

VOLLTEXTSERVICE

Rechtsformverfehlung: Löschung (zu) großer Kita-Vereine aus dem Vereinsregister

KG Berlin,, Urteil vom 16.02.2016 – Az. 22 W 71/15

Gründe

Der Beteiligte ist seit dem 02. Oktober 1995 im Vereinsregister beim Amtsgericht Charlottenburg eingetragen. Gemäß § 2 der Satzung verfolgt der Verein ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnittes "Steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung. Diese sollen verwirklicht werden durch theoretische und praktische Arbeit auf dem Gebiet der Erziehung und Jugendberatung, insbesondere durch die Einrichtung von Elterninitiativ-Kindertagesstätten und durch den Aufbau von Beratungsstellen oder Selbsthilfeprojekten für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Beteiligte betreibt neun Kinderläden mit einer Größe von 16 bis 32 Kindern.

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2014 wies das Amtsgericht Charlottenburg den Beteiligten darauf hin, dass es festgestellt habe, dass der Verein mittlerweile zehn Kindertagesstätten betreibe. Dies erfolge entgegen der Satzung nicht als Elterninitiativkindertagesstätten. Bei der von ihm angebotenen Kinderbetreuung handele es vielmehr um entgeltliche Leistungen des Beteiligten, die dieser einer Vielzahl von Personen am Markt anbiete, womit er zugleich in Konkurrenz zu anderen wirtschaftlichen Anbietern trete. Das Registergericht forderte den Beteiligten auf, innerhalb von drei Monaten seine Umwandlung in ein wirtschaftliches Unternehmen vorzunehmen und drohte für den Fall ergebnislosen Fristablaufs die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens an.

Mit bei Gericht am 02. Februar 2015 eingegangenen Schriftsatz vom 29. Januar 2015 wandte sich der Verein gegen diese Einschätzung. Die von ihm betriebenen Kinderläden zeichneten sich durch ihre Kleinheit und Überschaubarkeit bei einer Größe von 16 bis 32 Plätzen aus. Die Besonderheit der einzelnen Einrichtungen liege auch darin, dass der Verein besonderen Wert auf gesunde Ernährung lege und das Essen in einer eigens für die Kinderläden eingerichteten Küche herstelle. Es werde eine Familienatmosphäre dadurch geschaffen, dass eine Altersmischung erfolge und eine Auswechslung der Erzieherinnen und Erzieher praktisch nicht stattfinde.

Träfe die Ansicht des Registergerichts zu, müsse sich der gesamte Wohlfahrtsbereich in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisieren, womit die gesamte Entwicklung der Wohlfahrtspflege im frei-gemeinnützigen Bereich konterkariert werde.

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

Die sich in den nicht an Gewinn orientierten Vereinen zusammenschließenden Bürgerinnen und Bürger würden im Wesentlichen den Sozialstaatsauftrag des Grundgesetzes wahrnehmen. Zudem schlage die Gemeinnützigkeit auf das Vereinsrecht durch. Ein als gemeinnützig anerkannter Verein verfolge stets ideelle Zwecke. Die entsprechende Kontrolle erfolge bereits durch die Finanzämter. Die Tätigkeit der Vereine am Markt sei stets nur Nebentätigkeit, die dem Hauptzweck diene. Frei-gemeinnützige Vereine seien massiven Kontrollmechanismen ausgesetzt. Der Gläubigerschutz sei folglich im frei-gemeinnützigen Bereich nicht als Kriterium geeignet, einem Verein dessen ideellen Charakter abzusprechen. Ein die Kriterien der §§ 53 f. AO erfüllender Verein sei stets ideell. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 29. Januar 2015 (Bl. 102 ff.) verwiesen.

Da es die Ansicht des Beteiligten nicht teilte, hat das Amtsgericht Charlottenburg mit Verfügung vom 19. März 2015 das Amtslöschungsverfahren eingeleitet. Da die Satzung nur die Einrichtung von Elterninitiativkindertagesstätten vorsehe, der Beteiligte jedoch neun Kindertagesstätten nicht im Rahmen von Elterninitiativkindertagesstätten betriebe, sei er wirtschaftlich tätig.

Dieser ihm am 24. März 2015 zugestellten Verfügung hat der Beteiligte mit Schriftsatz vom 25. März 2015 widersprochen. Zur Begründung verwies er darauf, dass sein Zweck sehr wohl durch § 2 Satz 2 der Satzung gedeckt sei und nahm im Übrigen auf seinen bisherigen Vortrag Bezug.

Mit Beschluss vom 11. Mai 2015 hat das Amtsgericht Charlottenburg den Widerspruch gegen die Ankündigung der Amtslöschung zurückgewiesen. Entgegen der Satzung würden die vom Beteiligten betriebenen neun Kindertagesstätten nicht als Elterninitiativkindertagesstätten geführt. Kinderbetreuung werde auch von Wirtschaftsunternehmen angeboten. Da der Beteiligte Kinderbetreuung gegen Entgelt anbiete und damit in Konkurrenz zu wirtschaftlichen Anbietern trete, sei von einem wirtschaftlichen Verein auszugehen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss des Registergerichts vom 11. Mai 2015 verwiesen.

Gegen diesen ihm am 15. Mai 2015 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte mit am 01. Juni 2015 beim Registergericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage Beschwerde eingelegt. Zur Begründung beruft er sich auf die Darlegungen im Schriftsatz vom 29. Januar 2015.

Das Amtsgericht Charlottenburg hat der Beschwerde mit Beschluss vom 15. Juni 2015 nicht abgeholfen und die Angelegenheit dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

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 handelsrechtli-

chen 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), 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 hat elf Mitglieder. Mit diesen betreibt er neun Kindertagesstätten mit einer Größe von 16 bis 32 Kindern. Nur der Verein ist gemäß Mitteilung auf seiner Homepage der "Träger", der alle KiTas gemeinsam verwaltet. Daraus lässt sich aber auch nicht ableiten, dass der Beteiligte ein ideeller Verein ist. Wäre der Beteiligte auf die bloße

Trägerschaft reduziert, würde sich seine Funktion nämlich erst Recht als auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet zeigen. Er würde dann nämlich als bloßer Dienstleister für die Einzelkindertagesstätten agieren.

Außerdem steht die Aussage über den Beteiligten als alle KiTas gemeinsam verwaltendem "Träger" im Widerspruch zu § 2 der Satzung, nach dem er seine Ziele insbesondere durch die Einrichtung von Elterninitiativ-Kindertagesstätten realisiert. Zwar verfolgt er ein bestimmtes pädagogisches Konzept; dass er die KiTas aber nur in Form von Elterninitiativkindertagesstätten betreiben würde, hat er nicht dargelegt. Der Beteiligte hat ferner nicht vorgetragen, dass 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"). Vielmehr bietet der Verein die KiTa-Plätze nachfragenden Eltern, die sich per E-Mail um einen KiTa-Platz für ihr Kind bewerben können, als außenstehenden Kunden und damit am Markt frei an.

Damit tritt der Beteiligte mit den von ihm angebotenen KiTa-Plätzen in Konkurrenz zu anderen wirtschaftlichen Anbietern. 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 mit 16 bis 32 Plätzen in neun KiTas kein kleiner Anbieter, der zudem noch für alle KiTas eine zentrale KÜcheneinrichtung unterhält. Es handelt sich weder um eine kleine KiTa (wie offenbar im Fall des Brandenburgischen OLG, Beschluss vom 23.06.2015, 7 W 23/15), noch sind besondere Beziehungen der Kindeseltern zum Verein ersichtlich, so dass für diese gleichgültig ist, ob der KiTa-Träger ein Verein oder eine Gesellschaft ist. Zudem sind die Eltern der betreuten Kinder (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 von so vielen Kindertagesstätten eine unternehmerische Tätigkeit dar, zumal dafür ein größerer Organisationsapparat für die Koordinierung und Verwaltung erforderlich ist.

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 nichtwirtschaftlichen 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 nichts dazu ausgeführt, in welcher Form die Unterhaltung der Kindergärten, die in der Satzung unter dem Aspekt Zweckverwirklichung an erster Stelle genannt ist, hinter dem Hauptzweck zurück bleibt.

Vielmehr begrüßt der Beteiligte Besucher seiner Homepage mit den Worten "Herzlich willkommen beim Kinderladenprojekt K... e.V.", woraus ersichtlich ist, dass der Betrieb der KiTas absolut im Vordergrund steht und sich der Verein nur ihm widmet, er also nicht (mehr) untergeordneter Nebenzweck ist. Zwar behauptet der Beteiligte, mit dem Betrieb

der neun KiTas werde der Hauptzweck des Vereins – theoretische und praktische Arbeit auf dem Gebiet der Erziehung und Jugendberatung – erreicht. Es ist aber nicht erkennbar, dass die im Betrieb der neun KiTas liegende wirtschaftliche Tätigkeit (s.o.) des Vereins den ideellen Zwecken untergeordnet ist (s.o.), zumal der satzungsmäßig ausdrücklich vorgesehene Zweck des Betriebes von Elterninitiativkindertagesstätten nicht einmal mehr erwähnt wird.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beteiligte gemäß § 2 Abs 1 der Satzung "gemeinnützige Zwecke" i.S.d. § 52 AO 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 – hier in Form des Freistellungsbescheides des Finanzamtes für Körperschaften I vom 16. Mai 2012 vorgelegte – 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). Ihre wirtschaftliche Betätigung schadet ihnen nicht, weil es sich dabei stets um Zweckbetriebe, d.h. steuerbegünstigte, wirtschaftliche Geschäftsbetriebe 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 verstehen, 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 Elterninitiativkin-

dergartens zu beurteilen, wie auch das OLG Brandenburg (Beschluss vom 23.06.2015, 7 W 23/15), das im dort entschiedenen Fall den Verein 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 den 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, 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.) fort dauern 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 mehrere Kindertagesstätten, die keine Elterninitiativkindertagesstätten sind, betreibenden Beteiligten 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).