf gemeinnützige Tochter-

1 KG Berlin, Beschlüsse vom 18.01.2011 – 25 W 14/10, Juris und vom 21.02.2011 – 25 W 32/10, nicht veröffentlicht. Vergleiche zu letzterem auch die Anmerkungen von KLAUS HESSE, „Die Eintragungsfähigkeit gemeinnütziger Vereine – Ein Fehlentscheid mit Nachwirkung“ in der RuB 4/2011, S. 17.

2 KG Berlin, Beschluss vom 20.01.2011 – 25 W 35/10, Juris.

3 KG Berlin, Beschluss vom 07.03.2012 – 25 W 95/11, Juris.

4 Vgl. z.B. Jahresbericht des SOS-Kinderdorf e.V., München, veröffentlicht auf www.sos-kinderdorf.de/ueber-sos-kinderdorf/transparenz-und-kontrolle.

Weit über 10.000 Vereine betroffen

GmbHs auszugliedern, dennoch dürfte die Zahl solcher „zweckbetriebsdominierten“¹ gemeinnützigen Vereine in Deutschland noch weit über 10.000 liegen².

Auch im Profisport hat der Verein nach wie vor große Bedeutung. Mehr als die Hälfte der Profisportabteilungen der Fußballclubs in der 1. bis 3. Bundesliga befinden sich in der Trägerschaft von gemeinnützigen Vereinen. Wie in dem im Internet veröffentlichten Jahresabschluss des Hamburger Sportvereins nachzulesen, betrug dessen Einnahmen im Wirtschaftsjahr 2012 etwa 85 Mio. €. ³ Von seinen 71.000 Mitgliedern entfallen 65.000 auf die Abteilung „Fördernde Mitglieder/Supporters Club“ der Profi-Fußballmannschaft.

All diese Vereine haben in der Vergangenheit in „ständiger Rechtspflege“ Rechtsfähigkeit durch die Eintragung in die Vereinsregister bei den Amtsgerichten erlangt. Über diese mehr als einhundertjährige Rechtstradition geht das Kammergericht kommentarlos hinweg. Mehr noch, indem es die Rechtsbeschwerde gegen seine Entscheidungen in keinem Fall zuließ, misst es diesen Entscheidungen ausdrücklich keine grundsätzliche Bedeutung zu.⁴ Den Einwand, andere Vereine, die mehrere Kindertagesstätten unterhielten, seien in das Register eingetragen, begegnet es mit dem knappen Hinweis: „Zum einen ist hier nicht nachprüfbar, ob es sich tatsächlich um einen gleichgelagerten Fall handelt, zum anderen gibt es nicht die sog. Gleichbehandlung im Unrecht. der Senat jedenfalls bescheidet alle ihm zur Entscheidung vorgelegten Verfahren mit gleichgelagerter Situation auch gleich.“⁵

Definition des nicht wirtschaftlichen Vereins

Wann also ist der Zweck eines Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet?

Die Ablehnung der Eintragung in den zitierten Fällen erfolgte nach einer Prüfung der satzungsmäßigen Vereinszwecke durch die Registergerichte. Was als Vereinszweck anzusehen ist, hat der BGH einmal zu § 33 BGB⁶ so entschieden: Im Zweifel sei nur derjenige enge Satzungsbestandteil, in dem der oberste Leitsatz für die Vereinstätigkeit zum Ausdruck gebracht wird, als Vereinszweck im Sinne dieser Vorschrift anzusehen. Es sei eine Erfahrungstatsache, dass Vereinssatzungen häufig nicht zwischen der eigentlichen Zweckbestimmung des Vereins und der näheren Darstellung der Aufgaben und einzuschlagenden Wege unterscheiden würden.⁷

Unterscheidung von Zweck und Aufgaben

Die sorgfältige Unterscheidung zwischen dem Zweck und der Art und Weise der Verwirklichung der Zwecke ist heute Standard fachgerechter Satzungsgestaltung und findet sich so auch in der gesetzlichen Mustersatzung für steuerbegünstigte Körperschaften gemäß Anlage 1 zu § 60 AO:

Der – Die -... (Körperschaft) mit Sitz in ... verfolgt ausschließlich und unmittelbar – gemeinnützige – mildtätige – kirchliche – Zwecke (nicht verfolgte Zwecke streichen) im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung:

Zweck der Körperschaft ist ... (z. B. die Förderung von ... Erziehung, Volks- und Berufsbildung, Kunst und Kultur, ...).

1 Diese treffende Bezeichnung stammt von WINHELLER: Kindergärten sind Unternehmen! Warum die Rechtsform des „e.V.“ für zweckbetriebsdominierte NPOs nicht taugt und Alternativen (gGmbH, e.G.) gefragt sind, DStR 31/12, S. 1562.

2 Eine Einschätzung, die dem Autor von dem Paritätischen Wohlfahrtsverband bestätigt wurde.

3 <http://www.hsv.de/verein/ueber-uns/jahresabschluesse/>

4 Gemäß § 70 FamFG ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

5 KG-Berlin, Beschlüsse vom 18.01. und vom 21.02.2011, a.a.O., jeweils am Ende.

6 Dort ist geregelt, dass eine Änderung des Vereinszweckes der Zustimmung aller Mitglieder bedarf.

7 BGH, Beschluss vom 11.11.1985 – II ZB 5/85, Juris, Leitsatz und Rdnr. 16.

Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch ... (z.B. Unterhaltung einer Schule, ... Unterhaltung eines Kindergartens, ... Förderung sportlicher Übungen und Leistungen).

Bei einer allein am Wortlaut der Vorschrift orientierten Auslegung wird man dementsprechend auch zwanglos zu dem Ergebnis kommen, dass der Zweck des Trägervereins einer Kindertagesstätte oder einer Schule die Erziehung und Bildung der Kinder ist und die mit der Unterhaltung der Zweckbetriebe einhergehende wirtschaftliche Betätigung nur Mittel zur Verwirklichung der ideellen Zwecke ist.

Etwa so wurde die Vorschrift zunächst auch ausgelegt und angewendet. Dagegen wurde geltend gemacht, dass es nicht auf „subjektive“ Ziele bei der Betätigung des Vereins ankommen könne, maßgeblich müsse vielmehr allein die „objektive“ tatsächliche Betätigung des Vereins sein. Aus diesen gegensätzlichen Positionen entwickelte sich eine bis in die 70er Jahre herrschende gemischt subjektiv-objektive Theorie.¹

Teleologisch-typologische Methode

Heute herrschend ist die von KARSTEN SCHMIDT begründete teleologisch-typologische Methode.² Ausgehend von dem Normzweck der Vorschrift des § 21 BGB, der nicht im Mitgliederschutz, sondern vor allem im Gläubigerschutz gesehen wird,³ bildet SCHMIDT drei Grundtypen wirtschaftlicher Vereine:

- Der Volltypus des unternehmerischen Vereins: „Ihn erkennen wir daran, dass er an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet. Auf das Erwerbsstreben des Vereins oder seiner Mitglieder kommt es entgegen traditioneller Auffassung nicht an.“⁴
- Vereine mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt. Dabei soll es unerheblich sein, ob die Leistungen, die der Verein seinen Mitgliedern gegenüber erbringt, durch Mitgliedsbeiträge oder andere Entgelte vergütet werden. Auf die Austauschfunktion, nicht auf die rechtliche Einkleidung der Leistung soll es ankommen.⁵
- Der dritte Typus des wirtschaftlichen Vereins ist der der genossenschaftlichen Kooperation, also insbesondere ein Verein mit ausgelagerten Teilfunktionen der an ihm beteiligten Unternehmen, z.B. eine Taxirufzentrale.

Wie die objektive Theorie setzt Schmidt allein bei der Vereinsbetätigung an und wendet sich gegen die seinerzeit herrschende Lehre, nach der nur ein wirtschaftlicher Hauptzweck eintragungsschädlich war. Dadurch würde das Bild des wirtschaftlichen Vereins hoffnungslos unscharf. Schmidt hält aber trotz einiger Bedenken an der Geltung des sog. Nebenzweckprivilegs fest. Es sei durch die Materialien angelegt, entspreche einer kontinuierlichen Entscheidungspraxis und lasse sich aus dem Gesetz erhärten. Das Nebenzweckprivileg kommt zum Zuge, indem eine als potentiell eintragungsschädliche erkannte Tätigkeit nachträglich auf ihre Unschädlichkeit überprüft wird.⁶

Nach der Lehre von K. SCHMIDT ist also in einem ersten Schritt festzustellen, ob einer der drei Typen einer wirtschaftlichen Betätigung vorliegt. In einem zweiten Schritt ist dann ggf. zu prüfen, ob diese Betätigung aufgrund des Nebenzweckprivilegs einer Eintragung nicht entgegensteht. Viele Be-

1 Ausführlich: MüKo-REUTER, 5. Aufl., §§ 21, 22 Rdnr. 5

2 Grundlegend: K. SCHMIDT, „Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit“, AcP 182, S. 1 ff.

3 K. SCHMIDT, a.a.O., S. 13 f. Der Mitgliederschutz lässt sich durch die Satzung gestalten und rechtfertigt daher keinen Rechtsformzwang.

4 K. SCHMIDT, a.a.O., S. 16.

5 K. SCHMIDT, a.a.O., S. 17.

6 K. SCHMIDT, a.a.O., S. 19.

gründungen gerichtlicher Entscheidungen und auch Darstellungen in der Literatur, die sich auf die Lehre von SCHMIDT berufen, halten diese beiden Schritte allerdings nicht konsequent auseinander.

Anwendung auf freie Schulen

Unternehmerische Tätigkeit?

Auf das Nebenzweckprivileg wird noch ausführlich einzugehen sein. Zunächst soll versucht werden, die dargestellte Typologie auf eine Schule in freier Trägerschaft anzuwenden. Dabei wird man zunächst feststellen, dass es zwei typische Konstruktionen der Trägervereine gibt: Solche, die stets von der Elternschaft der in der Schule beschulten Kinder gebildet werden und solche, bei denen dieser Zusammenhang nicht besteht. Je nach Vereinsverfassung geht es also um die Frage einer unternehmerischen Tätigkeit an einem äußeren oder einem inneren Markt. Richtet man das Augenmerk auf die Betätigung des Vereins, die ja zweifellos die Bildung und Erziehung von Kindern durch das Abhalten des Schulunterrichts ist, stellen wir fest, dass man dieser gar nicht ansieht, ob es eine unternehmerische ist. Die Frage ist also in Wirklichkeit nicht eine nach der Betätigung, sondern nach der rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlage, auf der sich diese Tätigkeit entfaltet: ob nämlich der Unterricht planmäßig und auf Dauer gegen Entgelt angeboten wird.

Bereits auf diese Frage ist eine eindeutige Antwort nicht möglich, weil es viele Schulen in freier Trägerschaft gibt, die keinerlei Schulgeld erheben. Sei es, weil sie eine kostendeckende staatliche Finanzhilfe erhalten oder weil sie zusätzlich zur staatlichen Finanzhilfe Eigenmittel oder Zuwendungen Dritter (insb. im Bereich der konfessionellen Schulen) verwenden¹. In diesen Fällen liegt eindeutig keine wirtschaftliche Betätigung vor.

Das Kammergericht scheint aber auch das anders zu sehen, indem es ausführt: „Dass die Vergütung der Betreuung nicht (vollständig) durch die Nutzer erfolgt, sondern ggf. durch staatliche Fördermaßnahmen, berührt die Frage der Entgeltlichkeit nicht“.² Eine Begründung für die These, die im Widerspruch zu der Typologie von K. SCHMIDT und der herrschenden Lehre steht, fehlt.

Entgelt und Wirtschaftlichkeit

Zuschüsse, Subventionen oder die staatliche Finanzhilfe an Schulträger stellen kein Entgelt dar. Der Staat ist nicht Marktteilnehmer, dem der Schulträger seine Dienste im Wettbewerb mit anderen Anbietern entgeltlich anbietet. Es werden auch nicht etwa Dienstverträge mit den Schülern oder deren Eltern abgeschlossen, deren Kosten vom Staat übernommen werden.³ Vereine, die ihre Leistungen verschenken, sind – wie auch immer sie diese refinanzieren – nicht unternehmerisch an einem Markt tätig. Auf die Größe eines vorhandenen Geschäftsbetriebes kommt es dabei nicht an. Es handelt sich eben nicht um einen „wirtschaftlichen“ Geschäftsbetrieb.

Umgekehrt ist von einer der beiden ersten Typen wirtschaftlicher Betätigung nach der Lehre von SCHMIDT jedenfalls dann auszugehen, wenn der Verein ein kostendeckendes Schulgeld erhebt. Das kommt im Bereich allgemeinbildender Ersatzschulen zwar nicht vor, wohl aber bei den berufsbildenden Ergänzungsschulen.

Wie steht es nun aber mit der Mehrzahl der allgemeinbildenden Ersatzschulen, die sich überwiegend aus der staatlichen Finanzhilfe und sonstigen Zuschüssen Dritter finanzieren, aber zusätzlich ein Schulgeld erheben, das äußerstenfalls vielleicht 1/3 der Kosten deckt? Zu dieser Frage findet sich in Literatur und Rechtsprechung erstaunlich wenig. Nach REUTER ändert sich

1 In NRW z.B. dürfen die Ersatzschulen in freier Trägerschaft kein Schulgeld erheben.

2 KG Berlin, Beschluss vom 21.02.2011, S. 5.

3 Eine Konstruktion die aber z.B. in der freien Wohlfahrtspflege verbreitet ist, vgl. §§ 75 SGB XII ff.

an der Unentgeltlichkeit nichts, wenn lediglich eine Anerkennungsgebühr verlangt wird, wie umgekehrt aber Entgeltlichkeit nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung verwechselt werden dürfe.¹ Wo der Übergang zwischen diesen beiden Extremen stattfindet, lässt er offen. Auch nach REICHERT erfordert die wirtschaftliche Tätigkeit nicht, dass Gewinne erzielt werden, erforderlich sei aber, dass eine Tätigkeit entfaltet wird, die auf Erzielung von „wirtschaftlichen Vorteilen“ gerichtet ist.² Am eindeutigsten ist die Position von STÖBER/OTTO, nach der mindestens eine Kostendeckung erforderlich ist: „Für den Verein selbst kann ein wirtschaftlicher Vorteil bereits in der Erzielung kostendeckender Preise liegen, die es ermöglichen, die gesamten Kosten des Geschäftsbetriebs aus erzielten Entgelten aufzubringen. Absichtliche Erzielung von weiterem Gewinn ist daher keine Voraussetzung der Einordnung des Verein als wirtschaftlich.“³

Nach einer Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG ist es unschädlich, wenn sich die Eltern in angemessener Weise an den Betriebskosten eines Kindergartens beteiligen, der im Übrigen finanzielle Förderung nach dem Kindertagesstättengesetz erhält.⁴

Wirtschaftlichkeit nur bei kostendeckenden Entgelten

Dem ist zuzustimmen. Eine Geschäftsbetrieb, der sich überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand oder Dritter finanziert, ist jedenfalls kein „wirtschaftlicher“ im Sinne der §§ 21, 22 BGB. Das ergibt sich auch aus dem Normzweck des Gläubigerschutzes. Einer solchen Betätigung wohnen nicht die gleichen unternehmerischen Risiken inne wie einer Betätigung am Markt im Wettbewerb mit anderen Unternehmern, die auf Dauer kostendeckende Einnahmen generieren müssen. Ohne das Erfordernis einer zumindest überwiegenden Kostendeckung aus Entgelten würde letztlich auch jeder Geschäftsbetrieb zugleich zu einem „wirtschaftlichen“ Geschäftsbetrieb. Danach sind nach der hier vertretenen Meinung die Trägervereine der allgemeinbildenden Ersatzschulen schon deshalb keine wirtschaftlichen Vereine, weil sie sich nicht überwiegend aus an einem inneren oder äußeren Markt erzielten Entgelten finanzieren.

Das Nebenzweckprivileg

Bei Vereinen, die dauerhaft eine weitgehende Kostendeckung aus Entgelten anstreben, wäre demgegenüber ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu bejahen. Bevor daraus aber auf einen wirtschaftlichen Verein geschlossen werden kann, ist zu prüfen, ob sie sich auf das Nebenzweckprivileg berufen können.

Eine Unterscheidung in Haupt- und Nebenzweck findet sich bereits in den Beratungen des historischen Gesetzgebers des BGB,⁵ später in der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶ und auch des BGH. „Den Vorschriften der §§ 21 und 22 BGB liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit es sich nicht lediglich um eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des sogenannten Nebenzweckprivilegs handelt.“⁷

1 MüKo-REUTER, 5. Aufl., §§ 21, 22 Rdnr. 30.

2 REICHERT, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rdnr. 143.

3 STÖBER/OTTO, Handbuch zu Vereinsrecht, 10. Aufl. 2012, Rdnr. 68.

4 Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 18.09.2012, Juris, Rdnr. 51.

5 BENNO MUGDAN, „Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich“ 1899, Bd. I., S. 604.

6 RG, Beschluss vom 29.06.1931, RGZ 133, 170 (176).

7 BGH, Urteil vom 29.09.1982 – I ZR 88/80, Juris (ADAC-Urteil).

In der Literatur ist das Nebenzweckprivileg allgemein anerkannt, dessen Reichweite aber strittig. K. SCHMIDT formuliert es so: „Niemand, dem Konsequenz in Recht und Rechtswissenschaft etwas gilt, wird dieses Instituts so recht froh“.¹ Es sei „auf Abgrenzungsprobleme geradezu angelegt, ... die Praxis entscheidet nach Daumenregeln und sagt meist nicht einmal genau, was denn womit in welche Art von Relation gesetzt wird.“²

Ein Großteil der Abgrenzungsprobleme, die auch 30 Jahren seit Erscheinen des Aufsatzes von K. SCHMIDT nicht geringer geworden sind, entfallen, wenn man die Frage beantwortet, ob „subjektive“ Zwecke oder nur „objektive“ Betätigungen in eine Relation gebracht werden.

Das Kammergericht geht offensichtlich von letzterem aus: „Der Beteiligte hat nicht aufgezeigt, dass der Aufwand für die Kindertagesstätte geringer ist als der für die sonstige Tätigkeit im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe.“ Der Betrieb der Kindertagesstätte könnte danach also nur unter das Nebenzweckprivileg fallen, wenn der Verein noch eine andere, umfangreichere und nichtwirtschaftliche Tätigkeit zur Verwirklichung seiner Zwecke entfalten würde. Aus dem Nebenzweckprivileg wird also ein Nebentätigkeitsprivileg.

**Wirtschaftliche
Betätigung zur
Erreichung des
ideellen Zwecks**

Nach der Gegenansicht zur Ansicht des Kammergerichts ist die Frage nach dem Hauptzweck demgegenüber die, ob die wirtschaftliche Betätigung vor allem erfolgt, um damit Einnahmen zu erzielen, oder ob die Betätigung zur Verwirklichung der ideellen Zwecke erbracht wird und die damit einhergehende wirtschaftliche Betätigung sich auf das dazu Erforderliche beschränkt und damit Mittel zur Erreichung des ideellen Hauptzwecks bleibt.

Seltsamerweise wird diese grundsätzliche Unterscheidung in Literatur und Rechtsprechung kaum benannt und wohl oft auch nicht erkannt. Ein Großteil der Widersprüchlichkeiten kann auf diese Unklarheit zurückgeführt werden.

Folgt man der Ansicht des Kammergerichts, wären in der Tat sämtliche „zweckbetriebsdominierten Vereine“ der Wohlfahrtspflege, der Bildung, der Kultur usw. wirtschaftliche Vereine und hätten nicht in die Vereinsregister eingetragen werden dürfen. Abgrenzungsfragen würden sich dann darauf reduzieren, ob z.B. der Amateursport oder der Profisport Hauptzweck des Hamburger Sportvereins (HSV) ist. Diese Ansicht hat sicher die größere Widerspruchsfreiheit und eindeutige Anwendbarkeit für sich.

Untersucht man Literatur und Rechtsprechung zu diesem Punkt, zeigen die Begründungen und Beispiele aber eine deutlich andere Tendenz. Fragen nach dem „Warum“ der Betätigung, also deren „Endzweck“ werden in aller Regel einbezogen. So z.B. bei STÖBER/OTTO mit dem zutreffenden Hinweis, dass insoweit eine „Rückkehr zur subjektiven Methode durch die Hintertür“ erfolgt.³

Typisch sind Formulierungen wie die des OLG Frankfurt das zunächst feststellt, dass auf eine qualitative Zweck-Mittel-Relation abzustellen sei und ausführt: „Gibt das ideelle Tätigkeitsfeld dem Verein das Gepräge und bestimmt sein Erscheinungsbild, rechtfertigt es die wirtschaftliche Tätigkeit, wenn diese dem ideellen Hauptzweck nützlich ist oder ihm funktional dienlich ist.“⁴

1 K. SCHMIDT, a.a.O., S. 19.

2 K. SCHMIDT, a.a.O., S. 26.

3 STÖBER/OTTO, Rdnr. 69.

4 OLG Frankfurt/M., Beschluss vom. 28.10.2010 – 20 W 254/10, openJur 2012, 33674.

Noch eindeutiger das Bundesverwaltungsgericht: „Ein Idealverein wird jedoch dann nicht zum wirtschaftlichen Verein, wenn er zwar zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, diese aber dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind.“¹

Die steuerliche Anerkennung als gemeinnütziger Zweckbetrieb wird folgerichtig überwiegend als ein Indiz für einen Nebenzweck angesehen.²

Gemeinnützigkeit der wirtschaftlichen Betätigung

Gemäß § 65 AO ist ein Zweckbetrieb gegeben, „wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb in seiner Gesamtrichtung dazu dient, die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen.“ Die Steuerbegünstigung wird nur erteilt, wenn der Verein ausschließlich, unmittelbar und „selbstlos“ seine Tätigkeit entfaltet und nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Was liegt da näher, als eine dies bestätigende finanzamtliche Feststellung zur Beantwortung der Frage, ob ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, heranzuziehen? Dafür streitet auch die bei der Auslegung juristischer Normen anzustrebende Einheitlichkeit der Rechtsordnung.

Eindeutig war insoweit auch die Rechtsprechung des 1. Zivilsenats des KG Berlin, der früher für die Vereinsregistersachen zuständig war. Noch im Jahr 2004 hatte er entschieden: „Ist nach der Satzung eine wirtschaftliche Betätigung des zur Eintragung beim Vereinsregister angemeldeten Vereins nicht auszuschließen, verfolgt der Verein aber nach seiner Satzung ausschließlich gemeinnützige Zwecke und ist dies vom Finanzamt bestätigt worden, spricht dies dafür, dass die Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes nur Nebenzweck ist und damit der Eintragung nicht entgegen steht.“³ Ähnlich das OLG-Hamm: „Aus der eingereichten Stellungnahme des Finanzamts ... ergibt sich, dass dort bislang keine Bedenken gegen den Fortbestand der steuerrechtlichen Anerkennung dieser Vereine als gemeinnützig bestehen. Dies reicht für die Annahme aus, dass hier nach der Satzung kein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird.“⁴ Auch das Schleswig-Holsteinische OLG stellt ausdrücklich auf die Gemeinnützigkeit des Vereins ab.⁵

Und so haben es wohl auch bis vor kurzem sämtliche Amtsgerichte in Deutschland gesehen, denn es dürfte kaum ein Vereinsregister geben, an dem nicht zweckbetriebsdominierte gemeinnützige Vereine in großer Zahl eingetragen wurden. Außerhalb der Gemeinnützigkeit spielen Vereine mit wirtschaftlicher Tätigkeit allerdings kaum eine Rolle. Die Vorschriften der §§ 21, 22 BGB und deren bisherige Anwendung haben offensichtlich bewirkt, dass der Verein keine Rechtsform zum Betrieb eines Gewerbes, Dienstleistungs- oder Handelsunternehmens geworden ist. Der Verein mit gemeinnützigem Zweckbetrieb hat sich aber zu einem Spezialtypus des Vereins mit wirtschaftlicher Betätigung entwickelt. Die Frage nach seiner Zulässigkeit kann heute nicht mehr unabhängig von seiner mehr als 100-jährigen und mehr als 10.000-fachen Existenz beantwortet werden. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtstradition dieser lebendig gewachsenen Institutionen des sozialen Lebens bedarf es einer Folgediskussion bei einer Änderung gegenüber der bisherigen Praxis der Rechtspflege.

Der Gläubigerschutz

Nach ganz allgemeiner Meinung ist (alleiniger) Zweck der Vorschrift der Gläubigerschutz. § 21 BGB soll verhindern, dass die materiell dem Kapitalgesellschafts- oder Genossenschaftsrecht zugeordneten Vereine sich den dort

1 BVerwG, Urteil vom 06.11.1997 – 1 C 18.95, Juris.

2 OLG Frankfurt/M., a.a.O.; STÖBER/OTTO, Rdnr. 76; REUTER, NZG 2008, 881.

3 KG Berlin, Beschluss vom 26.10.2004 – 1 W 295/04, Leitsatz, Juris.

4 OLG Hamm, Beschluss vom 06.09.2007 – 15 W 129/07, Juris, Rdnr. 21.

5 Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 18.09.2012, Juris, Rdnr. 57 f.

vorgesehenen Anforderungen (Mindestkapitalausstattung, Kapitalerhaltung, Prüfung- und Bilanzierung) durch „Flucht in das Vereinsrecht“ entziehen.¹

Besserer Gläubigerschutz der GmbH?

Es ist nicht bekannt und wurde auch bislang von keiner Seite behauptet, dass die massenweise Eintragung zweckbetriebsdominierter Vereine in besonderem Maße zu einer Gefährdung von deren Gläubigern geführt hätte, die Zahl der Insolvenzen solcher Vereine besonders hoch sei oder dergleichen. Betrachtet man die stets genannten gläubigerschützenden Vorschriften genauer, darf auch bezweifelt werden, dass von diesen ein besonders großer Effekt ausgehen würde. Das Thema Mindestkapitalausstattung hat sich mit der Einführung der Unternehmergesellschaft („1-Euro-GmbH“) und der Zulassung der englischen Limited als Rechtsträger in Deutschland weitgehend erledigt. Seine Bedeutung wird zudem maßlos überschätzt, da das Stammkapital der GmbH bereits am Tag nach ihrer Eintragung in das Handelsregister restlos verbraucht werden darf. Bei den Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten gibt es nicht von der Hand zu weisende Unterschiede, deren Bedeutung für die Praxis zu untersuchen wäre. Die meisten größeren Träger von Zweckbetrieben wenden die Vorschriften längst freiwillig entsprechend an. Auch hier gilt: Die gläubigerschützende Wirkung der Publizitätspflicht, zumal bei den „kleinen“ Gesellschaften, dürfte eher abstrakter Natur sein.

Schließlich wird noch die unbeschränkbare Vertretungsmacht der organchaftlichen und bevollmächtigten Vertreter der Kapitalgesellschaften angeführt. Demgegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes im Außenverhältnis möglich, muss dann aber auch in das Vereinsregister eingetragen werden. Welche erheblichen Risiken für die Gläubiger daraus erwachsen, ist nicht recht ersichtlich. Genauso wenig, wie den Gläubigern ein Nachteil daraus entstehen könnte, dass es Handlungsvollmacht und Prokura beim Verein nicht gibt.

Spätestens mit der Einführung der Unternehmergesellschaft dürfte jeder Anlass für eine Flucht in die Vereinsrechtsform entfallen sein. Für die Gründung und den Betrieb von Schulen, kulturellen und sozialen Einrichtungen durch eine größere Personengruppe ohne Erwerbsstreben und aus bürgerschaftlichem Engagement heraus ist der Verein als Rechtsform nahezu alternativlos. Mit einer Flucht in diese Rechtsform zur Umgehung gläubigerschützender Vorschriften hatte das auch niemals etwas zu tun.

Bei dem Typus des zweckbetriebsdominierten Vereins kommen auch andere stabilisierende und damit gläubigerschützende Strukturen zum Tragen: Kennzeichnend für die Arbeit dieser Vereine ist auch das hohe Maß an ehrenamtlichen Engagement sowohl im Rahmen der zweckverwirklichenden Tätigkeiten unmittelbar wie auch im Rahmen der Gremienarbeit, z.B. der ehrenamtlichen Vorstände. Allein in den Einrichtungen und Diensten der Wohlfahrtsverbände sind rund 1,4 Mio. Menschen hauptamtlich beschäftigt; schätzungsweise 2,5 bis 3 Mio. leisten ehrenamtlich engagierte Hilfe.² Tatsächlich dürfte die von hohem Engagement getragene Arbeit gemeinnütziger Vereine sehr viel krisenfester sein, als eine typische gewerbliche GmbH. Gerade in einer Krise vermögen die Vereine oft tatkräftige und finanzielle Unterstützungsleistungen ihrer Mitglieder zu mobilisieren.

Alternativen zum Verein?

Das wird besonders deutlich, wenn man die Alternative für die bestehenden Vereine betrachtet. Die Vereine sollen sich in Kapitalgesellschaften umwandeln oder ihre Geschäftsbetriebe in Tochtergesellschaften ausgliedern.

¹ K. SCHMIDT, a.a.O., S.12.

² <http://www.caritas.de/fuerprofis/arbeitenbeidercaritas/arbeitgebercaritas/caritasalsarbeitgeber.aspx>

GmbH-Tochtergesellschaften?

Eine Umwandlung der Vereine in gemeinnützige Genossenschaften ist gemeinnützigkeitsrechtlich nicht zulässig. Eine Umwandlung in eine GmbH kommt nur bei Vereinen mit sehr wenigen Mitgliedern in Betracht. Die Ausgliederung von Tochtergesellschaften ist vor allem im Bereich der freien Wohlfahrtspflege in den vergangenen Jahren durchaus in Mode gekommen, wenn auch aus ganz anderen Gründen. Regelmäßig werden nämlich diese Tochtergesellschaften nur mit dem Mindestkapital ausgestattet. Das Vereinsvermögen, insbesondere solches in Immobilien, verbleibt bei den gemeinnützigen Vereinen. Immobilien werden an die Tochtergesellschaften vermietet. In der Krise kann eine solche Tochtergesellschaft einfach beendet werden oder Insolvenz anmelden, ohne dass dadurch das Vereinsvermögen angegriffen würde. Oft werden gleich mehrere Tochtergesellschaften für verschiedene Betriebe gegründet. Die Hemmschwelle, eine solche Tochter-GmbH zu beenden, ist, da der Verein ja fortbestehen kann, deutlich herabgesetzt. Im Ergebnis verschlechtert sich die Stellung der Gläubiger also drastisch, wenn die Zweckbetriebe gemeinnütziger Vereine in faktisch vermögenslose Tochtergesellschaften ausgegründet werden.

Aus diesem Grund befürwortet auch K. SCHMIDT die Anwendung des Nebenzweckprivilegs sogar für den Hamburger Sportverein(HSV): Unter Berufung auf den Gläubigerschutz sei es nicht einsichtig, „dem Gläubiger statt eines fetten Vereins eine magere Tochtergesellschaft als Schuldnerin vorzusetzen“¹.

Durch die Ausgründung gemeinnütziger Zweckbetriebe in Tochtergesellschaften verliert auch die Mitgliedschaft den unmittelbaren Bezug zu den Betrieben. Ein Verein, der nur noch die Rolle einer Holding hat und dessen Tochter-GmbHs von dort angestellten Geschäftsführung geführt werden, kann über diese Ressource engagierter Mitglieder meist in wesentlich geringerem Maße verfügen.

Folgen des Vereinsverbots

Alle Erfahrungen zeigen, dass Rechtsformen auf die Organisationen zurückwirken. Das soziale Leben z.B. in einem Schulverein, der von den Eltern gebildet wird, würde durch eine solche Umstrukturierung empfindlich gestört. Die Rechtsprechung des KG Berlin führt zu einer Zerschlagung der lebendig gewachsenen Institutionen gemeinnütziger Vereine als Rechtsträger von Zweckbetrieben und zu einer drastischen Schlechterstellung der Gläubiger dieser Geschäftsbetriebe. Zudem verursacht sie einmalige und laufende zusätzliche Bürokratiekosten in erheblichem Ausmaß. Der Rechtsformzwang braucht auch unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Berufsfreiheit einer Begründung, die im Gläubigerschutz aber nicht gefunden werden kann.

Ergebnis:

Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb wegen des Angebotes entgeltlicher Leistungen auf einem äußeren oder inneren Markt ist nur gegeben, wenn die Entgelte die Kosten zumindest überwiegend decken (mehr als 50%). Eigenmittel, Subventionen und die staatliche Finanzhilfe sind keine Entgelte in diesem Sinne.

Im Rahmen des Nebenzweckprivilegs ist eine wirtschaftliche Betätigung zulässig, wenn sie nur Mittel zur Verwirklichung des Ideellen Hauptzwecks ist. Davon ist i.d.R. auszugehen, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb als steuerbegünstigter Zweckbetrieb von der Finanzverwaltung anerkannt ist.



¹ K. SCHMIDT, a.a.O. S. 29; zustimmend: PALANDT-ELLENBERGER, § 21 Rdnr. 7; PWW/SCHÖPFLIN, BGB, 4. Aufl. 2009, § 21 Rdnr. 11.