



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZB 9/16

vom

16. Mai 2017

in der Vereinsregistersache

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. Mai 2017 durch die Richter Prof. Dr. Drescher, Wöstmann, Born, Sunder und Dr. Bernau

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Beteiligten wird der Beschluss des 22. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. März 2016 aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Beteiligten werden der Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 4. Dezember 2014 und dessen Verfügung vom 8. Oktober 2014 aufgehoben. Das Lösungsverfahren wird eingestellt.

Von der Erhebung von Kosten wird abgesehen.

Gründe:

I.

- 1 Der Beteiligte begehrt die Einstellung des Verfahrens auf Löschung im Vereinsregister.
- 2 Der Beteiligte ist seit dem 3. April 1998 im Vereinsregister beim Amtsgericht Charlottenburg eingetragen. Gemäß § 2 der Gründungssatzung verfolgt der Verein ausschließlich unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts "steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung. Er fördert und trägt

unter integrativem Ansatz eines multikulturellen Nachbarschaftstreffs Sozialprojekte und Einrichtungen im Land Berlin. Auf dem Gebiet der Stadtteil- und Gemeinwesenarbeit soll dieser Zweck erfüllt werden durch die Einrichtung und Unterhaltung eines Nachbarschaftstreffpunkts mit der Bereitstellung von Räumen und Einrichtungen. Im Bereich der Jugend- und Familienhilfe soll der Satzungszweck verwirklicht werden durch fördernde, sozialpädagogische und sozialkulturelle Projekte und im Bereich der Unterstützung von Hilfsbedürftigen und deren Angehörigen durch Mobilitätsunterstützung, Besuchs- und Beratungsangebote. Seit dem 1. Januar 2002 betreibt der Beteiligte im Zusammenhang mit der K. -Grundschule auf deren Gelände einen Hort, der zunächst 32 Kinder betreute, nunmehr aber 250 Kinder. Nach § 5 der Satzung ist der Beteiligte selbstlos tätig. Er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Die Mittel des Vereins dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder dürfen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder keine Zuwendungen aus Mitteln des Vereins erhalten. Diese dürfen bei ihrem Ausscheiden oder bei der Auflösung des Vereins keine Anteile des Vereinsvermögens erhalten. Der Beteiligte darf keine Personen durch Ausgaben, die dem Zweck des Vereins fremd sind oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen. Der Beteiligte hat neun Mitglieder. Er ist mit Bescheid des Finanzamts von der Körperschaftssteuer und Grunderwerbssteuer befreit, weil er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zweck im Sinne der §§ 51 ff. AO dient.

3                    Das Amtsgericht Charlottenburg leitete mit Verfügung vom 8. Oktober 2014 ein Amtslöschungsverfahren gegen den Beteiligten ein.

4                    Den Widerspruch des Beteiligten wies das Amtsgericht mit Beschluss vom 4. Dezember 2014 zurück.

5            Der gegen diesen Beschluss vom Beteiligten eingelegten Beschwerde  
hat das Amtsgericht Charlottenburg nicht abgeholfen. Das Beschwerdegericht  
hat die Beschwerde zurückgewiesen.

6            Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde wehrt  
sich der Beteiligte weiter gegen die ihm angedrohte Amtslöschung.

## II.

7            Die aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und  
auch im Übrigen gemäß § 395 Abs. 3, § 393 Abs. 3 Satz 2, § 70 Abs. 1, § 71  
FamFG zulässige Rechtsbeschwerde des Beteiligten hat Erfolg.

8            1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie  
folgt begründet:

9            Die Eintragung des Beteiligten im Vereinsregister sei gemäß § 395  
Abs. 1 FamFG von Amts wegen zu löschen, da der Beteiligte nicht (mehr) als  
ideeller Verein im Sinne von § 21 BGB, anzusehen sei. Sein Zweck sei auf ei-  
nen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet.

10           Für die Unterscheidung zwischen beiden Vereinsklassen (ideeller oder  
wirtschaftlicher Verein) komme es nach §§ 21 f. BGB darauf an, ob der Haupt-  
zweck des Vereins auf einen "wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb" gerichtet sei.  
Die Abgrenzung zwischen ideellem Verein (§ 21 BGB) und wirtschaftlichem  
Verein (§ 22 BGB) sei nach typologisch-teleologischen Erwägungen vorzuneh-  
men. Eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 22 BGB liege danach vor,  
wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig werde, für

seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnehme oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftrete.

11

Der hier durchgeführte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung sei grundsätzlich eine entgeltliche unternehmerische Betätigung. Der hiesige Beteiligte habe neun Mitglieder. Mit diesen betreibe er den Hort mit einer Größe von 250 Kindern, die er mit 20 Erzieherinnen betreue. Nur der Verein sei gemäß Mitteilung auf seiner Homepage der Träger des Hortprojektes, bei dessen Betrieb er nach eigenen Angaben mit der K. - Grundschule kooperiere. Der Beteiligte biete die Hortplätze nachfragenden Eltern, die sich um einen Hortplatz für ihr Kind bewerben könnten, als unternehmerische Leistung außenstehenden Kunden und damit am Markt frei an. Zwar verfolge er den gemeinnützigen Zweck, fördernde, sozialpädagogische und sozialkulturelle Projekte anzubieten, wie z.B. altersgerechte Freizeit-, Beratungs- und Betreuungsangebote für Schulkinder und Jugendliche. Der Beteiligte habe aber nicht vorgetragen, dass der von ihm betriebene Hort etwa in der Form einer Elterninitiativeeinrichtung geführt werde, in der die Eltern in die Organisationsabläufe des Vereins etwa durch Elternmitarbeit, Betreuung, Kochen, Putzen, aber auch Lohn- und Gehaltsabrechnungen, Buchhaltung, Kontoführung einbezogen würden. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Beteiligte ausschließlich Betreuungsleistungen für Kinder erbringe, die zugleich Schüler der K. -Grundschule seien. Die Eltern könnten sich nämlich frei entscheiden, ob sie die Betreuungsleistung des Beteiligten für ihr Kind in Anspruch nehmen wollten oder z.B. die eines anderen Anbieters. Selbst dann, wenn die etwa 20 Erzieherinnen, die hier für den Verein die unternehmerische Leistung der Hortbetreuung erbrächten, dafür selbst kein Entgelt erhielten, nehme das der ausgeübten Tätigkeit nicht den unternehmerischen Charakter. Eine unternehmerische Betätigung entfalle auch nicht dadurch, dass kommunale Einrich-

tungen ebenfalls Kindergärten- oder Schulhorte betrieben. Daran ändere die hier bestehende intensive Zusammenarbeit des Beteiligten mit der K. - Grundschule nichts. Bei dem vom Beteiligten betriebenen Hort mit seinen 250 Plätzen statt der ursprünglich 32 handele es sich nicht um eine kleine Kindertagesstätte, noch seien besondere Beziehungen der Kindeseltern zum Verein ersichtlich, so dass für diese gleichgültig sei, ob der Hortträger ein Verein oder eine Gesellschaft sei. Die hier in Rede stehende wirtschaftliche Betätigung falle auch nicht unter das sogenannte Nebenzweckprivileg. Die wirtschaftliche Tätigkeit müsse dem nicht wirtschaftlichen Zweck funktional untergeordnet sein und dürfte nur einen geringen Umfang haben. Der Beteiligte habe aber nichts dazu ausgeführt, in welcher Form die Unterhaltung des Hortes auf dem Gelände der K. -Grundschule hinter dem Hauptzweck zurückbleibe. Ausdrücklich stelle der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten in seiner Stellungnahme klar, dass der Schwerpunkt der satzungsmäßigen Arbeiten des Vereins die Hortbetreuung an der K. -Grundschule sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Beteiligte gemäß § 2 Abs. 1 seiner Satzung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige bzw. mildtägige Wohlfahrtszwecke im Sinne des Abschnitts "steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung in der jeweils gültigen Form verfolge. Bei der Beurteilung der Frage der Gemeinnützigkeit handele es sich nämlich um eine allein steuerrechtlich zu beurteilende Frage. Diese wirtschaftliche Betätigung schade nicht, weil es sich bei dem Betrieb eines Kindergartens stets um einen wirtschaftlichen Zweckbetrieb nach § 68 Nr. 1b AO handele und dies der Anerkennung des Vereins als Gemeinnützigkeit deshalb nicht entgegenstehe.

- 12                   Zweck der §§ 51 ff. AO sei nicht die Anerkennung ideeller Zwecke und deren steuerliche Förderung, sondern freiwilliges, gemeinwohlbezogenes Engagement mit den Mitteln des Steuerrechts anzuregen und anzuerkennen.

13           Unter Berücksichtigung des dem Registergericht nach § 395 Abs. 1 FamFG eröffneten Ermessensspielraums führe die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Bereinigung des Registers und des Schutzes des Rechtsverkehrs gegen das Bestandsinteresse des Beteiligten dazu, dass der Beteiligte aus dem Register zu löschen sei.

14           2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Voraussetzungen für eine Löschung des Beteiligten aus dem Vereinsregister gemäß § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG liegen nicht vor.

15           a) Das Beschwerdegericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass gemäß § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG das Registergericht eine Eintragung, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig ist, von Amts wegen löschen kann. Als Mangel einer wesentlichen Voraussetzung der Eintragung in das Vereinsregister ist es anzusehen, wenn ein Verein, dessen Zweck nach der Satzung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, eingetragen wurde (§§ 22, 55 BGB: offene Rechtsformverfehlung) oder wenn der Verein nachträglich satzungswidrig in der Hauptsache einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt (verdeckte Rechtsformverfehlung; vgl. Keidel/Heinemann, FamFG, 19. Aufl., § 395 Rn. 21 mwN).

16           b) Im Gegensatz zur Auffassung des Registergerichts und des Beschwerdegerichts ist der Beteiligte als nicht wirtschaftlicher Verein im Sinne der §§ 21, 22 BGB anzusehen, weil sein Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

17           aa) Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs im Sinne der §§ 21 und 22 BGB sind erfüllt, wenn der Verein planmäßig, auf Dauer angelegt und nach außen gerichtet, d.h. über den ver-

einsinternen Bereich hinausgehend, eigenunternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen (BGH, Urteil vom 30. November 1954 - I ZR 147/53, BGHZ 15, 315, 319 f.; Beschluss vom 14. Juli 1966 - II ZB 2/66, BGHZ 45, 395, 397; Urteil vom 29. September 1982 - I ZR 88/80, BGHZ 85, 84, 92 f. mwN). Indessen ist es mit Zweck und Tätigkeit eines Idealvereins auch unter Berücksichtigung der Schutzzwecke der §§ 21 und 22 BGB nicht unvereinbar, wenn dieser in dem erörterten Umfang einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt. Ein Verein kann auch dann ein nichtwirtschaftlicher Verein sein, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. Nebenzweckprivileg; vgl. RGZ 83, 232, 237; 133, 170, 176; 154, 343, 354; BGH, Urteil vom 30. November 1954 - I ZR 147/53, BGHZ 15, 315, 319; Urteil vom 29. September 1982 - I ZR 88/80, BGHZ 85, 84, 92 f. mwN; BVerwGE 105, 313, 316 f.; BVerwG, NJW 1979, 2265). Dem entsprechend können wirtschaftliche Tätigkeiten eines Vereins als Gewerbe im Sinne des Gewerberechts anzusehen sein, auch wenn sie die zivilrechtliche Qualifikation des Vereins als Idealverein nicht berühren (BVerwGE 105, 313, 317 f.). Entscheidend für die Einordnung ist nicht nur die Satzung des Vereins, sondern auch, in welcher Form er tatsächlich tätig wird (BVerwG, NJW 1979, 2265; BVerwGE 105, 313, 317).

- 18           bb) Der vom Beteiligten durchgeführte entgeltliche Betrieb des Horts stellt eine unternehmerische Tätigkeit dar, denn er erbringt am äußeren Markt der Kindertagesstätten planmäßig und dauerhaft Kinderbetreuungsleistungen gegen Entgelt.



19 cc) Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdegerichts ist diese wirtschaftliche Tätigkeit aber dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Beteiligten zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung. Sie unterfällt damit dem sogenannten Nebenzweckprivileg und macht den Beteiligten daher nicht zu einem wirtschaftlichen Verein. Der Beteiligte ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet.

20 (1) Für die Beurteilung dieser Frage ist die Anerkennung des Beteiligten als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO von entscheidender Bedeutung.

21 Zwar sind die Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO nicht automatisch gleichbedeutend damit, ob ein Verein nicht auf einen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 21 BGB ausgerichtet ist. Eine Indizwirkung kommt diesem Umstand gleichwohl zu (OLG Frankfurt, SpuRt 2011, 125; KG, Rpfleger 2005, 199; OLG Schleswig, SchlHA 2013, 231, 234 f.; vgl. Reuter, NZG 2008, 881, 886 ff.; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1866; Turner, DNotZ 2011, 636; Reichert, Vereinsrecht, 13. Aufl. Rn. 163; Waldner/Wörle-Himmel in Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. Rn. 47; aA Beuthien, WM 2017, 645, 646; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. Rn. 2.31).

22 Die Gesetzgebungshistorie zeigt, dass der Gesetzgeber den gemeinnützigen Verein als einen Regelfall eines Idealvereins angesehen hat, der nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Der der letztlich Gesetz gewordenen Fassung des § 21 BGB vorhergehende Entwurf des § 21 BGB lautete, dass "Vereine zu gemeinnützigen, wohlthätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder anderen nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken" die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in

das Vereinsregister erlangen (Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, S. LIX). Mit der Gesetz gewordenen Fassung des § 21 BGB, wonach für die Eintragungsfähigkeit des Vereins allein darauf abgestellt wird, dass der Verein nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, sollten die gemeinnützigen Vereine nicht aus dem Anwendungsbereich dieser Norm herausgenommen werden (vgl. RGZ 83, 231, 236; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 19). Es sollten lediglich die Vereine als Idealverein im Sinne des § 21 BGB ausscheiden, deren ausschließlicher oder Hauptzweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (Mugdan aaO S. 604). Es wurde erwogen, dass der Verein dazu berufen ist, "Aufgaben zu lösen, die für den Staat von großer Bedeutung sind, an die er aber nicht selbst und unmittelbar herantreten kann" (Mugdan aaO S. 400). Dementsprechend ist der eingetragene Verein als sich in einer das "Gemeinwohl unmittelbar berührenden Sphäre" bewegend angesehen worden (Mugdan aaO S. 401).

23 In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber als Gegenstück zum Idealverein die Gesellschaften (AG, GmbH etc.) vorgesehen hat. Den Gegensatz hat der Gesetzgeber darin gesehen, dass deren Gesellschaftsinteresse ihr Handeln bestimmt, das auf Geschäftsgewinn und den wirtschaftlichen Vorteil des Einzelnen abzielt (Mugdan aaO S. 401). Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich aber der als gemeinnützig anerkannte Verein. Nach § 55 AO dürfen nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke - zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke - verfolgt werden. Mittel der Körperschaft dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder dürfen keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten. Die Mitglieder dürfen bei ihrem Ausscheiden oder bei

Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurückerhalten. Der Verein muss seine Mittel vorbehaltlich des § 62 AO grundsätzlich zeitnah für die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verwenden. Das Interesse des als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO anerkannten Vereins ist damit gerade nicht auf die Erzielung eines im Verein verbleibenden Geschäftsgewinns ausgerichtet, da die erwirtschafteten Mittel zeitnah dem gemeinnützigen Zweck zugeführt werden müssen. Eine Kapitalanhäufung im Verein ist damit ausgeschlossen. Aufgrund des Ausschüttungsverbotes ist auch die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils für den Einzelnen jedenfalls im Wege von - bei Gesellschaften üblichen - Gewinnausschüttungen nicht möglich.

24

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass das Gemeinnützigkeitsrecht nach §§ 51 ff. AO keine Anhaltspunkte für die Vereinsklassifizierung biete, da auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung als gemeinnützig anerkannt werden können (so z.B. Reichert, Vereinsrecht, 13. Aufl. Rn. 163). Art. 9 Abs. 1 GG schützt das Recht, unter anderem Vereine zu bilden. Der Vereinsfreiheit ist im Zivilrecht durch die Auslegung der privatschriftlichen Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln, Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 23. November 1998 - II ZR 54/98, BGHZ 140, 74, 77). Wenn das Gesetz dem Einzelnen in Ausgestaltung des Rechts aus Art. 9 Abs. 1 GG eine bestimmte Form des Zusammenschlusses eröffnet, ist daraus nicht der Schluss gerechtfertigt, die ausgestaltenden Normen müssten einschränkend ausgelegt und der Zugang damit beschränkt werden, weil auch die Möglichkeit bestehe, die gewünschte Tätigkeit in anderer (gesellschaftsrechtlicher) Form zu verwirklichen. Vielmehr ist der Einzelne frei, unter den eingeräumten Möglichkeiten die ihm als günstigste erscheinende zu wählen. Es verbleibt stattdessen dabei, dass die tatsächlichen Umstände, die für die Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO

von Bedeutung sind, auch in die Prüfung der Voraussetzungen des § 21 BGB einzubeziehen sind. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit den §§ 51 ff. AO zum Ausdruck gebracht hat, dass ein besonderes gesellschaftliches Interesse an der Verwirklichung der dort genannten Aufgaben besteht, um die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern.

25           Danach steht der ideelle Vereinszweck des Beteiligten laut seiner Satzung, den er mittels des Betriebs seines Horts verwirklicht, im Vordergrund. Der Beteiligte ist selbstlos tätig (§ 5 der Satzung) und die Vereinsmittel sind ausschließlich und unmittelbar für gemeinnützige Zwecke einzusetzen. Die wirtschaftliche Betätigung ist danach nicht Haupt- bzw. Selbstzweck (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1954 - I ZR 147/53, BGHZ 15, 315, 319; BayObLG DNotZ 1990, 103, 105; OLG Frankfurt, SpuRt 2011, 125, 126), sondern dem ideellen Hauptzweck zugeordnet.

26           (2) Gegen eine Einordnung des Beteiligten als Idealverein spricht auch nicht der Umfang seines Geschäftsbetriebs.

27           (a) Der Gesetzgeber ging davon aus, dass auch ein solcher Verein in das Vereinsregister einzutragen sei, der neben seinen ideellen Hauptzwecken ein wirtschaftliches Geschäft betreibe, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen (Mugdan aaO S. 604). Im Gesetzgebungsverfahren ist ein Antrag des Abgeordneten von S.           erörtert worden. Dieser hatte eine klarstellende Formulierung des § 21 BGB beantragt, und ausgeführt, dass viele unter anderem gemeinnützige Vereine einen "kleinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb" oder einen "unbedeutenden Restaurationsbetrieb" nebenbei haben (Mugdan aaO S. 997). Dieser Antrag ist je-

doch abgelehnt worden (Mugdan aaO S. 999). Aus ihm kann deshalb eine einschränkende Auslegung nicht abgeleitet werden. Vielmehr ist die Größe und der Umfang des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs allein nicht aussagekräftig, ob dieser dem sogenannten Nebenzweckprivileg unterfällt (K. Schmidt, Rpfleger 1972, 343, 351; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1865; Reuter, NZG 2008, 881, 886; vgl. Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 35; MüKoBGB/Reuter, 7. Aufl., § 21 Rn. 20).

28 (b) Wenn ein Verein - ausgehend von dem Willen des Gesetzgebers ausweislich der Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren - die Mittel in der erforderlichen Höhe zur Verwirklichung seiner ideellen Zwecke erwirtschaften darf (aA Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. Rn. 69; Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 172 f.; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 36), dann kann ihm auch nicht verwehrt werden, den ideellen Zweck unmittelbar mit seinen wirtschaftlichen Aktivitäten zu erfüllen. Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB verbietet dies jedenfalls dem als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO anerkannten Verein nicht (Beuthien, WM 2017, 645, 646; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1865; Reuter, NZG 2008, 881, 887; aA K. Schmidt, Rpfleger 1972, 343, 351).

29 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 ideellen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des sogenannten Nebenzweckprivilegs handelt. Diese gesetzgeberischen Erwägungen tragen der Tatsache

Rechnung, dass bei einer nach außen gerichteten wirtschaftlichen Betätigung Gläubigerinteressen in besonderem Maße berührt werden und dass diese Interessen in den für juristische Personen des Handelsrechts und andere Kaufleute geltenden Vorschriften eine weit stärkere Berücksichtigung gefunden haben als in den Bestimmungen des Vereinsrechts. Denn während sich bei einem Idealverein Gläubigerschutzbestimmungen auf die Vorschriften über die Insolvenzantragspflicht des Vorstands und die Liquidation des Vereins beschränken (vgl. § 42 Abs. 2, §§ 51-53 BGB), unterliegt eine juristische Person des Handelsrechts in erster Linie im Interesse der Gläubiger zwingenden Vorschriften über eine Mindestkapitalausstattung, über Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten sowie über die - unbeschränkbare - Vertretungsmacht ihrer organschaftlichen und bevollmächtigten Vertreter. Darauf beruht es, dass nach den §§ 21 und 22 BGB ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (Idealverein), bereits durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangt, und dass der Erwerb der Rechtsfähigkeit durch einen wirtschaftlichen Verein nur ausnahmsweise in Betracht kommt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 1966 - II ZB 2/66, BGHZ 45, 395, 397 f.; Urteil vom 29. September 1982 - I ZR 88/80, BGHZ 85, 84, 88 f.; Urteil vom 4. Juni 1986 - I ZR 29/85, NJW 1986, 3201, 3202; BVerwGE 105, 313, 316).

30            Wenn ein Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb in einer bestimmten Größe unterhält, um die erforderlichen Mittel zur Erreichung des ideellen Zwecks zu erwirtschaften, entstehen keine größeren Gefahren für den Rechtsverkehr, wenn mittels des Geschäftsbetriebs unmittelbar der ideelle Zweck verfolgt wird. Eine zwangsnotwendige Ausdehnung des Geschäftsbetriebs mit höheren Risiken für den Geschäftsverkehr ist damit nicht verbunden (vgl. in diesem Sinne Beuthien, WM 2017, 645, 646; Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1865; aA im Ergebnis Leuschner, NZG 2017, 16, 19). Eine

Verlagerung von wirtschaftlichen Aktivitäten auf einen Idealverein ist nicht zu erwarten, wenn der Verein als gemeinnützig anerkannt ist, da die Einhaltung der Voraussetzungen des § 55 AO und insbesondere das Verbot der Gewinnausschüttung an die Mitglieder einer solchen Gefahr entgegenstehen. Es wird zudem der Anreiz gesenkt, erhebliche unternehmerische Risiken einzugehen (Schauhoff/Kirchhain, ZIP 2016, 1857, 1862; Leuschner, npoR 2016, 99, 100; kritisch Beuthien, WM 2017, 645, 648). Dabei ist auch in die Betrachtung einzu beziehen, dass die Einhaltung der Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO und damit einhergehend unter anderem auch das Ausschüttungsverbot durch die Finanzverwaltung in effektiverer Weise überwacht werden als den Registergerichten dies bei ihrer Sach- und Personalausstattung möglich ist. Mögliche Gläubiger wissen auch von vornherein, dass der Verein keine garantierte Mindestkapitalausstattung hat. Fehlvorstellungen sind insoweit nicht zu erwarten.

31           (c) Konkrete Anhaltspunkte, die Anlass geben, von den oben genannten Erwägungen abzuweichen, sind vom Beschwerdegericht nicht festgestellt worden. Das Registergericht hat in seinem Beschluss vom 4. Dezember 2014 lediglich pauschal den Gesichtspunkt eines Gläubigerschutzes aber unabhängig von konkreten Umständen im Einzelfall erwähnt. Gesichtspunkte eines eventuell im Einzelfall anzunehmenden Bedürfnisses für einen Gläubigerschutz aufgrund der tatsächlichen Geschäftstätigkeit des Beteiligten, der eine andere Beurteilung unter dem Schutzzweck des § 21 BGB erfordern würde, sind nicht ersichtlich.

32           (3) Gegen eine Einordnung des Beteiligten als Idealverein im Sinne des § 21 BGB sprechen auch keine wettbewerbsrechtlichen Gründe. Das Be-

schwerdegericht hat festgestellt, dass vergleichbare Leistungen von anderen Anbietern in der Rechtsform der GmbH und gGmbH angeboten würden.

33 Die Konkurrenz auf dem Markt mit anderen Anbietern würde aber auch eintreten, wenn der Beteiligte - entsprechend dem Vorschlag des Registergerichts - sich in eine andere Rechtsform umwandeln würde oder den Betrieb des Horts ausgegliedert hätte. Darüber hinaus handelt es sich bei den §§ 21, 22 BGB weder um unmittelbar wettbewerbsregelnde Normen, deren Verletzung bereits im Hinblick auf ihren Schutzzweck den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründet, noch um Vorschriften, die - wie beispielsweise Bestimmungen zum Schutz der Volksgesundheit und der Rechtspflege - der Wahrung besonders gewichtiger Rechtsgüter und Gemeinschaftsinteressen dienen und deren Verletzung als Verstoß gegen das sittlich-rechtliche Empfinden der Allgemeinheit nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls ohne weiteres sittenwidrig ist. Nach ihrem Sinn und Zweck sind die §§ 21, 22 BGB nicht auf die Beachtung sittlicher Gebote oder wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen gerichtet. Vielmehr legen sie mit besonderem Blick auf die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger Organisationsform und Tätigkeiten des Vereins gegenüber Handelsgesellschaften fest. Vorschriften dieser Art sind wertneutral. Auch soweit sie neben der Funktion, der Sicherheit des Rechtsverkehrs zu dienen, Schutzzwecke zugunsten der Vereinsmitglieder entfalten, kann daraus eine Wertbezogenheit der §§ 21, 22 BGB oder eine unmittelbare Relevanz dieser Bestimmungen für die Frage der Wettbewerbswidrigkeit nicht hergeleitet werden (BGH, Urteil vom 4. Juni 1986 - I ZR 29/85, NJW 1986, 3201; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rn. 8a).

34 3. Der Beschluss des Beschwerdegerichts ist aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG), wobei der Senat in der Sache selbst entscheiden kann, da diese zur



Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 6 S. 1 FamFG). Das Verfahren auf Amtslöschung ist einzustellen.

35 4. Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG wird von der Erhebung von Kosten für das gesamte Verfahren abgesehen. Eine Kostenerstattung findet nicht statt.

Drescher

Wöstmann

Born

Sunder

Bernau

Vorinstanzen:

AG Berlin-Charlottenburg, Entscheidung vom 04.12.2014 - 95 VR 18159 B -  
KG, Entscheidung vom 15.03.2016 - 22 W 87/14 -