

## Rechtsanwälte Hohage, May & Partner

Hamburg, Hannover, München

Rechtsanwalt Stephan May  
Fachanwalt für Steuerrecht

Mittelweg 147, 20148 Hamburg  
Tel.: 040/414601-0  
Fax: 040/414601-11

Internet: [www.hohage-may.de](http://www.hohage-may.de)  
e-mail: [may@hohage-may.de](mailto:may@hohage-may.de)

## Kitas und Schulen verfolgen ideelle Zwecke! Warum die Rechtsform des „e. V.“ zulässig ist

Der Paritätische Berlin, IfBB, DaKs  
Fachveranstaltung

Der Verein als Träger von Bildungseinrichtungen – Betrieb von Kitas und Schulen als  
Idealzweck i.S.v. § 21 BGB?  
Berlin, 29. November 2013

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

2



## Übersicht

Kritik an der Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin und deren Anwendung durch die Vereinsregister

- Das KG setzt sich nicht mit einer über einhundertjährigen „ständigen Rechtspflege“ auseinander
- Das KG erkennt nicht die grundsätzliche Bedeutung seiner Entscheidung
- Das KG beruft sich auf Gläubigerschutz als Zweck der Regelung der §§ 21, 22 BGB, seine Rechtsprechung führt aber zu einer drastischen Schlechterstellung der Gläubiger
- Die Entscheidung provoziert Willkür

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

3



## Die (Rechts-)Wirklichkeit

- Mindestens (?) 10.000 „zweckbetriebsdominierte“ gemeinnützige Vereine allein in den Bereichen Kinder- und Jugendhilfe, Bildung, Wohlfahrtswesen, Gesundheit
- Vom Kinderladen bis hin zu Vereinen mit mehr als 100 Mio € Jahresumsatz (z.B. SOS-Kinderdorf e.V.)
- Bis 1998 alle, im Jahr 2012 noch 52% der Fußballclubs der 1., 2. und 3. Bundesliga sind einschließlich der Profiabteilung in der Rechtsform des e.V. organisiert
- z.B. HSV: Erträge 87 Mio €, Personalaufwand 55 Mio €, 65.000 der rund 71.000 Mitglieder sind fördernde „Supporter“ der Profimannschaft

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

4



## Vereinszweck

§ 21 BGB: „Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist ...“

§ 33 Abs. 1 Satz 2 BGB: „Zur Änderung des Zweckes des Vereins ist die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich“

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

5



## Vereinszweck

Vereinszweck und tatsächliche Betätigung

- subjektive Theorie
- objektive Theorie
- gemischte Theorie
- teleologisch-typologische Theorie

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

6



## Vereinszweck

BGH, Beschluss v. 11.11.1985, II ZB 5/85

„Bei der Beantwortung der Frage, worin der Zweck eines Vereins zu sehen ist, kann nicht an der Erfahrungstatsache vorbeigegangen werden, dass Vereinssatzungen häufig nicht zwischen der eigentlichen – prinzipiell indisponiblen – Zweckbestimmung des Vereins und der ... grundsätzlich disponiblen näheren Darstellung von Aufgaben und einzuschlagenden Wegen unterscheiden, ... Im Zweifel ist daher nur derjenige enge Satzungsbestandteil, in dem der oberste Leitsatz für die Vereinstätigkeit zum Ausdruck gebracht wird ... als „Vereinszweck“ im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 anzusehen.“

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

7



## Vereinszweck

### Anlage 1 zu § 60 AO Mustersatzung:

Zweck der Körperschaft ist... (z. B. die Förderung von ... Jugend- und Altenhilfe, Erziehung, ...).

Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch... (z. B. ... Unterhaltung einer Schule, ... eines Kindergartens, ...)

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

8



## Vereinszweck

Bei einer am Wortlaut der Vorschriften orientierten Auslegung kommt man ehesten zu der sog. „subjektiven Theorie“, die allerdings als überholt gilt.

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

9



## Vereinszweck

Beispiel Schulverein:

Satzungszweck: Kinder- und Jugendhilfe, Bildung und Erziehung

Fast ausschließliche Betätigung: Betrieb einer Schule und eines Hortes.

➡ Zweck oder Mittel zur Verwirklichung des Zwecks?

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

10



## Haupt- und Nebenzweck

Eine Unterscheidung in Haupt- und Nebenzweck findet sich bereits in den Beratungen des historischen Gesetzgebers des BGB:

*Benno Mugdan „Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich“ 1899, Band I., Seite 604*



Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

11



## Haupt- und Nebenzweck

„Dagegen verdeutliche die in der Vorlage gewählte Fassung in ausreichender Weise, dass es für die Entscheidung der Frage, ob ein Verein unter die Vorschrift des Abs. 1 oder 2 falle, lediglich darauf ankomme, worin der von dem Verein verfolgte H a u p t z w e c k zu suchen sei. Bildet ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb den ausschließlichen oder den Hauptzweck, so falle der Verein unter den Abs. 2. Dagegen könne die Eintragung in das Vereinsregister auch ein solcher Verein erlangen, der neben seinen idealen Hauptzwecken ein wirtschaftliches Geschäft betreibe, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen.“

Stephan May, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

12



## Nebenzweckprivileg - RG

Als Nebenzweckprivileg hat diese Unterscheidung Eingang in die Rechtsprechung gefunden:

- Reichsgericht

„Wenn ein Verein sowohl der Wirtschaft seiner Mitglieder dient, als auch ihre ideellen Bestrebungen fördert, kommt es auf den Hauptzweck des Zusammenschlusses an.“

Beschluss v. 29.6.1931, RGZ 133, 170 (176)



## Nebenzweckprivileg - BGH

- Bundesgerichtshof

„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.“

Urteil vom 29.09.1982, I ZR 88/80, Juris (ADAC-Urteil)



## Nebenzweckprivileg

### Schul- und Kindergartenverein

**Satzungszweck:** „Bildung und Erziehung“ = ideeller Zweck

**Haupttätigkeit:** Erteilung von Unterricht, Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern ist für sich noch keine wirtschaftliche Betätigung. Wenn kein Entgelt erhoben wird, bleibt es offensichtlich auch dabei.

Erst die „**Kommerzialisierung**“ dieser Tätigkeit als entgeltliche Dienstleistung macht die wirtschaftliche Betätigung aus.



## Nebenzweckprivileg

Nach Ansicht des KG-Berlin wird die Betätigung Erteilung von Unterricht, Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern, insgesamt und vollständig zu einer wirtschaftlichen Betätigung, sobald dafür Entgelte erhoben werden.

Da zudem Betätigung und Zweck völlig gleichgesetzt werden, kann diese Betätigung auch nur dann unter das Nebenzweckprivileg fallen, wenn der Verein noch eine andere, umfangreichere ideelle Tätigkeit entfaltet.



## Nebenzweckprivileg

➔ „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.“



## Nebenzweckprivileg

Eine Schule, die bislang ohne Schulgeld ausgekommen ist, wechselt von dem Tag an, ab dem sie Schulgeld erhebt also vollständig ihren Charakter. Verwirklichte der Unterricht bislang ausschließlich ideelle Zwecke, soll er jetzt nur noch wirtschaftliche Zwecke verwirklichen.

Warum soll es aber nicht möglich sein, dass die Erzielung von Einnahmen, also der wirtschaftliche Zweck, neben die nach wie vor vorhandenen ideellen Zwecke tritt?



## Nebenzweckprivileg

Würde der Schulverein die entstandene Finanzlücke aus Gewinnen aus einem anderen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb decken (Kantine, Schulbuchhandel oder auch ein reiner Mittelbeschaffungsbetrieb), würde man ja ganz unproblematisch die Frage prüfen, ob dieser wirtschaftliche Geschäftsbetrieb unter das Nebenzweckprivileg fällt.



## Nebenzweckprivileg

Nach der Gegenansicht zur Ansicht des KG ist die Frage nach dem Hauptzweck daher die, ob die Unterrichtende und erziehende Tätigkeit entfaltet wird um sie zu verkaufen und damit wirtschaftliche Vorteile zu erzielen oder ob die Dienstleistung erbracht wird, der Bildung und Erziehung von Kindern wegen und die damit einhergehende wirtschaftliche Betätigung sich auf das dazu erforderliche beschränkt und damit Mittel zur Erreichung des ideellen Hauptzwecks bleibt.

Das OLG-SH knüpft z.B. daran an, „ob das Vereinsleben durch nicht wirtschaftliche Interessen bestimmt bleibt“ (Beschl.v. 18.9.12, 2 W 152/11, Juris, Rdnr. 53)



## Nebenzweckprivileg - BVerwG

- 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.

Urteil vom 6.11.97, 1 C 18/95, Juris



## Nebenzweckprivileg – OLG-Ffm

- Instanzgerichte, OLG Frankfurt/M.:

• „Das Nebenzweckprivileg soll zum einen dem gesetzgeberischen Anliegen gerecht werden, wonach ein wirtschaftlicher Verein nur vorliegen sollte, wenn ein „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb den ausschließlichen oder den Hauptzweck des Vereins bildet“, mithin ein wirtschaftlicher Nebenzweck der Eintragung (bzw. Fortführung) als nicht wirtschaftlicher Verein nicht entgegenstehen sollte.“



## Nebenzweckprivileg – OLG-Ffm

- „Der Senat folgt bei der notwendigen Abgrenzung, ... nicht der ... [von] Teilen der Literatur geäußerten Auffassung, die diese Frage anhand von objektiven Größenkriterien festlegen wollen.“



## Nebenzweckprivileg – OLG-Ffm

- „Derartige quantitative Kriterien, .... , widersprechen schon dem gesetzgeberischen Anliegen, auch einen Verein eintragen zu können, der neben seinem idealen Hauptzweck ein wirtschaftliches Geschäft betreibt, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu beschaffen.“



## Nebenzweckprivileg – OLG-Ffm

- „All dies macht deutlich, dass statt dessen auf eine qualitative Zweck-Mittel-Relation abzustellen ist.“
- „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.“

Beschl. 28.10.2010, 20 W 254/10, openJur 2012, 33674



## Zweckbetrieb nach § 65 AO

Ein Zweckbetrieb ist gegeben, wenn

1. der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb in seiner Gesamtrichtung dazu dient, die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen,

...

Nach Ansicht des OLG-Ffm ist die Steuerbegünstigung ein Indiz für das Vorliegen eines Nebenzwecks.



## Nebenzweckprivileg

In der Literatur ist das Nebenzweckprivileg allgemein anerkannt, dessen Reichweite aber strittig.  
Richtig ist sicherlich, dass durch das Nebenzweckprivileg eine teilweise Rückkehr zur subjektiven Methode durch die Hintertür erfolgt (Stöber/Otto, Rdnr. 69).  
Die steuerliche Gemeinnützigkeit wird überwiegend als Indiz für einen Nebenzweck angesehen (Stöber/Otto, Rdnr. 76, OLG-Ffm, aaO.)  
Die Bedeutung des „zweckbetriebsdominierten“ Vereins wurde allerdings bislang in der vereinsrechtlichen Literatur nicht erkannt.



## Nebenzweckprivileg

Definition von Reichert:

- Der Verein muss in seiner Satzung einen nichtwirtschaftlichen Hauptzweck festgelegt haben und diesen auch tatsächlich verfolgen.
- Die wirtschaftliche, d.h. unternehmerische Tätigkeit muss mit dem Vereinszweck vereinbar und muss diesem zugeordnet sein.
- Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb muss für die effektive Verfolgung des satzungsmäßigen nichtwirtschaftlichen Gesamtzwecks oder für ein funktionsfähiges Vereinsleben unentbehrlich sein.



## Nebenzweckprivileg

- Eine bewertende Betrachtung zwischen Mittel und Zweck muss ergeben, dass die wirtschaftliche Betätigung dem Hauptzweck funktional untergeordnet und lediglich Hilfsmittel zur Erreichung des Zwecks ist.
- Es dürfen schließlich Gläubigerschutzinteressen der Anwendung des Nebentätigkeitsprivilegs nicht entgegenstehen.

(Reichert, 12. Aufl. Rdnr. 161)

Trägervereine von Kindergärten, Schulen, Betrieb von Altenwohnheimen usw. fallen bei Reichert allerdings von vornherein unter die nichtwirtschaftliche Betätigung.

(Rdnr. 125)



## Nebenzweckprivileg

Bei dieser Betrachtungsweise drängt es sich auf, der Einordnung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes als steuerbegünstigten Zweckbetrieb mindestens eine starke Indizwirkung zugestehen:

Die Steuerbegünstigung wird nur erteilt, wenn der Verein ausschließlich, unmittelbar und „selbstlos“ seine Tätigkeit entfaltet und **nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.**

Das wurde von den Registergerichten seit Gültigkeit der Gemeinnützigkeitsverordnung auch so gesehen und gehandhabt.



## Nebenzweckprivileg

Und auch von der Rechtsprechung immer wieder bestätigt:

„Aus der eingereichten Stellungnahme des Finanzamts H2 vom 03.08.2006 betreffend einen bereits eingetragenen Sportverein mit demselben Satzungszweck für eine benachbarte Stadt 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.“

OLG Hamm, Beschluss v. 06.09.2007, 15 W 129/07, Juris Rdnr. 21



## Nebenzweckprivileg

Dafür spricht schließlich auch der Gedanke einer gewissen Einheitlichkeit der Rechtsordnung, die bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften ja durchaus angestrebt werden darf.



## Prüfung am Zweck der Regelung

Die Auslegung und Anwendung der §§ 21, 22 BGB hat sich in erster Linie an dem Zweck der Vorschrift zu orientieren, wobei die Zuordnung im Einzelnen einem unaufhörlichen Prozess aus Erfahrung, Zuordnung und Wertung unterliegt. Entscheidend sind in jedem Fall die Ergebnisse teleologischer Wertung, nicht die bloßen Absichten der Gründer. (Stöber/Otto, 10. Aufl., Rdn. 74)



## ratio legis der §§ 21, 22 BGB

Ihr Zweck ist es, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des sog. Nebenzweckprivilegs überschreitet (BGH, Urteil vom 04. Juni 1986 – I ZR 29/85 –, juris)



## ratio legis der §§ 21, 22 BGB

§ 22 BGB soll verhindern, dass die materiell dem Kapitalgesellschafts- oder Genossenschaftsrecht zugeordneten Vereine sich den dort vorgesehenen Anforderungen (Mindestkapitalausstattung, Kapitalerhaltung, Prüfung- und Bilanzierung) durch „Flucht in das Vereinsrecht“ entziehen. Die Vorschrift dient in erster Linie dem Gläubigerschutz.

Karsten Schmidt, AcP 182 (1982), S. 1 ff, (12)



## Gläubigerschutz

Im ADAC-Urteil nennt der BGH drei Regelungsbereiche, in denen die juristischen Personen des Handelsrechtes im Interesse der Gläubiger zwingenden Regelungen unterliegen, denen der Verein nicht unterliegt:

1. Mindestkapitalausstattung
2. Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten
3. die - unbeschränkbare - Vertretungsmacht ihrer organschaftlichen und bevollmächtigten Vertreter



## Gläubigerschutz

### 1. Mindestkapitalausstattung

Hat sich zum einen mit der Zulassung der 1,- € GmbH deutlich relativiert, wird zum anderen maßlos überschätzt, da das Stammkapital bereits am Tag nach der Eintragung der GmbH in das Handelsregister restlos verbraucht werden darf.



## Gläubigerschutz

### 2. Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten

Ein nicht von der Hand zu weisender Unterschied, dessen Bedeutung für die Praxis zu untersuchen wäre.

Die meisten größeren Träger von Zweckbetrieben wenden die Vorschriften freiwillig entsprechend an.

Auch hier gilt, die gläubigerschützende Wirkung der Publizitätspflicht, zumal bei den „kleinen“ Gesellschaften, dürfte eher abstrakter Natur sein.



## Gläubigerschutz

### 3. die - unbeschränkbare - Vertretungsmacht ihrer organschaftlichen und bevollmächtigten Vertreter

Eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes im Außenverhältnis ist möglich, muss dann aber auch in das Vereinsregister eingetragen werden.

Welche erheblichen Risiken für die Gläubiger daraus erwachsen, ist nicht recht ersichtlich.

Wie den Gläubigern ein Nachteil daraus entstehen könnte, dass es Handlungsvollmacht und Prokura beim Verein nicht gibt, ist nicht recht nachvollziehbar.



## Nebenzweckprivileg

- Ausgehend von dieser ratio legis des Gläubigerschutzes haben gewichtige Stimmen in der Literatur z.B. keine Bedenken, die Profiabteilungen der Bundesligavereine unter das Nebenzweckprivileg fallen zu lassen:
- Palandt-Ellenberger, § 21 Rdnr. 7
- PWW/Schöpfli, BGB, 4. Aufl. 2009, § 21 Rdnr. 11
- und, nicht zuletzt ...



## Nebenzweckprivileg

*Karsten Schmidt:*

*Unter Berufung auf den Gläubigerschutz ist es nicht einsichtig, „dem Gläubiger statt eines fetten Vereins eine magere Tochtergesellschaft als Schuldnerin vorzusetzen“.*

AcP 182 (1982), S. 1 ff, (29)



## Gläubigerschutz bei Ausgliederung

Setzt sich die Rechtsprechung des KG durch, wird es zu einer Welle von Ausgliederungen der Zweckbetriebe in gemeinnützige Tochtergesellschaften kommen.

Vereine mit mehreren Zweckbetrieben werden zu prüfen haben, ob dann nicht gleich mehrere Tochtergesellschaften gegründet werden sollen.

Die Ausgliederung der Zweckbetriebe wird zu einer dramatischen Schlechterstellung der Gläubiger führen, da regelmäßig das gesamte Vermögen im Verein zurückbehalten wird (Grundstücke schon wegen der GrErwSt) und weitgehend vermögenslose Tochter-GmbH's oder gar UG's entstehen werden.



## Gläubigerschutz bei Ausgliederung

Dieser Prozess ist ja seit etwa 20 Jahren in vollem Gange. Grund dafür dürfte kaum sein, dass sich Vereinsvorstände Sorgen um Ihre Gläubiger machten. Vielmehr hat er nach meiner Wahrnehmung dazu geführt, dass es zunehmend zu Insolvenzen von solchen Tochter-GmbHs gekommen ist. In der Beratungspraxis geht es vor allem darum sicherzustellen, dass im Insolvenzfall kein Haftungsdurchgriff auf den Verein möglich ist.



## Gläubigerschutz

Es ist bislang von keiner Stelle behauptet worden und durch keine empirische Untersuchung belegt, dass die über 100-jährige Auslegung und Anwendung der §§ 21,22 BGB durch die Organe der Rechtspflege, insbesondere die Vereinsregister bei den Amtsgerichten, zu einer relevanten Verschlechterung des Schutzes der Gläubiger der – angeblich zu unrecht – eingetragenen Vereine geführt hätte.

Demgegenüber liegt es auf der Hand, dass eine Änderung dieser Praxis zu einer deutlichen Verschlechterung des Schutzes der Gläubiger gemeinnütziger Zweckbetriebe führen wird.



## Gläubigerschutz

Die Ausgründung von Zweckbetrieben eines Vereins in gemeinnützige Tochtergesellschaften ist ein rechtlich anspruchsvolles Vorhaben mit erheblichen Risiken und Nebenwirkungen.

Müssten tatsächlich 10.000 Zweckbetriebe ausgegründet werden, würde das Bürokratiekosten, vor allem für die Umstellung, aber auch danach wegen der Doppelstrukturen, verursachen.

Profitieren würden davon wohl allein die Berater.



## Ergebnis

Eine am Sinn und Zweck der Vorschriften orientierte Auslegung führt daher zu dem Ergebnis, dass die Steuerbegünstigung eines Zweckbetriebes indiziert, dass sich die wirtschaftliche Betätigung in diesem Geschäftsbetrieb den ideellen Vereinszwecken funktional unterordnet und daher unter das Nebenzweckprivileg fällt.



## Ergebnis

Es spricht viel dafür, das durch eine Ergänzung des BGB rechtlich abzusichern.

*Deutschlands Zukunft gestalten:*

„Wir wollen die Gründung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement (z. B. Dorfläden, Kitas, altersgerechtes Wohnen, Energievorhaben) erleichtern. Für solche Initiativen soll eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung stehen, die unangemessenen Aufwand und Bürokratie vermeidet.“

Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 18. Legislaturperiode

