

---

## Wirtschaftsrecht/übrige Rechtsgebiete Einzelhinweise - Inhaltsverzeichnis

1. **BGH stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken**
  2. **Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht**
  3. **IHK-Beitragspflicht: besser genau hinschauen**
  4. **Forderungsverzicht gegenüber gemeinnütziger Tochter: kann man § 58 Nr. 2 AO nutzen?**
  5. **Honorarkräfte - Selbständigkeit**
  6. **Abhängige Beschäftigung vs. Ehrenamt**
  7. **Nebentätigkeit oder einheitliche Beschäftigung**
  8. **Verwertungsgesellschaften - GEMA**
-

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

Der Zweck eines Vereins, der die Rechtsfähigkeit durch Eintragung ins Vereinsregister erhält, darf nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein darf (§ 21 BGB).

Die Rechtsprechung hat diese restriktive Regelung aber um das **Nebenzweckprivileg** ergänzt. Ein Verein gilt danach auch dann als nichtwirtschaftlich, wenn er zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (Bundesgerichtshof, Urteil v. 29.9.1982, Az.: I ZR 88/80).

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

Ein Verein, dessen Zweck auf einen **wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb** gerichtet ist, kann nicht durch Eintragung ins Vereinsregister rechtsfähig – zum e. V. – werden (§ 22 BGB). Das ist nur durch staatliche Verleihung möglich, die aber nur in seltenen Ausnahmefällen erteilt wird.

In der Praxis scheiterten Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken bisher meist noch bei der Eintragung. Waren sie dagegen eingetragen, fand in aller Regel keine weitere Prüfung statt. Es war die Ausnahme, dass einem Verein mit wirtschaftlichen Zwecken die Rechtsfähigkeit entzogen wurde.

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

Die Entscheidung des KG Berlin (Beschluss vom 18.01.2011, Az. 25 W 14/10; Abruf-Nr. 111455) hat diese Praxis offensichtlich geändert. Vermehrt wurden die Satzungen von Vereinen geprüft und die **Löschung aus dem Vereinsregister betrieben**. Neu ist, dass Vereine betroffen sind, die früher nicht als Wirtschaftsvereine betrachtet wurden – insbesondere Schulträgervereine, Kindergartenvereine und Kultureinrichtungen.

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

RegE: Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften

### Ergänzung des § 22 BGB um einen Abs. 2:

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz kann zur **Förderung bürgerschaftlichen Engagements** durch **Rechtsverordnung** mit Zustimmung des Bundesrates **für wirtschaftliche Vereine**, deren Zweck auf die Verfolgung eines **wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs von geringerem Umfang gerichtet ist**, regeln, unter welchen Voraussetzungen regelmäßig davon auszugehen ist, dass die **Verfolgung des Zwecks in einer anderen Rechtsform als unzumutbar anzusehen und dem Verein daher Rechtsfähigkeit zu verleihen ist**. Als Voraussetzungen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit können zum Schutz von Mitgliedern und Dritten besondere Anforderungen an die Mitgliederstruktur, die Satzung und die Betätigung des Vereins in der Rechtsverordnung nach Satz 1 festgelegt werden. Insbesondere können auch Rechnungslegungspflichten begründet werden sowie Mitteilungspflichten gegenüber dem Land, das für die Verleihung zuständig ist.

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

Beschluss des BGH (II ZB 7/16 v. 16.05.2017)

Fall:

Rechtsbeschwerde eines mehrere Kindertagesstätten betreibenden Vereins gegen seine Amtslöschung im Vereinsregister. Begründet wurde die Löschung damit, dass der Verein neun Kindertagesstätten betreibe und damit wirtschaftlich tätig sei.

Begründung:

- Trägerverein ist als nicht wirtschaftlicher Verein i. S. v. §§ 21, 22 BGB anzusehen, weil sein Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei.

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

Begründung:

- Er könne auch unternehmerisch tätig werden, wenn diese wirtschaftliche Tätigkeit dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sei (Nebenzweckprivileg).
- Für die Beurteilung dieser Frage sei die **Anerkennung** des Vereins **als gemeinnützig** nach §§ 51 ff. AO **von entscheidender Bedeutung**. Die steuerrechtliche Anerkennung entfalte insoweit eine Indizwirkung.

Dies ergebe sich aus der Gesetzgebungshistorie, wonach der Gesetzgeber den gemeinnützigen Verein als einen Regelfall eines Idealvereins angesehen habe, der nicht auf einen wirtschaft

## 1. BGH Stützt Idealvereine, die auch unternehmerisch wirken

- lichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei. Danach stehe der ideelle Vereinszweck laut seiner Satzung, den der Verein mittels des Betriebs seiner Kindertagesstätten verwirkliche, im Vordergrund. Der Verein sei selbstlos tätig und die Vereinsmittel seien ausschließlich und unmittelbar für gemeinnützige Zwecke einzusetzen. Die wirtschaftliche Betätigung sei deshalb nicht Haupt- bzw. Selbstzweck, sondern dem ideellen Hauptzweck zugeordnet.
- §§ 21, 22 BGB sind nach ihrem Zweck auch nicht auf die Beachtung sittlicher Gebote oder wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen gerichtet. Gegen eine Einordnung des Vereins als Idealverein i. S. v. § 21 BGB sprächen insoweit auch keine wettbewerblichen Gründe.



## 2. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht

Die Rechtsprechung hat Vereine als „Handelsregister-Eintragungskandidaten“ ins Visier genommen. Betroffen sind insbesondere Vereine, die einen umfangreichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten.

Das neueste Urteil stammt vom OLG Frankfurt (Beschluss v. 24.01.2017, Az. 20 W 290/14). In dieser Entscheidung (Betrieb einer Kletterhalle) wies das OLG unmissverständlich darauf hin, dass auch Idealvereine ins Handelsregister eingetragen werden können.

Konsequenz:

es gelten dann nicht nur die vereinsrechtlichen Regeln, sondern auch die des Handelsrechts. Damit unterliegen Rechtsgeschäfte dem (strengeren z. B. hinsichtlich Formen und Fristen) Handelsrecht.

## 2. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht

§ 1 Abs. 1 HGB:

„Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.“

§ 1 Abs. 2 HGB:

„Handelsgewerbe ist jeder **Gewerbebetrieb**, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in **kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** nicht erfordert.“

**Voraussetzung 1: es liegt ein Gewerbebetrieb vor**

Rechtsprechung versteht darunter jede selbständige und berufsmäßige wirtschaftliche Tätigkeit.

---

## 2. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht

Beispiel:

Ein Verein betreibt ein Kunstmuseum. Hier handelt es sich um eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins, die er auch „berufsmäßig“ betreibt.

Nicht gewerblich sind künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche Tätigkeiten.

Merkmale für die Gewerblichkeit sind die Planmäßigkeit und die entgeltliche Tätigkeit.

---

## 2. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht

Die Frage, ob der Verein als gemeinnützig anerkannt ist, spielt bei der Frage der Kaufmannseigenschaft keine Rolle. Dem Vertragspartner ist es egal, ob der Anbieter ein gemeinnütziger Verein oder ein „normaler Kaufmann“ ist.

### **Voraussetzung 2: Kaufmännischer Geschäftsbetrieb**

Es kommt nicht alleine auf quantitative Größen wie Umsatz, Vermögen, Gewinn oder Mitarbeiterzahlen an sondern auch qualitativer Größen spielen eine Rolle z. B. Organisation der Betriebsstätten, Konkurrenz zu anderen gewerblichen Anbietern

## 2. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht

Das Registergericht wird häufig nicht selbst feststellen können, ob eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt und ein nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb besteht.

Das Registergericht nimmt die Unterstützung der **örtlichen IHK** in Anspruch. Dieses Gutachten bildet dann mit der Stellungnahme des Vereins die Grundlage für die Entscheidung des Registergerichts.

Hinweis:

Einschätzungen der IHK sind häufig „nur allgemeiner Natur und beruhen zum Teil auf Mutmaßungen“, so das OLG Köln (Beschluss vom 24.05.2016, Az. 2 Wx 78/16).

## 2. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb: Wann der Eintrag in das Handelsregister droht

### Übersicht der Betätigungen des Vereins

<b>Tätigkeit des Vereins</b>	<b>Handelsgewerbe</b>
Ideeller Bereich (Spenden, Mitgliedsbeiträge)	Nein
Vermögensverwaltung	Nein
Zweckbetrieb	Je nach Umfang möglich
Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb	Je nach Umfang möglich

### 3. IHK-Beitragspflicht: besser genau hinschauen

Auch steuerbegünstigte Körperschaften zahlen zum Teil Pflichtbeiträge an die Industrie- und Handelskammern. Doch ob tatsächlich eine Beitragspflicht besteht, hängt davon ab, ob das Finanzamt das Unternehmen zur Gewerbesteuer **veranlagt**.

Einschlägig ist das Gesetz zur vorläufigen Regelung der Industrie- und Handelskammern (IHKG).

§ 2 Abs. 1 IHKG: zur IHKG gehören, sofern sie zur **Gewerbesteuer veranlagt** sind, natürliche Personen, Handelsgesellschaften, andere Personenmehrheiten und juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, welche im Bezirk der IHK eine Betriebsstätte unterhält.

### 3. IHK-Beitragspflicht: besser genau hinschauen

Dabei gibt es für steuerbegünstigte (gemeinnützige) Körperschaften **drei** Fallkonstellationen:

Die steuerbegünstigte Körperschaft unterhält keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb

- Keine Veranlagung zur Gewerbesteuer => Pflichtmitgliedschaft besteht nicht

Die steuerbegünstigte Körperschaft unterhält einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb

- Befreiung nach § 3 GewStG oder Einnahmen einschließlich USt betragen weniger als 35.000 EUR jährlich => Pflichtmitgliedschaft besteht nicht.
- keine Befreiung (s. o.) => Pflichtmitgliedschaft. Dies gilt auch dann, wenn ein Gewerbeertrag in Höhe von 0 EUR anzusetzen ist (gegebenenfalls Mindestbetrag).



---

4. Forderungsverzicht gegenüber gemeinnütziger Tochter: kann man § 58 Nr. 2 AO nutzen?

§ 58 Nr. 2 AO erlaubt nicht nur eine Mittelweitergabe an andere gemeinnützige Organisationen, sondern auch eine (mittelbare) **Gewinnausschüttung** an andere gemeinnützige Gesellschaften. Eine solche „Gewinnausschüttung“ kann auch in einem Forderungsverzicht bestehen.

Fall:

eine gGmbH erbringt vertraglich vereinbarte Verwaltungsdienstleistungen an eine Tochter-GmbH, die ebenfalls gemeinnützig ist. Diese Tochtergesellschaft hat aktuell erhebliche Liquiditätsengpässe. Darf auf die ausstehende Forderungen aus dem Vertrag verzichtet werden? Oder wäre dies gemeinnützigkeitsschädlich?

---

4. Forderungsverzicht gegenüber gemeinnütziger Tochter: kann man § 58 Nr. 2 AO nutzen?

Lösung:

Es greifen die Grundsätze zur teilweisen Mittelweitergabe. In diesem Rahmen ist auch der Forderungsverzicht unschädlich.

Begründung:

die teilweise Mittelweitergabe (§ 58 Nr. 2 AO) erlaubt es, Mittel an andere steuerbegünstigte Körperschaften weiterzugeben. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Empfänger die gleichen Satzungszwecke verfolgt. Auch eine Satzungsregelung braucht es nicht. Einzige Anforderung ist, dass weniger als die Hälfte des eigenen Vermögens weitergegeben wird. Bemessungsgröße ist dabei das Nettovermögen (Vermögenswerte abzgl. Vblk.).

4. Forderungsverzicht gegenüber gemeinnütziger Tochter: kann man § 58 Nr. 2 AO nutzen?

Gewinnausschüttungen an Gemeinnützige sind zulässig  
Diese Regelung gilt nach Auffassung der Finanzverwaltung auch für  
Gewinnausschüttungen. Solche Ausschüttungen und sonstige  
Zuwendungen einer steuerbegünstigten Körperschaft sind  
unschädlich, wenn die Gesellschafter oder Mitglieder als Begünstigte  
**ausschließlich steuerbegünstigte Körperschaften** sind (AEAO,  
Ziffer 2 zu § 58).

Beachte:

dies gilt, obwohl die Mustersatzung der AO bei Kapitalgesellschaften  
u.a. wie folgt lautet (§ 3 Abs. 1 Satz 2):

„Die Gesellschafter dürfen keine Gewinnanteile und auch keine  
sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten.“

---

#### 4. Forderungsverzicht gegenüber gemeinnütziger Tochter: kann man § 58 Nr. 2 AO nutzen?

Mittelverwendung betrifft nur Empfänger

Wie der Empfänger die Mittel verwendet, spielt für den Zuwendenden dabei keine Rolle. Er hat seiner Mittelbindungspflicht Genüge getan, wenn er nachweist, dass der Empfänger gemeinnützig ist.

Der müsste allerdings beachten, dass es sich bei der Zuwendung um zweckgebundene Mittel handelt. Verwendet er die Mittel, um Verluste im steuerpflichtigen Bereich zu decken, wäre das problematisch. Hier wäre also noch zu prüfen, ob der Forderungsverzicht seinen Anlass darin hat, dass die Tochter-GmbH Verluste im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erwirtschaftet hat.

## 5. Honorarkräfte - Selbständigkeit

(LSG Hessen vom 16. Mai 2017,  
BSG vom 31. März 2017)

- Anlagen 1 - 2

Das Landes-Sozialgericht Hessen stuft, wie vielfach Sozialgerichte, die sog. Honorar-Pflegekräfte als scheinselfständig ein, was zu hohen Nachzahlungsverpflichtungen bei Sozialversicherungsprüfungen und zu Lohnsteuerhaftung führen kann. Auch die strafrechtliche Dimension (§ 266a StGB – Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen) darf nicht verkannt werden.

Die (Landes-)Sozialgerichte stellen stets auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht die Vertragsgestaltung ab.

Maßgebliche Bewertungsfaktoren sind:

- Eingliederung in die Arbeitsorganisation,
- eigenes Unternehmerrisiko,
- Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort, Dauer und Art der Arbeitsausführung,
- Gesamtbild der Beschäftigung ist entscheidend.

Im genannten BSG-Urteil vom 31.03.2017 kommt das Bundessozialgericht für eine Tätigkeit als Erziehungsbeistand zum Ergebnis, dass eine selbständige Tätigkeit vorliegt; gewichtiges Indiz sei u. a., dass das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt vergleichbarer sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter liege und es deshalb Eigenvorsorge zulasse.

6. Abhängige Beschäftigung vs. Ehrenamt  
(BSG, Urteil vom 16. August 2017)

- Anlage 3 -

1. Aufgaben und Tätigkeiten, die Ausfluss der organschaftlichen Stellung einer ein Ehrenamt ausübenden Person und nicht für jedermann frei zugänglich sind, führen regelmäßig nicht zu einer persönlichen Anhängigkeit im Sinne eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses.
2. Eine ehrenamtliche Tätigkeit ist im Unterschied zu erwerbsorientierten Beschäftigungsverhältnissen dadurch geprägt, dass sie ideelle Zwecke verfolgt und ohne Erwerbsansicht unentgeltlich ausgeübt wird.
3. Bei einem ehrenamtlichen Engagement wird typischerweise keine Gegenleistung erbracht und erwartet, sondern allenfalls eine Entschädigung gewährt, die Aufwände konkret oder pauschal abdeckt.

## 7. Nebentätigkeit oder einheitliche Beschäftigung

(LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18. Oktober 2016)

- Anlage 4 –

Auch bei sozialversicherungsrechtlich einheitlichem Beschäftigungsverhältnis kann steuerrechtliche Nebentätigkeit vorliegen

1. Üben Versicherte bei einem als gemeinnützig anerkannten Verein unterschiedliche Tätigkeiten aus (hier: Fachkraft und Leiter von Freizeitangeboten), die beide als abhängige Beschäftigungen zu werten sind, liegt sozialversicherungsrechtlich ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis vor.
2. Auch bei Vorliegen eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses ist einkommensteuerrechtlich zu prüfen, ob das Gesamtentgelt in einen steuerpflichtigen und einen steuerfreien Entgeltteil auszuteilen ist.



3. Erfüllt eine der Tätigkeiten die Voraussetzungen des § 3 Nr. 26 EStG, kann im Ergebnis sowohl eine (sozialversicherungsrechtlich) einheitliche Beschäftigung als auch eine (einkommensteuerrechtliche) Nebentätigkeit vorliegen.

## 8. Verwertungsgesellschaften - GEMA

Broschüre des BAGFW

- Anlage 5 –

Die BAGFW hat für ihre Mitgliedsverbände bzw. deren Organisatoren Gesamtverträge mit der GEMA und der VG Media (gültig ab 01.01.2018) ausgehandelt und in einer Arbeitshilfe zur Verfügung gestellt.

Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit.

Alle Rechte vorbehalten. Alle Angaben ohne Gewähr.

Diese Unterlagen einschließlich aller Teile sind urheberrechtlich geschützt. Die Weitergabe an Dritte sowie die Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und elektronische Verarbeitung - gleich welcher Art - ist nicht gestattet.

---

**WP StB Dipl. Oec. Ernst-Joachim Barth**

**Gesellschafter/Geschäftsführer der ConSigna GmbH**

**Seminarstr. 18**

**79102 Freiburg**

**barth@consigna.de**

**www.consigna.de**

---

**StB Dipl. Volkswirt Kurt Beckert**

**Gesellschafter/Geschäftsführer der ConSigna GmbH**

**Seminarstr. 18**

**79102 Freiburg**

**beckert@consigna.de**

**www.consigna.de**

---

**WP StB Dipl. Bw. (BA) Markus Welte**

**Gesellschafter/Geschäftsführer der WEKO respond GmbH**

**Gesellschafter/Geschäftsführer der ConSigna GmbH**

**Haagener Str. 33**

**79539 Lörrach**

**m.welte@weko-respond.de**

**www.weko-respond.de**