

Idealverein oder Wirtschaftsverein? Kita-Vereine zwischen Eintragungsfähigkeit und Rechtsformverfehlung

Kritische Anmerkung zum Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 18. 9. 2012, 2 W 152/11

Von Stefan Winheller, Frankfurt/Berlin*

In seinem Beschluss vom 18. 9. 2012 (BeckRS 2013, 06920) hat das Schleswig-Holsteinische OLG eine Lanze für die Eintragungsfähigkeit von Kita-Vereinen in die Vereinsregister gebrochen. Der vorliegende Beitrag will die Entscheidung des OLG kritisch würdigen und dabei die rechtlichen Mängel, an denen sie leidet, herausarbeiten. Die Registergerichte sind aufgerufen, sich durch die Entscheidung des OLG nicht von ihrer strengen Eintragungspraxis abbringen zu lassen. Opportunitätserwägungen und politische Wunschvorstellungen sind nämlich sicherlich keine geeigneten Kriterien für die Abgrenzung zwischen Ideal- und Wirtschaftsverein.

1. Einleitung

Kindergärten und Kindertagesstätten firmieren traditionell als Idealvereine gemäß § 21 BGB. Die Registergerichte¹ hinterfragen allerdings zunehmend die Rechtsform des e.V. – auch für Kindergärten und andere soziale Einrichtungen². Bereits an anderer Stelle habe ich mich dieser restriktiven Haltung angeschlossen, insbesondere auch in Bezug auf Einrichtungen – wie z. B. Kindergärten –, deren wesentliche Betätigung sich in der Führung eines gemeinnützigen, d. h. steuerlich begünstigten, Zweckbetriebs (§§ 65 ff. AO) erschöpft (sog. zweckbetriebsdominierte Einrichtungen)³. Nach der im Vereinsrecht herrschenden typologischen Abgrenzungsmethode können derlei Einrichtungen nicht in das Vereinsregister eingetragen werden. Schützenhilfe kommt von den Finanzgerichten, die sowohl in kommunalen⁴ als auch in kirchlichen⁵ Kindergärten Betriebe gewerblicher Art i. S. des § 4 KStG erblicken und damit – zumindest in steuerlicher Hinsicht – unterstreichen, was an sich auch im Vereinsrecht selbstverständlich sein sollte: Typische Kindergärten sind (sozial-)wirtschaftliche Betriebe und müssen sich einer anderen Rechtsform als der des e.V. bedienen.

2. Verfahrensgang und Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG

Die Mitglieder eines aus einer Elterninitiative hervorgegangenen Kindergartenvereins beschlossen eine Satzungsneufassung. Seit 1978 hatte der Vereinszweck darin bestanden, „Klein- und Vorschulkinder zur Förderung der Chancengleichheit in der Schule [zu be-

treuen]“. Die neue Formulierung sollte nun im Wesentlichen wie folgt lauten: „Zweck des Vereins ist der Betrieb einer Kindertagesstätte gemäß § 1 KiTaG Schleswig-Holstein.“

Das Amtsgericht Lübeck weigerte sich, diese Änderung im Vereinsregister einzutragen. Der planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb einer Kinderbetreuung sei – entsprechend den vom KG Berlin⁶ in jüngster Zeit entwickelten Grundsätzen – als entgeltliche unternehmerische Betätigung einzustufen. Bei dem Kindergartenverein handele es sich mithin nicht um einen Idealverein, sondern um einen wirtschaftlichen Verein, der gemäß § 22 BGB nicht in das Vereinsregister eingetragen werden könne. Der fälschlicherweise im Register eingetragene wirtschaftliche Verein müsse daher gemäß § 395 FamFG von Amts wegen aus dem Vereinsregister gelöscht werden.

Der Verein legte Beschwerde ein, die das OLG aus formellen Gründen als unzulässig verwarf⁷. Obgleich also eine Beurteilung der Sachlage in materieller Hinsicht an sich nicht angezeigt war, hält das OLG mit seiner Rechtsauffassung nicht hinter dem Berg und erteilt dem Registergericht ausführliche rechtliche Hinweise in der Sache. Es spreche, so das OLG, viel dafür, dass es sich bei dem Kindergartenverein doch um einen ideellen Verein gemäß § 21 BGB handele, der in das Vereinsregister eingetragen werden könne.

3. Typologische Abgrenzungsmethode

Richtiger Ausgangspunkt der Überlegungen des OLG ist die von *Karsten Schmidt*⁸ begründete und von der h. M. übernommene typologische Abgrenzungsmethode, die drei Grundtypen von Vereinen ausmacht, deren Zweck gemäß § 22 BGB auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist: Ein wirtschaftlicher Verein und damit nicht eintragungsfähig ist danach erstens ein Verein, der an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet (sog. Volltypus eines unternehmerisch tätigen Vereins). Gleiches gilt zweitens für einen Verein, der derlei unternehmerische Tätigkeiten an einem inneren Markt, der aus seinen Mitgliedern besteht, entfaltet. Zum dritten Typ eines wirtschaftlichen Vereins zählt schließlich ein Verein, der eine genossenschaftliche Kooperation betreibt,

d. h. für seine Mitglieder unternehmerische Teilaufgaben für deren Absatztätigkeiten übernimmt⁹.

4. Ideelle Zweckverfolgung = Idealverein?

Der Kita-Verein richtete sich mit seinem entgeltlichen Betreuungsangebot seit jeher (nur) an seine Mitglieder und deren Kinder – an sich indiziert dies die Einordnung in die o.g. Kategorie Nr. 2 eines wirtschaftlichen Vereins; so hatte es auch die Vorinstanz gesehen. Das OLG ist freilich anderer Meinung: Da der Vereinszweck gemäß Satzung ideeller und nicht wirtschaftlicher Art sei, spreche dies für die Behandlung des Vereins als Idealverein gemäß § 21 BGB.

Tatsächlich war der satzungsmäßige Zweck des Vereins letztlich auf die ideelle Förderung von Bildung und Erziehung gerichtet¹⁰. Dass das OLG hieraus den Schluss zieht, der Verein sei ein Idealverein, ist allerdings unverständlich. Mit dieser Argumentation fällt das OLG nämlich um Jahrzehnte zurück in die früher vertretene und seit langem aufgegebene sog. „subjektive Theorie“¹¹, die für die Unterscheidung zwischen Wirtschaftsverein und Idealverein allein auf den ideellen Endzweck eines Vereins abstellte. Für die Frage, ob ein Idealverein oder ein wirtschaftlicher Verein vorliegt, kommt es nach heute ganz herrschender Auffassung aber nicht auf den in der Satzung verankerten Endzweck an, sondern – ausgehend von den oben skizzierten typischen Fallgruppen wirtschaftlicher Vereine – insbesondere auf die unternehmerischen Tätigkeiten, die ein Verein tatsächlich entfaltet¹². Dass ein typischer Kindergartenverein, in dem sich die Eltern als Kunden des Vereins verstehen, ungeachtet der hinter dem Betrieb stehenden Endzwecke am (inneren) Markt unternehmerisch agiert, ist aber nicht ernsthaft zu leugnen¹³. Und es ist auch nur richtig, solche Fälle, in denen klassische ideelle Ziele mittels wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe verfolgt werden, aus dem Anwendungsbereich des Idealvereins auszuschließen. Nur so wird man dem wesentlichen Zweck der §§ 21, 22 BGB gerecht, Gläubiger vor Rechtsgeschäften mit einem sich wirtschaftlich betätigenden Verein, der keine wesentlichen Gläubigerschutzbestimmungen kennt, zu schützen.

Auch der Verweis auf diverse Fundstellen aus Literatur und Rechtsprechung, auf die das OLG seine Rechtsauffassung stützt, geht fehl. Mehr noch: Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, das OLG habe nicht sehr sorgfältig recherchiert. Wenn der Senat wie selbstverständlich davon ausgeht, es sei „anerkannt, dass Vereine mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Bildung und Erziehung in der Regel nicht wirtschaftliche Zwecke i. S. des § 21 BGB verfolgen, wie zum Beispiel Trägervereine von Kinderkrippen, Kindergärten, Kinderhorten

und Jugendzentren“, unterschlägt er neuere Stimmen, die diese Aussage so gerade nicht teilen, insbesondere die Entscheidung des KG Berlin vom 18. 11. 2011, die dem OLG vorlag¹⁴. Tatsächlich stützen aber nicht einmal die vom OLG zitierten Fundstellen das angeblich „anerkannte“ Ergebnis: So taugt der Hinweis auf die Entscheidung des OLG Hamburg in OLGE 15, 323 schon deswegen nicht, weil die Hamburger Entscheidung – übrigens aus dem Jahre 1907(!)¹⁵ – zur Unterscheidung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein allein auf die überkommene subjektive Theorie abstellt. Damit ist auch der Hinweis des OLG auf die 10. Auflage von *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, wenig hilfreich; diese Fundstelle bezieht sich nämlich ebenfalls auf die Entscheidung des OLG Hamburg. Abgesehen davon weisen *Stöber/Otto* ausdrücklich darauf hin, dass die von ihnen aufgeführten Praxisfälle „nicht ohne weiteres verallgemeinert werden [dürfen], weil jeder Verein nach Maßgabe seines satzungsmäßigen Zwecks und seiner Vereinstätigkeit eine abweichende Beurteilung erfordern kann.“¹⁶ (Hervorhebung durch den Verfasser). Auch der Verweis auf *Reichert*¹⁷ ist insoweit problematisch, als der zitierten Liste nichtwirtschaftlicher Vereinsbetätigungen ganz offensichtlich die ergangene Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte zugrunde liegt und ein Hinweis fehlt, dass die frühere Rechtsprechung die – heute aufgegebene – subjektive Theorie vertrat. Im Übrigen mögen solche „ABC-Listen“ zwar den ersten Einstieg in eine rechtliche Prüfung erleichtern; sie ersetzen aber natürlich nicht die Prüfung des Einzelfalls.

5. Fehlender Wettbewerb

In Schleswig-Holstein existieren offenbar kaum gewerbliche Kita-Betreiber. Sie spielen, so das OLG, in Schleswig-Holstein keine entscheidende Rolle, weil sie in Schleswig-Holstein – anders als z. B. anerkannte Träger der freien Jugendhilfe – keine staatliche Förderung erhalten. Das OLG lässt allerdings offen, welche konkrete Schlussfolgerung es aus dem fehlenden Wettbewerb ziehen will. Jedenfalls wird eine Tätigkeit, die per se unternehmerisch ist, nicht dadurch zur nichtunternehmerischen Tätigkeit, weil sie nicht oder nur in geringem Umfang zu Konkurrenzangeboten in Wettbewerb steht¹⁸. Auch ein Monopolist ist selbstverständlich unternehmerisch tätig¹⁹.

6. Landesrecht ohne Einfluss auf §§ 21, 22 BGB

Auf Abwegen wandelt das OLG, wenn es die Aufzählung der möglichen Träger im Landes-Kindertagesstättengesetz, zu denen auch eingetragene Vereine zählen, als Begründung dafür aufführt, der Gesetzgeber wolle, dass Kita-Elterninitiativen (auch) in

Vereinsrechtsform betrieben werden. Der Senat übersieht offensichtlich, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GG dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Vereinsrecht zuspricht und dass das Landesrecht daher grundsätzlich für die Auslegung der §§ 21, 22 BGB nicht bestimmend sein kann²⁰.

Der Verweis des OLG auf das Landesrecht führt also in die Irre. Ein Einfluss des Landesrechts wäre höchstens in Bezug auf § 22 BGB und zwar auch nur insoweit denkbar, als eine Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB ausnahmsweise dann erfolgen kann, wenn ein Verweis auf die handelsrechtlichen Alternativrechtsformen wegen besonderer Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist²¹. Das OLG hätte also prüfen können, ob sich bestimmte Regelungen des Kindertagesstättengesetzes möglicherweise als Spezialvorschriften darstellen, mit deren Hilfe sich – unter Beachtung des Schutzzwecks des § 22 BGB – begründen ließe, dass die Wahl einer der handelsrechtlichen Rechtsformen für den Betrieb einer Kita nicht zumutbar ist²². Ob der Beweis der Unzumutbarkeit hier gelingen würde, soll im Rahmen dieses Beitrags nicht näher untersucht werden. Angesichts der zahlreichen Kita-Betriebe in der Rechtsform der (g)GmbH, der (gemeinnützigen) Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) und der (gemeinnützigen) Genossenschaft²³ sind allerdings erhebliche Zweifel angebracht. Die genannten Rechtsformen haben sich in der Praxis durchweg für den Betrieb von Kitas bewährt. Sie zu unzumutbaren Rechtsformen zu degradieren, bedürfte daher wohl eines erheblichen Begründungsaufwands und in der Tat atypischer Umstände des Einzelfalls, die ich vorliegend nicht erkenne.

Selbst wenn sich dem Landeskindertagesstättengesetz Spezialregelungen in dem oben genannten Sinne entnehmen ließen, hätte dies übrigens lediglich zur Folge, dass der Verein gemäß § 22 BGB durch Verleihung Rechtsfähigkeit erlangen könnte, sofern man annimmt, dass es sich bei ihm um einen typischen Kita-Verein handelt, dessen Mitglieder zum Verein in einer klassischen Kunde-Dienstleister-Beziehung stehen²⁴. Der Zugang zu § 21 BGB bliebe ihm hingegen weiterhin verwehrt. Ein nicht-eintragungsfähiger wirtschaftlicher Verein wird selbst durch Spezialregelungen eben nicht zu einem eintragungsfähigen nicht-wirtschaftlichen Verein²⁵.

7. Finanzierung durch die öffentliche Hand

Wenn das OLG meint, dass der Schutzzweck der §§ 21, 22 BGB – insbesondere der Gläubigerschutz – von vornherein deswegen nicht berührt sei, weil der Verein zum einen durch die öffentliche Hand finanziert werde und zum anderen mögliche Personen- und Vermögens-

schäden regelmäßig durch den Abschluss entsprechender Versicherungen abgedeckt seien, kann dem zumindest dann nicht gefolgt werden, wenn das OLG damit zum Ausdruck bringen will, der Verein sei deswegen als Idealverein eintragungsfähig.

Denn wäre dem so, stünde es z. B. auch Krankenhäusern, Altersheimen, Schulen, Museen, Theatern und sonstigen sozialen und kulturellen (Groß-)Einrichtungen frei, als e.V. zu firmieren. Das kann nach Aufgabe der subjektiven Theorie aber nicht richtig sein: Zugang zu § 21 BGB haben nur solche Einrichtungen, die nicht in die drei genannten Typenklassen wirtschaftlicher Vereine fallen. Rechtsdogmatisches Ziel der Unterscheidung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein ist es nicht, möglichst vielen Einrichtungen Zutritt zur Rechtsform des Idealvereins zu gewähren²⁶, sondern – umgekehrt – unternehmerisch tätige Einrichtungen auf geeignetere Rechtsformen außerhalb des Vereinsrechts zu verweisen oder ihnen im Ausnahmefall die Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB zu verleihen.

Das Argument des OLG könnte höchstens im Rahmen des § 22 BGB wirken. Dem sich wirtschaftlich betätigenden Verein wäre es dann mangels Gläubigergefährdung ausnahmsweise nicht zuzumuten, sich einer alternativen Rechtsform des Handelsrechts zu bedienen. Stattdessen könnte er die Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB als Wirtschaftsverein erlangen²⁷. Zu bedenken wäre dabei freilich, dass allein die öffentliche Finanzierung oder die Möglichkeit, privaten Versicherungsschutz einzukaufen, die Unzumutbarkeit der Wahl einer der handelsrechtlichen Rechtsformen jedenfalls dann schwerlich begründen kann, wenn die öffentliche Finanzierung und die Möglichkeit, Versicherungsschutz zu erlangen, auch den handelsrechtlichen Rechtsformen offen stehen²⁸.

8. Anonymer Kunde oder engagiertes Mitglied?

Erbringt ein Verein seinen Mitgliedern gegenüber Leistungen, kann es in bestimmten Fällen an einer klassischen Kunde-Dienstleister-Beziehung zwischen dem Mitglied und dem Verein fehlen. Solange die Beziehung rein personalistisch geprägt ist, die Mitgliedschaft also nicht auf einen kundenähnlichen Charakter²⁹ reduziert ist, sind die Mitglieder als Gläubiger nicht schutzwürdig. Unternehmer (= Verein) und Kundschaft (= Mitglieder) sind ja identisch. Man wird in diesen Fällen nicht von einem entgeltlichen Leistungsaustausch auf einem inneren Markt sprechen können. § 22 BGB ist dann nicht berührt und der Verein bleibt Idealverein³⁰, der die Interessen der sonstigen Gläubiger (Lieferanten,

Kreditgeber etc.) nicht stärker gefährdet, als dies auch bei anderen Idealvereinen der Fall ist.

Auf den Betrieb von Kitas bezogen, würde dies bedeuten, dass von einer entgeltlichen Tätigkeit i. S. eines echten Leistungsaustausches zwischen Kita-Verein und Mitglied auf einem inneren Markt nicht die Rede sein kann, wenn die Mitglieder sich lediglich zusammenschließen, um gemeinsam die Kinderbetreuung, regelmäßig auf der Grundlage besonderer gemeinsamer Überzeugungen und Erziehungsmethoden³¹, zu übernehmen und überdies durch eine entsprechende Satzungsgestaltung die nötige Einflussnahme und Teilhabe aller Mitglieder sichergestellt ist – z. B. durch Einstimmigkeitserfordernisse oder zumindest hohe Quoren und qualifizierte Mehrheitserfordernisse, durch umfassende Zuständigkeiten der Mitgliederversammlung, Verpflichtungen zur Mitarbeit im Alltag etc.

Ein schönes Beispiel für solch kleine Einrichtungen sind die in Berlin unter den Begriffen „Kinderläden“ und „Elterninitiativtagesstätten“ bekannten Elternzusammenschlüsse. Hier-bei handelt es sich um Einrichtungen, die von Eltern zum Zweck der gemeinsamen wechselseitigen Betreuung ihrer meist nicht mehr als insgesamt 20 Kinder selbst verwaltet werden. Die gezahlten Mitgliedsbeiträge stellen sich in diesen Fällen nicht als von anonymen Kunden geleistete Entgelte für die Inanspruchnahme von Betreuungsleistungen dar. Die Beiträge finanzieren vielmehr die von den Eltern erbrachten gemeinsamen Erziehungs- und Verwaltungsleistungen³². Die Eltern sind dann Dienstleister und Kunde zugleich. Mit anderen Worten: Ohne sie geht nichts. Der Verein wird dann nicht als fremder Dienstleister wahrgenommen und kann daher Idealverein sein, sofern sich das personalistische Element eindeutig aus der Satzung ergibt und deren Änderung nur nach Maßgabe des § 71 BGB möglich ist³³.

Trotz diverser Mängel in der Begründung kommt das OLG daher möglicherweise zu einem richtigen Ergebnis – jedenfalls dann, wenn man annehmen will, dass es sich bei der in Frage stehenden Kita tatsächlich – und anders als im vom KG Berlin³⁴ entschiedenen Fall – um eine Kleinsteinrichtung handelte, die nur dazu diente, dass die beteiligten Mitglieder sich gegenseitig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern konnten. Ob das OLG tatsächlich von einem solchen Sachverhalt ausgehen durfte, ist allerdings etwas zweifelhaft: In der aktuellen Praxis ist es nämlich gang und gäbe, dass vor Jahrzehnten errichtete Elterninitiativen heute eine respektable Größe erreicht haben, was die Zahl ihrer Mitglieder, der zu betreuenden Kinder, der Erzieher/innen und das Vermögen des Vereins angeht. War nicht ggf. auch der hier betroffene Verein schlicht und ergreifend daran interessiert, nach 30 Jahren Wachstum nunmehr die

gewandelten tatsächlichen Verhältnisse (von einer kleinen Initiative zu einem größeren Kindergarten) in seiner Satzung abzubilden?

Das Registergericht wird den Sachverhalt also weiter aufzuklären haben, um entscheiden zu können, ob sich der eintragungsfähige Idealverein zwischenzeitlich nicht zum nicht-eintragungsfähigen Wirtschaftsverein weiterentwickelt hat. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass bei einer Zahl zu betreuender Kinder von über 20 das personalistische Element häufig schon in den Hintergrund rücken wird³⁵, wenn die durch die größere Zahl von Kindern und Mitgliedern sehr schnell entstehende Anonymität und Passivität der Mitglieder nicht durch spezielle gemeinsame, alle Mitglieder verbindende, Überzeugungen oder durch besonderes persönliches Engagement, z. B. durch sonstige Einflussnahme auf die Geschicke des Vereins, ausgeglichen werden können. Ein solcher Ausgleich gelingt aber wohl nicht durch die Vereinbarung einer Arbeitsleistung von lediglich zehn Stunden pro Jahr für die „Verwaltung und Instandhaltung der Kindertagesstätte“, so wie es die Vereinssatzung im vom OLG zu entscheidenden Fall vorsah. Zehn Stunden pro Jahr sind nicht einmal zwei volle Arbeitstage pro Jahr. Ein solch geringer Zeiteinsatz stellt sicherlich kein besonders hohes zeitliches Engagement der Eltern dar. Auch die vorliegend bestehende Möglichkeit, sich ersatzweise der Arbeit durch Geldzahlung an den Verein zu entziehen, dürfte nicht gerade Zeugnis für enge persönliche Bande zwischen den Eltern und dem Verein sein. Dass vorliegend die Betreuungsleistungen selbst überhaupt nicht Gegenstand der Arbeitspflichten („Verwaltung und Instandhaltung“) waren, die Eltern sich mithin ausschließlich auf angestellte Erzieher/innen verließen, wird man ebenfalls als Indiz für das Vorliegen einer typischen Kita mit einer klar ausgeprägten Kundendienstleister-Mentalität werten dürfen. Gemeinsame Kindererziehung in einem Personenverbund sieht m. E. anders aus.

9. Gemeinnützigkeitsrecht

Aus der Tatsache, dass der Verein als gemeinnützig anerkannt war, will das OLG auf die Einstufung als Idealverein schließen. Wie schon an anderer Stelle dargestellt, verschafft der Gemeinnützigkeitsstatus allein einer Einrichtung aber keinen Zugang zu § 21 BGB³⁶. Der zwingende Schluss von der Gemeinnützigkeit auf das Fehlen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs im Vereinsrecht ist schlicht und ergreifend falsch. Lediglich bei Betätigungen, die im gemeinnützigkeitsrechtlichen Sinn ausschließlich die ideelle Sphäre eines Vereins ansprechen, in der Leistungen also kostenfrei erbracht werden, mag der Schluss gerechtfertigt sein. Sobald ein gemeinnütziger Verein aber einen steuer-

pflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i. S. der §§ 14, 64 AO oder einen Zweckbetrieb gemäß den §§ 65 ff. AO (z. B. Altersheime, Krankenhäuser, Kindergärten, Behindertenwerkstätten, Museen, Theater etc.) unterhält, geht die Gleichsetzung gemeinnütziger Verein = Idealverein fehl. Und es sind regelmäßig gerade diese Fälle, die die Gerichte zu entscheiden haben.

Tatsächlich ist der umgekehrte Schluss zu ziehen: Sobald in steuerlicher Hinsicht von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gemäß § 14 AO auszugehen ist – Zweckbetriebe mit eingeschlossen – ist auch ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im vereinsrechtlichen Sinne anzunehmen. Sofern das Nebentätigkeitsprivileg in einem solchen Fall nicht eingreift, weil die Einrichtung von ihrem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bzw. Zweckbetrieb dominiert wird (sog. zweckbetriebsdominierte Einrichtungen), kommt eine Eintragung als Idealverein dann nicht in Betracht.

§ 14 AO definiert den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im steuerlichen Sinn als „eine selbständige nachhaltige Tätigkeit, durch die Einnahmen oder andere wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich.“³⁷ Die steuerrechtliche Definition gleicht weitestgehend derjenigen im Rahmen der §§ 21, 22 BGB zur Bestimmung des vereinsrechtlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs³⁸. Sinn und Zweck des § 14 AO ist es, Tätigkeiten, die wettbewerbsneutral sind, von Tätigkeiten abzugrenzen, die (potenziell) im Wettbewerb zu Tätigkeiten der gewerblichen Konkurrenz stehen. Aus Gründen der Wettbewerbsneutralität des Staates müssen Letztere gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 KStG, § 3 Nr. 6 Satz 2 GewStG der (partiellen) Besteuerung unterworfen werden. Wenn der Rechtsanwender über § 14 AO aber zu dem Ergebnis kommt, dass eine Tätigkeit in einem potenziellen Wettbewerb zu Konkurrenten steht, und die die Tätigkeit entfaltende Körperschaft daher gezwungen ist, unternehmerisches Risiko auf sich zu nehmen, um im Wettbewerb zu bestehen, ist eine mögliche Gläubigergefährdung nicht von der Hand zu weisen³⁹. Damit ist dann aber auch unmittelbar der Schutzzweck der §§ 21, 22 BGB berührt. Der Verein kann dann Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Konzessionierung gemäß § 22 BGB erlangen oder muss sich auf die handelsrechtlichen Rechtsformen verweisen lassen⁴⁰.

10. Nebentätigkeitsprivileg

Ein an sich als Wirtschaftsverein zu qualifizierender Verein kann ausnahmsweise aufgrund des Nebentätigkeitsprivilegs⁴¹ doch eintragungsfähig sein, wenn sich

die wirtschaftliche Betätigung nur als Nebentätigkeit des Vereins darstellt. Vorliegend konnte sich der Kita-Verein hierauf allerdings nicht berufen – die einzige Betätigung des Vereins bestand nämlich in dem Betrieb der Kindertagesstätte. Der Verein war damit ausschließlich (sozial-)wirtschaftlich tätig.

Zu einem anderen Ergebnis kommt das OLG – mit der bereits oben erwähnten Begründung, die Mitglieder seien der Kita nicht wie gewöhnliche Kunden gegenübergetreten, sondern hätten die Kita als gemeinsames Projekt zur gemeinsamen Erziehung ihrer Kinder verstanden. Nimmt man an, dass der vom OLG zu entscheidende Fall tatsächlich eine solche Kleinsteinrichtung zum Gegenstand hatte, bedürfte es einer Berufung auf das Nebentätigkeitsprivileg freilich gar nicht. Der Verein wäre dann nämlich mangels Unternehmertätigkeit von vornherein Idealverein⁴².

11. Fazit

Trotz der zahlreichen Mängel in der Begründung liegt das OLG richtig mit dem Hinweis darauf, dass es eine pauschale Antwort auf die Frage, ob ein Verein Idealverein oder wirtschaftlicher Verein ist, nicht geben kann. Der Senat hat auch Recht, wenn er in Kleinsteinrichtungen, in denen es den Mitgliedern um eine Art Selbstverwaltung durch erhebliches persönliches Engagement geht⁴³, mangels einer typischen Dienstleister-Kunde-Beziehung noch Idealvereine erblickt. In dem Hinweis auf diesen Gesichtspunkt liegt der eigentliche Verdienst der Entscheidung des OLG, die offenbar von dem Wunsch getragen ist, kleine Initiativen gegen eine zu pauschale Anwendung der typologischen Abgrenzungsmethode in Schutz zu nehmen. Die Frage, wann man von derlei Kleinsteinrichtungen sprechen kann, ist damit freilich noch nicht beantwortet. Ich meine, dass traditionell als „Kinderläden“ bezeichnete Einrichtungen mit bis zu ca. 20 Kindern, die auf das intensive persönliche Engagement der Eltern zwingend angewiesen sind, regelmäßig noch Idealvereine sind. Diese Kleinsteinrichtungen sollten dann auch auf eine exakte Formulierung ihrer Satzungsregelungen achten. In ihrer Satzung müssen sie die Grundlage für das bei ihnen dominierende personalistische Element legen.

Bei größeren Einrichtungen wird das personalistische Element hingegen nur selten überwiegen – gleich, ob die Eltern noch zusätzlich ein paar Stunden pro Monat oder Jahr Vereinsarbeit zu erbringen haben oder überhaupt kein persönliches Engagement zeigen. Ohne ausreichendes hauptamtliches Erzieher- und Verwaltungspersonal kommen größere Einrichtungen nicht aus. Sie stehen im Wettbewerb mit anderen Einrichtungen und werden von den Eltern als echter Dienstleister wahrge-

nommen. Die Eltern selbst wiederum verstehen sich als Kunden und stellen entsprechende Ansprüche an den Kita-Betreiber. Einrichtungen, in denen die gemeinsame Erziehung der Kinder nicht ganz überwiegend durch die Eltern selbst erbracht wird, sind daher weiterhin am strengen Maßstab des KG Berlin zu messen. Betroffene Vereine sollten sich also auf Diskussionen mit ihrem Registergericht einstellen, sowohl im Fall von Neugründungen als auch bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen (z. B. Abspaltungen u. Ä.) und – so wie im Fall des OLG – bei Satzungsänderungen bzw. -neufassungen.

25 W 35/10, DNotZ 2011, 634, BeckRS 2011, 07425 (Filmvorführungen).

3



Winheller, DStR 2012, 1562 ff.

4



BFH v. 12. 7. 2012, I R 106/10, DStR 2012, 1912. Dass eine Kita wirtschaftlich tätig ist, ist für den BFH übrigens so selbstverständlich, dass er hierauf gar nicht näher eingeht. Der BFH konzentriert sich stattdessen auf den Prüfungspunkt, ob wegen der möglichen Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten gemäß § 4 Abs. 5 KStG ausnahmsweise ein Betrieb gewerblicher Art ausscheidet.

5



Rechtsanwalt *Stefan Winheller*, LL.M. Tax (USA), ist Fachanwalt für Steuerrecht und Geschäftsführer der WINHELLER Rechtsanwaltsgesellschaft mbH mit Hauptsitz in Frankfurt a. M. Die Kanzlei berät bundesweit Nonprofit-Organisationen und die öffentliche Hand. Eine erste Anmerkung zum Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG, auf der der vorliegende Beitrag aufbaut, ist in Nonprofitrecht aktuell (NPR) 2013, 28 ff. erschienen.

1



KG Berlin v. 18. 1. 2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62, BeckRS 2011, 07424.

2



In jüngster Zeit hat sich die Rechtsprechung in folgenden Fällen gegen eine Eintragung als Idealverein ausgesprochen: Thüringer OLG v. 30. 10. 2012, 9 W 415/12, juris (entgeltliche Gestattung von Wege- und Leitungsrechten); AG Lemgo v. 16. 8. 2012, 6 AR 77/12, BeckRS 2012, 20977 (Kapitalanlegerverband); Schleswig-Holsteinisches OLG v. 18. 4. 2012, 2 W 28/12, NZG 2013, 145 (Vermietung von sozial verantwortbaren Wohnungen); KG Berlin v. 7. 3. 2012, 25 W 95/11, DStR 2012, 1195 (Klavierkonzertveranstaltungen); OLG Karlsruhe v. 30. 8. 2011, 14 Wx 51/11, BeckRS 2011, 28268 (Betrieb eines Schwimmbads); KG Berlin v. 20. 1. 2011,

FG Hamburg v. 5. 2. 2013, 3 K 74/12, EFG 2013, 956, BeckRS 2013, 94847 (Rev. anhängig beim BFH, II R 11/13). Auch das FG Hamburg thematisiert die Frage, ob eine Kita wirtschaftlich tätig ist, nicht. Es geht wie selbstverständlich davon aus.

6



























KG Berlin v. 18. 1. 2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62, BeckRS 2011, 07424.

7



Das Registergericht hatte dem Verein lediglich seine Rechtsauffassung dargelegt. Trotz erteilter Rechtsmittelbelehrung lag mithin keine mit der Beschwerde anfechtbare Zwischenverfügung vor. Kostennachteile musste der Verein gleichwohl nicht hinnehmen, da er durch die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung zu dem Rechtsmittel veranlasst worden war.

- 8  Grundlegend: *K. Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 ff., 343 ff.; *ders.*, AcP 182 (1982), 1 ff.; *ders.*, Rpfleger 1988, 45 ff. Heute h. M. in Literatur und Rspr., vgl. statt aller: *Palandt*, BGB, 72. Aufl. 2013, § 21 Rn. 3 ff.
- 9  Vgl. zu allem die eingängige Übersicht bei *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth, BeckOK, Std. 1. 5. 2013, § 21 Rn. 93 ff.
- 10  In gemeinnützigkeitsrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass es sich beim Betrieb einer Kindertagesstätte gar nicht um einen gemeinnützigen Zweck gemäß §§ 52 ff. AO handelt, sondern lediglich um die Art und Weise der Umsetzung des eigentlichen Zwecks „Jugendhilfe und Erziehung“ gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7 AO. Vgl. zur korrekten Formulierung die Mustersatzung in Anlage 1 zu § 60 AO.
- 11  Seit langem überholt, vgl. u. a. *K. Schmidt*, NJW 1988, 2574, 2576; *ders.*, Rpfleger 1988, 45, 46 f., der die Satzungsformulierung „Der Zweck des Vereins ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ in vereinsrechtlicher Hinsicht zu Recht als reine „Beschwörungsformel“ abtut, vgl. *ders.*, Rpfleger 1988, 45, 49; *ders.*, AcP 182 (1982), 1 ff., 31, 39 f. Anderes gilt freilich im Steuerrecht, vgl. § 2 der Mustersatzung in Anlage 1 zu § 60 AO. Siehe zur subjektiven Theorie und zu den heute ebenfalls nicht mehr relevanten objektiven und gemischten Theorien auch *Schöpflin*, (Fn. 9), § 21 Rn. 91 f.
- 12  *K. Schmidt*, NJW 1988, 2574, 2576; *ders.*, Rpfleger 1988, 45, 46; *ders.*, AcP 182 (1982), 1 ff., 31. *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 123 und 130.
- 13  *K. Schmidt*, Rpfleger 1988, 45, 46 (Privatschule) – allerdings in Bezug auf den Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereins: „Ob [das planmäßige entgeltliche Anbieten von Leistungen am Markt] aus ideellen oder materiellen Motiven geschieht, ist belanglos. Eine Privatschule als Verein wäre hiernach eintragungsunfähig.“
- 14  KG Berlin v. 18. 1. 2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62, BeckRS 2011, 07424; vgl. *Winheller*, DStR 2012, 1562 ff.
- 15  Es hätte nahe gelegen, sich (auch) mit neueren Entscheidungen zu befassen, z. B. mit LG Hamburg v. 7. 10. 1985, 71 T 39/85, NJW-RR 1986, 417 (Durchführung von Lehrgängen), in der das Gericht die Bedeutung der tatsächlichen Tätigkeiten des Vereins betont.
- 16  *Stöber/Otto*, Hdb. zum Vereinsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 79 Fn. 8.
- 17  *Reichert*, (Fn. 12), Rn. 123 und 130. Das OLG zitiert mit Rn. 114 offenbar eine Vorauflage.
- 18 

- 19 Wohl a. A. *Schöpflin*, (Fn. 9), § 21 Rn. 100, m. w. N. 
- 20 So auch *K. Schmidt*, Rpfleger 1988, 45, 47. 
- 21 Siehe auch *Werner*, ZStV 2013, 145. 
- 22 BVerwG v. 24. 4. 1979, 1 C 8/74, NJW 1979, 2261. 
- 23 Vgl. *K. Schmidt*, AcP 182 (1982), 1, 36 ff. 
- Vgl. zur geplanten „kleinen Genossenschaft“ (sog. Kooperationsgesellschaft (haftungsbeschränkt)), die sich wie die gemeinnützige Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) insbesondere für kleine Einrichtungen anbietet, den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft und zum weiteren Bürokratieabbau bei Genossenschaften v. 8. 3. 2013, http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Gesetz_zur_Einfuehrung_der_Kooperationsgesellschaft_und_zum_weiteren_Buerokratieabbau_bei_Genossenschaften.pdf?_blob=publicationFile (17. 8. 2013). 
- 24 S. hierzu unten Gliederungspunkt 8. 
- 26 *K. Schmidt*, NJW 1988, 2574, 2577. Anders aber LG Hamburg v. 17. 2. 1988, 71 T 79/85, NJW 1988, 2617 und auch OLG Celle v. 1. 10. 1975, 9 Wx 5/75, NJW 1976, 197; vgl. zu OLG Celle *K. Schmidt*, AcP 182 (1982), 1, 40: „absonderliche, aber aufschlussreiche Begründung“. Anderes gilt selbstverständlich auch unter Berücksichtigung des Nebentätigkeitsprivilegs, s. u. unter Gliederungspunkt 10. 
- 27 Das war allerdings die Folge der früheren h. M., der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie, wonach ein Verein (erst) dann ein wirtschaftlicher Verein war, wenn er mittels eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs wirtschaftliche Ziele verfolgte, vgl. *Schöpflin*, (Fn. 9), § 21 Rn. 92. 
- 28 Siehe bereits oben unter Gliederungspunkt 6. 
- 29 Siehe zur öffentlichen Finanzierung § 25 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 des Schleswig-Holsteinischen KiTaG. 
- 30 *Reuter*, in: MüKo-BGB, Band 1, 6. Aufl. 2012, §§ 21, 22 Rn. 33. 
- 31 *K. Schmidt*, Rpfleger 1972, 343 ff., 347 f.; LG Gießen v. 23. 8. 1999, 7 T 207/99, Rpfleger 2000, 24, BeckRS 1999, 12211. 

Siehe hierzu BVerwG v. 6. 11. 1997, 1 C 18/95, NJW 1988, 1166.

50 Mitgliedern, allerdings in einem ganz anderen Wirtschaftsbereich (arbeitsmedizinische Betreuung von Arbeitnehmern der Mitglieder), für unbedenklich hält.

32



Solch kleine Einheiten werden selbst in Berlin weiterhin problemlos in das Vereinsregister eingetragen, vgl. z. B. AG Charlottenburg v. 29. 2. 2012, 95 AR 165/12 B (n. v.) und v. 2. 4. 2012, VR 9675 B (n. v.): „Die Eintragung eines Vereins, der eine Kindertagesstätte betreibt, kann nur erfolgen, wenn es sich um eine Elterninitiativtagesstätte handelt. (...) [D]ie Eltern teilen sich die Betreuung der Kinder, indem jedes Elternteil durch Putzdienst, Kochdienst, Einkaufsdienst usw. aktiv mitarbeitet.“ Eine Mustersatzung hält der Dachverband Berliner Kinder- und Schülerläden e.V. (DaKs) bereit: www.daks-berlin.de (17. 8. 2013). Ob diese Mustersatzung den hier geforderten Anforderungen gerecht wird, soll im Rahmen dieses Beitrags nicht näher geprüft werden. Jedenfalls enthält sie kein qualifiziertes Mehrheitserfordernis für Zweckänderungen, so dass für Zweckänderungen § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB eingreift (Einstimmigkeit aller Mitglieder erforderlich, auch der nicht anwesenden).

36



Winheller, DStR 2012, 1562, 1563 f.; bestätigend *Werner*, ZStV 2013, 145, 146.

37



Die Vorschrift verlangt zwar eine Betätigung am Markt, lässt aber eine solche an einem inneren Markt genügen, vgl. *Klein*, AO, 11. Aufl. 2012, § 14 Rn. 6.

38



Zur Letzteren grundlegend *K. Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 ff., 291 ff. Das steuerliche Merkmal der „Nachhaltigkeit“ ist zwar enger als der subjektive vereinsrechtliche Begriff der „Planmäßigkeit“, vgl. *Franz*, Grundlagen der Besteuerung gemeinnütziger Körperschaften bei wirtschaftlicher Betätigung, 1991, S. 151. Das weitere Merkmal der „Dauerhaftigkeit“ in der vereinsrechtlichen Definition dürfte den Unterschied aber wieder ausgleichen.

33



Hierzu *K. Schmidt*, Rpfleger 1972, 343 ff., 348 mit Hinweis auf die ansonsten drohende schleichende und unentdeckte Entwicklung eines Idealvereins zu einem Wirtschaftsverein.

39



Vgl. auch *Reuter*, (Fn. 29), §§ 21, 22 Rn. 33.

34



KG Berlin v. 18. 1. 2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62, BeckRS 2011, 07424.

40



Reuter, (Fn. 29), §§ 21, 22 Rn. 42 a. E. meint hingegen, „[d]er Rückgriff auf die Begrifflichkeit des Steuerrechts zum Zweck der Vereinsklassenabgrenzung [sei] ... schon im Ansatz verfehlt“. Er bezieht diese Aussage aber darauf, dass der steuerrechtliche wirtschaftliche Geschäftsbetrieb gemäß § 14 AO von der passiven Vermögensver-

35



Vgl. auch LG Gießen v. 23. 8. 1999, 7 T 207/99, Rpfleger 2000, 24, das die Zahl von

waltung abzugrenzen ist, wohingegen im Vereinsrecht vermögensverwaltende Tätigkeiten mit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten i. S. des § 22 BGB zählen können, vgl. *Reuter*, (Fn. 29), §§ 21, 22 Rn. 15, m. w. N. *Reuter* ist zuzugeben, dass der steuerliche wirtschaftliche Geschäftsbetrieb selbstverständlich nicht deckungsgleich ist mit dem vereinsrechtlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Letzterer dürfte weiter sein als der steuerrechtliche Begriff.

41



Statt „Nebenzweckprivileg“, vgl. *Reichert*, (Fn. 12), Rn. 160 ff., *K. Schmidt*, AcP 182 (1982), 18 f. Fn. 101 a. E.

42



Siehe bereits oben unter Gliederungspunkt 8.

43



Werner, ZStV 2013, 145 spricht anschaulich von „Gemeinschaftsleistungen“.

