



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Der privatrechtliche Zweckbetrieb“

Dissertation vorgelegt von Alina Morain

Erstgutachter: Prof. Dr. Stefan J. Geibel

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Dissertation

Zu 1. Kapitel – Das Vereinswesen und das gesetzliche Leitbild des Idealvereins

1. Das heutige Vereinswesen ist das Ergebnis einer jahrhundertealten Entwicklung. In dieser nahm der Verein eine Stellung zwischen dem Staat und der Gesellschaft ein und übernahm im Zuge dessen wesentliche staatliche sowie gesellschaftliche Aufgaben. Der Idealverein ist damit die zentrale Rechtsform in der Rechtswirklichkeit für altruistisches bürgerschaftliches Engagement.
2. Ein neues Phänomen des Vereinswesens stellt der Großverein dar, welcher jedoch im Verhältnis zu den kleinen lokalen Vereinen eine untergeordnete Rolle spielt.
3. Das Vereinsrecht muss eine größtmögliche Flexibilität für die Vereine gewährleisten, um auch zukünftigen Entwicklungen der Gesellschaft und deren Bedürfnissen Rechnung zu tragen.
4. Grundsätzlich herrscht innerhalb des Typenzwangs des Gesellschaftsrechts eine rechtliche Gestaltungsfreiheit. Der Gesetzgeber hat bei dem Idealverein allerdings den zulässigen Zweck näher konkretisiert und dadurch den Idealverein enger an den normativen Typus gebunden.
5. Der Idealverein erlangt durch die Eintragung in das Vereinsregister (System der Normativbedingung) und der wirtschaftliche Verein durch staatliche Verleihung (Konzessionssystem) seine Rechtsfähigkeit. Die Gründungssysteme stehen in einem Alternativverhältnis und dienen nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers dem gleichen Schutzzut: der Rechtssicherheit.
6. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im Sinne der §§ 21 und 22 BGB liegt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und herrschenden Meinung vor, wenn der Verein dauerhaft, planmäßig, anbietend und entgeltlich am Markt tätig ist. Für die Einordnung der Tätigkeit ist es unerheblich, ob der Verein mit Gewinnerzielungsabsicht handelt oder ob die angebotene Leistung „marktgängig“ ist.
7. Es ist davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber zwischen dem Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck differenziert hat, sodass der nichtwirtschaftliche Zweck eine eigenständige Bedeutung aufweist.
8. Ein nichtwirtschaftlicher Zweck liegt vor, wenn Ausschüttungen an Mitglieder des Vereins ausgeschlossen sind. Zulässig sind auch bei nichtwirtschaftlicher Zwecksetzung die Ausschüttungen an Dritte, soweit diese keinen Einfluss auf die Willensbildung des Vereins haben.

Zu 2. Kapitel – Die Vereinsklassenabgrenzung bis zur Kita-Rechtsprechung des BGH

9. Der Meinungsstreit um die Vereinsklassenabgrenzung kann in zwei Strömungen unterteilt werden. Die subjektive Strömung nimmt die Abgrenzung anhand des Zwecks und die objektive Strömung anhand der Tätigkeit vor.

10. Die bis zu den Kita-Beschlüssen bei den Oberlandesgerichten herrschende teleologisch-typologische Abgrenzung ist der objektiven Strömung zuzuordnen. Sie stellt jedoch keine eigenständige Theorie dar. Sowohl die Erkenntnis, dass eine wesentliche Funktion des § 22 BGB in der Sperrwirkung liegt, als auch die Abgrenzung anhand des Schutzzwecks der Vereinsklassenabgrenzung wurden bereits vor der Begründung der teleologisch-typologischen Theorie festgestellt und vorgenommen.

11. Die Rechtsprechung hat über die Rechtsfigur des Nebenzweckprivilegs eine subjektive Abgrenzung unter dem Deckmantel der objektiven Abgrenzung vorgenommen, um Idealvereine mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb von dem Verlust der Rechtsfähigkeit zu bewahren.

12. Obwohl das Vereinsrecht in der Vergangenheit mehrfach reformiert werden sollte, erwies es sich in seiner 120-jährigen Geschichte als überaus widerstandsfähig. Durch den Gesetzesentwurf „Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau der Genossenschaften“ von 2017 sollte die Vereinsklassenabgrenzung neu ausgestaltet werden. Aufgrund der Kita-Rechtsprechung des BGH ist das Gesetzesvorhaben ohne die Reform des Vereinsrechts in Kraft getreten.

13. Die Kita-Rechtsprechung betraf die Frage nach der Eintragungsfähigkeit von drei Kitas in das Vereinsregister. Diese waren ausschließlich durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb tätig, weil sie Kinderbetreuung gegen Entgelt anboten. Da keine andere nichtwirtschaftliche Tätigkeit identifiziert werden konnte, gelang die bisher erfolgte objektive Auslegung der Vereinsklassenabgrenzung an ihre Grenze.

14. Der II. Zivilsenat des BGH hat sich in seinen Kita-Beschlüssen der Sache nach der subjektiven Strömung angeschlossen. Das Nebenzweckprivileg soll nach dem II. Zivilsenat des BGH auch dann Anwendung finden, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb die einzige Tätigkeit des Idealvereins ist, soweit die Mittel dem nichtwirtschaftlichen Zweck dienen. Damit hat der BGH die Kitas vor dem Verlust ihrer Eintragungsfähigkeit bewahrt.

15. Das Nebenzweckprivileg ist allgemein anerkannt. Seine dogmatische Begründung findet sich im Willen des historischen Gesetzgebers, der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG und in dem allgemeinen verbandsrechtlichen Prinzip, dass auch bei zweckbeschränkten Rechtsformen die wirtschaftliche Betätigung zur Erreichung des beschränkten Zwecks zulässig ist. Nicht überzeugen kann die Begründung des Nebenzweckprivilegs durch das Gewohnheits- und Richterrecht. Eine gefestigte Rechtsprechung besteht nur bei den Registergerichten und damit bei den unteren Instanzgerichten. Der BGH hat zwar den Begriff des Nebenzweckprivilegs verwendet, gleichwohl ist dessen Anwendung und Umfang weder Gegenstand einer ständigen Übung noch durch die Literatur bestätigt.

16. Der Begriff des Nebenzweckprivilegs stammt von *K. Schmidt* und wurde von diesem objektiv bestimmt, sodass im folgendem der Begriff Nebentätigkeitsprivileg als Konkretisierung vorgeschlagen wurde. Der Begriff des Nebenzweckprivilegs kann ebenfalls im Sinne einer subjektiven Auslegung verwendet werden, da „Privileg“ auch als „einer Gruppe vorbehaltenes Recht“ verstanden werden kann. Zur besseren Abgrenzung von der objektiven Auslegung sollte jedoch für die subjektive Auslegung des Nebenzweckprivilegs der Begriff „Finalität“ verwendet werden.

17. Durch die Vertreter der objektiven Strömungen wurde versucht den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Rahmen des Nebenzweckprivilegs durch die Forderung einer quantitativen oder qualitativen Unterordnung zu begrenzen. Eine quantitative Unterordnung kann nicht überzeugen, da es *de lege lata* keine objektiven Größenkriterien gibt. Eine qualitative Unterordnung, wonach die nichtwirtschaftliche Tätigkeit größer sein müsse als der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb kann ebenfalls nicht überzeugen, da die Vertreter dieser Ansicht der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit implizit eine gläubigerschützende Funktion beimessen. Das Nebenzweckprivileg stellt auch keine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast dar. Demnach sei ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zulässig. Der Vorstand müsse allerdings in der Lage sein, jederzeit den Beweis zu führen, dass der Idealverein in der Lage sei seine Verbindlichkeiten zu bedienen. Ein solcher Grundsatz, welcher jegliches Gläubigerrisiko ausschließt, wäre allerdings einzigartig. Weder bei juristischen noch bei natürlichen Personen wird gefordert, dass das Ausfallrisiko für die Vertragspartner auf Null reduziert werden muss.

18. Das Nebenzweckprivileg ist aus subjektiver Sicht zu bestimmen, sodass eine wirtschaftliche Betätigung soweit zulässig ist, wie sie nicht zum Selbstzweck wird. Anhand der modifizierten subjektiven Theorie ist bei dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zwischen den Mittelbeschaffungsbetrieben, Zweckbetrieben und Selbstzweckbetrieben zu differenzieren. Einzig der Selbstzweckbetrieb ist eintragungsschädlich.

19. Die Zulässigkeit des Mittelbeschaffungsbetriebs ergibt sich aus dem Willen des historischen Gesetzgebers. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung folgt die Zulässigkeit des Zweckbetriebs nicht aus einem Erst-recht-Schluss, da bei Vereinen, die ausschließlich einen Zweckbetrieb unterhalten, kein Unterfall des Mittelbeschaffungsbetriebs vorliegt, sondern eine gänzlich andere Gestaltung. Es ist daher nach einer alternativen Begründung zu suchen. Der II. Zivilsenat des BGH umgeht diese Problematik in den Kita-Beschlüssen, indem er dem Gemeinnützigkeitsrecht eine Indizwirkung für die Vereinsklassenabgrenzung beimisst.

Zu 3. Kapitel – Die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinnützigkeitsrechts

20. Das Rangverhältnis von Gemeinnützigkeits- und Vereinsrecht spricht nicht gegen eine Indizwirkung. Das Steuerrecht stellt einen Zweig des öffentlichen Rechts dar und ist als solches dem Verfassungsrecht untergeordnet. Zum Zivilrecht steht es in einem Nebenordnungsverhältnis.

21. Zwar besteht eine Präzedenz (Vorherigkeit) des Zivilrechts, da das Steuerrecht an zivilrechtliche Zustände oder Verhältnisse anknüpft, sodass der zivilrechtliche Vorgang dem steuerrechtlichen vorgeht. Aus der Präzedenz kann allerdings kein Wertungsvorrang hergeleitet werden.

22. Die Zwecke des Gemeinnützigkeitsrechts und der Vereinsklassenabgrenzung weichen im Wesentlichen voneinander ab, welches gegen eine Indizwirkung des Gemeinnützigkeitsrechts für die Vereinsklassenabgrenzung spricht.

23. Die steuerliche Gemeinnützigkeit ist ein Instrument der Gemeinwohlförderung. Gemeinwohldienliches Handeln soll steuerlich begünstigt und dadurch gefördert werden. Gemeinnützige Körperschaften dürfen im Rahmen des Nebenzweckprivilegs einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, welcher jedoch aus Wettbewerbsgründen

steuerpflichtig ist. Von der Steuerpflicht sind die Zweckbetriebe befreit, da der Gesetzgeber der Förderung der sozialpolitisch gewünschten Tätigkeit im Rahmen des Zweckbetriebs Vorrang gegenüber dem Wettbewerbsschutz eingeräumt hat.

24. Ein Vergleich des Idealvereins mit den Rechtsformen der Handelsvereine führt zu dem Ergebnis, dass der Idealverein über ein geringeres Gläubiger- und Mitgliederschutzniveau verfügt. Der Zweck der Vereinsklassenabgrenzung kann damit in dem Gläubiger- und Mitgliederschutz gesehen werden. Darüber hinaus hat der (historische) Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass der Idealverein als Rechtsform zum Zweck der Gemeinwohlförderung geschaffen wurde.

25. Der Idealverein weist im Vergleich zu den Handelsvereinen keine Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften auf. Dabei stellt der Gläubigerschutz auch nach Schaffung der UG (haftungsbeschränkt) einen Zweck der Vereinsklassenabgrenzung dar, da das geringere Grundkapital durch die Verpflichtung zur Bildung einer Rücklage aus einem Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses kompensiert wird.

Das Ausschüttungsverbot ergibt sich beim Idealverein *de lege lata* aus dem nichtwirtschaftlichen Zweck und ist umfangreicher als bei den Handelsvereinen, da es das gesamte Vermögen des Idealvereins umfasst. Gleichwohl ist das Gewinnausschüttungsverbot nicht gleich effektiv, weil Idealvereine aufgrund des fehlenden Erwerbszwecks ihr Vermögen nicht als Gewinne an ihre Mitglieder auskehren, sondern Leistungen an Mitglieder erbringen.

Die Vertretungsmacht kann beim Idealverein im Gegensatz zu den Handelsvereinen beschränkt werden. Eine Haftung gemäß § 179 Abs. 1 BGB kompensiert diese Schutzlücke nicht, da der Vertreter ohne Vertretungsmacht unter Umständen nicht gleichermaßen solvent ist, wie der Idealverein.

Die Gläubiger des Idealvereins sind im Vergleich zu denen der Handelsvereine mit Hinblick auf die Organhaftung schlechter gestellt. Der Idealverein muss bei Pflichtverletzungen des Vorstands beweisen, dass der Schaden auf einer pflichtwidrigen Handlung des Geschäftsleiters beruht. Bei den Handelsvereinen besteht die Beweislast nur dahingehend, dass *möglicherweise* eine pflichtwidrige Handlung des Geschäftsleiters vorliegt. Darüber hinaus können gemäß §§ 40 S. 1, 27 Abs. 3 BGB Haftungserleichterungen für den Vereinsvorstand in der Satzung vereinbart werden. Auch bestehen erhebliche Unterschiede in der Insolvenz und im Vorfeld der Insolvenz, da ein Säumnis der Insolvenzantragspflicht und Pflichtverletzungen im Vorfeld der Insolvenz nicht strafbewährt sind. Eine Haftung für masseschmälernde Zahlungen besteht ebenfalls nicht.

Es ergeben sich erhebliche Unterschiede zwischen dem Idealverein und den Handelsvereinen bei der Rechnungslegung und Publizität, da das Vereinsrecht keine Regelungen darüber enthält. Der Idealverein ist nur unter besonderen Voraussetzungen bilanzierungs- und publizitätspflichtig.

26. Der Mitgliederschutz stellt ebenfalls ein Zweck der Vereinsklassenabgrenzung dar, da die Mitgliedschaftsrechte im Verein gemäß § 40 BGB nur rudimentär und größtenteils dispositiv ausgestaltet sind. So können der Mitgliederversammlung wichtige Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse entzogen werden, wie das Recht auf Bestellung gemäß § 27 Abs. 1 BGB und Entlastung des Vorstandes sowie das Weisungsrecht gemäß §§ 27 Abs. 3, 665 BGB. Auch die Informations- und Auskunftsrechte des Vereinsmitglieds sind gesetzlich nicht besonders geregelt.

27. Der Mitgliederschutz stellt einen Zweck der Vereinsklassenabgrenzung dar, da nichtwirtschaftliche Interessen, wie die möglichst effektive Verfolgung des Vereinszwecks schützenswert sind. Darüber hinaus verliert das Vereinsmitglied den Zugriff auf sein Vermögen

(zumindest vorerst) kompensationslos, wenn er dieses in den Verein einbringt, sodass auch seine Vermögensinteressen schützenswert sind.

28. Die übrigen Auslegungsmethoden führen nicht zu dem Ergebnis, dass eine Indizwirkung des Gemeinnützigkeitsrechts geboten ist.

Die systematische Auslegung und ihre Ausprägung der Einheit der Rechtsordnung verlangen keine Indizwirkung des Gemeinnützigkeitsrechts, da es an einem Widerspruch fehlt. Ein Verein kann auch ohne den Status der Gemeinnützigkeit tätig werden, sodass die Gemeinnützigkeit keine notwendige Bedingung für die Zulässigkeit und Tätigkeit des Idealvereins darstellt. Darüber hinaus ist die Gemeinnützigkeit rechtsformneutral ausgestaltet, sodass eine gemeinnützige Betätigung nicht notwendigerweise in der Rechtsform des Idealvereins zu erfolgen hat.

Die historische Auslegung zeigt, dass das Gemeinnützigkeitsrecht jünger als das Vereinsrecht ist, sodass der historische Gesetzgeber bei der Schaffung des Idealvereins mit dem Verweis auf die Gemeinnützigkeit nicht das heutige ausdifferenzierte Gemeinnützigkeitsrecht gemeint haben kann.

Die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG schützt das Recht, sich in zweckmäßiger Art und Weise zusammenzuschließen, begründet jedoch keinen Anspruch auf eine konkrete Rechtsform. Aufgrund der weiten Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen der modifizierten subjektiven Theorie ist eine erweiternde verfassungskonforme Auslegung nicht geboten.

Zu 4. Kapitel – Die Rechtfertigung der Eintragungsfähigkeit des ausschließlich mittels wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs tätigen Idealvereins

29. Die Zulässigkeit von Idealvereinen, die ausschließlich einen Zweckbetrieb unterhalten, ergibt sich daraus, dass beim Zweckbetrieb die Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs und die Erreichung des beschränkten Zwecks zusammenfallen, sodass die Finalität zwischen Mittelbeschaffung und Zweckerreichung des beschränkten Zwecks notwendigerweise gewahrt ist. Der Zweckbetrieb ist nur im Steuerrecht gesetzlich normiert. Allerdings existiert der Zweckbetrieb faktisch auch im Privatrecht, insbesondere im Genossenschaftsrecht. Aus dem Steuerrecht und den anderen zweckbeschränkten Rechtsformen kann daher die allgemeine Wertung abgeleitet werden, dass der Zweckbetrieb eine dem Steuerrecht und Privatrecht immanente zulässige Art der wirtschaftlichen Betätigung darstellt.

30. Aus der weiten Zulässigkeit des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs folgt, dass das Vereinsrecht in Bezug auf die Großvereine *de lege ferenda* angepasst werden muss.

31. Das Vereinsrecht sollte unter Rückgriff auf ein Stufenmodell nach österreichischem Vorbild neu strukturiert werden. Erreichen die Einnahmen- und Ausgaben des Idealvereins bestimmte Schwellenwerte, sollte der Verein dazu verpflichtet werden, eine den Stufen angepasste erweiterte Rechnungslegung und Publizität vorzunehmen, einen obligatorischen Aufsichtsrat zu schaffen, die Organverantwortung zu steigern, die Vertretungsbeschränkung im Außenverhältnis abzuschaffen und eine Pflicht zur Einberufung der Mitgliederversammlung zu schaffen. Darüber hinaus sollte das Gewinnausschüttungsverbot gesetzlich verankert werden.