Kleine KiTa-Vereine, der FC Bayern München und der ADAC

KG Berlin, Beschluss vom 11.04.2016, 22 W 40/15

Gründe

Der am 24. Januar 2003 gegründete Beteiligte ist am 28. August 2003 ins Vereinsregister beim Amtsgericht Charlottenburg eingetragen worden. Mitglieder waren bei Gründung im Wesentlichen Eltern, die bereits durch Gesellschaftsvertrag vom 30. März 2000 die K... GmbH gegründet hatten, die am 12. Juli 2000 im Handelsregister unter der Registernummer HRB 7... B eingetragen worden und deren Unternehmensgegenstand "die Betreuung und Beherbergung von Kindern von 4 bis 12 Jahren sowie das Angebot verschiedener Freizeitaktivitäten (…)" war und die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg – 103 IN 6267/02 – den Geschäftsbetrieb eingestellt hatte. Der Beteiligte war von den Eltern "zur Sicherung der Betreuung ihrer – damals acht - Kinder" gegründet worden und hatte zu diesem Zweck die vormals von der K ... GmbH genutzten Räume übernommen (vgl. Bd. I Bl. 26 f. d.A.). Die alleinige Geschäftsführerin der K... GmbH war bis zu ihrem Rücktritt am 28. Mai 2005 Vorsitzende des Beteiligten. Laut Information auf dessen Homepage (Stand 31. März 2016) werden 25 Kinder in der von ihm unterhaltenen KiTa betreut.
Gemäß § 2 Abs. 1 der Satzung hat jedes Kindes ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Zur Verwirklichung dieses Rechts ist Zweck des Vereins u.a. Kinder in ihrer individuellen und sozialen Entwicklung zu fördern und dazu beizutragen, Benachteiligungen zu vermeiden oder abzubauen. Zur Erreichung des Zwecks errichtet und betreibt der Verein gemäß § 2 Abs. 2 der Satzung eine Kindertagesstätte, die die dauerhafte Betreuung von Kindern im Alter von 0 bis 3 Jahren (Gründungssatzung) bzw. 0 bis 6 Jahren (aktuelle Satzung) ermöglicht. Kinder von Mitgliedern und/oder Fördermitgliedern des Vereins werden bevorzugt aufgenommen. Die Aufnahme von Kindern von Nichtmitgliedern ist nicht ausgeschlossen. Am 13. März 2013 meldete der Beteiligte die auf der außerordentlichen Mitgliederversammlung vom 21. Januar 2013 mit 9 Ja-Stimmen einstimmig beschlossene Änderung von § 2 Abs. 2 der Satzung dahin an, dass die von ihm betriebene Kindertagesstätte die dauerhafte Betreuung von Kindern im Alter von 0 bis 6 Jahren ermöglicht werde. Mit Zwischenverfügung vom 20. März 2013 wies das Amtsgericht Charlottenburg den Beteiligten darauf hin, dass der Verein als Hauptzweck eine Kindertagesstätte betreibe und damit wirtschaftlich tätig sei.

WINHELLER
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Tower 185
Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80
Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: info@winheller.com
Internet: www.winheller.com

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin
Hamburg | München

Er biete nämlich am Markt regelmäßig Dienstleistungen in Form von Betreuungsleistungen gegen Entgelt an, so dass er den Rahmen eines ideellen Vereins sprenge. Zugleich forderte das Gericht den Beteiligten auf, binnen sechs Monaten zu überprüfen, in welcher Rechtsform er seine Einrichtungen betreiben könne. Auf diese Weise könne er verhindern, dass das Registergericht ein Amtslöschungsverfahren gegen ihn einleiten müsse.

Nach erneuter Überprüfung der Sach- und Rechtslage wies das Amtsgericht Charlottenburg mit Beschluss vom 27. März 2013 den Eintragungsantrag vom 13. März 2013 unter Wiederholung der Begründung der Zwischenverfügung vom 20. März 2013 zurück. Mit Verfügung vom selben Tage forderte das Gericht den Beteiligten auf, seine Einrichtung binnen vier Monaten in eine andere Rechtsform zu überführen und kündigte für den Fall ergebnislosen Fristablaufs die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens an.

Dieser ihm am 08. April 2013 zugestellten Verfügung widersprach der Beteiligte mit Schreiben vom 30. Oktober 2013 (Bd. I Bl. 164). Der Verein verfolge ausschließlich gemeinnützige Wohlfahrtszwecke. Die mit dem Betrieb einer Kindertagesstätte unvermeidbar einhergehende wirtschaftliche Betätigung sei nicht Zweck des Beteiligten, sondern ausschließlich ein Mittel zur Erreichung der ideellen Zwecke. Auch die Anerkennung dieser Zwecke als gemeinnützig und der Umstand, dass die tatsächliche Geschäftsführung der Körperschaft auf die Förderung dieser Zwecke gerichtet sei, spreche gegen eine wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins. Wegen der weiteren Ausführungen wird auf das Schreiben vom 30. Oktober 2013 (Bd. I Bl. 164 ff.) Bezug genommen.

Mit Schriftsatz vom 29. Juli 2014 (Bd. I Bl. 174 ff.), auf den ebenfalls verweisen wird, ergänzte der Beteiligte seinen Vortrag, dem Gläubigerschutz sei bei als gemeinnützig anerkannten Vereinen hinreichend Rechnung getragen. Eine Kapitalgesellschaft sei als Trägerin einer Kindertagesstätte nicht geeignet. Wollte man dies anders sehen, hätte dies zur Folge, dass die Mitwirkung der Eltern an der Erziehung ihrer Kinder in Kindertagesstätten zurück gedrängt werde.

Mit Verfügung vom 13. Januar 2015 (Bd. I Bl. 191 f.) hat das Amtsgericht Charlottenburg dem Beteiligten die Einleitung des Amtslöschungsverfahrens angekündigt, da der Verein planmäßig und dauerhaft die Betreuung von Kindern in Konkurrenz zu anderen Anbietern am Markt anbiete. Das Nebenzweckprivileg komme hier nicht zum Tragen, weil die Satzung neben dem Betreiben der Kindertagesstätte keine weiteren Vorhaben aufführt, mit denen der Zweck umgesetzt werden solle. Es könne folglich nicht festgestellt werden, dass die wirtschaftliche Betätigung neben dem ideellen Vorhaben eine eindeutig untergeordnete Rolle spiele. Die Anerkennung des Vereins als gemeinnützig ändere nichts, da auch eine wirtschaftlich tätige GmbH als gemeinnützig anerkannt werden könne. Die Beteiligung der Eltern könne auch in einer anderen Form als dem Verein gewährleistet werden, ohne dass ihre Gesellschafterstellung erforderlich wäre.

Dieser ihm am 19. Januar 2015 zugestellten Verfügung hat der Beteiligte mit Schriftsatz vom 19. Februar 2015, wegen dessen Einzelheiten auf Bd. I Bl. 199 ff. Bezug genommen wird, widersprochen. Zur Begründung verwies er im Wesentlichen auf seinen bereits erfolgten Vortrag.

Mit Beschluss vom 25. Februar 2015 (Bd. I Bl. 202) hat das Amtsgericht Charlottenburg den Widerspruch gegen die Ankündigung der Einleitung der Amtslöschung im Wesentlichen aus den Gründen der vorgenannten Verfügung vom 13. Januar 2015 (Bd. I Bl. 191 f.) zurückgewiesen. Im Übrigen begründe die Anerkennung einer Organisation als gemeinnützig nicht automatisch deren ideellen Charakter, da gemeinnützige Tätigkeit nicht stets auch ideell sein müsse.

Gegen diesen ihm am 02. März 2015 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte mit am 02. April 2015 beim Registergericht eingegangenem Schriftsatz vom 01. April 2015 (Bd. I Bl. 205 ff.) Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er sich auf seinen bisherigen Vortrag berufen. Ergänzend hat er vorgetragen, dass das Registergericht nicht zwischen einem seine Eintragung neu beantragenden und einem bereits seit Langem im Vereinsregister eingetragenen Verein differenziere. Für letzteren gelte, dass seinem Bestandsschutzinteresse Vorrang gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Vereinslöschung zukomme.

Das Amtsgericht Charlottenburg hat der Beschwerde mit Beschluss vom 07. April 2015 nicht abgeholfen und die Angelegenheit dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt. Auf die Verfügung des Senates vom 25. Februar 2016 hin, mitzuteilen, wie viele Eltern der in der KiTa betreuten Kinder zugleich Mitglieder des Beteiligten sind und ob diese in irgendeiner Weise in die Betreuung der Kinder – z.B. durch abwechselnde Küchendienste o. ä. – eingebunden seien und ob der Verein neben dem Betrieb der KiTa weitere Aktivitäten entfalte, teilte der Beteiligte mit Schriftsatz vom 22. März 2016 mit, dass sich die Gegebenheiten um den Verein weiter so verhielten, wie vom Registergericht im Eintragungsverfahren abgeklärt und vom Verein zuletzt mit Schriftsatz vom 28. August 2005 mitgeteilt. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes sei daher nichts ersichtlich, das dafür sprechen könne, dass der Beteiligte seine Rechtsform ändere.

B.

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

I.)

Die Beschwerde ist zulässig.

Sie ist nach §§ 395 Abs. 3, 393 Abs. 3 Satz 2 FamFG statthaft sowie gemäß §§ 63, 64 FamFG form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Der Beteiligte ist nach § 59 Abs. 1 FamFG, nach dem sich hier die Beschwerdebefugnis richtet (vgl. Bork/Jacoby/Schwab/Müther, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 393 Rn. 10), beschwerdebefugt, denn sein Bestand würde von der Löschung beeinträchtigt.

II.)

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Gemäß § 395 Abs. 1 FamFG kann das Registergericht eine Eintragung, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig ist, von Amts wegen löschen. Ein solcher Mangel ist anzunehmen, wenn die Eintragung von Anfang an unrichtig gewesen ist (KG, Beschluss vom 19.04.2012, 25 W 34/12, juris, Rn. 9; Bork/Jacoby/Schwab/Müther, a.a.O., § 395 Rn. 6), aber auch dann, wenn zunächst zutreffende Eintragungen später sachlich unrichtig geworden sind (BayObLG GmbHR 1994, 480; Bork/Jacoby/Schwab/Müther, a.a.O., § 395 Rn. 6; Keidel/Heinemann, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 395 Rn. 13). Hier liegt der wesentliche Mangel darin, dass der Beteiligte (nunmehr) als wirtschaftlicher Verein anzusehen ist, da sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (vgl. Keidel/Heinemann, a.a.O., § 395 Rn. 21).

1) Für die Unterscheidung zwischen beiden Vereinsklassen (ideeller oder wirtschaftlicher Verein) kommt es nach §§ 21 f. BGB darauf an, ob der Zweck des Vereins auf einen ”wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb” gerichtet ist (vgl. statt

vieler: Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 2.29). Ist er dies nicht, erlangt er gemäß § 21 BGB Rechtsfähigkeit durch die Eintragung im Handelsregister. Ist der Vereinszweck demgegenüber auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, kann er gemäß § 22 BGB (in Ermangelung besonderer Vorschriften) nur durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangen (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2014, 7 W 124/13, juris Rn. 9).

a) Die Annahme eines Idealvereins ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Verein irgendeine wirtschaftliche Betätigung vornimmt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass heute eine wirkungsvolle Betätigung von Vereinen in vielen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens gänzlich ohne wirtschaftliche Betätigung kaum noch vorstellbar ist (vgl. Referentenentwurf des BMJ zur Reform des Vereinsrechts vom 25.08.2004, S. 15).

Die Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Verein erfolgt nach heute ganz h. M. nach typologisch-teleologischen Erwägungen (Leuschner, ZIP 2015, 356, 359; Reuter, NZG 2008, 881, 882; vgl dazu grundlegend: Karsten Schmidt, Rpfleger 1972, 286 ff.; ferner: KG, Beschluss vom 07.03.2012, 25 W 95/11, juris Rn. 11; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 21 Rn. 3; MüKo/Reuter, BGB, 7. Aufl. 2015, § 21 Rn. 6 ff.; dazu kritisch: Beuthien, Rpfleger 2016, 65 ff., 68). Da das Recht des eingetragenen Vereins keine Vorschriften zur Gläubigersicherung enthält, würden die entsprechenden Regelungen im Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht leerlaufen, wenn sich jede Personenvereinigung – auch eine wirtschaftliche – in der Form des eintragungsfähigen Vereins konstituieren könnte (Karsten Schmidt, Rpfleger 1972, 286, 288).

Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, ist nicht nur der Wortlaut der Satzung, sondern die tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit (allg. Ansicht; vgl. nur KG, Beschluss vom 26.10.2004, 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, juris, Rn. 6; OLG Hamm, Beschluss vom 08.09.2007, 15 W 129/07, Rpfleger 2008, 141 f., juris Rn. 15, jeweils m.w.N.), wobei das leitende Ziel des Vereins sogar ganz hinter die Betätigung zurücktreten kann (Mummenhoff, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979, S. 106 f.).

Ob ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, ist in jedem Einzelfall typologisch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB zu ermitteln (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2010, 20 W 254/10, juris Rn. 22; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.08.2011, 14 Wx 51/11, juris Rn. 20; KG, Beschluss vom 07.03.2012, 25 W 95/11, juris Rn. 11; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 03.09.2013, 3 W 34/13, juris Rn. 5; Winheller, DStR 2013, 2009 f.). Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ist es, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des sog. Nebenzweckprivilegs überschreitet (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.1986, I ZR 29/85, NJW 1986, 3201, juris Rn. 15). Nach diesem Nebenzweckprivileg darf ein Verein auch unternehmerische Tätigkeiten entfalten, soweit diese dem ideellen Hauptzweck zu- und untergeordnet und nur Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (BGH, Urteil vom 29.09.1982, I ZR 88/80, NJW 1983, 569, juris Rn. 22; KG, Beschluss vom 26.10.2004, 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, juris Rn. 6).

Eine wirtschaftliche Betätigung i.S. des § 22 BGB liegt dabei vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt (grundlegend: Karsten Schmidt, Rpfleger 1972, 286 ff.; KG, Beschluss vom 26.10.2004, 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, juris, Rn. 6; KG, Beschluss vom 07.03.2012, 25 W 95/11, juris Rn.

11; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 06.08.2010, 2 W 112/10, juris Rn. 25 und Beschluss vom 18.09.2012, 2 W 152/11, juris Rn. 30; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2010, 20 W 254/10, juris Rn. 22; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.08.2011, 14 Wx 51/11, juris Rn. 20; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 03.09.2013, 3 W 34/13, juris Rn. 5; Leuschner, ZIP 2015, 356, 359; kritisch zu dieser Typologisierung: Beuthien, Rpfleger 2016, 65 ff.).

Der hier durchgeführte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich, wie das Amtsgericht Charlottenburg zutreffend annimmt, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung (a.A. in konkreten, Kindertagesstätten betreffenden Einzelfällen: Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 18.09.2012, 2 W 152/11, juris Rn. 30; OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.12.2014, 8 W 447/14, juris Rn. 13 ff.; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 23.06.2015, 7 W 23/15, juris Rn. 14; noch offen lassend: Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 04.08.2014, 7 W 83/14, juris Rn. 6 ff.). Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst kommt es dabei nicht an (BayObLG, Beschluss vom 06.04.1989, BReg 3 Z 10/89, juris Rn. 61; KG, Beschluss vom 17.07.1992, 1 W 6555/90, juris Rn. 11; LG Hamburg, Beschluss vom 07.10.1985, 71 T 39/85 = ZIP 1986, 228; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 143). Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschließlich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger (vgl. KG, Beschluss vom 25.07.2011, 25 W 47/11; vgl. auch Winheller, DStR 2013, 2009, 2011; im Ergebnis auch: Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 08.07.2014, 7 W 124/13, juris Rn. 12; a. A. May, Recht und Bildung 2014, 14 f.), mögen diese auch vom Staat im Rahmen von dessen aus Art. 20 Abs. 1 GG und den Regelungen des SGB VIII resultierenden Verpflichtungen erfolgen.

Es kommt auch nicht darauf an, ob gesetzlich Ansprüche auf Fördermittel vorgesehen sind, ob ein kostendeckender Betrieb etwa durch die Landeshaushaltsordnung vorgeschrieben ist oder ob Mitglieder des Vereins ehrenhalber ihre Arbeitsleistung anbieten. Denn maßgeblich ist allein, dass nicht als Verein eingetragen werden soll, wer entgeltlich, auf Dauer und planmäßig Leistungen an Dritte erbringen will, die eine unternehmerische Betätigung darstellen. Dass die Personen, die für den Verein diese unternehmerische Leistung ausführen, dafür selbst kein Entgelt erhalten, nimmt der ausgeübten Tätigkeit nicht den unternehmerischen Charakter. Eine unternehmerische Betätigung entfällt auch nicht dadurch, dass kommunale Einrichtungen ebenfalls Kindergärten betreiben. Ob sich eine Kommune entschließt, bestimmte Aufgaben wahrzunehmen oder nicht und - wenn ja - in welcher Rechtsform, betrifft nicht die Frage, ob es sich um eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 22 BGB handelt.

Der hiesige Beteiligte hatte 2005 nur noch drei Mitglieder (vgl. Bd. I Bl. 78), scheint aber aktuell über mehr Mitglieder zu verfügen, ist doch die Satzungsänderung vom 21. Januar 2013 auf der außerordentlichen Mitgliederversammlung von 9 Mitgliedern angenommen worden (vgl. Bd. I Bl. 141), obwohl der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten im Schriftsatz vom 22. März 2016 (Bd. II Bl. 16) mitgeteilt hat, “dass sich die Gegebenheiten innerhalb des Vereins weiter so verhalten, wie dies sich aus Blatt 78 ff. des Registervorganges (…) ergibt”, wo aber von nur noch 3 Mitgliedern die Rede ist. Der Beteiligte betreibt nur eine Kindertagesstätte mit 25 Plätzen für Kinder im Alter von 0 bis 6 Jahren, aber keine weiteren Einrichtungen. Der Verein ist gemäß § 2 Abs. 2 der Satzung der ”Betreiber” der KiTa. Daraus lässt sich aber auch nicht ableiten, dass er ein ideeller Verein ist. Wäre der Beteiligte als Betreiber auf die bloße Trägerschaft reduziert, würde sich seine Funktion nämlich erst Recht als auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet zeigen. Er würde dann nämlich – wie zuvor bereits die K... GmbH - als bloßer Dienstleister für die Einzelkindertagesstätte agieren.

Außerdem betreibt der Beteiligte nicht eine ausschließlich die Kinder seiner Mitglieder betreuende KiTa. So heißt es in § 2 Abs. 2 der Satzung nur, dass die Kinder von Mitgliedern und/oder Fördermitgliedern des Vereins “bevorzugt

aufgenommen" werden (S. 2) und die Aufnahme von Kindern von Nichtmitgliedern "nicht ausgeschlossen" sei (S. 3). Damit hat der Beteiligte aber – auch auf eine entsprechende Nachfrage des Senates vom 25. Februar 2016 – nicht dargelegt, dass er die KiTa in Form einer Elterninitiativkindertagesstätte betreiben würde, in der die Eltern in die Organisationsabläufe des Vereins eingebunden wären, wie es bei Elterninitiativkindergärten stets der Fall ist, in denen sich die Eltern-Mitarbeit auf Betreuung, Kochen, Putzen, aber auch auf Lohn- und Gehaltsabrechnung, Buchhaltung, Kontoführung u.a. erstreckt (vgl. Wikipedia zum Stichwort "Elterninitiative").

Wurden im Jahr 2003 vom Beteiligten noch acht Kinder in der KiTa betreut (Bl. 27 d.A.), was für den Charakter einer Elterninitiativkindertagesstätte hätte sprechen können, bietet der Beteiligte die heute bestehenden 25 KiTa-Plätze im Wesentlichen nachfragenden außenstehenden Eltern, die sich per E-Mail-Formular um einen KiTa-Platz für ihr Kind bewerben können, und damit am Markt – im Rahmen der Verfügbarkeit – frei an. Dafür spricht insbesondere der Umstand dass nur drei Vereinsmitglieder 25 in 2 Gruppen zu betreuenden Kindern gegenüber stehen. Folglich tritt der Beteiligte mit seinem Angebot in Konkurrenz zu anderen wirtschaftlichen Anbietern, wie z.B. zur LebensWelt GmbH (AG Charlottenburg HRB 95381 B), die 1999 als interkultureller Träger der Jugendhilfe gegründet worden ist, in Berlin in fünf Kindertagesstätten 411 Plätze anbietet, die als ihr Kerngeschäft die sozialpädagogische Familienhilfe und als ihre Leitlinie "Die Menschen abholen, wo sie sind" nennt oder auch zur INA.KINDER.Garten gGmbH, die mit

441 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (Stand Februar 2015) 18 Kindertagesstätten in Berlin mit ca. 2.200 Kindern im Alter von acht Wochen bis zur Einschulung betreibt und deren Zweck der Betrieb von Kindertagesstätten zum Zwecke der Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern ist. All die genannten Vereinszwecke sind dabei als ideell einzuordnen, was aber nichts daran ändert, dass Kindertagesstätten-Betreiber keine ideellen Vereine sind.

Zudem ist der Beteiligte im Jahr 2003 – zumindest im Wesentlichen – von den Personen ins Leben gerufen worden, die im Jahr 2000 bereits die K... GmbH gegründet hatten, und dies "um die Betreuung ihrer Kinder weiterhin zu sichern" (Bl. 26 d.A.). Damit hat der Beteiligte in der Form des ideellen Vereins gerade die Leistungen übernommen, die zuvor von der K... GmbH erbracht worden waren. Damit aber ist ganz offensichtlich, dass der Beteiligte dieselben wirtschaftlichen Leistungen erbringt, wie zuvor die GmbH.

Es handelt sich zwar um eine eher kleine KiTa (wie offenbar auch im Fall des Brandenburgischen OLG, Beschluss vom 23.06.2015, 7 W 23/15), allerdings sind keine besonderen Beziehungen der Kindeseltern zum Verein ersichtlich und auch auf Verfügung des Senates vom 25. Februar 2016 hin im Antwortschriftsatz vom 22. März 2016 nicht dargelegt worden. Für die KiTa ist es folglich gleichgültig, ob der KiTa-Träger ein Verein oder eine Gesellschaft ist. Zudem sind die Eltern der betreuten Kinder offenbar in der Regel nicht Vereinsmitglieder und können auf dem Weg über die Vereinsmitgliedschaft und das dem Vereinsrecht immanente Merkmal der Beschlussfassung der Vereinsangehörigen nach Stimmenmehrheit (vgl. Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 19. Aufl. 2010, Rn. 1) nicht die Zielsetzungen und die Erziehungskonzepte des Vereins beeinflussen. Vielmehr müssen sie eine durch eine offenbar geschlossene Gruppe von nicht mit den Eltern der betreuten Kinder identischen Dritten beschlossene und in Konkurrenz zu anderen – auch in Form von Kapitalgesellschaften organisierten – Anbietern am Markt angebotene Dienstleistung einkaufen.

Wie das Registergericht zutreffend festgestellt hat, stellt im vorliegenden Fall das Betreiben der Kindertagesstätte eine unternehmerische Tätigkeit dar.

b) Die hier in Rede stehende wirtschaftliche Betätigung fällt nicht unter das sog. Nebenzweckprivileg. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit dem nicht-wirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins

funktional untergeordnet ist (vgl. KG, Beschluss vom 08.04.2008, 1 W 338/07; OLG Hamm, Rpfleger 2008, 141/142) und nur einen geringen Umfang haben darf, wie aus der Entstehungsgeschichte der §§ 21 f. BGB erhellt. In der einschlägigen Reichstagsdebatte ist als Beispiel für die Zulässigkeit eines Geschäftsbetriebs ausdrücklich die Vereinsgaststätte genannt (Reuter, NZG 2008, 881, 886 m.w.N.). Der Beteiligte hat aber auch auf die Nachfrage des Senates vom 25. Februar 2016 hin nichts dazu ausgeführt, ob der Beteiligte noch weitere – ideelle – (Haupt-)Aktivitäten entfaltet, denen der Betrieb der KiTa, die in der Satzung unter dem Aspekt Zweckverwirklichung als Einziges genannt ist, funktional untergeordnet wäre.

Vielmehr teilt der Beteiligte den Besuchern seiner Homepage mit, “Wir bieten eine familiäre und liebevolle Bildung und Betreuung für 25 Kinder im Alter von 0-6 Jahren”, woraus ersichtlich ist, dass die Kindesbetreuung im Betrieb der KiTa absolut im Vordergrund steht und sich der Verein nur ihm widmet, er also nicht (mehr) untergeordneter Nebenzweck ist. Es ist gerade nicht erkennbar, dass die im Betrieb der KiTa liegende wirtschaftliche Tätigkeit (s.o.) des Vereins den ideellen Zwecken untergeordnet ist (s.o.). Ferner handelt es sich bei der vom Beteiligten betriebenen KiTa gerade nicht um eine Elterninitiativkindertagesstätte, so dass nicht erkennbar ist, weshalb die Mitwirkung der Eltern an der Erziehung ihrer Kinder in der KiTa, wie der Beteiligte meint, durch die Rechtsprechung des Senats, zurückgedrängt würde (vgl. Bd. I Bl. 178 d.A.).

Daran, dass der Beteiligte kein ideeller Verein ist, ändert auch der Umstand nichts, dass er gemäß § 2 Abs 3 der Satzung ”ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts “steuerbegünstigte Zwecke” der Abgabenordnung verfolgt. Bei der Beurteilung der Frage der Gemeinnützigkeit handelt es sich nämlich um eine allein steuerrechtlich zu beurteilende Frage (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2010, 20 W 254/10, juris Rn. 40; KG, Beschluss vom 23.06.2014, 12 W 66/12, juris Rn. 19; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 2.31). Zwar hat das Kammergericht die Ansicht vertreten, dass eine Bestätigung des Finanzamtes, dass der Verein ausschließlich gemeinnützige Ziele verfolge, zumindest ein wesentliches Indiz für dessen ideellen Charakter bilde (vgl. KG, Beschluss vom 26.10.2004, 1 W 295/04, juris Rn. 3; Sauter/Schweyer/Waldner a.a.O., Rn. 47; May, Recht und Bildung 2014, 11 ff.; im Ergebnis auch: Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 08.07.2014, 7 W 124/13, juris Rn. 12).

Das Vorliegen von Gemeinnützigkeit weist jedoch den Beteiligten nicht als Idealverein aus (vgl. Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 08.07.2014, 7 W 124/13, juris Rn. 12). So wird ein Verein, der Kindergärten betreibt, in der Regel unproblematisch als gemeinnützig anerkannt (Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 47, 66; Winheller, DStR 2012, 1562, 1563). Seine wirtschaftliche Betätigung schadet ihm nicht, weil es sich dabei stets um einen Zweckbetrieb, d.h. einen steuerbegünstigten, wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i.S.v. §§ 65 bis 68 AO handelt (Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 47, 67). So ist ein Kindergarten durch § 68 Nr. 1 b) AO als Zweckbetrieb und damit als steuerlich begünstigter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb anerkannt, weshalb eine wirtschaftliche Tätigkeit der KiTa nicht schadet und das Finanzamt dem Verein trotzdem stets die Gemeinnützigkeit zuerkennen wird (vgl. Winheller, DStR 2012, 1562, 1563). Aus der Anerkennung eines Vereins als gemeinnützig und der Einordnung von dessen Geschäftsbetrieb als Zweckbetrieb kann daher nicht zwingend auf die Eintragungsfähigkeit des Vereins geschlossen werden (Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 2.30; Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 47, 67).

Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Gesetzgeber gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 AO einer Körperschaft eine Steuervergünstigung (nach §§ 52 – 68 AO) gewährt, weil diese ausschließlich und unmittelbar ”gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke (steuerbegünstigte Zwecke)” verfolgt. Unter Körperschaften sind dabei nach § 51 Abs. 1 S. 2 AO die Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen i.S.d. Körperschaftssteuergesetzes zu verste-

hen, zu denen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Kapitalgesellschaften, insbesondere Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung gehören, der Status der Gemeinnützigkeit also gerade nicht die Rechtsform des Vereins voraussetzt (vgl. Leuschner, ZIP 2015, 356, 357 m.w.N.) und auch Kapitalgesellschaften und wirtschaftliche Vereine keineswegs gemeinnützigkeitsunfähig sind (Hüttemann, a.a.O., Rn. 2.31), Außerdem ist es Zweck der §§ 51 ff. AO – entgegen der Auffassung des Beteiligten – nicht, ideelle Zwecke steuerlich anzuerkennen und zu fördern, sondern freiwilliges, gemeinwohlbezogenes Engagement mit den Mitteln des Steuerrechts anzuregen und anzuerkennen (vgl. Hüttemann, a.a.O., Rn. 1.8; Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 47, 67) und das möglichst weitgehend.

Zwar hält z.B. das OLG Schleswig (Beschluss vom 18.09.2012, 2 W 152/11) einen KiTa-Verein für ideell, begründet dies aber mit den Besonderheiten des schleswig-holsteinischen KiTaGesetzes und stellt darauf ab, dass die Beurteilung dieser Frage von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Es hatte im übrigen den Fall eines Elterninitiativkindergartens zu beurteilen, wie auch das OLG Brandenburg (Beschluss vom 23.06.2015, 7 W 23/15), das im dort entschiedenen Fall den Verein unter Bezug auf das brandenburgische KiTa-Gesetz ebenfalls für ideell erklärt hat.

b) Der Beteiligte ist folglich im Vereinsregister zu löschen.

Gemäß § 395 Abs. 1 FamFG kann das Registergericht eine Eintragung, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig ist, von Amts wegen löschen (s.o.). Hier ist der wesentliche Mangel darin zu sehen, dass der Beteiligte (nunmehr) als wirtschaftlicher Verein anzusehen ist, da sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (vgl. Keidel/Heinemann, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 395 Rn. 21).

Allerdings stellt § 395 FamFG die Löschung der Eintragung wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung in das Ermessen des Registergerichts (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 08.07.2014, 7 W 124/13, juris Rn. 19; Beschluss vom 04.08.2014, 7 W 83/14, juris Rn. 7). In dem damit dem Registergericht eröffneten Ermessensspielraum hat es das öffentliche Interesse an der Bereinigung des Registers und den Schutz des Rechtsverkehrs gegen das Bestandsinteresse des Beteiligten abzuwägen (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 08.07.2014, 7 W 124/13, juris Rn. 19; Beschluss vom 04.08.2014, 7 W 83/14, juris Rn. 7; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.05.2006, 3 W 197/05, juris, Rn. 12 zu § 142 FGG), wobei besonders zu berücksichtigen ist, dass im Registerrecht der Grundsatz der Erhaltung der Eintragung gilt (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.03.2001, 3 W 15/01, juris Rn. 5; Bork/Jacoby/Schwab/Müther, a.a.O., § 395 Rn. 14.2).

Aus dem angefochtenen Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg ist nicht ersichtlich, dass das Gericht eine solche Abwägung vorgenommen hat. Die stattdessen nunmehr vom Senat vorzunehmende Ermessensausübung (vgl. Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 04.08.2014, 7 W 83/14, juris Rn. 7) führt zu dem Ergebnis, dass der Beteiligte im Vereinsregister zu löschen ist. Denn ein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Eintragung liegt stets dann vor, wenn der als Idealverein in das Vereinsregister eingetragene Verein in Wirklichkeit nach seiner Satzung ein wirtschaftlicher Verein ist (OLG Hamm, Beschluss vom 04.08.1992, 15 W 202/92, juris Rn. 30 m.w.N.; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 4759; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 1421). Seit dem Wegfall des § 43 Abs. 2 BGB a.F. durch das Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 24. 09. 2009 (BGBl. I, S. 3145) gilt dies auch dann, wenn der Zweck des Vereins nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, der Verein jedoch (durch seine unerlaubte wirtschaftliche Betätigung) tatsächlich einen solchen Zweck verfolgt (vgl. BT-Drs. 16/13542, S. 14; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 43 Rn. 3; Stöber/Otto, a.a.O., Rn. 1421; Segna, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 47, 68; a.A. offenbar Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 04.08.2014, 7 W 83/14, juris Rn. 7 f., das anderenfalls gar nicht zur Ermessenserwägung gelangt wäre). Diesem Umstand trägt der

Gesetzgeber auch dadurch Rechnung, dass er in §§ 272 ff. UmwG die Möglichkeit des Formwechsels vom rechtsfähigen Verein in eine Kapitalgesellschaft oder eine eingetragene Genossenschaft geschaffen hat (vgl. dazu Leuschner, ZIP 2015, 356, 358), womit sowohl eingetragene als auch wirtschaftliche Vereine als formwechselnde Rechtsträger erfasst sind (Kölner Kommentar/Leuering, UmwG, 2009, § 272 Rn. 5). Der Beteiligte durfte nach alledem nicht darauf vertrauen, dass er ursprünglich rechtmäßig ins Vereinsregister eingetragen worden war und dieser Zustand unverändert von allen Entwicklungen des Vereins und der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen (vgl. dazu Winheller, DStR 2015, 1389, 1390 ff.) fortdauern würde (so im Ergebnis auch Segna, a.a.O.).

C.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG, Nr. 13610 KVfG; die Wertfestsetzung folgt aus § 36 Abs. 3 GNotKG.

2. Die Rechtsbeschwerde wird gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG bezüglich der Frage zugelassen, ob es sich bei dem Beteiligten, der nur eine Kindertagesstätte, die keine Elterninitiativkindertagesstätte ist, betreibt, um einen im Vereinsregister zu löschenden wirtschaftlichen Verein handelt.

Die Vielzahl teilweise dieser Senatsrechtsprechung entgegenstehenden Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 18.09.2012, 2 W 152/11, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.12.2014, 8 W 447/14, juris; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 23.06.2015, 7 W 23/15, juris) zeigt auf, dass hier eine grundsätzliche Rechtsfrage vorliegt, so dass die Rechtsbeschwerde zugelassen werden muss (vgl. zu den Voraussetzungen; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 70 Rn. 28).