



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZB 6/16

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 16. Februar 2016 aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Beteiligten werden der Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 12. Dezember 2014 und die Verfügung des Amtsgerichts Charlottenburg vom 26. Juni 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 am 26. November 1971 gegründete Beteiligte ist am 7. März 1978 in das Vereinsregister beim Amtsgericht Charlottenburg eingetragen worden. Die

Ziele des Beteiligten sind in § 2 seiner Satzung aufgeführt. Dort heißt es unter anderem:

- "(1) Die Ziele und Zwecke des Vereins bestehen in der theoretischen Arbeit mit Pädagoginnen und Pädagogen und praktischen pädagogischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen. Das Ziel des Vereins ist insbesondere die Förderung und Entwicklung der Kinder, der Jugend- und Familienhilfe, der Gemeinwesenarbeit sowie der Förderung von Erziehungswissenschaft- und Forschung. Diese werden verwirklicht im Sinne des § 52 „gemeinnützige Zwecke“ der Abgabenordnung.
- (2) Der Verein kann seine Aufgaben auch durch besonders zu errichtende Institute, gemeinnützige Organisation oder vergleichbare Einrichtungen verwirklichen."

3

In § 4 ist ausgeführt:

"§ 4 Gemeinnützigkeit

- (1) Der Verein verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts 'steuerbegünstigte Zwecke' der Abgabenordnung. Er ist selbstlos tätig und verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke.
- (2) Mittel des Vereins dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder erhalten keine Zuwendungen aus Mitteln des Vereins.

- (3) Es darf keine Person durch Ausgaben, die dem Zweck des Vereins fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden."

- 4            Der Beteiligte hat 16 Mitglieder. Bei ihm sind ca. 695 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hauptamtlich beschäftigt. Die Verwaltung wird von 33 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Geschäftsstelle durchgeführt. Der Beteiligte betreibt 24 Kindertagesstätten, in denen insgesamt durchschnittlich 2.400 Kinder betreut werden. Der Beteiligte ist zudem Träger von Kinder- und Jugendfreizeitstätten. Neun Kinder- und Jugendstätten, drei Schülerclubs und vier Schulstationen werden von ihm betrieben. Er beteiligte sich an schulbezogenen Jugendsozialarbeiten. Er betrieb des Weiteren Ganztagsbereiche in drei Grundschulen. Zudem bot er Betreuungsprojekte im Rahmen der Berufsorientierung und Seminare, Arbeitsgemeinschaften und Weiterbildungskurse an.
- 5            Mit Verfügung vom 26. Juni 2014 leitete das Amtsgericht Charlottenburg eine Überprüfung der Eintragung des Beteiligten in das Vereinsregister ein und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Beteiligte verwies unter anderem darauf, dass er mit Bescheid des Finanzamts von der Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer befreit worden sei, weil er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO diene.
- 6            Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 leitete das Amtsgericht Charlottenburg das Amtslöschungsverfahren gegen den Beteiligten ein. Der Betrieb der 24 Kindertagesstätten werde professionell und nicht als Elterninitiativ-Kindertagesstätten betrieben und sei eine unternehmerische Beteiligung am

Markt. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die wirtschaftliche Beteiligung unter das sogenannte Nebenzweckprivileg falle.

7 Dagegen erhob der Beteiligte Widerspruch, den das Amtsgericht Charlottenburg mit Beschluss vom 12. Dezember 2014 zurückwies.

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

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

## II.

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

11 1. Das Beschwerdegericht (KG, NZG 2016, 989) hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

12 Gemäß § 395 Abs. 1 FamFG könne das Registergericht eine Eintragung, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig sei, von Amts wegen löschen. Ein solcher Mangel sei anzunehmen, wenn die Eintragung von Anfang an unrichtig gewesen sei, aber auch dann, wenn zunächst zutreffende

Eintragung später unrichtig geworden sei. Hier liege der wesentliche Mangel darin, dass der Beteiligte (nunmehr) als wirtschaftlicher Verein anzusehen sei, da sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei.

13 Für die Unterscheidung zwischen beiden Vereinsklassen (ideeller oder wirtschaftlicher Verein) komme es nach §§ 21 f. BGB darauf an, ob der Hauptzweck 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 vorzunehmen.

14 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.

15 Der hier durchgeführte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kindertagesstätten sei grundsätzlich eine entgeltliche unternehmerische Betätigung. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins komme es dabei nicht an.

16 Der Beteiligte habe 16 Mitglieder. Mit diesen betreibe er 24 Kindertagesstätten in sechs Bezirken, in denen insgesamt nach dem Stand von 2013 2.412 Kinder betreut worden seien. Nur der Verein sei nach der Mitteilung auf seiner Homepage "Träger" und verwalte alle Kindertagesstätten gemeinsam. Insgesamt arbeiteten 57 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in rund 50 Einrichtungen und Projekten des Beteiligten. Die Verwaltung werde von

33 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in einer eigens eingerichteten Geschäftsstelle durchgeführt, wobei 2013 laut Geschäftsbericht des Beteiligten "eine zusätzliche Stelle im Facility-Management geschaffen" worden sei. Zwar seien die in § 2 Abs. 1 der Satzung genannten Vereinszwecke als ideell einzuordnen, was aber nichts daran ändere, dass der Beteiligte als Betreiber vieler Kindertagesstätten kein ideeller Verein sein wird, so biete er die Kindertagesstättenplätze nachfragenden Eltern am Markt frei an. Damit trete er in Konkurrenz zu anderen Trägern, die in der Rechtsform der GmbH bzw. gGmbH organisiert seien. Der Beteiligte sei zudem bei der Anzahl von 2.412 Plätzen in 24 Kindertagesstätten kein kleiner Anbieter. Es sei weder eine kleine Kita noch sei eine besondere Beziehung der Kindeseltern zum Verein ersichtlich. Es sei deshalb gleichgültig, ob der Träger der Kindertagesstätten ein Verein oder eine Gesellschaft sei. Des Weiteren seien die Eltern der betreuten Kinder (in der Regel) nicht Vereinsmitglieder. Zudem werde die Arbeitskraft von 695 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in den Kindertagesstätten und 33 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Geschäftsstelle vom Verein am Markt nachgefragt. Eine so große Anzahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter habe auch mit der klassischen Struktur eines eingetragenen Vereins, der auf gesellige, kulturelle und andere Zwecke ausgerichtet sei, nichts zu tun, sondern ähnele einem mittelständischem Wirtschaftsunternehmen, zumal auch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Beteiligten nicht Mitglieder des Vereins seien. Außerdem betreibe der Beteiligte neben den von ihm unterhaltenen 24 Kindertagesstätten eine breite Palette weiterer Projekte, wie z.B. neun Kinder- und Jugendfreizeiteinrichtungen, drei Schülerclubs, drei Schulstationen, drei Ganztagesbereiche, zwei Projekte der Berufsorientierung sowie zusätzliche Projekte zur Finanzierung von Entwick-

lungsvorhaben. Im Übrigen sei der Beteiligte seit 2005 gemeinsam mit der S. GmbH mit dem Quartiersmanagement im Bereich und in der G. beauftragt, in einem Bereich, der auch nach Darstellung des Beteiligten "nicht zu den zentralen Tätigkeitsfeldern des Vereins" gehöre. Zwar biete der Beteiligte für seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein theoretisches Fortbildungsprogramm an, das aber deutlich hinter den praktischen Bereich der 24 Kindertagesstätten und der weiteren - insgesamt über 50 Projekte - zurücktrete.

17 Die hier in Rede stehende wirtschaftliche Betätigung falle auch nicht unter das sogenannte Nebenzweckprivileg. In diesem Zusammenhang sei von Bedeutung, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit den nicht wirtschaftlichen Bereich des Vereins funktional untergeordnet sei. Sie dürfe nur einen geringen Umfang haben, wie aus der Entstehungsgeschichte des § 21 BGB erhelle. Der Beteiligte habe aber nichts dazu ausgeführt, in welcher Form die Unterhaltung der Kindergärten hinter dem Hauptzweck zurückbleibe. Vielmehr werde auch aus der Präsentation auf der Homepage des Beteiligten deutlich, dass der Betrieb der Kindertagesstätten und weiterer Projekte absolut im Vordergrund stehe und sich der Verein nur ihm widme, er also nicht (mehr) untergeordneter Nebenzweck sei. Zwar behaupte der Beteiligte, mit dem Betrieb der 24 Kindertagesstätten werde der Hauptzweck des Vereins - theoretische Arbeit mit Pädagoginnen und Pädagogen um praktische pädagogische Arbeit mit Kindern und Jugendlichen - verwirklicht. Es sei aber nicht erkennbar, dass die im Betrieb der 24 Kindertagesstätten liegende wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins den ideellen Zwecken untergeordnet sei. Daran ändere auch der Umstand

nichts, dass der Beteiligte gemäß § 2 Abs. 1 der Satzung gemeinnützige Zwecke im Sinne des § 52 AO verfolge. Bei der Beurteilung der Frage der Gemeinnützigkeit handele es sich nämlich um eine allein steuerrechtlich zu beurteilende Frage. Ein Verein, der Kindergärten betreibe, werde in der Regel unproblematisch als gemeinnützig anerkannt. Die wirtschaftliche Betätigung schade dem Verein nicht, weil es sich dabei stets um Zweckbetriebe, d.h. steuerbegünstigte, wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Sinne der §§ 65-68 AO handele.

18            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.

19            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.

20            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).

21            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.

22            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 vereinsinternen 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).

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

24           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.

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

26           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, SchIHA 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).

27 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).

28

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.

29

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.

30            Danach steht der ideelle Vereinszweck des Beteiligten laut seiner Satzung, den er mittels des Betriebs seiner Kindertagesstätten verwirklicht, im Vordergrund. Der Beteiligte ist selbstlos tätig 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.

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

32            (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 Strombeck 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 jedoch 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).

33 (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).

34 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).

35

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.

- 36 (c) Vom Beschwerdegericht sind konkrete Anhaltspunkte, die Anlass geben, von den oben genannten Erwägungen abzuweichen, nicht festgestellt worden. Das Registergericht hat in seinem Beschluss vom 12. Dezember 2014 den Gesichtspunkt eines Gläubigerschutzes nur abstrakt und ebenfalls unabhängig von konkreten Anhaltspunkten für eine Gläubigergefährdung angeführt. Gesichtspunkte eines eventuell im Einzelfall anzunehmenden Bedürfnisses für einen Gläubigerschutz aufgrund der konkreten Geschäftstätigkeit des Beteiligten, der eine andere Beurteilung unter dem Schutzzweck des § 21 BGB erfordern würde, sind nicht ersichtlich.

37            Dahingestellt bleiben kann deshalb auch die Frage, ob nicht bereits deshalb das sogenannte Nebenzweckprivileg zu Gunsten der Beteiligten eingreift, weil mit dem Betrieb der Kindertagesstätten zugleich die Mittel eingeworben werden, die für die Verwirklichung der weiteren umfangreichen gemeinnützigen Zwecke des Beteiligten, wie Schülerclubs, Kinder- Jugendfreizeiteinrichtungen, Schulstationen, Ganztagsbereiche, Projekte der Berufsorientierung sowie weitere Entwicklungsvorhaben erforderlich sind.

38            (4) Gegen eine Einordnung des Beteiligten als Idealverein im Sinne des § 21 BGB sprechen auch keine wettbewerbsrechtlichen Gründe. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass vergleichbare Leistungen von anderen Anbietern in der Rechtsform der GmbH und gGmbH angeboten würden.

39            Die Konkurrenz auf dem Markt mit anderen Anbietern würde aber auch eintreten, wenn der Beteiligte - entsprechend dem Vorschlag des Registergerichts - den Betrieb der Kindertagesstätten ausgegliedert hätte oder unter anderer Rechtsform selbst weiterbetriebe. 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).

40                    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.

41                    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 12.12.2014 - 95 VR 4486 B -

KG, Entscheidung vom 16.02.2016 - 22 W 88/14 -