

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Vorschriften:

§§ 21, 22 BGB, 1 KiTaG SH, 382 Abs. 4 FamFG

Leitsätze:

1. Ob ein Verein, dessen Zweck der Betrieb einer Kindertagesstätte gemäß § 1 Kindertagesstättengesetz Schleswig-Holstein ist, auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.
2. Das Registergericht hat dabei zu prüfen, ob satzungsgemäß ein ideeller oder sonstiger nicht wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird und der Verein auch nicht tatsächlich einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, also eine unternehmerische Tätigkeit, beabsichtigt oder verfolgt.
3. Allein daraus, dass die Personensorgeberechtigten nach § 25 Abs. 3 S. 1 KiTaG SH einen angemessenen Beitrag zu den Kosten der Kindertageseinrichtungen zu entrichten haben, ergibt sich jedenfalls nicht, dass der Betrieb einer Kindertagesstätte als unternehmerische Tätigkeit einzuordnen ist.

2 W 152/11

VR 297 OD Amtsgericht Lübeck



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem Vereinsregisterverfahren

betreffend **Kindergarten ... e. V.**,

- Verfahrensbevollmächtigter: Notar W. (...) -

hat der 2. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch (...) am 18. September 2012 beschlossen:

Die Beschwerde des Betroffenen vom 15. September 2011 gegen die Verfügung des Amtsgerichts Lübeck – Vereinsregister – vom 17. August 2011 wird als unzulässig verworfen.
Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der Betroffene ist seit dem 17. November 1978 in das Vereinsregister eingetragen, davon seit dem 22. Februar 2007 unter dem jetzigen Namen „Kindergarten (...) e. V.“. Zum Vereinszweck heißt es in der zuletzt am 27. Oktober 2009 neugefassten und am 11. Juli 2010 in das Vereinsregister eingetragenen Satzung in Übereinstimmung mit der Gründungssatzung in Ziff. 2:

„2. Zweck

2.1 Der Zweck des Vereins ist die Betreuung von Klein- und Vorschulkindern zur Förderung der Chancengleichheit in der Schule.

2.2 Er ist auf demokratischer Grundlage aufgebaut und sieht ausschließlich und unmittelbar seine Aufgabe im Sinn des Abschnittes „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung. Der Verein darf keine Personen durch Verwaltungsaufgaben, die dem Zweck des Vereins fremd sind, oder durch unverhältnismäßige hohe Vergütung begünstigen. Der Verein ist selbstlos und gemeinnützig tätig; er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke.

2.3 Etwaige Gewinne dürfen nur für satzungsmäßige Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder erhalten keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln des Vereins. Mitglieder oder Dritte, die Kinder betreuen, erhalten eine angemessene Aufwandsentschädigung.“

Der geschäftsführende Vorstand und der Vorstand im Sinne des § 26 BGB besteht nach Ziff. 9 der Satzung aus dem Vorsitzenden oder der Vorsitzenden, Kassiererin oder Schriftführerin. Je zwei von ihnen können den Verein vertreten. Derzeit sind im Vereinsregister seit dem 2. Mai 2011 als 1. Vorsitzende K. B. und als Schriftführerin D. M. sowie bereits seit dem 29. Mai 2009 als Kassenwartin H. K. im Vereinsregister eingetragen.

Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 7. Juli 2011 – URNr. 326/2011 des Notars W. – meldeten H. K. und D. M. die Neufassung der Satzung auf einer außerordentlichen Mitgliederversammlung des Vereins vom 16. Juni 2011 gemäß den Beschlüssen zu TOP 2 des der Anmeldung beigefügten Protokolls zur Eintragung im Vereinsregister an.

In der neugefassten Satzung, für deren weiteren Inhalt auf das zu den Registerakten eingereichte Dokument Bezug genommen wird, heißt es zum Zweck des Vereins nunmehr

„2. Zweck

2.1. Zweck des Vereins ist der Betrieb einer Kindertagesstätte gem. § 1 KiTaG Schleswig-Holstein. Er erfüllt die Ziele Grundsätze der §§ 4 und 5 KiTaG Schleswig-Holstein.

2.2 Der Verein ist selbstlos tätig; er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Er verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts „steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung. Die Mitglieder erhalten keine Zuwendungen aus Mitteln des Vereins. Der Verein darf keine Person durch Ausgabe, die dem Zweck des Vereins fremd sind oder durch unverhältnismäßige Vergütungen begünstigen.“

Weiter enthält die neugefasste Satzung u. a. folgende Regelungen:

„3. Aktive Mitgliedschaft, Eintritt

3.1. Mitglied des Vereins können Personen werden, deren Kind in einer Kindergruppe des Vereines betreut wird und die insoweit das Personensorgerecht für das zu betreuende Kind haben.

(...)

4. Fördernde Mitglieder

4.1. Fördernde Mitglieder können natürliche und juristische Personen werden.

4.2. Fördernde Mitglieder haben auf der Mitgliederversammlung kein Stimmrecht, es sei denn, von der Abstimmung ist die Höhe der Beiträge der fördernden Mitglieder abhängig oder es solle eine Zweckänderung des Vereins erfolgen.

5. Probemitgliedschaft

5.1. Probemitglied des Vereins kann werden, dessen Kind probeweise durch den Verein betreut wird und Mitglied gemäß 3.1 der Satzung werden kann.

(...)

6. Rechte und Pflichten der Mitglieder

(...)

6.3. Alle Vereinsmitglieder beteiligen sich nach persönlichem Leistungsvermögen und individuellen Fertigkeiten an der Verwaltung und Instandhaltung der Kindertagesstätte. Grundsätzlich ist jedes Mitglied verpflichtet, hierfür 10 Arbeitsstunden innerhalb eines Jahres aufzuwenden. Der Vereinsvorstand bestimmt nach Anhörung der Mitglieder den Zeitpunkt der Ableistung dieser Arbeitsverpflichtung. Wird die Arbeitsverpflichtung nicht erfüllt, ist der Verein berechtigt, von dem nicht leistenden Mitglied eine Ersatzleistung in Geld zu verlangen.

(...)

11. Mitgliederversammlung

11.1. Die in den ersten 3 Monaten jeden Jahres stattfindende ordentliche Mitgliederversammlung beschließt über die Beiträge (Beitragsordnung), die Höhe der Ersatzleistungen gemäß 6.3. der Satzung,

(...)

11.3. Die Mitgliederversammlung hat das Recht, alle den Verein betreffenden Entscheidungen an sich zu ziehen und hierüber abzustimmen. Die Mitgliederversammlung entscheidet über das pädagogische Konzept der Kindertagesstätte nach Anhörung des Beirats gemäß 10. (...)

12. Mitgliedsbeiträge, Ersatzleistungen

(...)

12.2. Über die Höhe der Mitgliedsbeiträge für aktive und fördernde Mitglieder entscheidet die Mitgliederversammlung.

12.3. Der Vorstand ist berechtigt, im Einzelfall eine abweichende Entscheidung zu treffen. Hiervon ist der Mitgliederversammlung zu berichten.

(...)

Mit Schreiben vom 17. August 2011, das nicht ausdrücklich als Zwischenverfügung bezeichnet und nicht mit einer Frist zur Behebung von Hindernissen, jedoch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen worden ist, hat die Rechtspflegerin des Amtsgerichts Lübeck mitgeteilt, dass der Anmeldung nicht entsprochen werden könne. Bei der Anmeldung der Neufassung der Satzung erstreckte sich die Prüfung des Registergerichts auf den gesamten Inhalt der Neufassung, ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit die Neufassung mit der bisherigen Fassung übereinstimme. Denn die Neufassung einer Satzung bedeute rechtlich die Aufhebung der bisherigen Satzung im Ganzen. Nach Änderung des § 2 (Zweck) der Satzung in den Betrieb einer Kindertagesstätte handele es sich bei dem Verein um einen wirtschaftlichen Verein. Das Registergericht knüpft dabei an eine Entscheidung des Kammergerichts vom 18. Januar 2011 – 25 W 14/10 – DNotZ 2011, 632 ff., an und führt u. a. aus, der planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung sei grundsätzlich eine entgeltliche unternehmerische Betätigung, was nicht zuletzt die vielen Kindergärten in Form einer GmbH zeigten. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst komme es nicht an. Die Inanspruchnahme von staatlichen Subventionen oder Fördermitteln könne ein weiterer Hinweis auf die Wirtschaftlichkeit sein. Bisher sei nicht ersichtlich, dass der Betrieb einer Kindertagesstätte unter das sogenannte Nebenzweckprivileg des Vereins falle. Sollte die weitere Prüfung erge-

ben, dass der Verein einen wirtschaftlichen Betrieb unterhalte, sei der Eintragungsantrag zurückzuweisen und eine Amtslöschung nach § 395 FamFG vorzunehmen. Der beglaubigende Notar hat in seiner Erwiderung vom 15. September 2011 die Auffassung vertreten, dass die Verfügung vom 17. August 2011 noch keine Entscheidung darstelle, obwohl sie eine Rechtsmittelbelehrung enthalte. Vorsorglich hat er gegen die Verfügung Beschwerde eingelegt.

Er macht geltend, der Betroffene habe zuletzt am 12. Juli 2011 einen Freistellungsbescheid erhalten, nach dem er gemeinnützig sei. Dazu legt er den Bescheid des Finanzamtes Stormarn für die Jahre 2008 bis 2010 zur Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer vor, in dem es heißt, dass der Betroffene nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG von der Körperschaftssteuer und nach § 3 Nr. 6 GewStG von der Gewerbesteuer befreit sei, weil er „*ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO dient*“. Unter der Überschrift „*Hinweis zur Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen*“ heißt es:

„*Die Körperschaft fördert folgende gemeinnützige Zwecke:*

- *Förderung der Jugendhilfe*
- *Förderung der Erziehung*

Die Satzungszwecke entsprechen § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 04 und 07 AO.“

Die vom Amtsgericht zitierte Entscheidung des Kammergerichts betreffe ein Familienzentrum, das neben anderen Aktivitäten wohl auch eine Tagesbetreuung von Kindern und Jugendlichen anbiete und damit deutlich weitergehende Geschäftszwecke verfolge. Anders als bei dem Betroffenen sei in dem Berliner Fall eine Anerkennung als gemeinnützig durch die Finanzverwaltung nicht erfolgt. Deshalb habe es das Kammergericht ausdrücklich offen gelassen, ob anderenfalls das Nebenzweckprivileg, wie in einer seiner früheren Entscheidungen (NZG 2005, 360, 361) für einen solchen Fall angenommen, zum Tragen komme.

Berechtigterweise seien bisher in Schleswig-Holstein derartige Kindergartenvereine als Idealvereine angesehen worden. Die öffentliche Struktur und der gesetzlich vorgegebene Mindeststandard der Kindertagesstättenplätze würden wesentlich durch solche Vereine erfüllt, die in vertraglichen Beziehungen zu den Städten, Gemeinden und Kreisen in Schleswig-Holstein stünden. Eine zwangsweise Auflösung dieser Vereine würde zu nicht absehbaren Komplikationen führen. Auch bei einer Neufassung der Satzung sollte insoweit „Bestandsschutz“ gewährt werden. Durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen würde die Bindung zwischen Kindertagesstätte und Eltern (Vereinsmitgliedern) leiden und es würden zusätzliche Geschäftskosten anfallen.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde gegen „die formelle Zwischenverfügung“ vom 17. August 2011 mit Beschluss vom 5. Oktober 2011 nicht abgeholfen. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit durch die Finanzverwaltung könne allenfalls ein Indiz für die Entscheidung sein, ob ein Verein wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich sei. Auch wenn der Verein einmal aus einer Elternselbsthilfegruppe entstanden sei, erfordere eine Änderung des Vereinszwecks eine Prüfung darauf, ob sich der Betroffene von einem Idealverein bzw. nicht wirtschaftlichen Verein zu einem wirtschaftlichen Verein entwickelt habe. Nach wie vor sei nicht ausreichend dargelegt, welche nicht wirtschaftlichen Betätigungen der Betroffene neben dem Betrieb der Kindertagesstätte ausübe bzw. in welcher Form die Unterhaltung der Kindertagesstätte hinter den übrigen Aktivitäten zurückstehe, d. h. im Nebenzweckprivileg betrieben werde. Dass die Löschung des Vereins zu weitreichenden gesellschaftlichen Problemen führen könne, weil die gewünschte Kinderbetreuung zu den bisherigen Konditionen nicht mehr möglich sei und ggf. höhere Kosten verursachen werde, sei vom Registergericht

nicht zu berücksichtigen. Insoweit müsse die Politik, ggf. durch eine Gesetzesänderung, Abhilfe schaffen.

II.

1. Die Beschwerde gegen die Verfügung des Registergerichts vom 17. August 2011 ist unzulässig. Denn es fehlt bislang an einer Entscheidung des Registergerichts, die nach §§ 382 Abs. 4 S. 2, 58 ff. FamFG mit der Beschwerde angefochten werden könnte.

Wenn eine Anmeldung zur Eintragung in das Register unvollständig ist oder der Eintragung ein durch den Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht, hat das Registergericht dem Antragsteller nach § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG eine angemessene Frist zu dessen Beseitigung zu setzen. Die Zwischenverfügung dient dazu, einem Eintragungsantrag zum Erfolg zu verhelfen. Diese Voraussetzungen erfüllt die Verfügung vom 17. August 2011 nicht.

Es fehlt bereits an der für eine anfechtbare Zwischenverfügung nach dieser Bestimmung zwingend erforderlichen Fristsetzung zur Beseitigung des Hindernisses.

Tatsächlich verfolgt die Verfügung auch nicht das Ziel, ein der Eintragung entgegen stehendes konkretes Hindernis aus der Welt zu schaffen. Vielmehr vermittelt sie – gestützt auf die zitierte Entscheidung des Kammergerichts – die Rechtsauffassung des Registergerichts, dass der Betrieb einer Kindertagesstätte eine entgeltliche unternehmerische Betätigung sei, dies den Betroffenen zu einem wirtschaftlichen Verein mache und er deshalb nach §§ 21, 22 BGB nicht aufgrund Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen könne. Auch wenn mit der Verfügung dem Betroffenen Gelegenheit zu Darlegungen gegeben worden ist, welche nicht wirtschaftlichen Betätigungen er ausübt, geht das Registergericht auf der Grundlage des erklärten Satzungszweckes gerade nicht von einem behebbaren Hindernis aus. Ein Schreiben mit diesem Inhalt ist ungeachtet der erteilten Rechtsmittelbelehrung keine anfechtbare Zwischenverfügung (vgl. Senat, Beschlüsse vom 1. Februar 2012 – 2 W 192/11 –, FGPrax 2012, 126 und vom 18. April 2012 – 2 W 28/12 –, NZM 2012, 623, jeweils m.w.N.; OLG Nürnberg, FGPrax 2012, 155 für das Grundbuchverfahren; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 11. Aufl., Kap. 10.4.8. Rn. 606; Keidel/Heinemann, FamFG, 17. Aufl., § 382 Rn. 22 m. w. N.).

Die Verfügung vom 17. August 2011 ist auch nicht deswegen mit der Beschwerde anfechtbar, weil sie den Hinweis enthält, der Verein sei ggf. gemäß § 395 FamFG aus dem Vereinsregister von Amts wegen zu löschen. Weder enthält das Schreiben schon die *konkrete* Ankündigung einer beabsichtigten Löschung, noch ist – wie es § 395 Abs. 2 FamFG zwingend vorschreibt – eine angemessene Frist zum Widerspruch gesetzt. Überdies zielt der Widerspruch nach § 395 FamFG nicht auf Überprüfung der Rechtsauffassung des Registergerichts durch das Beschwerdegericht ab, sondern auf eine Widerspruchsentscheidung durch das Registergericht. Erst gegen den Beschluss, durch den der Widerspruch durch das Registergericht zurückgewiesen wird, ist alsdann die Beschwerde nach § 58 FamFG statthaft, vgl. § 395 Abs. 3 i. V. m. § 393 Abs. 3 S. 2 FamFG.

2. Der Senat ist mangels einer anfechtbaren Zwischenverfügung derzeit an einer Sachentscheidung gehindert. Gleichwohl sieht er sich für die im weiteren Verfahren vorzunehmende Prüfung zu einigen Hinweisen veranlasst.

- a. Der Senat hat die Voraussetzungen für die Eintragung eines sog. Idealvereins in das Vereinsregister, die er in ständiger Rechtsprechung seinen Entscheidungen bisher zugrundelegt hat, in der oben bereits zitierten Entscheidung vom 18. April 2012 – 2 W 28/12 – wie folgt zusammengefasst:

Nach § 21 BGB erlangt ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister. Dagegen kann ein Verein mit dem Zweck eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes dieses Ziel nach § 22 BGB nur durch staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit erlangen.

Der Grund dafür, dass nur nicht wirtschaftliche Vereine in das Vereinsregister eingetragen werden können, liegt insbesondere in dem Ziel, die Sicherheit des Rechtsverkehrs und den Gläubigerschutz zu gewährleisten (vgl. nur BGHZ 45, 395; 85, 84; Senat, NJW-RR 2001, S. 1478; Rpfleger 2010, S. 669 f.; FGPrax 2011, S. 34 ff.). Das Vereinsrecht enthält nämlich insbesondere keine Vorschriften zur Sicherung der Kapitalaufbringung und -erhaltung und keine privatrechtlichen Bilanzierungsvorschriften (K. Schmidt, Rpfleger 1988, S. 46). Wirtschaftliche Vereine können daher nur nach § 22 BGB die Rechtsfähigkeit erlangen und müssen ansonsten auf andere Rechtsformen, insbesondere der Kapitalgesellschaften oder der eingetragenen Genossenschaft, zurückgreifen (K. Schmidt, a. a. O.). Ein eingetragener Verein soll nicht in einer Weise am Rechtsverkehr teilnehmen, die vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes ein Handeln mit unbeschränkter Haf-

tion oder einen Betrieb in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft bzw. einer Genossenschaft erfordert (Senat, Rpfleger 2010, S. 669 f.).

Für die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Vereinen folgt der Senat in ständiger Rechtsprechung – mit der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur – der von K. Schmidt begründeten typologischen Methode (Senat, OLGR Schleswig 1997, S. 12; NJW-RR 2001, S. 1478; Rpfleger 2010, S. 669 f.; FGPrax 2011, S. 34 ff. – jeweils m. w. N.; K. Schmidt, a. a. O., S. 45 ff.).

Dabei ist von drei Grundtypen von Vereinen auszugehen, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist: Nicht nach § 21 BGB eintragungsfähig ist zunächst der Volltypus des unternehmerischen Vereins, der an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet. Ferner betrifft dies den Verein mit einer derartigen unternehmerischen Tätigkeit an einem inneren, aus den Mitgliedern bestehenden Markt. Schließlich ist auch ein Verein auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, der eine genossenschaftliche Kooperation betreibt, also von seinen Mitgliedern mit ausgegliederten unternehmerischen Teilaufgaben betraut wird (vgl. nur Senat, jeweils a. a. O.; K. Schmidt, a.a.O., S. 45 ff.; Weick in: Staudinger, 2005, § 21 Rn. 6 ff.).

Nicht maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Wirtschaftsvereinen und Idealvereinen ist jedenfalls, ob der Verein eine Gewinnerzielungsabsicht hat (Senat, OLGR Schleswig 1997, S. 12; Rpfleger 2010, S. 669 f.; BayObLGZ 1985, S. 283 ff.; 1989, S. 124 ff.; OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, S. 1698 f.; K. Schmidt, a. a. O., S. 46 f.). Maßgeblich ist vielmehr, dass Wirtschaftsgüter planmäßig und gegen Entgelt angeboten werden, und zwar unabhängig davon, ob das Entgelt nur Kosten deckend oder sogar Verlust bringend ist (Senat, OLGR Schleswig 1997, S. 12; BayObLGZ 1985, S. 283 ff.; OLG Celle, Rpfleger 1992, S. 66 f.; KG, DNotZ 2011, S. 632 ff. [Anmerkung: Auf diese Entscheidung stützt sich vorliegend das Registergericht]; zu der besonderen Ausgestaltung der Entgeltlichkeit beim dritten Typus des wirtschaftlichen Vereins vgl. Senat, Rpfleger 2010, S. 669 f., juris Rn. 27; K. Schmidt, a. a. O., S. 46).

Wenn nach der Einordnung in einen der drei Typen von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen ist, steht dies nur dann der Eintragung in das Vereinsregister nicht entgegen, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit als bloßer Nebenzweck in den Dienst des Hauptzwecks gestellt wird (so genanntes Nebenzweckprivileg, vgl. nur BGHZ 85, 84; Senat, NJW-RR 2001, S. 1478; K. Schmidt, a. a. O., S. 46).

b. Nach diesen Maßstäben spricht viel dafür, dass der Betroffene ein nicht wirtschaftlicher Verein ist.

aa) Auszugehen ist von der Satzung, die für eine nicht unternehmerische Tätigkeit spricht und dies gerade auch in der jetzt geänderten Form tut.

Nach Ziff. 2.1. der Satzung ist Zweck des Vereins der Betrieb einer Kindertagesstätte gemäß § 1 Kindertagesstättengesetz Schleswig-Holstein (KiTaG), wobei der Betroffene die Ziele und Grundsätze der §§ 4 und 5 KiTaG erfüllt.

Kindertageseinrichtungen nach § 1 KiTaG sind nach der gesetzlichen Legaldefinition in Abs. 1 sozialpädagogische Einrichtungen, in denen Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr und in begründeten Einzelfällen darüber hinaus ganztags

oder für einen Teil des Tages regelmäßig gefördert werden. Zu den Kindertageseinrichtungen im Sinne des Gesetzes gehören nach § 1 Abs. 1 S. 2 KiTaG Kindertagesstätten und kindergartenähnliche Einrichtungen.

Zweck des Kindertagesstättengesetzes ist nach § 3 Abs. 1 die Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und der Tagespflege nach den §§ 22 bis 26 SGB VIII. Nach § 22 Abs. 3 SGB VIII und § 4 Abs. 1 S. 1 KiTaG haben die Kindertagesstätten einen eigenen Betreuungs-, Erziehungs- und Bildungsauftrag.

Dabei gehört zu den Zielen des in § 2 der Satzung des Betroffenen in Bezug genommenen § 4 KiTaG, die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu unterstützen und das leibliche, seelische und geistige Wohl des Kindes zu fördern (§ 4 Abs. 1). Dies geschieht vor allem durch die Förderung der individuellen Selbst-, Sozial- und Lernkompetenz und orientiert sich an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Kindes (§ 4 Abs. 1 S. 3). Gemäß § 4 Abs. 2 KiTaG sind in den Kindertagesstätten insbesondere diejenigen Fähigkeiten entsprechend dem jeweiligen Alter und Entwicklungsstand zu unterstützen und weiterzuentwickeln, die die Kinder im täglichen Leben benötigen, mit denen die Kinder ihre Erfahrungen verarbeiten und Selbständigkeit gewinnen können und die Kinder im Zusammenleben mit anderen Menschen brauchen. Behinderungen, Beeinträchtigungen und Benachteiligungen eines Kindes sollen durch gemeinsame Erziehung aller Kinder und durch individuelle Hilfe ausgeglichen oder verringert werden (§ 4 Abs. 4 S. 1 KiTaG).

Nach den Grundsätzen des § 5 KiTaG, auf den in § 2 der Vereinssatzung in Bezug genommen worden ist, sollen Kinder entsprechend ihrem Entwicklungsstand und unter dem Aspekt der Ganzheitlichkeit betreut, erzogen und gebildet werden, wobei einzelne pädagogische Maßnahmen immer auf die Gesamtentwicklung des Kindes bezogen sein sollen (Abs. 1). Bei den Bildungsvorgängen sind u. a. die kulturellen Erfahrungen und Lebensbedingungen der Kinder einzubeziehen (Abs. 2). Der Übergang zur Schule und die Förderung schulpflichtiger Kinder sollen durch eine am jeweiligen Entwicklungsstand und der Alterssituation der Kinder orientierte Zusammenarbeit mit der Schule erleichtert werden (Abs. 6). Nach Abs. 8 soll die Arbeit in den Kindertagesstätten die Gleichberechtigung von Mädchen und Jungen, von Kindern mit unterschiedlichen Fähigkeiten und von unterschiedlicher sozialer Herkunft sowie das Zusammenleben von Kindern unterschiedlicher nationaler und kultureller Herkunft fördern. Dabei sollen nach Abs. 9 behinderte und nicht behinderte Kinder in Kindertagesstätten gemeinsam gefördert werden.

Der Satzungszweck zielt danach auf nicht wirtschaftliche, ideelle Ziele ab.

Dementsprechend ist anerkannt, dass Vereine mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Bildung und Erziehung in der Regel nicht wirtschaftliche Zwecke im Sinne des § 21 BGB verfolgen, wie zum Beispiel Trägervereine von Kinderkrippen, Kindergärten, Kinderhorten und Jugendzentren (Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, Kap. 4.1.4. Rn. 114; OLG Hamburg OLGE 15, 323 und Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 10. Aufl., Rn. 79 Unterpunkt 20, jeweils für einen Schulverein).

bb) Dafür, dass nach der eingangs dargestellten typologischen Methode gleichwohl einer der Grundtypen vorliegt, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, hat das Vereinsregistergericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Der bislang bekannte Sachverhalt spricht eher dagegen.

Dem Volltypus des unternehmerischen Vereins ist der Betroffene schon deshalb nicht zuzuordnen, weil er nicht Leistungen an einem äußeren Markt anbietet, sondern, soweit ersichtlich, nach Ziff. 3.1. und Ziff. 5.1. der Satzung nur die Kinder von Mitgliedern (aktive Mitglieder oder Probemitglieder, die das Personensorgerecht für das zu betreuende Kind haben) in einer Kindergruppe des Betroffenen betreut werden. Der Betroffene will also auf einem inneren, aus den aktiven Mitgliedern und Probemitgliedern bestehenden Markt tätig werden.

Das Registergericht ist, ohne dies näher zu begründen, davon ausgegangen, dass der Betroffene dabei gleichwohl eine unternehmerische Tätigkeit ausübt, weil er seine Leistungen entgeltlich anbietet. Zur unternehmerischen Betätigung hat es Feststellungen indes bislang nicht getroffen. Es stützt sich dabei ersichtlich nur auf die zitierte Entscheidung des Kammergerichts. Das Kammergericht kommt in seinem Beschluss – ausgehend von der sicherlich zutreffenden Annahme, dass ideelle Zwecke kommerzialisiert werden können – zu dem Schluss, das Angebot von Leistungen zur Kinderbetreuung gegen Entgelt stelle eine unternehmerische Tätigkeit dar. Sollte dies tatsächlich in dieser Allgemeinheit im Sinne eines Automatismus zu verstehen sein, so vermag der Senat dem nicht zu folgen. Allerdings geht auch der Senat in seiner eingangs wiedergegebenen Entscheidung – mit dem Kammergericht der herrschenden Meinung folgend – davon aus, dass das planmäßige Anbieten von Wirtschaftsgütern gegen Entgelt in der Regel auf eine unternehmerisches Tätigwerden schließen lässt. Indes darf bei der Abgrenzung nicht in Vergessenheit geraten, dass die zur Abgrenzung aufgestellten Kriterien helfen sollen, Vereine zu identifizieren, deren Hauptzweck es ist, ein Unternehmen zu betreiben oder wie ein Unternehmen am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen.

Der Prüfung im Einzelfall, ob durch den tatsächlichen Betrieb der Kindertagesstätte durch den Betroffenen in der gewählten Form der Schutzzweck des § 22 BGB – die Gewährleistung der Sicherheit des Rechtsverkehrs und des Schutzes der Gläubiger – überhaupt berührt ist, ist das Registergericht jedenfalls durch die einfache Feststellung, die Leistung werde gegen Entgelt angeboten, nicht entzogen. Bei der Prüfung dürfen die besonderen Wertungen, die der Landesgesetzgeber mit den Regelungen des KiTaG getroffen hat, nicht unberücksichtigt bleiben.

Bereits die Aufzählung der möglichen Träger in § 9 Abs. 1 KiTaG spricht deutlich dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Kindertagesstätten, die von einer Elterninitiative betrieben werden, auch weiterhin in der Form eines eingetragenen Vereins organisiert sein können. Nach dieser Bestimmung können Kindertageseinrichtungen errichtet und betrieben werden von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, insbesondere den Kirchen und Religionsgemeinschaften öffentlichen Rechts sowie den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege und den Elterninitiativen (Nr. 1), Gemeinden, Ämtern und Zweckverbänden als öffentliche Träger (Nr. 2), den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe (Nr. 3) und anderen Trägern, insbesondere Wirtschaftsunternehmen, privatgewerblichen Trägern und nicht anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe (Nr. 4). Mit Elterninitiativen in § 9 Abs. 1 Nr. 1 KiTaG hat der Gesetzgeber zweifellos die in großer Zahl bestehenden Kindergartenvereine gemeint, die von Eltern betrieben werden, und nicht etwa von Eltern gegründete Kapitalgesellschaften, die unter Nr. 4 der Regelung besondere

Erwähnung gefunden haben.

Unternehmerisch orientierte Kindertageseinrichtungen, die das Kammergericht angelehnt auch an eine Spiegel-Online-Veröffentlichung mit Beispielen aus dem Raum Berlin belegt, spielen in Schleswig-Holstein schon deshalb keine entscheidende Rolle, weil derartige, unter § 9 Abs. 1 Nr. 4 KiTaG fallende Einrichtungen gemäß § 25 Abs. 1 KiTaG keine staatliche Förderung erhalten (vgl. dazu Otto/Am Wege, Kindertagesstättengesetz Schleswig-Holstein, 4., Aufl., § 9, Anm. 1).

Sollte sich erweisen, dass es sich bei dem Betroffenen um eine Kindertageseinrichtung handelt, die in den Bedarfsplan des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach § 7 Abs. 1 KiTaG aufgenommen worden ist und deren Betriebskosten nach § 25 Abs. 1 KiTaG finanziert werden, stellt sich die Frage, ob der für einen wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB maßgebende Aspekt der Gewährleistung des Gläubigerschutzes überhaupt berührt ist. Bei Verträgen mit anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KiTaG, die in einen Bedarfsplan nach § 7 Abs. 1 KiTaG aufgenommen worden sind und die eine finanzielle Förderung nach § 25 KiTaG erhalten, – in Abgrenzung zu Verträgen mit Trägern nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 KiTaG – dürften die Gläubiger im Regelfall geschützt sein, weil die Betriebskosten dieser Kindertagesstätten gemäß § 25 Abs. 1 KiTaG durch Zuschüsse des Landes, Teilnahmebeträge oder Gebühren, Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und Zuschüsse der Gemeinden aufgebracht werden. Sie sind damit in der Regel faktisch zu 100 % gedeckt. Denn für die Finanzierung der Betriebskosten tragen die Gemeinden eine besondere Verantwortung. Sie haben gemäß § 8 Abs. 1 KiTaG dafür Sorge zu tragen, dass die im Bedarfsplan vorgesehenen Kindertageseinrichtungen geschaffen und betrieben werden. Gemäß § 25 Abs. 4 KiTaG schließen die Standortgemeinden mit den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, zu denen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KiTaG insbesondere auch Elterninitiativen gehören, für den Fall, dass die Kindertageseinrichtungen in den Bedarfsplan aufgenommen sind, schriftliche Vereinbarungen über die Finanzierung und die die Finanzierung betreffenden Angelegenheiten ab. Zwar hat der Gesetzgeber seine ursprüngliche Absicht fallen gelassen, die besondere Verantwortung der Gemeinden für den Betrieb der im Bedarfsplan vorgesehenen Kindertagesstätten dadurch zu unterstreichen, dass die Gemeinden die Verantwortung für die Sicherstellung der Gesamtfinanzierung durch Verträge über die Restkostenabdeckung für alle Einrichtungen zu gewährleisten hatten. In der Praxis wird der besonderen Verantwortung der Gemeinden gleichwohl vielfach dadurch Rechnung getragen, dass die Gemeinden die Gesamtfinanzierung sicherstellen, indem sie mit dem Träger der Einrichtung eine schriftliche Vereinbarung schließen, in der sie sich zur Restkostenabdeckung verpflichten (vgl. dazu Otto/Am Wege, a.a.O., § 25 KiTaG, Anm. 16). Soweit die Finanzierung der Betriebskosten in dieser Weise gewährleistet sein sollte, können Gläubiger mit ihren Forderungen von vornherein nicht ausfallen.

Personen- und Vermögensschäden, die durch den Betrieb der Kindertagesstätte entstehen können, werden in der Praxis regelmäßig durch den Abschluss entsprechender Versicherungen abgedeckt sein.

Dafür, dass der Betroffene in einen Bedarfsplan nach § 7 KiTaG aufgenommen

worden sein könnte, könnte der Umstand sprechen, dass er auf der Internetseite der Gemeindeverwaltung von (...) in der Übersicht der in (...) vorhandenen Kindertagesstätten aufgelistet ist. Letztlich wird das Registergericht dazu Feststellungen treffen können.

Anderes folgt nicht etwa aus § 25 Abs. 3 S. 1 KiTaG, wonach die Personensorgeberechtigten einen angemessenen Beitrag zu den Kosten der Kindertageseinrichtungen zu entrichten haben. Daraus lässt sich nicht etwa i.S.d. vorbeschriebenen Automatismus der Schluss auf eine unternehmerische Betätigung ziehen. Aus dem Gesamtkontext dieser Bestimmung zu § 25 Abs. 1 KiTaG und § 7 KiTaG ergibt sich, dass dies nur für solche Kindertageseinrichtungen gilt, die in den Bedarfsplan des örtlichen Trägers der Jugendhilfe nach § 7 Abs. 1 KiTaG aufgenommen worden sind, was nach § 7 Abs. 3 S. 6 KiTaG Voraussetzung für eine finanzielle Förderung nach den §§ 23, 25, 25 a und 30 KiTaG ist. Durch § 25 Abs. 2 S. 1 KiTaG soll sichergestellt werden, dass Eltern, die ihre Kinder in einer Kindertageseinrichtung betreuen lassen, deren Betriebskosten aus Mitteln der öffentlichen Hand bezuschusst wird, sich auch selbst in angemessener Weise an den Betriebskosten beteiligen.

Allerdings kann es bei einer wirtschaftlichen Innenmarktbetätigung zu Zuordnungsschwierigkeiten kommen hinsichtlich der Frage, ob angebotenen Leistungen gleichsam eine Gegenleistung zu den von den Mitgliedern entrichteten Beiträgen sind oder ob der Verein seine Leistungen hiervon unabhängig anbietet bzw. erbringt (vgl. Reichert, a. a. O., Rn. 139). Wird – wie hier – kein Wirtschaftsgut im engen Sinne angeboten, sondern nach dem Satzungszweck in erster Linie der gesetzliche Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungszweck, den das Kindertagesstättengesetz als Aufgabe einer Kindertagesstätte normiert, verfolgt, ist in diesem Zusammenhang auch zu bedenken, dass die Erhebung von Mitgliedschaftsbeiträgen nur Mittel zum Zweck sein kann, welcher nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist (vgl. die oben bereits zitierte Entscheidung des OLG Hamburg OLGE 15, 323 für einen Schulverein). Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang wiederum auf die Systematik des KiTaG. Nach § 9 Abs. 2 muss der Träger in der Lage sein, eine geeignete und bedarfsgerechte Kindertageseinrichtung zu schaffen und angemessene Eigenleistungen zu erbringen. Dazu dienen Mitgliedsbeiträge, aus denen sich u.a. das Vereinsvermögen speist. Eine unternehmerische Betätigung lässt sich daraus nicht ableiten.

cc) Weiter wird das Registergericht zu prüfen haben, ob dem Betroffenen nicht doch das sog. Nebenzweckprivileg zu Gute kommt. Wirtschaftstätigkeit des Vereins hindert seine Eintragungsfähigkeit nicht, solange das Vereinsleben infolge des Einflusses übereinstimmender Mitgliederinteressen durch nicht wirtschaftliche Interessen bestimmt bleibt (so Reuter in MüKo, BGB, 6. Aufl., § 22 Rn 20).

Auch hier ist wieder von den gesetzgeberischen Grundgedanken des KiTaG auszugehen. Der daraus über die Bezugnahme in der Satzung abzuleitende, vom Betroffenen verfolgte ideelle Zweck ist eingangs bereits ausführlich herausgearbeitet worden. Dass er das Vereinsleben prägen kann, ergibt sich aus der Entwicklung des Betroffenen und weiteren Bestimmungen der Satzung.

Der Betroffene ist aus einer Elterninitiative hervorgegangen. Typischerweise

schließen sich darin Eltern zusammen, die nicht einem Träger als Kunden und Abnehmer einer "Dienstleistung" Kinderbetreuung gegenüber treten wollen. Vielmehr vertreten und verwirklichen sie mit besonderem persönlichem Engagement eigene Vorstellungen und Konzepte und schließen sich gerade dazu zusammen. Dieser Zweck wirkt auch bei dem Betroffenen offenbar fort.

Wie seinem Internetauftritt zu entnehmen ist, handelt es sich offenbar um eine kleine Einrichtung mit starker aktiver Elternbeteiligung und kleinen Gruppen.

Nach Nr. 11.3 der Satzung entscheidet die Mitgliederversammlung über das pädagogische Konzept nach Anhörung des Beirats. Nach Nr. 6.3 der Satzung gehört es zu den Pflichten der Mitglieder, sich nach persönlichem Leistungsvermögen und individuellen Fertigkeiten an der Verwaltung und Instandhaltung der Kindertagesstätte zu beteiligen, wobei jedes Mitglied grundsätzlich 10 Arbeitsstunden innerhalb eines Jahres aufzuwenden hat. Dies alles sind Indizien, die dafür sprechen, dass es sich bei dem Betroffenen nach wie vor um eine „echte“ Elterninitiative handelt, bei der das persönliche Engagement der Eltern bei dem Betrieb der Kindertagesstätte im Vordergrund steht, und die Eltern dem Verein nicht nur als anonymer Kundenstamm gegenüber stehen.

dd) Bei der Abgrenzung, ob ein nicht wirtschaftlicher oder wirtschaftlicher Verein vorliegt, wird das Registergericht auch zu würdigen haben, dass der Betroffene nach Ziff. 2.2 der geänderten Satzung nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt, sondern ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts „steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung.

Da die Anerkennung steuerbegünstigter gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke erfordert, dass die Tätigkeit und die tatsächliche Geschäftsführung der Körperschaft auf die Förderung oder Unterstützung solcher Zwecke gerichtet sind (vgl. Art. 52 bis 54 AO), spricht dies eher für eine nicht wirtschaftliche Tätigkeit als Hauptzweck (vgl. zum Indizwert der Satzung Terner DNotZ 2011, 636). Denn ein gemeinnütziger Zweck des Vereins ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet (Stöber/Otto, a. a. O., Rn. 76).

Allerdings muss der Vorstand, der einen Verein oder die Neufassung einer Satzung mit einem geänderten Satzungszweck zur Eintragung anmeldet, dem Registergericht die Überzeugung verschaffen, dass die ideelle oder sonstige nicht wirtschaftliche Zweckangabe in der eingereichten Satzung zutrifft und dass der Verein nicht in Wirklichkeit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, also eine unternehmerische Tätigkeit beabsichtigt oder verfolgt. Ist dies nicht bedenkenfrei, so reicht die in der Satzung enthaltene Erklärung, dass der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, nicht aus (Reichert, a. a. O., Kap. 4.1.3. Rn. 112). Denn damit äußert der Betroffene letztlich nur seine eigene Rechtsauffassung über seine eigene beabsichtigte Tätigkeit, die nur dann für das Registergericht maßgeblich ist, wenn sie mit dem tatsächlichen Vereinszweck vereinbar ist (Senat, Rpfleger 2010, 669).

Indes drängen sich vor dem Hintergrund, dass der Betroffene – wie bereits erwähnt - aus einer Elterninitiative hervorgegangen ist, Zweck des Vereins seit seiner Gründung die Betreuung von Klein- und Vorschulkindern zur Förderung der Chancengleichheit in der Schule ist und dem Betroffenen in der Vergangenheit nach dem vorgelegten Freistellungsbescheid des Finanzamtes vom 12. Juli 2011

bescheinigt worden ist, dass er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zwecken im Sinn der §§ 51 ff. AO dient, solche Bedenken bei dem Betroffenen nicht auf.

Die vorstehenden Umstände sind vielmehr deutliche Indizien dafür, dass der Betroffene in erster Linie nicht wirtschaftliche Zwecke, nämlich die Förderung der Jugendhilfe und Erziehung, verfolgt. Der Freistellungsbescheid weist nämlich zur Ausstellung von Zuwendungsbescheinigungen aus, dass der Betroffene als gemeinnützige Zwecke fördert: „Förderung der Jugendhilfe, Förderung der Erziehungshilfe“. Diese Satzungszwecke entsprechen, wie im Freistellungsbescheid auch ausgeführt, § 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 7 AO. Als Förderung der Allgemeinheit dürfen diese Förderungszwecke nach § 52 Abs. 1, 2 AO u. a. anerkannt werden, wenn die Körperschaft gemeinnützige Zwecke verfolgt. Dies ist der Fall, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Gemäß § 55 AO geschieht eine Förderung selbstlos, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke – verfolgt werden und die weiteren in § 55 AO genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Dann aber ist der Freistellungsbescheid Indiz dafür, dass der Betroffene entsprechend dem Satzungszweck auch tatsächlich gemeinnützige Zwecke verfolgt.

ee) Dem steht die vom Registergericht zitierte Entscheidung des Kammergerichts vom 18. Januar 2011 – 25 W 14/10 – nicht entgegen. Die Beschwerde weist zu Recht darauf hin, dass der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt mit dem hier zu entscheidenden Sachverhalt nicht vergleichbar ist. In jenem Verfahren plante der Betroffene den Betrieb von Betreuungszentren, nämlich die Unterhaltung von Kindergärten, Jugend- und Familienzentren sowie die Durchführung von Veranstaltungen zur Jugendbildung, Familienberatung und von Sportveranstaltungen. Wie den Entscheidungsgründen zu entnehmen ist, war Zweck dabei die entgeltliche Anbietung der Kinderbetreuung gegenüber Dritten (vgl. bei juris Rn. 12 und 13), wobei die Entgelte offenbar durch Dritte, nämlich die Leistungsnehmer und von staatlichen Leistungsträgern des Landes Berlin geleistet werden sollten. Überdies war eine Anerkennung des Vereins, dass ausschließlich steuerbegünstigte gemeinnützige Zwecke i. S. von §§ 51 ff. AO verfolgt werden, gerade noch nicht erfolgt. Ob bei entsprechender Anerkennung ein nicht wirtschaftlicher Verein anzunehmen sei, weil dies dafür spreche, dass das Neben-zweckprivileg nicht überschritten werde, hat das Kammergericht in der zitierten Entscheidung ausdrücklich offen gelassen (bei juris Rn. 16).

c. Ob der Betroffene nach den aufgezeigten Abgrenzungskriterien ein nicht wirtschaftlicher Verein ist, wird im weiteren Verfahren nach ergänzendem Vortrag des Betroffenen auf der Grundlage der vorstehenden Hinweise zu klären sein.

3. Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird nach § 16 KostO abgesehen. Der Betroffene ist durch die in dem Schreiben vom 17. August 2011 erteilte Rechtsmittelbelehrung zu dem Rechtsmittel veranlasst worden (vgl. dazu Senat FGPrax 2012, 126; BayObLG WuM 1995, 70). Obgleich

er zutreffend darauf hingewiesen hat, dass seines Erachtens trotz der Rechtsmittelbelehrung noch gar keine anfechtbare Entscheidung vorliege, und er sein Rechtsmittel deshalb ausdrücklich nur für den Fall eingelegt hat, dass das Registergericht der Auffassung sei, es beinhalte schon eine anfechtbare Entscheidung, hat das Registergericht an seiner Auffassung festgehalten und sein Schreiben vom 17. August 2011 verfahrensfehlerhaft als anfechtbare Zwischenverfügung behandelt.