



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 7/16

vom

16. Mai 2017

in der Vereinsregistersache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 21

Die Anerkennung eines Vereins als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO hat Indizwirkung dafür, dass er nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und in das Vereinsregister eingetragen werden kann.

BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 - II ZB 7/16 - KG

AG Charlottenburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. Mai 2017 durch 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 11. Mai 2015 und dessen Verfügung vom 19. März 2015 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 Er ist seit dem 2. Oktober 1995 im Vereinsregister beim Amtsgericht Charlottenburg eingetragen. In § 2 seiner Satzung ist der Zweck des Beteiligten geregelt. Dort heißt es:

"Der Verein verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts 'steuerbegünstigte Zwecke' der Abgabenordnung. Diese Zwecke sollen durch theoretische und praktische Arbeit auf dem Gebiet der Erziehung und Jugendberatung erreicht werden. Insbesondere durch Projekte wie die Einrichtung von Elterninitiativ-Kindertagesstätten, durch den Aufbau von beispielsweise Beratungsstellen oder Selbsthilfeprojekten für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Verein ist selbstlos tätig, er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Die Mittel des Vereins dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Der Vorstand ist ehrenamtlich tätig."

3 Der Beteiligte hat 11 Mitglieder und betreibt neun Kindertagesstätten mit einer Größe von jeweils 16 bis 32 Kindern. Er ist mit Bescheid des Finanzamts von der Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer befreit, weil er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO dient.

4 Mit Verfügung vom 19. März 2015 leitete das Amtsgericht Charlottenburg ein Amtslöschungsverfahren gegen den Beteiligten ein und kündigte die Amtslöschung an. Dagegen erhob der Beteiligte Widerspruch, den das Amtsgericht mit Beschluss vom 11. Mai 2015 zurückwies. Zur Begründung führte es aus, dass der Beteiligte mittlerweile neun Kindertagesstätten betreibe und wirtschaftlich tätig sei.

5 Der gegen diesen Beschluss vom Beteiligten eingelegten Beschwerde
hat das Amtsgericht nicht abgeholfen. Das Beschwerdegericht hat die Be-
schwerde zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen
Rechtsbeschwerde wehrt sich der Beteiligte weiter gegen die ihm angedrohte
Amtslöschung.

II.

6 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.

7 1. Das Beschwerdegericht (KG, Rpfleger 2016, 423) hat seine Entschei-
dung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 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.

9 Für die Unterscheidung zwischen ideellem oder wirtschaftlichem Verein
komme es nach §§ 21 f. BGB darauf an, ob der Hauptzweck des Vereins auf
einen "wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb" gerichtet sei. Die Abgrenzung sei
nach typologisch-teleologischen Erwägungen vorzunehmen.

10 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 stelle dabei grundsätzlich eine entgeltliche unternehmerische Betätigung dar. Die unternehmerische Betätigung entfalle auch nicht etwa dadurch, dass kommunale Einrichtungen ebenfalls Kindertagesstätten betrieben oder die Personen, die für den Verein die unternehmerische Leistung ausführten, kein Entgelt hierfür erhielten.

12 Zwar sei der in § 2 der Satzung genannte Vereinszweck des Beteiligten als ideell einzuordnen, ändere aber nichts daran, dass der Beteiligte als Betreiber von Kindertagesstätten kein ideeller Verein sei. Es handele sich beim Beteiligten mit 11 Mitgliedern und mit jeweils 16 bis 32 Plätzen in neun Kindertagesstätten um keinen kleinen Anbieter am Markt. Er unterhalte zudem noch für alle Kindertagesstätten eine zentrale Kucheneinrichtung. Es seien auch keine besonderen Beziehungen der Kindeseltern zum Beteiligten ersichtlich, so dass es für sie gleichgültig sei, ob der Kita-Träger ein Verein oder eine Gesellschaft sei. Die Kindeseltern seien in der Regel keine Vereinsmitglieder und könnten über die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten nicht die Zielsetzungen und Erziehungskonzepte beeinflussen.

13 Die wirtschaftliche Betätigung des Beteiligten falle auch nicht unter das sog. Nebenzweckprivileg. Die wirtschaftliche Tätigkeit müsse dem nichtwirtschaftlichen Zweck funktional untergeordnet sein und dürfe nur einen geringen Umfang haben. Der Beteiligte habe insoweit nicht vorgetragen, in welcher Form die Unterhaltung der Kindertagesstätten, die in der Satzung genannt werde, hinter dem Hauptzweck zurückbleibe. Vielmehr werde aus der Präsentation auf

der Homepage des Beteiligten deutlich, dass der Betrieb der Kindergärten absolut im Vordergrund stehe und nicht (mehr) untergeordneter Nebenzweck sei.

14 Auch der Umstand, dass der Beteiligte nach § 2 Abs. 1 seiner Satzung "gemeinnützige Zwecke" im Sinn des § 52 AO verfolge, ändere nichts an der Einordnung des Beteiligten als nicht ideellem Verein. Bei der Beurteilung der Frage der Gemeinnützigkeit handele es sich 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 gemeinnützig deshalb nicht entgegenstehe. Die Anerkennung als gemeinnützig erfordere nicht die Rechtsform des Vereins. 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.

15 Unter Berücksichtigung des dem Registergericht nach § 395 Abs. 1 FamFG eröffneten Ermessenspielraums 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.

16 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.

- 17 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).
- 18 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.
- 19 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).

20 bb) Der vom Beteiligten geführte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung stellt eine unternehmerische Tätigkeit dar, denn er erbringt am äußeren Markt der Kindertagesstätten planmäßig und dauerhaft Kinderbetreuungsleistungen gegen Entgelt. Dass Personen, die für den Verein die unternehmerische Leistung ausführen, kein Entgelt für ihre Tätigkeiten erhalten, betrifft nicht die Frage, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen der Rechtsform des Vereins ausgeübt wird.

21 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.

- 22 (1) Für die Beurteilung dieser Frage ist die Anerkennung des Beteiligten als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO von entscheidender Bedeutung.
- 23 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; Terner, 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).
- 24 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 soll-

ten 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).

25 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 ge-

meinnützigen Zweck zugeführt werden müssen. Eine Kapitalanhäufung im Verein ist damit ausgeschlossen. Aufgrund des Ausschüttungsverbot ist auch die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils für den Einzelnen jedenfalls im Wege von - bei Gesellschaften üblichen - Gewinnausschüttungen nicht möglich.

26 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.

27 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.

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

29 (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).

30 (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).

31 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 Han-

delsrechts 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).

32 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.

33 (c) Konkrete Anhaltspunkte im hiesigen Verfahren, die Anlass geben, von den oben genannten Erwägungen abzuweichen, sind vom Beschwerdegericht nicht festgestellt worden. Das Registergericht hat in seinem Beschluss vom 11. Mai 2015 lediglich pauschal den Gesichtspunkt eines Gläubigerschutzes erwähnt, dies aber nicht konkret unterlegt. Gesichtspunkte eines eventuell im Einzelfall anzunehmenden Bedürfnisses für einen Gläubigerschutz aufgrund der tatsächlichen Durchführung der Geschäftstätigkeit des Beteiligten, der eine andere Beurteilung unter dem Schutzzweck des § 21 BGB erfordern würde, sind nicht ersichtlich.

34 (3) Gegen eine Einordnung des Beteiligten als Idealverein im Sinne des § 21 BGB sprechen auch keine wettbewerbsrechtlichen Gründe. Das Registergericht hat in seinem Beschluss vom 11. Mai 2015 angeführt, dass der Beteiligte mit seinem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, mit dem er Betreuung gegen Entgelt anbiete, auf dem Markt in Konkurrenz zu anderen Anbietern trete. Es gelte für diese anderen Anbieter Wettbewerbsnachteile zu verhindern. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass vergleichbare Leistungen von anderen Anbietern in der Rechtsform der GmbH und gGmbH angeboten würden.

35 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 und selbst als Förderverein weiterbestehen würde. 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).

36 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.

37 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 11.05.2015 - 95 VR 15980 B -
KG, Entscheidung vom 16.02.2016 - 22 W 71/15 –