

Fachveranstaltung, Berlin, 29.11.13

IfBB, DaKS und Paritätischer Wohlfahrts-
verband Berlin

**Kitas und Schulen
in der falschen
Rechtsform?**



STEFAN WINHELLER

RA, Fachanwalt f. SteuerR, LL.M. Tax (USA)

- ▶ Gemeinnützigkeitsrecht, Stiftungsrecht, Verbandsrecht, Steuerrecht
- ▶ Geschäftsführer WINHELLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Frankfurt a.M.

WINHELLER Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- ▶ Spezialisiert auf Nonprofit-Organisationen
- ▶ Rechtsgebiete (Auszug):
 - ▶ Steuerrecht, Gemeinnützigkeitsrecht, Steuerberatung für NPOs
 - ▶ Verbands-, Vereins-, Stiftungsrecht
 - ▶ Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Restrukturierungen, Ausgliederungen
 - ▶ Arbeitsrecht, Markenrecht, Urheberrecht, Internetrecht
- ▶ Standorte:
 - ▶ Frankfurt, Karlsruhe, Berlin, München, Hamburg
- ▶ Aktiv im deutschen Dritten Sektor...



- ▶ ... und international: The International Society of Primerus Law Firms



Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

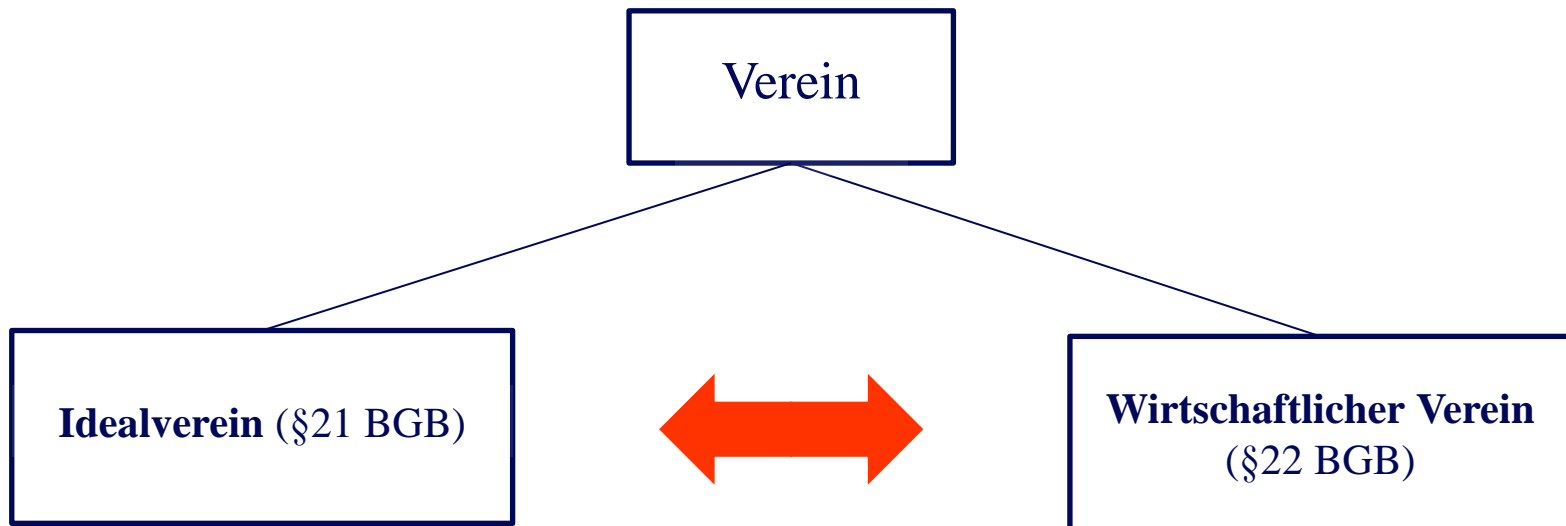
1. **Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein**
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

1. Problemaufriss: Idealverein ↔ wirtschaftlicher Verein



1. Problemaufriss: Idealverein ↔ wirtschaftlicher Verein

Der Idealverein und der wirtschaftliche Verein

▶ Idealverein gemäß § 21 BGB

- ▶ Verfolgt v.a. kulturelle, gesellschaftliche, wohltätige, wissenschaftliche Ziele
- ▶ Wirtschaftliche Betätigung nur soweit zulässig, wie sie ideellem Vereinszweck nützlich ist / dient und ihm untergeordnet ist (Nebentätigkeitsprivileg)

▶ Wirtschaftlicher Verein gemäß § 22 BGB

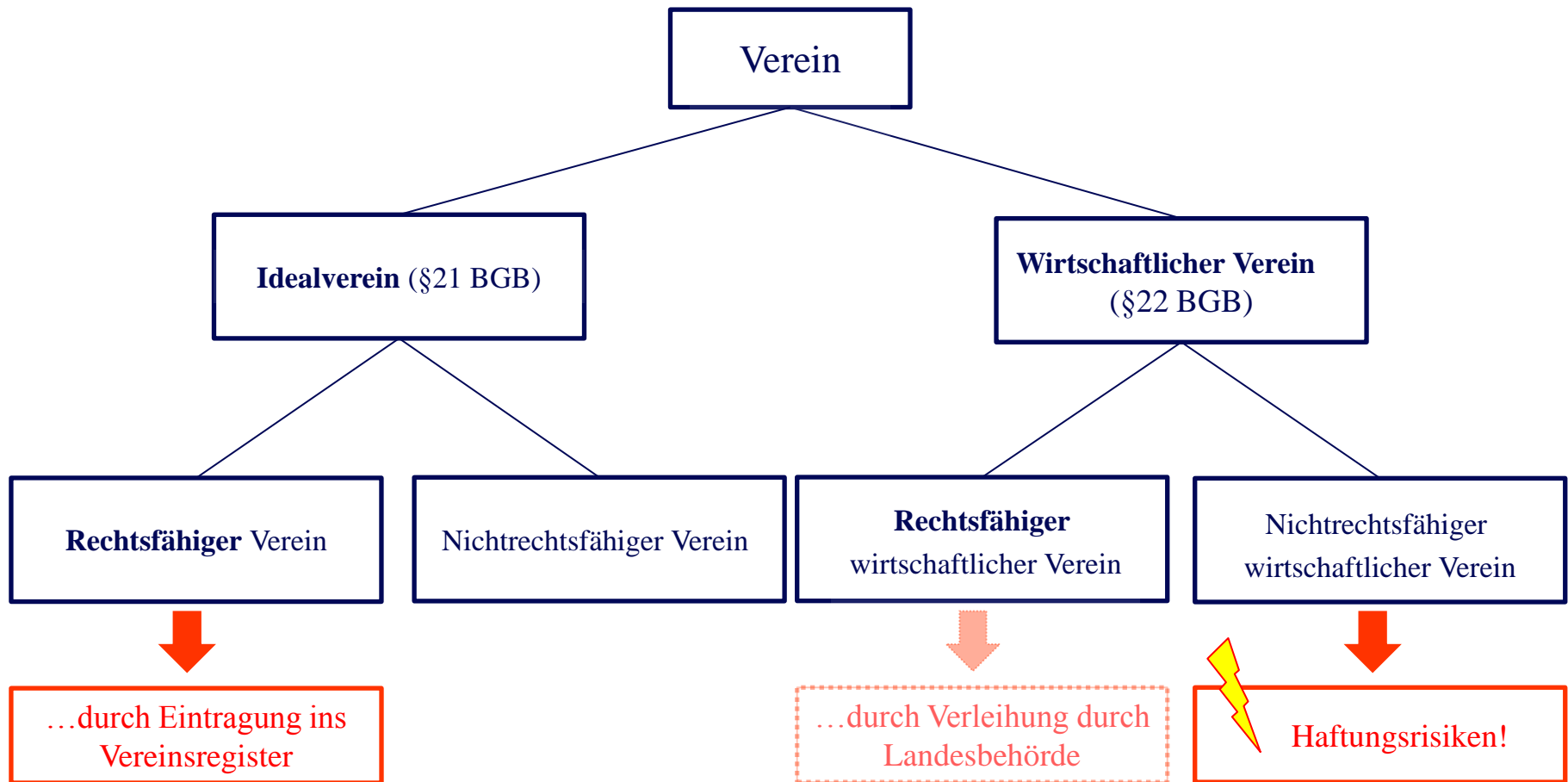
- ▶ Wirtschaftliche Betätigung dominiert
- ▶ In der Praxis kommen wirtschaftliche rechtsfähige Vereine nur selten vor
 - ▶ *Beispiele: GEMA, Verwertungsgesellschaft WORT (VG WORT)*

▶ **Entscheidend: die tatsächliche Betätigung, nicht der Zweck (h.M.)!**

- ▶ Korrekt: „*Kitas und Schulen verfolgen ideale Zwecke*“
- ▶ Falsch: „*...und deswegen sind sie Idealvereine*“ (anders noch die subjektive Theorie)
- ▶ Denn auch ein ideeller Zweck kann unternehmerisch verfolgt werden!



1. Problemaufriss: Idealverein ↔ wirtschaftlicher Verein



Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
- 2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin**
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin

KG Berlin v. **18.1.2011**, 25 W 14/10 (vgl. auch Winheller, DStR 2012, 1562)

- ▶ Worum ging es?
 - ▶ Neu gegründeter Verein
 - ▶ Zweck: „Kinder-, Jugend- und Familienhilfe“
 - ▶ Betätigung: Unterhaltung von Kindergärten, Jugend- und Familienzentren, Veranstaltungen zur Jugendbildung, Familienberatung, Sportveranstaltungen
- ▶ Entscheidung des Gerichts
 - ▶ Ideeller Zweck allein genügt nicht für Annahme eines Idealvereins (= h.M.)
 - ▶ Planmäßiger, auf Dauer angelegter Betrieb einer Kita gg. Entgelt = unternehmerische Betätigung (Nebenzweckprivileg greift nicht)
 - ▶ Fehlende Gewinnerzielungsabsicht und Art des Entgelts (Eltern od. Kommune) sind ohne Bedeutung

Ergebnis

Gericht versagt die Anmeldung zur Eintragung in das Vereinsregister, weil Verein ein wirtschaftlicher Verein ist



2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin

KG Berlin v. **20.1.2011**, 25 W 35/10 (vgl. auch Winheller, DStR 2012, 1562)

- ▶ Worum ging es?
 - ▶ Neu gegründeter Verein
 - ▶ Zweck: „*Förderung des Comedyfilms/der interkulturellen Verständigung*“
 - ▶ Betätigung: Durchführung regelmäßiger Filmvorführungen und eines jährlichen Filmfestivals gegen Entgelt
- ▶ Entscheidung des Gerichts
 - ▶ Ideeller Zweck allein genügt nicht für Annahme eines Idealvereins (= h.M.)
 - ▶ Planmäßiger, auf Dauer angelegter Betrieb der Durchführung von Filmvorführungen gg. Entgelt = unternehmerische Betätigung (Nebenzweckprivileg greift nicht)
 - ▶ Fehlende Gewinnerzielungsabsicht ist ohne Bedeutung

Ergebnis

Gericht versagt die Anmeldung zur Eintragung in das Vereinsregister, weil Verein ein wirtschaftlicher Verein ist



2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin

KG Berlin v. **7.3.2012**, 25 W 95/11 (vgl. auch Winheller, DStR 2012, 1562)

- ▶ Worum ging es?
 - ▶ Neu gegründeter Verein
 - ▶ Zweck: „*Förderung der Klaviermusik*“
 - ▶ Betätigung: Veranstaltung von Konzerten und Veröffentlichung von Klaviermusik
- ▶ Entscheidung des Gerichts
 - ▶ Ideeller Zweck allein genügt nicht für Annahme eines Idealvereins (= h.M.)
 - ▶ Planmäßiger, auf Dauer angelegter Betrieb der Durchführung von Filmvorführungen gg. Entgelt = unternehmerische Betätigung (Nebenzweckprivileg greift nicht)
 - ▶ Steuerliche Gemeinnützigkeit ist ohne Bedeutung

Ergebnis

Gericht versagt die Anmeldung zur Eintragung in das Vereinsregister, weil Verein ein wirtschaftlicher Verein ist



Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
- 3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein**
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein

OLG SH v. 18.09.12, 2 W 152/11 (vgl. auch Winheller, DStR 2013, 2009)

- ▶ Worum ging es?
 - ▶ Seit 1978 eingetragener Verein wollte neue Satzung in das VR eintragen lassen
 - ▶ Bisheriger Zweck: „*Betreuung von Klein- und Vorschulkindern zur Förderung der Chancengleichheit in der Schule*“
 - ▶ Neuer Zweck (= Betätigung): „*Betrieb einer Kita gem. § 1 KitaG SH*“
- ▶ Entscheidung des Gerichts
 - ▶ Leitsatz: Entscheidend ist tatsächliche Betätigung \leftrightarrow Entscheidungsgründe: stellen ab auf die alte subjektive Theorie (!?)
 - ▶ Kita war weiterhin eine „echte Elterninitiative“ (zweifelhaft)
 - ▶ Gemeinnützigkeit spricht für ideellen Hauptzweck (korrekt, auf den Zweck kommt es aber nicht an!)

Ergebnis

**Kita-Verein kann Idealverein oder wirtschaftl. Verein sein
(Einzelfallfrage)**



Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
- 4. Sonstige Gerichtsentscheidungen**
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

4. Sonstige Gerichtsentscheidungen

Pro Idealverein

- ▶ *„Förderung des Bergsteigens und der alpinen Sportarten, Erhaltung der Schönheit und Ursprünglichkeit der Bergwelt etc.“* durch Betrieb einer Kletterhalle – aber nur wg. des Nebentätigkeitsprivilegs (OLG Frankfurt v. 28.10.10, 20 W 254/10)
- ▶ *„Pflege der Gesundheit durch Saunabaden sowie Verbreitung des Gedankens des Saunabadens zur Förderung der Gesundheit“* durch mitgliedschaftlich betriebenen Saunabereich (OLG SH v. 8.8.10, 2 W 112/10)
- ▶ *„Förderung von Betriebsangehörigen oder früheren Betriebsangehörigen im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung“* durch den Betrieb einer Gruppenunterstützungskasse (OLG München v. 28.05.2013, 31 Wx 136/13) (zweifelhaft)

4. Sonstige Gerichtsentscheidungen

Contra Idealverein (= wirtschaftlicher Verein)

- ▶ „*Erhaltung eines Freibads und die Förderung der Schwimmkultur, der Gesundheit und des Sports*“ durch den Betrieb eines öffentlichen Schwimmbads (OLG Karlsruhe v. 30.8.11, 14 Wx 51/11)
- ▶ „*Förderung gemeinnütziger e.V.'s*“ durch die entgeltliche Gestattung von Wege- bzw. Leitungsrechten (OLG Thüringen v. 30.10.2012, 9 W 415/12) (m.E. zweifelhaft)
- ▶ „*Halten und Verwaltung von sozial verantwortbaren Wohnungen und die Förderung des nachbarschaftlichen und kulturellen Zusammenlebens der Bewohner*“ durch Halten/Verwaltung von 27 Wohnungen einer WEG (OLG SH v. 18.04.2012, 2 W 28/12)
- ▶ So auch BFH v. 12.07.2012, I R 106/10 und FG Hamburg v. 05.02.2013, 3 K 74/12 (kommunale und kirchliche Kita = Betrieb gewerblicher Art)

Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
- 5. Zusammenfassung**

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

5. Zusammenfassung

- ▶ Intensiv unternehmerisch tätige Vereine durften bislang auf Zurückhaltung der Verwaltung und wohlwollende Ermessensausübung hoffen
 - ▶ *Beispiele: Fußballvereine mit Profiabteilung, soziale Betriebe*
- ▶ Verständnis schwindet, konsequente Abgrenzung § 21 ↔ § 22 BGB
- ▶ Vereinsregister prüfen bei Neugründungen, bei Satzungsneufassungen und auch in sonstigen Fällen → Risiko der Amtslöschung gem. § 395 FamFG (vgl. Krafka/Kühn, 9. Aufl. 2013, Rn. 2197 sowie BT-Drs. 16/13 542, S. 14; so auch OLG Frankfurt. v. 28.10.2010, 20 W 254/10)
- ▶ Hinweis auf Gemeinnützigkeit nicht hilfreich – im Gegenteil: Ein Zweckbetrieb i.S.d. Gemeinnützigkeitsrechts ist immer ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, d.h. eine wirtschaftliche Betätigung!
- ▶ **Nebentätigkeitsprivileg beachten – vor allem bei Großvereinen!**
- ▶ **Personalistisches Element entscheidet: engagiertes Mitglied ↔ Kunde? (auf saubere Satzungsregelungen achten!)**

Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. **Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien**
2. Sturm im Wasserglas?

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien

- ▶ Große Verbände mit echter ideeller Sphäre
 - ▶ Können weiterhin als e.V. firmieren (Nebentätigkeitsprivileg)
- ▶ Große zweckbetriebsdominierte Einrichtungen
 - ▶ Gemeinnützige eG oder gGmbH stehen zur Verfügung
 - ▶ Formwechsel oder Ausgliederung
- ▶ Kleine zweckbetriebsdominierte Einrichtungen
 - ▶ Können wg. des personalistischen Einschlags weiterhin als e.V. firmieren (OLG SH, Winheller, DStR 2013, 2009)
 - ▶ Oder Umwandlung aus sonstigen Gründen:
 - ▶ Gemeinnützige Genossenschaft oder gGmbH
 - ▶ Gemeinnützige Unternehmergesellschaft (gUG)
 - ▶ Künftig ggf. gemeinnützige KoopG (Reform!)

Entscheidende Frage: Was ist groß, was klein?

20 Kinder als Grenze? (vgl. Winheller, DStR 2013, 2009)?

Inhalt

I. Aktuelle Rechtsprechung

1. Problemaufriss: Idealverein \leftrightarrow wirtschaftlicher Verein
2. Entscheidungen des Kammergerichts Berlin
3. Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein
4. Sonstige Gerichtsentscheidungen
5. Zusammenfassung

II. Schlussfolgerungen

1. Rechtsformwahl und Abgrenzungskriterien
2. **Sturm im Wasserglas?**

III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

2. Sturm im Wasserglas

- ▶ „e.V. hat Tradition“
 - ▶ verständliches Argument, aber wenig überzeugend („Das war schon immer so“)
 - ▶ Rspr. kam nicht „über Nacht“, sondern zeichnet veränderte Umstände nach (reine Elterninitiativen vor 30 J., heute: große Einrichtungen)
 - ▶ Vereinsregister mit Warnfunktion (keine Schikane!): über geeignete Alternativen nachdenken
- ▶ Neue Rspr. spart „die Kleinen“ aus
 - ▶ Können weiterhin in der Rechtsform des e.V. firmieren
 - ▶ Für alle anderen: geeignete Alternativen vorhanden
- ▶ „gGmbH kostet viel mehr“
 - ▶ Kosten sind in der Tat etwas höher
 - ▶ Bilanzierung hat aber auch Vorteile



III. Abschließender Hinweis in eigener Sache

- ▶ Nichts ist so alt wie das Recht von gestern...
- ▶ Up to date bleiben im Recht der NPOs:
 - ▶ Mtl. Newsletter *Nonprofitrecht aktuell*
 - ▶ Kostenlos abonnieren unter:
www.winheller.com/news/newsletter/nonprofitrecht-aktuell.html
 - ▶ Zusätzlich: 
www.twitter.com/nonprofitrecht

**Webinar am 3.12.13, 17 Uhr:
„Alternativen zum e.V. für Kitas und Schulen“
>www.winheller.com >News >Veranstaltungen**



STEFAN WINHELLER, RA, FA f. SteuerR, LL.M. Tax (USA)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



WINHELLER
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80

Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: info@winheller.com

Internet: <http://www.winheller.com>