

## Schwerpunkt **Der Verein als Schulträger**

**Geleitwort**..... 2

**Dokumentation** **Offener Brief an den Bundesjustizminister  
Der Verein als Schulträger – Engagement braucht Sicherheit**  
Tilmann Kern, Geschäftsführer Bundesverband der Freien  
Alternativschulen (BFAS) e.V., Berlin..... 3

**Beiträge** **Die Eintragungsfähigkeit der Träger von Schulen und Kinder-  
tagesstätten als nichtwirtschaftliche Vereine gem. § 21 BGB**  
Prof. Dr. Wolfram Cremer, Ruhr-Universität Bochum  
Prof. Dr. Christiane Wegracht, Hess. Hochschule für Polizei und Verwaltung,  
Fachbereich Verwaltung, Gießen..... 5

**Rechtsprechung** **Auf den Zweck kommt es an!**  
**Rechtsdogmatische Bemerkungen zu vom Berliner Kammergericht  
unterstützten und vom Brandenburgischen Oberlandesgericht verworfenen  
Vereinslöschungsbegehren der Registergerichte**  
Dr. Detlef Hardorp, Berlin..... 16

**Büchertisch** **Zur Problematik der Eintragungsfähigkeit eines Bildungsträger  
als Verein – Ein Blick in „Der eingetragene Verein“**  
Rechtsanwalt und Schulgeschäftsführer Klaus Hesse, Mannheim..... 27

## Geleitwort

Cui bono? Unsere Rechtsordnung garantiert jedem so viel Freiheit wie möglich und, dem entsprechend, so viel Schutz, wie nötig. Wer muss vor dem Idealverein, wenn er Kindergärten und Schulen trägt, geschützt werden? Das Kammergericht Berlin ist offenbar umgetrieben von der Sorge, dass die in der seit über 100 Jahren bewährten Rechtsform des Vereins tätigen Einrichtungen Gläubiger schädigen und im wirtschaftlichen Wettbewerb auf dem Markt ungerechtfertigt privilegiert werden. Nur: Von geschädigten Gläubigern war in diesen über 100 Jahren und auch jetzt nichts Auffälliges zu hören, und eine wirtschaftliche Konkurrenz unter Schulen oder Kindergärten besteht real nicht. Vor dem Wettbewerb der Ideen (pädagogische Konzepte) muss niemand geschützt werden. Oder muss der Idealverein vor sich selbst geschützt werden, wenn er erfolgreich ist und wächst? Die Vereinsmitglieder haben persönlich auch keine wirtschaftlichen Vorteile. Die Beschwerden kommen auch nicht von Gläubigern oder Konkurrenten, sondern von Vereinsregistern. Es geht hier (nur) um einen Theorienstreit: Seit Geltung des BGB wurde die einschlägige Bestimmung des § 21 gleichsam Theorien übergreifend stets so gedeutet, dass bei Vorliegen eines ideellen (Bildungs-)Ziels eine wirtschaftliche Betätigung als unschädliche Nebentätigkeit angesehen wurde. Das KG ändert seine theoretische Grundlage dahingehend, dass ein Verein, sobald er in Verfolgung seiner satzungsmäßigen (ideellen) Ziele unternehmerisch tätig wird, seinen Idealstatus verliert und aus dem Vereinsregister gelöscht werden muss. Schaut man sich in Rechtsprechung und Fachliteratur um, so sind es im wesentlichen zwei Institutionen, die die Auffassung des Kammergerichts vertreten: den Berichtersteller dieses Gerichts und ein einschlägiges Anwaltsbüro. Die Folgen dieser Rechtsprechung sind unverhältnismäßig und nur mit einem Erdbeben zu vergleichen: Das Idealziel Bildung kann nur in wirtschaftlichen Einrichtungen verwirklicht werden. Also müssten sich Hunderte von Trägern dieser Kitas und Schulen in Wirtschaftsunternehmen verwandeln, mit allen für ihre Zielsetzung unangemessenen und nachteiligen Begleitumständen, die das mit sich bringt. Für einen derartigen Umsturz sind der Theoriwechsel und die bisher vorgetragenen Argumente zu dünn begründet; es fehlt ihnen auch jeder reale Anlass.

In diesem Heft werden nach den Beiträgen von STEPHAN MAY (R&B 1/14, S. 11 ff.) und REINALD EICHHOLZ (R&B 3/14, S. 6 ff.) weitere Beiträge zum Thema veröffentlicht. WOLFRAM CREMER und CHRISTIANE WEGRICHT nehmen eine gründliche Normanalyse vor; DETLEV HARDORP äußert sich als Praktiker, Vertreter und Berater von Schulen und Kindergärten, KLAUS HESSE weist auf eine Neuerscheinung hin. Zu wünschen wäre, dass die Gerichte sie zur Kenntnis nehmen und mit der Rechtsprechung des Kammergerichts konfrontieren. Ausdrücklich schließt sich die Redaktion dem Offenen Brief an den Bundesjustizminister und der Meinung von CREMER und WEGRICHT an, in dem zahlreiche einschlägige Verbände und Institutionen eine Klarstellung der Rechtslage fordern, die weitere Zweifel an der derzeitigen Praxis ausschließt.

DIE REDAKTION



## Dokumentation **Offener Brief an den Bundesjustizminister** **Der Verein als Schulträger – Engagement braucht Sicherheit**

TILMANN KERN, GESCHÄFTSFÜHRER BUNDESVERBAND DER FREIEN ALTERNATIVSCHULEN (BFAS) E.V.,  
BERLIN

Freie Schulen, Elterninitiativkitas, Dorfläden, Wohnprojekte, Energiegenossenschaften, Nachbarschaftsinitiativen, ... in vielen kleinen Zusammenschlüssen engagieren sich Tausende Bürgerinnen und Bürger tagtäglich füreinander. Viele dieser Initiativen werden dafür auch wirtschaftlich tätig – in Bereichen, die Staat und Markt nicht füllen – und brauchen dafür Rechtssicherheit.

### Verein als klassische Rechtsform

Der eingetragene Verein ist dabei die klassische Rechtsform für den Zusammenschluss von Menschen, die ein gemeinsames Projekt wie den Betrieb einer Freien Schule verfolgen, das über die unmittelbare Privatsphäre hinausreicht. Unbürokratisch und kostengünstig zu gründen und zu betreiben, auf die gleichberechtigte Zusammenarbeit mehrerer Menschen angelegt, ohne große Hürden für Ein- und Austritte, trotzdem eine gewisse Rechtssicherheit sowohl für intern Mitwirkende als auch für äußere Partner bietend, ist der Verein für ehrenamtlich geprägte Initiativen quasi konkurrenzlos.

Seit einigen Jahren gibt es immer wieder Schwierigkeiten für Vereine, die zur Verfolgung ihrer Ziele auch wirtschaftlich tätig werden.

Die öffentliche Diskussion darüber wird von Großvereinen wie dem ADAC geprägt, betroffen sind aber vor allem kleine Vereine, wie Elterninitiativkitas, Musikvereine und freie Schulen.

Eine unrühmliche Vorreiterrolle spielt dabei das Vereinsregister Berlin, das seit mehreren Jahren neugegründeten Kita- und Schulvereinen, aber auch Kulturvereinen, die Eintragung in das Vereinsregister verweigert, weil es diese als vorwiegend wirtschaftlich ausgerichtete Organisationen begreift.

### Vereine als Schulträger abgelehnt

Es besteht also Handlungsbedarf, weil die naheliegende Rechtsform Verein für kleine solidarisch wirtschaftende Initiativen teils nicht mehr zugänglich ist. Dabei stehen eine rechtliche und politische Klärung an.

Auf dem rechtlichen Parkett haben inzwischen einige Vereine eine Klärung zu ihren Gunsten auch vor Oberverwaltungsgerichten erstreiten können. (siehe <http://www.daks-berlin.de/information/aktuelles/vereinsrecht/index.html>).

In der politischen Arena haben auch die Regierungsfractionen auf Bundesebene den Handlungsbedarf erkannt und deshalb 2013 im Koalitionsvertrag vereinbart: *"Wir wollen die Gründung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement (z. B. Dorfläden, Kitas, altersgerechtes Wohnen, Energievorhaben) erleichtern. Für solche Initiativen soll eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung stehen, die unangemessenen Aufwand und Bürokratie vermeidet."* Die Umsetzung dieses Vorhabens steht noch aus.

Vor dem Hintergrund der Problemstellung haben daher Projekte, Initiativen, Verbände aus dem Bereich der solidarischen Ökonomie, selbstverwalteter Bildungseinrichtungen, das **Bündnis für geeignete Rechtsformen für das Bürgerschaftliche Engagement** gebildet. Manche von uns sind bisher vor allem im Vereinsbereich unterwegs, andere bei den Genossenschaften verortet.

Gemeinsam fordern wir Reformen im Bereich des Genossenschafts- und Vereinsrechts – damit kleine solidarische Initiativen eine sichere Basis haben.

Unsere Forderungen haben wir in einem Offenen Brief an Justizminister HEIKO MAAS zusammengefasst, der hier im Anschluss und auf <http://www.rechtsformen-fuer-engagement.de> einsehbar ist.

### **„Offener Brief**

#### **Rechtsform für das wirtschaftliche bürgerschaftliche Engagement**

*Sehr geehrter Herr Bundesminister Maas,*

*wir wenden uns an Sie, um Sie zu bitten, das Gesetzgebungsverfahren bezüglich einer „geeigneten Rechtsform für das bürgerschaftliche Engagement“ auf den Weg zu bringen.*

*Die unterzeichnenden Verbände, Organisationen und Unternehmen setzen sich seit langer Zeit für eine rechtsichere, unbürokratische Rechtsform für kleine Geschäftsbetriebe im Rahmen des bürgerschaftlichen Engagements ein.*

*Wir sehen hier einen Bedarf, weil*

- Rechtsformen, die üblicherweise für Unternehmen gewählt werden (GmbH, GbR etc.), für wirtschaftliche Selbsthilfe in demokratischen Strukturen meist ungeeignet sind,*
- die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft für Kleinstunternehmen wegen des bürokratischen und finanziellen Aufwands (u.a. der Pflichtprüfung) häufig nicht geeignet ist,*
- die Rechtsform des eingetragenen Vereins wegen der ideellen Ausrichtung nicht mehr für alle Arten von wirtschaftlichen Aktivitäten als zulässig angesehen wird und*
- die Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins nicht flächendeckend von allen Bundesländern gleichermaßen für entsprechende Aktivitäten geöffnet wird.*

*Hinsichtlich der eingetragenen Genossenschaft hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) eine Studie in Auftrag gegeben. Diese attestiert grundsätzlich eine große Zufriedenheit der Genossenschaften mit der Rechtsform, sieht aber auf der anderen Seite für genossenschaftliche Kleinstunternehmungen einen Handlungsbedarf, auch bezüglich der rechtlichen Rahmenbedingungen.*

*Bei den eingetragenen Vereinen gibt es seit einiger Zeit eine große Unsicherheit hinsichtlich der Reichweite des Nebenzweckprivilegs. Manche Vereinsregister legen den Begriff zunehmend restriktiver aus. Hier bedarf es offenbar einer Klarstellung. Für viele Initiativen stellt sich aber jetzt die Frage, welche Rechtsform sie wählen können, wenn der eingetragene Verein nicht (mehr) zulässig ist. Die eingetragene Genossenschaft ist es wegen des höheren Aufwandes meist nicht.*

*Auch der wirtschaftliche Verein ist in aller Regel keine Alternative. Zwar werden in den Bundesländern ohne Probleme im landwirtschaftlichen Bereich Erzeugergemeinschaften als wirtschaftliche Vereine zugelassen, in anderen Bereichen ist eine Zulassung dagegen sehr schwer. Eine Petition beim Deutschen Bundestag, die hier auf eine Änderung abzielte, ist kürzlich vom Bundestag abgelehnt worden.*

*Die Landesjustizminister signalisieren diesen Bedarf ebenfalls und haben am 12. November 2015 einstimmig gefordert, „dass (für) bürgerschaftliches Engagement (...) eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht für diesen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zur Verfügung stehen“ muss.*

*Nachdem nun die Studie einen entsprechenden Bedarf festgestellt hat, die Bundesländer eine entsprechende Bundesgesetzgebung begrüßen würden, ist es an der Zeit, die Vereinbarung im Koalitionsvertrag umzusetzen. Denn dort wurde genau das vereinbart, was wir fordern, nämlich:*

„Wir wollen die Gründung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement (z.B. Dorfläden, Kitas, altersgerechtes Wohnen, Energievorhaben) erleichtern. Für solche Initiativen soll eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung stehen, die unangemessenen Aufwand und Bürokratie vermeidet.“

#### Erstunterzeichner:

Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften e.V.; Bundesarbeitsgemeinschaft der Lebensmittelkooperativen e.V.; Bundesarbeitsgemeinschaft Elterninitiativen (BAGE) e.V.; Bundesverband der Freien Alternativschulen e.V. (BFAS); Bundesverein zur Förderung des Genossenschaftsgedankens e.V.; Dachverband Berliner Kinder- und Schülerläden (DaKS) e.V.; Deutscher LandFrauenverband e.V.; DORV-Zentrum GmbH; Forum Solidarische Ökonomie e.V.; Gemeinwohl-Ökonomie Berlin-Brandenburg e.V.; innova eG; InWest eG; Miethäuser Syndikat; NETZ für Selbstverwaltung und Kooperation Berlin-Brandenburg e.V.; NETZ für Selbstverwaltung und Selbstorganisation e.V.; NETZ Kompetenzzentrum für Selbstverwaltung und Kooperation Berlin-Brandenburg eG; Netz NRW - Verbund für Ökologie und soziales Wirtschaften e.V.; Ouishare Deutschland; STATTBÄU HAMBURG GmbH; Weltladen-Dachverband e.V.; Wogeno München eG; wohnbund e.V.



## Beiträge Die Eintragungsfähigkeit der Träger von Schulen und Kindertagesstätten als nichtwirtschaftliche Vereine gem. § 21 BGB

PROF. DR. WOLFRAM CREMER, RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM

PROF. DR. CHRISTIANE WEGRICHT, HESS. HOCHSCHULE FÜR POLIZEI UND VERWALTUNG,  
FACHBEREICH VERWALTUNG, GIESSEN

### I. Problemaufriss

§ 21 BGB lautet: „Nichtwirtschaftlicher Verein. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.“

Träger von gemeinnützigen Schulen und Kindergärten, die sich als eingetragene Vereine organisieren wollen oder bereits als solche eingetragen sind, sind spätestens seit 2011 mit Judikaten konfrontiert, wonach solche Einrichtungen nicht als Verein i.S.d. § 21 BGB qualifiziert werden können, weil ihre Tätigkeit „auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gem. §§ 21, 22 BGB gerichtet sei. Namentlich das KG Berlin hat – beginnend im Jahr 2011 – die Eintragungsfähigkeit von Vereinen, welche Schulen und Kitas betreiben wollten bzw. bereits betrieben, nach § 21 mehrfach verneint.<sup>1</sup> Im Jahr 2012 bejahte dagegen das OLG Schleswig<sup>2</sup> für einen Verein mit einem Kitabetrieb die Eintragungsfähigkeit, ebenso das OLG Stuttgart im Jahre 2014<sup>3</sup> unter Rekurs auf das sog. Nebenzweckprivileg und schließlich in 2015 das OLG Brandenburg<sup>4</sup>.

1 Beschluss vom 18.01.2011, BeckRS 2011, 07424; Beschlüsse v. 21.02.2011 (25 W 32/10), vom 25.07.2011 (25 W 47/11) und vom 03.02.2012 (25 W 80/11); Urteile vom 16.02.2016 (22 W 71/15 und 2 W 88/14). Grundsätzlich zustimmend WINHELLER, DSstR 2012, 1562; DERS., DSstR 2013, 2009; ablehnend EICHHOLZ, R&B 3/2014, 6; MAY, R&B 1/2014, 11; KELLER/KRAMPEN/KRAMPEN, Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft, 2014, S. 131 f.; MENGES, ZStV 2012, 63; HESSE, R&B 4/2011, 17 (18).

2 BeckRS 2013, 06920 = ZStV 2013, 142.

3 NpoR 2015, 27, hierzu RÖCKEN, npoR 2015, 17.

4 FGPrax 2015, 258 f.



Theorien der  
Auslegung  
des § 21 BGB

Im Zentrum der juristischen Auseinandersetzung steht die Frage, ob solche Vereine auf einen (nicht)wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i.S.v. §§ 21, 22 gerichtet sind und diese mithin als nichtwirtschaftliche oder wirtschaftliche Vereine zu qualifizieren sind, bzw. nach welchen (Einzelfall)kriterien dies zu beurteilen ist. Insoweit ergibt eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur, dass die Auslegung des § 21 und namentlich des Tatbestandsmerkmals „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ durch erhebliche Unsicherheit gekennzeichnet ist, was eine zwanglose Subsumtion von Kitas und Schulen (sowie Internaten) unter die Voraussetzungen der Norm unmöglich macht. Jenseits des an dieser Stelle zurück zu stellenden Nebentätigkeits-<sup>1</sup> oder Nebenzweckprivilegs<sup>2</sup> werden grosso modo mindestens vier (Groß-)theorien vertreten,<sup>3</sup> welche zumeist als subjektive, objektive, gemischt subjektiv-objektive<sup>4</sup> und teleologisch-typologische firmieren.<sup>5</sup> Dabei sind – wie noch zu zeigen sein wird – namentlich die Abgrenzungen zwischen subjektiver und gemischt subjektiv-objektiver Theorie einerseits und objektiver und teleologisch-typologischer Theorie andererseits alles andere als deutlich. Dabei sei bereits an dieser Stelle vorausgeschickt, dass – anders als teils insinuiert<sup>6</sup> – keineswegs Einigkeit darüber besteht, dass sämtliche Theorien jenseits der teleologisch-typologischen (seit Langem) verworfen werden; vielmehr besteht verbreitete Unsicherheit über den Inhalt resp. die Bedeutung der teleologisch-typologischen Theorie.<sup>7</sup> Diese Unsicherheiten prägen nicht zuletzt auch das Bild der Rechtsprechung<sup>8</sup>. Dabei markieren die genannten Entscheidungen des KG Berlin und der OLG Schleswig, Stuttgart und Brandenburg sicherlich nur das vorläufige Ende dieses seit Inkrafttreten des BGB währenden Streits zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein.

Das KG Berlin sieht im Betreiben von Schulen und Kitas jedenfalls (regelmäßig) einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, sodass die jeweiligen Trägervereine keine „Idealvereine“ i.S.v. § 21 BGB sein könnten. Dabei sei der Hauptzweck eines Vereins im Ausgangspunkt „typologisch unter Berücksich-

- 1 So die Terminologie bei JAUERNIG/MANSEL, § 21 Rdnr. 4; MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 25 ff.
- 2 So MüKoBGB/REUTER, § 22 Rdnr. 8; SCHMIDT, Rpfleger 1972, 350; SAUTER, in DERS./SCHWEYER/WALDNER, Der eingetragene Verein, 19. Aufl. 2010, Rdnr. 47.
- 3 Monographisch zur Vereinsklassenabgrenzung WIEDEMANN, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, 1908; STEINER, Der Unterschied der wirtschaftlichen Vereine von den idealen (§§ 21, 22 BGB), 1911; GOLDBERG, Der wirtschaftliche Verein gemäß § 22 BGB, 1933; SCHRADER-ROTTMERS, Der Begriff des wirtschaftlichen Vereins (§ 22 BGB), 1937; SCHMIDT-LEITHOFF, Die Rechtslage der nichteingetragenen Dauergenossenschaft, 1965; PIEL, Wirtschaftliche Interessenverbände als Idealvereine nach schweizerischem und deutschem Recht, 1970; HORNUNG, Der wirtschaftliche Verein nach § 22 BGB, 1972; KNAUTH, Die Rechtsformverfehlung bei eingetragenen Vereinen mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb, 1976; SCHWIERKUS, Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein (§§ 21, 22 BGB), 1981; HEMMERICH, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen, 1982; MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, und als Habilitationsschrift MUMMENHOFF, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979.
- 4 Die Theorie firmiert teils auch als „gemischte Theorie“ oder „subjektiv-objektive Theorie“ (REUTER, ZIP 1984, 1052 [1053]) oder „vermittelnde Theorie“, so K. SCHMIDT, Rpfleger 1972, 286 (286). Vgl. dazu auch FUHRMANN, Ausgliederung der Berufsfußballabteilungen auf eine AG, GmbH oder eG?, 1999, S. 15.
- 5 Kaum Zuspruch hat die von SACK, ZGR 1974, 179, entwickelte Theorie gefunden, wonach § 22 BGB nur den vollkaufmännisch tätigen Verein erfasse. Dazu nur K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (12 m.w.N. in Fn. 52).
- 6 Wie etwa bei OLG Düsseldorf, NZG 1998, 273 (273 f.); OLG Schleswig, NZM 2012, 623 (624); REUTER, ZIP 1984, 1052 (1053).
- 7 Vgl. zu einer ähnlichen Diagnose MüKoBGB/REUTER, § 22 Rdnr. 43; SCHAD, NJW 1998, 2411; MÖHLENKAMP, DB 2004, 2737.
- 8 Siehe neben den zu Schulen und Kitas ergangenen in den Fn. 1-4 zitierten Entscheidungen BVerwG, NJW 1998, 1166 und NJW 1979, 2265; BGH, NJW 1983, 569 (571); OLG Düsseldorf, NZG 1998, 273 (273 f.); BayObLG, NZG 1998, 606 (606); OLG Schleswig, BeckRS 2001, 30153244; KG Berlin, NZG 2005, 360 (361) = NJW-RR 2005, 339 (340).

**Auffassung des  
KG Berlin**

tigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 zu ermitteln.“<sup>1</sup> Sinn und Zweck der §§ 21, 22 sei es, „aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des Nebenzweckprivilegs überschreitet“.<sup>2</sup> Eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 22 liege daran anknüpfend vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig werde, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnehme oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftrete.<sup>3</sup> Nach diesen Grundsätzen könne nicht ausreichend festgestellt werden, dass es sich bei den in Rede stehenden Trägervereinen um „Idealvereine“ handle. Insbesondere soll es zur Bejahung eines „Idealvereins“ nach § 21 BGB nicht ausreichen, „dass ein Zweck verfolgt wird, der ideeller Natur ist“. Solche Zwecke könnten ebenso wie nicht ideelle Zwecke kommerzialisiert werden.<sup>4</sup> Es sei deshalb zu fragen, in welcher Art und Weise der Zweck verfolgt werde. Das KG gelangt insoweit zu folgendem Ergebnis: „Der beabsichtigte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich (...) eine entgeltliche unternehmerische Betätigung, was nicht zuletzt die vielen Kindergärten in Form einer GmbH zeigen. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst kommt es dabei nicht an (...). Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschließlich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger“. Irrelevant sei zudem, ob Ansprüche auf Fördermittel gesetzlich vorgesehen seien, ob ein kostendeckender Betrieb etwa durch die Landeshaushaltsordnung vorgeschrieben sei oder ob Mitglieder des Vereins ehrenhalber ihre Arbeitsleistung anbieten. Allein maßgebend sei, dass nicht als Verein eingetragen werden soll, „wer entgeltlich, auf Dauer und planmäßig Leistungen an Dritte erbringen will, die eine unternehmerische Betätigung darstellen“.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung wird nachfolgend versucht, das äußerst diffuse Spektrum vielfach nebeneinander vagabundierender und nicht miteinander kommunizierender Positionen und Meinungen im Sinne von Großkategorien bzw. -theorien zu systematisieren, die jeweilige Position auf Schulen und Kindertagesstätten anzuwenden und daran anschließend zu bewerten.

## II. Theorienvielfalt

### 1. Subjektive Theorie

Die in der Frühzeit des BGB vorherrschende<sup>5</sup> subjektive Theorie<sup>6</sup> stellt ausschließlich auf den von einem Verein verfolgten Endzweck ab. Sei der

1 Dazu und zum Folgenden KG Berlin, BeckRS 2011, 07424; siehe auch KG Berlin, Beschl. v. 21.2.2011 (25 W 32/10).

2 So auch BGH, NJW 1986, 3201 (3202); insoweit noch ähnlich BVerwG, NJW 1998, 1166.

3 Das KG bezieht sich hierbei auf die drei Gruppen wirtschaftlicher Vereine der Typenlehre von K. SCHMIDT, Rpfleger 1972, 286; DERS., Rpfleger 1972, 343; DERS., Rpfleger 1988, 45; DERS., AcP 182 (1982), 1; DERS., NJW 1983, 543.

4 Das KG scheint mit dieser Formulierung auf wirtschaftliche Zwecke abzustellen. Vgl. zur terminologischen Abgrenzung ideeller und nichtwirtschaftlicher Zwecke MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 19 (Fn. 1); REICHERT, Vereins- und VerbandsR-HdB, 2010, Rdnr. 122.

5 Vgl. zu dieser Einschätzung aus Sicht zweier Zeitgenossen SAMTER, DJZ 1900, 311; LEVIS, DJZ 1901, 479 (480).

6 SAMTER, DJZ 1900, 311; BOLM, Die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 21, 22 BGB), 1908, S. 33 ff.; MATTHIAS, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1900, S. 110; HÖLDER, DJZ 1900, 412 f.; WIEDEMANN, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, 1908, S. 241 ff., 251 ff., 275 ff.; STAUDINGER, SeuffBl. 62 (1897), 305 (318 ff.); HÖLDER, Natürliche und juristische Personen, 1905, Nachdruck 1964, S. 268 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I, § 107 II, S. 643; STAUDINGER/COING, 12. Aufl. 1980, § 21 Rdnr. 4 ff.; GOLDBERG, Der wirtschaftliche Verein gemäß § 22 BGB, 1933, S. 24 ff.; v. BÜLOW, Das Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1912, S. 33 ff.; SCHROIF, Genossenschaftliches Gebilde in der Form des rechtsfähigen Vereins, 1965, S. 192 f.; OLG Hamburg, OLGE 15, 323; OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 416 (417).

**Endzweck des Vereins  
ausschließlich  
entscheidend**

Endzweck eines Vereins ideeller Natur, handele es sich um einen nichtwirtschaftlichen Verein; sei der Endzweck wirtschaftlicher Natur, sei der Verein als wirtschaftlicher zu qualifizieren. Ohne Bedeutung sei demgegenüber, mit welchen Mitteln der Endzweck verfolgt werde. Unerheblich für die Qualifizierung als nichtwirtschaftlicher Verein sei insbesondere, ob der ideelle Endzweck (auch) mittels einer wirtschaftlichen Tätigkeit verfolgt werde.<sup>1</sup> Vereinzelt wird der subjektiven Theorie zugeschrieben, dass sie zur Bestimmung des maßgeblichen Endzwecks allein auf Statut oder Satzung des Vereins abstelle und mithin unberücksichtigt lasse, ob ein Verein tatsächlich (auch oder gar in erster Linie) erwerbswirtschaftlich tätig ist, ergo (unter dem Deckmantel von Statut und Satzung) Gewinnerzielungsinteressen oder wirtschaftliche Vorteile der Mitglieder verfolge.<sup>2</sup> Sieht man die Ausführungen der Vertreter der subjektiven Theorie daraufhin durch, ergibt sich, dass zwar teils auf Satzung und Statut zur Ermittlung des Vereinszwecks abgehoben wird, dies aber oftmals lediglich eine Hilfe ist zu der Frage, wie der Vereinszweck zu ermitteln ist.<sup>3</sup>

Unter Zugrundelegung der subjektiven Theorie sind Schulen, Internate und Kitas in freier Trägerschaft, soweit sie ohne Gewinnerzielungsabsicht (und i.d.R. gemeinnützig i.S.v. § 52 Abs. 1, 2 Nr. 7 AO<sup>4</sup>) arbeiten, nichtwirtschaftliche Vereine i.S.d. § 21. Allein solchen Schulen, Internaten und Kitas, die mit der Dienstleistung „Bildung“ Gewinn erzielen wollen,<sup>5</sup> wäre eine Eintragung nach § 21 BGB zu versagen.

### 2. Objektive Theorie

**Tatsächliche Tätigkeit  
des Vereins  
ausschließlich  
entscheidend**

Die objektive Theorie rekurriert zur Vereinsklassenabgrenzung ausschließlich auf die tatsächliche Tätigkeit des Vereins. Ein wirtschaftlicher Verein liegt nach klassischer Definition danach vor, wenn „die Produktion oder der Umsatz wirtschaftlicher Güter geschäftsmäßig betrieben wird (also nicht nur in Einzelfällen). Die Absicht, dadurch einen Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich.“<sup>6</sup> Ohne Bedeutung für die Vereinsklassenabgrenzung sei insbesondere der vom Verein (mit der Tätigkeit) verfolgte Endzweck.<sup>7</sup> Unter selbsterständlicher Einbeziehung von Dienstleistungen wird etwa formuliert, nach der objektiven Theorie entscheide das Vorhandensein einer durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgewiesenen wirtschaftlichen Vereinstätigkeit über die Zuordnung zur Klasse der wirtschaftlichen Vereine. Eine wirtschaftliche Tätigkeit wiederum liege vor, wenn ein Verein für eine von ihm erbrachte Leistung (von Dritten) eine Gegenleistung erhalte.<sup>8</sup> Ledig-

1 Siehe etwa WIEDEMANN, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, 1908, S. 255; SAMTER, DJZ 1900, 312.

2 Vgl. dazu mit Beispielen etwa FUHRMANN, Ausgliederung der Berufsfußballabteilungen auf eine AG, GmbH oder eG?, 1999, S. 12 f.

3 Wie etwa in den bei FUHRMANN angegebenen Entscheidungen des RG, JW 1931, 3109 (3111) und OLG Hamburg, OLGE 15, 323.

4 § 52 Abs. 1 Satz 1 AO lautet: „Eine Körperschaft verfolgt gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern.“ Gemäß Abs. 2 Nr. 7 ist unter den Voraussetzungen des Abs. 1 die Förderung der Erziehung und die Volks- und Berufsbildung als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen.

5 Mit der Dienstleistung „Bildung“ können und dürfen kommerzielle Geschäfte getätigt werden – dies mag in letzter Zeit auch im Bereich der Kitas – gerade aufgrund des Rechtsanspruchs für Kinder unter drei Jahren – verstärkt der Fall sein. Vgl. z.B. auf den vom KG Berlin benannten Bericht von SUSANNE AMANN, Gute Geschäfte mit der Kita-GmbH, Spiegel-Online v. 05.05.2007, oder die Phorms-Schulen, die eine wirtschaftliche Führung und eine Renditeausschüttung beabsichtigen, s. etwa taz v. 23.02.2010, <http://www.taz.de/!5147099/>.

6 PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 1897, § 21 Anm. 2.

7 V.a. LEVIS, DJZ 1901, 479 (480); PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 1897, § 21 Anm. 2; vgl. die Ausführungen von K. SCHMIDT, Rpfleger 1988, 45, DERS., AcP 182 (1982), 1 (11) und SCHAD, NJW 1998, 2411.

8 Vgl. zu Darstellung und Würdigung der objektiven Theorie auch HECKELMANN AcP 179, 1 (18); MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 23.



lich die Vornahme von (notwendigen) Hilfsgeschäften, wie etwa die Beschaffung von Sportgeräten durch Sportvereine, nicht aber von Nebengeschäften, etwa in Gestalt von Merchandising, sei für die Qualifikation als nichtwirtschaftlicher Verein unschädlich.<sup>1</sup> Später anerkannten die Vertreter der objektiven Theorie zudem ein sog. Nebenzweck- bzw. Nebentätigkeitsprivileg.<sup>2</sup>

Ohne dass die Vertreter der objektiven Theorie sich zur Einordnung der Dienstleistungserbringung in Schulen, Kitas und Internaten verhalten (hätten), wird man wohl annehmen müssen, dass diese Tätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne dieser Theorie zu qualifizieren sind, erhalten die Träger dafür doch eine Gegenleistung, mag diese auch idR zumindest überwiegend nicht von den Leistungsempfängern, sondern vom Staat erbracht werden.

### 3. Subjektiv-objektive Theorie (ehedem h.M.)

Die bis in die 70iger Jahre wohl herrschende<sup>3</sup> subjektiv-objektive Theorie<sup>4</sup> gibt vor, die Schwächen von objektiver und subjektiver Theorie durch deren Kombination kompensiert und sie auf diese Weise versöhnt zu haben. Freilich lassen sowohl die Selbstbeschreibung und -wahrnehmung der Theorie durch die Vertreter derselben als auch (vor diesem Hintergrund wenig überraschend) ihre Fremdbeschreibung keinen (gänzlichen) Konsens über den Inhalt dieser Theorie erkennen bzw. es fehlt den Beschreibungen an Konturenschärfe. Als symptomatisch können insofern die Fremdbeschreibungen von *Claas Fuhrmann* und *Karsten Schmidt* gelten. *Fuhrmann* sieht einen wirtschaftlichen Verein dadurch gekennzeichnet, dass er einen wirtschaftlichen Hauptzweck „hat“ und diesen mittels eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auch tatsächlich verfolgt. Ein nichtwirtschaftlicher Verein sei demgegenüber durch einen ideellen Hauptzweck geprägt, den er auch tatsächlich verfolge.<sup>5</sup> Nach *Schmidt* liegt ein wirtschaftlicher Verein nach der subjektiv-objektiven Theorie nur vor, wenn und weil ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten werde; dieser mache den Verein aber nur zu einem wirtschaftlichen Verein, wenn er in den Dienst eines wirtschaftlichen Hauptzwecks gestellt sei.<sup>6</sup> *Schmidt* merkt dann aber zu Recht an, dass die Theorie resp. die Vertreter derselben nicht recht deutlich machten, ob es (im Falle eines Auseinanderklaffens) letztlich auf den Hauptzweck im Sinne der subjektiven Theorie oder die tatsächlich verfolgte (nicht) wirtschaftliche Haupttätigkeit ankommen soll. Wäre Ersteres der Fall, ist der (maßgebliche) Unterschied zur subjektiven Theorie nicht zu erkennen, käme es dagegen auf die tatsächlich verfolgte wirtschaftliche (Haupt)tätigkeit an, wäre zu fragen, worin – ggf. jenseits der Anerkennung eines Nebentätigkeitsprivilegs – der (maßgebliche) Unterschied zur objektiven Theorie liegen soll.<sup>7</sup>

Hauptzweck des Vereins und tatsächliche Verfolgung entscheidend

1 Näher dazu FUHRMANN, Ausgliederung der Berufsfußballabteilungen auf eine AG, GmbH oder eG?, 1999, S. 14.

2 So etwa FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil, Die juristische Person, 1983, S. 105.

3 So etwa die Einschätzung von K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (11).

4 ZB, RGZ 83, 231 (233 f., 236 f.); 88, 332; 133, 170 (176 f.); 154, 343 (351, 354); OLG Hamburg, OLGE 14, 6; BGH, NJW 1955, 422 (423 f.); BayObLGZ 1973, 303; 1978, 87; 1985, 283; OLG Oldenburg, Rpfleger 1976, 11 (12); BVerwG, NJW 1979, 2265; OLG Düsseldorf, NJW 1983, 2574; OLG Bremen, OLGE 1979, 89, 1 f.; RGRK-BGB/STEFFEN, § 21 Rdnr. 2 ff.; AG Stuttgart, DB 1964, 1735. Vgl. die Erläuterungen bei MüKoBGB/REUTER, § 22 Rdnr. 5; MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 23; K. SCHMIDT, Rpfleger 1972, 286; REICHERT, Vereins- und VerbandsR-HdB, 2010, Rdnr. 129. Eine konturscharfe Abgrenzung zwischen subjektiver und gemischter Theorie ist nicht notwendig und auch kaum möglich, vgl. K. SCHMIDT, Rpfleger 1972, 286 und die unterschiedliche Einschätzung bei MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 23.

5 FUHRMANN, Ausgliederung der Berufsfußballabteilungen auf eine AG, GmbH oder eG?, 1999, S. 15.

6 K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (11).

7 Vgl. nochmals K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (11).

Will man der objektiv-subjektiven Theorie eigenständige Kontur verleihen und zugleich die Rede von ihrem subjektiv-objektiven Charakter ernst nehmen, scheint sich Folgendes anzubieten: Für die Qualifizierung als nichtwirtschaftlicher Verein kommt es wie bei der subjektiven Theorie zunächst auf das Vorliegen eines vom Verein verfolgten ideellen Hauptzwecks an; weitere Voraussetzung ist in Abgrenzung zur subjektiven Theorie, dass die Tätigkeit des Vereins auch tatsächlich auf die Verwirklichung dieses Hauptzwecks gerichtet ist und nicht nur in Satzung resp. Statut behauptet wird (objektives Element). Das schließt nicht aus, dass die Haupttätigkeit entgeltlich erfolgt, solange der Träger bei Verfolgung der Haupttätigkeit keinen Gewinn erzielt. Darüber hinaus ist die Erwirtschaftung von Gewinn unschädlich, sofern der Gewinn im Rahmen einer bloßen Nebentätigkeit erwirtschaftet wird und wiederum der Verwirklichung des ideellen Hauptzwecks dient. Eine derartige Nebentätigkeit stellt beispielsweise der gewinnerzielende Kuchenverkauf bei einem Schulfest dar, wobei der generierte Gewinn wiederum für den Betrieb der Schule eingesetzt wird. Nicht gedeckt ist dagegen eine unter dem Deckmantel von Satzung oder Statut betriebene tatsächlich und letztendlich auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit.

Unter Zugrundelegung der subjektiv-objektiven Theorie sind Schulen, Internate und Kitas in freier Trägerschaft, soweit sie tatsächlich (und nicht nur nach Satzung oder Statut) ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, nichtwirtschaftliche Vereine i.S.d. § 21. Allein den wenigen Schulen, Internaten und Kitas, deren Tätigkeit auf Gewinnerzielung gerichtet ist, wäre danach eine Eintragung nach § 21 zu versagen.

#### 4. Teleologisch-typologische Methode

Mittlerweile herrschend zur Bestimmung der (Nicht)Wirtschaftlichkeit eines Vereins ist die (auch vom KG Berlin in Bezug genommene) von KARSTEN SCHMIDT 1972<sup>1</sup> begründete „teleologisch-typologische“ Methode, mittels derer er drei Vereinstypen für nicht eintragungsfähig erklärt: Erstens sei der „Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereins“ eintragungsunfähig. Ihn erkenne man daran, „daß planmäßig gegen Entgelt wirtschaftliche Leistungen am Markt angeboten werden.“ Dabei sei belanglos, ob dies aus ideellen oder materiellen Motiven geschehe.<sup>2</sup> Eintragungsunfähig sei als zweite Gruppe auch der „Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt.“ Es könne nicht darauf ankommen, ob sich der Verein mit seinen Leistungen ausschließlich an Dritte oder an ein Vereinsmitglied als Kunde wende, sondern es käme lediglich auf die Austauschfunktion an. Eintragungsunfähig sei weiterhin eine dritte Gruppe, in die alle „Vereine, die genossenschaftliche Kooperation betreiben“, gehörten.<sup>3</sup>

Die Antwort darauf, ob das Betreiben von Kitas, Schulen (und Internaten) bei Zugrundelegung dieser teleologisch-typologischen Methode als (nicht)wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. §§ 21 f. zu qualifizieren ist, beantwortet Schmidt selbst bereits 1988 ausdrücklich und apodiktisch, indem er sie ohne weitere Begründung schlicht bejaht und Privatschulen dem ersten Typus seines Modells zuordnet.<sup>4</sup> Unbeschadet einer noch zurück zu stellenden Auseinandersetzung mit der teleologisch-typologischen Theorie Schmidtscher Provenienz sei hier angefügt, dass Privatschulen, welche ihre Leistungen ausschließlich Mitgliedern vorbehalten, nach dieser Theorie wohl dem zweiten Typus zuzuschlagen wären.

1 K. SCHMIDT, Rpfleger 1972, 286 und 343.

2 So K. SCHMIDT, Rpfleger 1988, 45 (46).

3 Zum Ganzen K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (16 f.); vgl. auch DERS., Rpfleger 1988, 45 (46).

4 K. SCHMIDT, Rpfleger 1988, 45 (46).

**Planmäßiges Angebot wirtschaftlicher Leistungen gegen Entgelt entscheidend**

## 5. Stellungnahme

Welche Theorie entspricht § 21 BGB?

Zunächst gilt es, gegenüber der subjektiven Theorie klarzustellen, dass es nicht nur auf die Satzung ankommen kann, will man dem Rechtsmissbrauch nicht Tür und Tor öffnen.<sup>1</sup> Dies wäre aber der Fall, wenn es für die Qualifizierung als nichtwirtschaftlicher Verein ausreichen sollte, einen ideellen Hauptzweck in der Satzung/im Statut festzuschreiben und ihn mithin lediglich zu behaupten, ohne dass es auf die tatsächliche Verfolgung dieses Hauptzweck ankäme. Damit soll nicht in Frage gestellt sein, dass bei der Entscheidung über die Eintragung i.S.v. § 21 BGB maßgeblich auf den Inhalt der Satzung abgestellt werden darf und gar muss. Das Abstellen auf die Satzung ist indes nicht aus materiell-rechtlichen Gründen angezeigt, sondern weil der Satzung (mangels anderer Anhaltspunkte) regelmäßig allein entnommen werden kann, welche Ziele der Verein verfolgt und welche Aktivitäten er (zu diesem Zwecke) zu entfalten beabsichtigt.<sup>2</sup> Ist freilich (schon) erkennbar, dass der Verein entgegen der Satzung tatsächlich gar keinen ideellen Hauptzweck zu verfolgen gedenkt, ist die Eintragung (selbstverständlich) zu verweigern. Damit ist aber noch keine Entscheidung über die Frage getroffen, ob es letztlich im Rahmen der §§ 21 f. BGB (nur) auf den Charakter der Vereinstätigkeit oder zudem oder gar ausschließlich auf das (letztlich) tatsächlich verfolgte (Haupt)ziel ankommt. Ersteres ist für die objektive und die teleologisch-typologische Theorie, Letzteres für die subjektive und subjektiv-objektive Theorie maßgeblich. Dieser Frage wird nunmehr unter Einbeziehung der vertrauten Canones der Auslegung nachgegangen.

### a) Wortlaut

Was steht in § 21 BGB?

Auch wenn ihre Etikettierung als teleologisch anderes insinuieren mag, stellt die teleologisch-typologische Theorie – jenseits des Nebentätigkeitsprivilegs – wie die objektive Theorie auf einen ausschließlich objektiven Maßstab ab. Wenn der Blick aber allein auf das äußere Erscheinungsbild der Tätigkeit unter Einbeziehung etwaiger Gegenleistungen gerichtet wird, wird dem Wortlaut von § 21 BGB nur äußerst unzureichend Rechnung getragen.<sup>3</sup> Zwar mag man – das zeigen nicht zuletzt verwandte Diskussionen um den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit und den Unternehmensbegriff etwa aus den Bereichen des Europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht<sup>4</sup> sowie dem Welthandelsrecht<sup>5</sup> – auch dann von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb sprechen, wenn jemand Güter und Dienstleistungen entgeltlich, aber ohne Gewinnerzielungsabsicht anbietet; dass der „Zweck“ indes auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, wenn die Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht und mithin ohne wirtschaftliche Vorteile für Mitglieder und Dritte erfolgt, ist sprachlich wenig plausibel. Demgegenüber verfängt es nicht, wenn Vertreter der objektiven Theorie behaupten, der Wortlaut spreche keineswegs für die Notwendigkeit von Mitgliedervorteilen resp. einer Gewinnerzielungsabsicht, da es in § 21 BGB nicht heiße, dass der Zweck auf wirtschaftliche Vorteile der Mitglieder gerichtet sein soll, sondern eben auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.<sup>6</sup> Diese Gegenüberstellung führt insofern nicht weiter, als nicht erläutert wird, was denn ein Zweck sein soll, der auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Demzufolge

<sup>1</sup> Vgl. nur RGRK-BGB/STEFFEN, § 21 Rdnr. 4.

<sup>2</sup> BVerwG, NJW 1998, 1166 (1167); vgl. bereits CITRON, JW 1931, 3009 f.

<sup>3</sup> Vgl. RGRK-BGB/STEFFEN, § 21 Rdnr. 2.

<sup>4</sup> Dazu für den Kontext von Bildungsdienstleistungen und EU-Dienstleistungsfreiheit CALLIESS/KORTE, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011.

<sup>5</sup> Dazu für den Kontext der Bildungsdienstleistungen CREMER/POSCHER/LANGER, ZEuS 2011, 115.

<sup>6</sup> Vgl. nur PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 1913, § 21 Anm. 2b.

bleibt es dabei, dass eine genauere Wortlautanalyse ergibt, dass der Zweck und die Tätigkeit eines Vereins eben nichtwirtschaftlicher Natur sind, wenn kein Gewinn erstrebt wird.<sup>1</sup> Um es zu pointieren: Anderenfalls müsste man annehmen, dass etwa der ehrenamtliche Betrieb einer Armenküche bei bloß kostendeckenden Ausgabepreisen auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichtet ist. Im Übrigen wollen auch keineswegs sämtliche Vertreter der objektiven Theorien (objektive und teleologisch-typisierende Theorie) diese Konsequenz ziehen.<sup>2</sup>

### b) Entstehungsgeschichte

Des Weiteren lassen sich die objektiven Theorien nur schwerlich mit der Entstehungsgeschichte der §§ 21 f. BGB in Einklang bringen. So definierte § 21 Abs. 1<sup>3</sup> des Entwurfs III zum BGB, der dem Reichstag am 17.01.1896 vorgelegt wurde,<sup>4</sup> nicht wirtschaftliche Vereine noch positiv als „Vereine zu gemeinnützigen, wohlthätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder anderen, nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken“.<sup>5</sup> Im Unterschied zur heutigen Fassung (und der später vom Reichstag eingebrachten Formulierung)<sup>6</sup> figurierte die Wendung vom „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck“ als Auffangtatbestand, wobei die Formulierung von den anderen nichtwirtschaftlichen Zwecken („oder anderen, nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken“) zugleich verdeutlichte, dass von einem Verein verfolgte gemeinnützige, wohlthätige, gesellige, wissenschaftliche und künstlerische Zwecke per se als nicht wirtschaftliche Zwecke zu qualifizieren sind; einerlei, ob der gemeinnützige, wohlthätige, gesellige, wissenschaftliche oder künstlerische (Haupt)zweck unter Zuhilfenahme wirtschaftlicher Tätigkeiten verfolgt wird oder nicht. Mit anderen Worten: Gemeinnützige, wohlthätige, gesellige, wissenschaftliche und künstlerische Zwecke sind keine auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecke, solange eine zur Verwirklichung eines solchen Hauptzwecks betriebene wirtschaftliche Tätigkeit nicht zum Selbstzweck oder auch eigenständigen Nebenzweck „degeneriert“. Unbestrittener Hintergrund der beispielhaften Nennung dieser Zwecke ist ihr nicht wirtschaftlicher, ideeller Charakter, welchen Bildungs- und Fürsorgezwecke im Sinne der Wendung von den „anderen, nicht auf wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken“ mit diesen teilen.<sup>7</sup> Diese Deutung wird zudem durch die Denkschrift zum BGB bestätigt, in der es heißt: „Den Begriff der Vereine mit idealen Tendenzen bestimmt der § 21 Abs. 1 unter Hervorhebung einiger besonders wichtiger Arten durch das negative Merkmal, daß ihr Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.“<sup>8</sup> Dass die Interpretation der heutigen §§ 21 f. BGB schließlich

Was beabsichtigte der Gesetzgeber?

1 Siehe auch OLG Brandenburg, BeckRS 2015, 12067.

2 Vgl. nur PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 1913, § 21 Anm. 2c.; ähnlich MAY, R&B 1/2014, 11 (16) im Kontext des Nebenzweckprivilegs.

3 Abs. 2 des § 21 regelte die wirtschaftlichen Vereine.

4 S. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 948 (Bericht der XII. Kommission v. 12.06.1896, 1).

5 Dazu SAMTER, DJZ 1900, 311; STAUDINGER/COING, 12. Aufl. 1980, § 21 Rdnr. 3; SCHWIERKUS, Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein (§§ 21, 22 BGB), 1981, S. 31 f. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB OLG Brandenburg, BeckRS 2015, 12067.

6 S. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 955 (Bericht der XII. Kommission v. 12.06.1896, 13); vgl. PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 1913, § 21 Rdnr. 1; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil, Die juristische Person, 1983, S. 104.

7 Vgl. auch RGRK-BGB/STEFFEN, § 21 Rdnr. 2; SAMTER, DJZ 1900, 311.

8 MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 827 a.E.



von der ursprünglichen Formulierung auszugehen hat,<sup>1</sup> liegt darin begründet, dass die Modifikation des Wortlauts in Gestalt seiner Verkürzung auf eine „Negativformel“ allein aus redaktionellen Gründen erfolgte und durch die Weglassung der Positivbeispiele nur schärfer hervorgehoben werden sollte, dass alle Vereine, deren Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, unter § 21 BGB fallen sollen.<sup>2</sup>

Des Weiteren wird diese Deutung der Entstehungsgeschichte durch folgende (die noch ausstehende Aufnahme gemeinnütziger Vereine betreffende) Ausführungen der Mitglieder der Zweiten Kommission zu § 41 des Entwurfs der Zweiten Kommission bestätigt: „Der Kreis derjenigen Vereine, welchen die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister ermöglicht werden solle, sei zweckmäßiger Weise nicht nur negativ zu bestimmen, sondern auch positiv durch Aufzählung der wichtigsten in Betracht kommenden Vereinsgruppen näher zu umschreiben. Neben den in der Vorlage aufgeführten Gruppen seien aber auch ... die gemeinnützigen Vereine als eine besonders wichtige Gruppe zu erwähnen. Dagegen verdeutliche die in der Vorlage gewählte Fassung in ausreichender Weise, daß es für die Entscheidung der Frage, ob ein Verein unter die Vorschrift des Abs. 1 oder 2 falle, lediglich darauf ankomme, worin der von dem Vereine verfolgte Hauptzweck zu suchen sei. Bilde ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb den ausschließlichen oder den Hauptzweck, so falle der Verein unter den Abs. 2. Dagegen könne die Eintragung in das Vereinsregister auch ein solcher Verein erlangen, der neben seinen idealen Hauptzwecken ein wirtschaftliches Geschäft betreibe, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen.“<sup>3</sup>

Im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit der Träger von Schulen und Kitas als nicht wirtschaftliche Vereine ist zudem hervorzuheben, dass bzgl. von Vereinen, die einen der Erziehung oder dem Unterricht gewidmeten Zweck verfolgen, im Rahmen der Beratungen ausdrücklich vorgeschlagen wurden, diese als nichtwirtschaftliche Vereine zu kennzeichnen. Der Abgeordnete v. DZIEMBOWSKI äußerte sich nach der Kürzung auf die Negativformel (um die beantragte Rückkehr zu der längeren Formulierung abzuwehren) wie folgt: „Ich glaube, daß gerade diejenigen, welche die Entstehungsgeschichte der KomVerfassung der zweiten Lesung nicht kennen, zu Zweifeln kommen werden, wenn man die Fassung STROMBECK annähme. Bekanntlich sind gestrichen diejenigen Vereine, welche anfangs von der Regierung vorgeschlagen waren, welche ebenfalls nach dieser Vorlage eine Rechtsfähigkeit erlangen sollen, nämlich die Vereine, welche sich mit dem Unterrichts- und Erziehungswesen beschäftigen. Wenn man den Antrag STROMBECK liest, so kann man annehmen, daß gerade diese beiden Arten von Vereinen von der Möglichkeit der Entw. der Rechtspersönlichkeit ausgeschlossen sind. Es würden dann Verwaltungsbeamten und Laien, die die Vorgeschichte nicht kennen, auf den Gedanken kommen können, daß diese Vereine eigentlich

### Gemeinnützige Vereine

### Fassung von STROMBECK

- 1 So auch FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil, Die juristische Person, 1983, S. 106.
- 2 S. dazu MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 997 (Redebeiträge von STROMBECK und DZIEMBOWSKI in der 2. Beratung des Reichstages); vgl. dazu RGZ 83, 231 (236); SAMTER, DJZ 1900, 311; MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 22 m.w.N.; K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (10 Fn. 43 m.w.N.).
- 3 MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 604 (Protokolle zum Allgemeinen Theile, 1003); s. dazu auch SCHAD, NJW 1998, 2411. Mit anderer Würdigung, aber das Zitat unzulässig verkürzend SCHWIERKUS, Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein (§§ 21, 22 BGB), 1981, S. 34 f.



nicht Anspruch darauf erheben können, in das Vereinsregister des Amtsgerichtes eingetragen zu werden.“<sup>1</sup>

Verschiedene Stimmen in der Literatur werten indes die Diskussion im Reichstag am 19.06.1896 zu § 21 (Kurzfassung), namentlich den Redebeitrag von STROMBECK, als Beleg dafür, dass nur der „nebensächliche, geringfügige wirtschaftliche Geschäftsbetrieb“ den Status des Idealvereins nicht gefährden solle.<sup>2</sup> Dem ist indes nachdrücklich zu widersprechen.<sup>3</sup> Von Strombeck plädierte vielmehr für den die Positivbeispiele enthaltenen alten Wortlaut der Entwürfe und führte in diesem Zusammenhang die Gefahr an, die entstehen könnte, wenn „der § 21 auf seine kürzeste Form reduziert“ werden sollte. Er sah für diese Formulierung die Gefahr, dass – sinngemäß – sogar die Vereine, die derzeit nur einen „nebensächlichen, geringfügigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ betreiben, als wirtschaftliche Vereine klassifiziert werden könnten. Abschließend plädierte Strombeck noch dafür – falls „der § 21 auf seine kürzeste Form reduziert werden soll (...), daß dann wenigstens gesagt wäre: ein Verein, dessen `Hauptzweck` nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.“<sup>4</sup>

Auch die von SCHMIDT<sup>5</sup> in Bezug genommene Textstelle in der Denkschrift zu den juristischen Personen<sup>6</sup> weist nicht auf eine Unterordnung der Nebentätigkeit im Sinne einer quantitativen Geringfügigkeit hin, sondern es heißt lediglich: „Bei Vereinen, die mit der Verfolgung eines idealen Zweckes einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verbinden, hängt die Entscheidung über ihre Eintragungsfähigkeit davon ab, ob der Geschäftsbetrieb zu den Hauptzwecken des Vereines gehört oder nur dazu dient, die zur Verfolgung des idealen Hauptzweckes erforderlichen Mittel beschaffen zu helfen.“<sup>7</sup> Dies entspricht aber den Kriterien der subjektiven sowie der subjektiv-objektiven Theorie. Daraus abzuleiten, der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb müsse in irgendeiner Weise „geringfügig“ sein, um unter § 21 BGB subsumierbar zu sein, ist nicht verständlich.<sup>8</sup>

Nach allem indiziert die Entstehungsgeschichte, dass ohne Gewinnerzielungsabsicht agierende und namentlich gemeinnützige Vereine, welche die Erziehung und den Unterricht von Kindern zum Gegenstand haben, als nicht wirtschaftliche Vereine i.S.d. § 21 BGB betrachtet wurden, auch wenn diese ihren Betrieb schon damals nicht ohne Anstellung von Lehrpersonal und Schulgeldern gestalten konnten.<sup>9</sup>

### c) Teleologische Auslegung

Als zentrales und zumeist als teleologisch ausgeflaggtes Argument für die teleologisch-typologische<sup>10</sup> und die objektive Theorie<sup>11</sup> wird der anderenfalls

1 MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 997 (Redebeitrag in der 2. Beratung des Reichstages).

2 K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (26); HECKELMANN, AcP 179 (1979), 1 (2, 24 f.); SCHWIERKUS, Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein (§§ 21, 22 BGB), 1981, S. 49.

3 Vgl. auch REUTER, ZIP 1984, 1052 (1061). Mit anderer Begründung MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 28.

4 Vgl. den gesamten Redebeitrag von STROMBECKS bei MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 997.

5 K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (26).

6 MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 827.

7 MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 827.

8 Ähnlich LINGE, Gläubigerschutz im Vereinsrecht, 2011, S. 64.

9 Vgl. OLG Hamburg, OLGE 15, 323; OLG Brandenburg, BeckRS 2015, 12067.

10 K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (13).

11 Vgl. etwa PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 1913, § 21 Anm. 2b.

## Gläubigerschutz?

– bei Abstellen auf den subjektiven Zweck – auf der Strecke bleibende Gläubigerschutz angeführt. Unbeschadet der Frage, welche Überzeugungskraft dem Abstellen auf den Gläubigerschutz als im Wege teleologischer oder systematischer Auslegung gewonnenen Auslegungsgesichtspunkt überhaupt zukommt, kann dieser gegenüber dem Befund der grammatikalischen und entstehungsgeschichtlichen Auslegung jedenfalls heute nicht mehr durchgreifen. Insofern sei der Blick zunächst auf die einzelnen Gläubigerschutzargumente gerichtet.

Mit Wirkung vom 01.11.2008 ist die von SCHMIDT geforderte<sup>1</sup> strafbewährte Insolvenzsverschleppung gem. § 15a Abs. 1, 4 und 5 InsO durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>2</sup> eingeführt worden. Vorstände haften außerdem gem. § 42 Abs. 2 für den Gläubigern infolge verspäteten Insolvenzantrages entstehenden Schaden, was Schmidt 1982<sup>3</sup> sogar als effektiven präventiven Gläubigerschutz bei eingetragenen Vereinen heraushob. Die Vorstände von Vereinen nach § 21 BGB müssen darüber hinaus gegenüber ihren Mitgliedern Rechenschaft ablegen, um entlastet zu werden.

Ein effektiverer Gläubigerschutz ist auch bei der GmbH und der Unternehmergesellschaft („1-Euro-GmbH“) nicht gegeben. Der Unternehmergesellschaft nach § 5a GmbHG fehlt zunächst jegliche relevante Stammeinlage als Haftungssubstanz. Und das Stammkapital einer GmbH ist rechtlich nicht vor einer Verausgabung geschützt.<sup>4</sup> Auch die Private Limited Company by Shares (kurz „englische Limited oder „Limited“ genannt) hat kein Mindestkapital vorzuweisen und hat sich seit der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit<sup>5</sup> zu einer in Deutschland bevorzugten Gesellschaftsform entwickelt,<sup>6</sup> die in keiner Weise mehr Gläubigerschutz bietet als der Verein nach § 21 BGB. Im Übrigen hat jeder Gläubiger durch den Zusatz „eV“ Kenntnis über die Rechtsform seines Geschäftspartners, sodass er sich ggf. im Vorfeld „absichern“ kann. Dementsprechend verlangen potenzielle Vertragspartner von eingetragenen Vereinen vor Vertragsschluss nicht selten die Vorlage eines bilanzartigen Rechenschaftsberichts.<sup>7</sup>

### III. Abschließende Bewertung

## Gewinnerzielungsabsicht hindert Eintragung

Für den Betrieb von Kindertagesstätten und Schulen mit Gewinnerzielungsabsicht liegt zweifelsfrei – nach allen Theorien – ein Verein vor, der auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet und somit nach § 21 BGB nicht eintragungsfähig ist. **Rein ehrenamtlich betriebene Kinderbetreuung (eventuell mit Kostendeckungsbeitrag für Räume und/oder Verpflegung) kann dagegen unstreitig als Verein nach § 21 BGB betrieben werden. Nach hier entwickelter Auffassung sind auch die (teil)entgeltlichen Schulen und Kitas ohne Gewinnerzielungsabsicht nach § 21 BGB eintragungsfähig.**<sup>8</sup>

Möglicherweise haben die in letzter Zeit vermehrt gegründeten Kitas (und Schulen) mit Gewinnerzielungsabsicht das KG zu seiner Rechtsprechung veranlasst.

1 K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (13 f. und 29).

2 Gesetz v. 23.10.2008, BGBl. I 2026.

3 K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 1 (13 f.

4 Vgl. zur fehlenden Eignung des Stammkapitals als Gläubigerschutz nur MüKoBGB/REUTER, § 22 Rdnr. 11.

5 EuGH, Rs. C-12/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros; Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering; Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – Inspire Art.

6 Vgl. STIRZ, Der Gläubigerschutz bei der englischen Limited im Vergleich zur GmbH, 2007, S. 3.

7 Dazu HESSE, R&B 4/2011, 17 (19).

8 So im Ergebnis insgesamt für Bildungseinrichtungen auch REICHERT, Vereins- und VerbandsR-HdB, 2010, Rdnr. 125.

Neufassung der  
§§ 21, 22 BGB  
wünschenswert

„Aus diesem Befund ist indes nicht abzuleiten, dass (ursprünglich) ideelle Zwecke nur deshalb zu wirtschaftlichen werden, weil sie von Dritten zum Gegenstand gewinnorientierten Handelns gemacht werden.“<sup>1</sup> Wie auch immer ist im Interesse der Rechtssicherheit (für die betroffenen Träger) eine Neufassung der sprachlich zumindest wenig geglückten §§ 21, 22 BGB sicher wünschenswert.<sup>2</sup> Angezeigt ist dies auch deshalb, weil Schulen und Kitas in freier Trägerschaft oft darauf angewiesen sind, mit möglichst flexiblen Strukturen arbeiten zu können, um möglichst viele Mitglieder bei der in erheblichem Umfang anfallenden ehrenamtlichen Arbeit integrieren und mitbestimmen lassen zu können. Dafür erscheint der Verein gem. § 21 BGB die wohl bestgeeignete Rechtsform zu sein.<sup>3</sup>



## Rechtsprechung **Auf den Zweck kommt es an!** Rechtsdogmatische Bemerkungen zu vom Berliner Kammergericht unterstützten und vom Brandenburgischen Oberlandesgericht verworfenen Vereinslöschungsbegehren der Registergerichte<sup>4</sup>

DR. DETLEF HARDORP, BERLIN

### Neue Rechtsprechung des KG Berlin

STEPHAN MAY ist in R&B 1/14 bereits auf die Haltung zu Vereinseintragungen und Löschungsandrohungen des Amtsgerichts Berlin-Charlottenburg und dessen Unterstützung durch das Berliner Kammergericht eingegangen. Nun hat eine weitere Kammer des Kammergerichts (aber mit demselben Berichterstatter) wieder zwei Löschungsbegehren am 16.02.2016 bestätigt: Zwei Träger von Kindertagesstätten sollen als Idealvereine gemäß § 21 BGB aus dem Vereinsregister gelöscht werden, weil sie sich unternehmerisch betätigen (22 W 71/15 und 22 W 88/14). In den Beschlüssen stellt das Kammergericht zwar abweichende Rechtsprechungen anderer Oberlandesgerichte fest. Diese, so das Kammergericht, seien aber weitgehend nicht vergleichbar, weil es sich dort um Elterninitiativkindergärten handelte. Es hat aber die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, die auch eingelegt wurde.

Zwei neue  
Entscheidungen

Der Verein im Verfahren 22 W 71/15 betreibt neun Kinderläden (Kitas), der im Verfahren 22 W 88/14 betreibt 24 Kitas mit über zweitausend Kindergartenplätzen und etwa 700 Mitarbeitern, mit einer Geschäftsstelle von 33 Mitarbeitern, bei einem Trägerverein mit 16 Mitgliedern, mit einer Satzung, die unter anderem folgende „Ziele und Zwecke des Vereins“ ausweist:

„Die Ziele und Zwecke des Vereins bestehen in der theoretischen Arbeit mit Pädagoginnen und Pädagogen und praktischen pädagogischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen. Das Ziel des Vereins ist insbesondere die Förderung und Entwicklung der Kinder, der Jugend- und Familienhilfe, der Gemeinwesenarbeit ...“

1 So OLG Brandenburg, BeckRS 2015, 12067.

2 So auch FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil, Die juristische Person, 1983, S. 103; RGRK-BGB/STEFFEN, § 21 Rdnr. 2; HECKELMANN, AcP 179 (1979), 1 (13, 18); SAUTER, in: DERS./SCHWEYER/WALDNER, Der eingetragene Verein, 19. Aufl. 2010, Rdnr. 42a; MENKE, Die wirtschaftliche Betätigung nicht-wirtschaftlicher Vereine, 1998, S. 22; BayObLG, Rpfleger 1978, 249.

3 So auch KELLER/KRAMPEN/KRAMPEN, Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft, 2014, 12. Kap. Rdnr. 43. Auf die Elterninteressen abhebend OLG Brandenburg, BeckRS 2015, 12067.

4 Entwurf IV vom 13.07.16 (unter Berücksichtigung von Verbesserungsvorschlägen von ROLAND KERN und STEPHAN MAY und mit ergänzten Zitaten aus dem einschlägigen Bundesverwaltungsgerichtsurteil aus 1997).

Das Berliner Kammergericht führt aus, dass nach allgemeiner Auffassung der „Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, nicht die Zweckformulierung im Wortlaut der Satzung ist, wie die seit langem aufgegebene subjektive Theorie dies annahm (...), sondern die tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit (..); davon geht offenbar auch der Gesetzgeber aus, hält er die Löschung eines Vereins im Vereinsregister gemäß § 395 FamFG auch dann für geboten, 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-Drucks. 16/13542, S. 14...)“.

Die entscheidende Frage ist also: Welchen Zweck verfolgt der Verein tatsächlich? Ist es der Zweck, der in der Satzung steht (und den das Kammergericht durchaus als idealen Zweck anerkennt), oder ist es faktisch ein anderer, auf den es aber letztlich drauf ankommt? Wenn es ein anderer ist, welcher ist es dann und ist dieser ein wirtschaftlicher Zweck?

### Ausgeübte Tätigkeit verdrängt Nebenzweckprivileg?

Maßgeblich, so das Kammergericht im obigen Zitat, sei die „tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit“. Nun ist das Betreiben von Kindertagesstätten zweifelsohne eine „praktische pädagogische Arbeit mit Kindern und Jugendlichen“, die die „Entwicklung der Kinder, der Jugend- und Familienhilfe“ als „Gemeinwesenarbeit“ fördert. Dass 16 Vereinsmitglieder das bei 24 Kitas nicht alleine leisten können, ist auch klar. Es bedarf dazu eines wirtschaftlichen Unterbaus. Unstrittigerweise gibt es beim Idealverein das „Nebenzweckprivileg“, dass im Wortlaut des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 06.11.1997 – 1 C 18.95) wie folgt lautet:

„Ein Idealverein wird jedoch dann nicht zum wirtschaftlichen Verein, wenn er zwar zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, diese aber dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. Nebenzweckprivileg; vgl. BGHZ 85, 84 (92 f.) [BGH v. 29.09.1982 – I ZR 88/80]).“

### Idealverein und wirtschaftliche Betätigung

Das Kammergericht zitiert diesen Passus des Scientology-Urteils des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesgerichtshofurteil von 1982, auf das sich das Bundesverwaltungsgericht beruft, rekuriert wiederum auf einen Beschluss des Reichsgerichts v. 29.06.1931 (RGZ 133, 170, 174, 175), in der es auf S. 175 heißt: „Auch Vereinigungen, deren Ziel ideeller Art ist, führen zur Erreichung ihres Zweckes eine Wirtschaft.“ Es kann also nicht in Abrede gestellt werden, dass es einem Verein erlaubt ist, unternehmerische Tätigkeiten zu entfalten. *Die entscheidende Frage ist, ob die wirtschaftliche Betätigung Haupt- oder Nebenzweck ist.* Ersteres kann zur Löschung der Rechtsfähigkeit des Vereins führen, letzteres nicht. Ist die wirtschaftliche Betätigung *dem ideellen, nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und nur Hilfsmittel zu dessen Erreichung, oder sind sie selber Hauptzweck?*

Diese Frage erörtert nun das Kammergericht, indem es eine rechtsdogmatische Grundhaltung aufstellt, die es in seinen beiden Beschlüssen in diesem Satz zusammenfasst: „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.“

In diesem Satz ist nicht mehr von *Zielen oder Zwecken* des Vereins die Rede. Betrachtet wird nur noch die *Tätigkeit*. Somit werden Motiv und Triebfeder der



Tätigkeit außer acht gelassen. Hatte das Kammergericht weiter oben noch von der „tatsächlich ausgeübten bzw. beabsichtigten Tätigkeit“ gesprochen, ist das Wörtchen „beziehungsweise“ hier untergegangen, und mit ihm die „Beabsichtigung“. Es bleibt lediglich die „Ausübung“ übrig. Auf den (realen) Zweck des Vereins kommt es aber an. Hier stellt sich deshalb die Frage, welchen Zweck der Verein tatsächlich verfolgt? Wenn nicht den Zweck in der Satzung, welchen dann? Und ist dieses ein wirtschaftlicher Zweck?

**Führt Größe des Vereins zum Verlust des Nebenzweckprivilegs?**

Diese Frage kann man nicht mit Bezug auf eine „seit langem aufgegebene subjektive Theorie“ abtun, da es in der Tat nicht auf die Zweckformulierung im Wortlaut der Satzung ankommen mag, wenn man denn nachweisen kann, dass der Verein tatsächlich einen *anderen* Zweck verfolgt, der *wirtschaftlicher* Art ist. Wegen des Nebenzweckprivilegs kann man von einer wirtschaftlichen *Tätigkeit* nicht auf einen wirtschaftlichen *Zweck* schließen. Aber verfolgt der Verein einen wirtschaftlichen *Hauptzweck* allein durch die Tatsache, dass „er entgeltlich, auf Dauer und planmäßig Leistungen an Dritte erbringen will, die eine unternehmerische Betätigung darstellen“? Wenn die unternehmerische Betätigung einen Nebenzweck darstellt, will der Verein das auch. Wird nun aus dem Nebenzweck automatisch ein Hauptzweck, wenn eine gewisse Größe überschritten wird? Wenn ja: Bei welchem Maß wäre die Grenze überschritten und warum?

Das Kammergericht vermeidet die Vertiefung dieser Fragen durch einen positivistischen Ansatz. Ein Verein, der einen Elterninitiativkindergarten betreibt, könnte vielleicht noch ein Idealverein sein, nicht aber ein Verein, der mehrere Kitas betreibt, so das Kammergericht. Die Leitsätze der beiden Kammergericht Beschlüsse sind gleichlautend:

**Drei Leitsätze des KG**

1. Ein mehrere Kindertagesstätten betreibender Verein ist dann kein Idealverein, wenn er Kinderbetreuungsplätze überhaupt nur oder im Wesentlichen am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern anbietet.
2. Auf den satzungsmäßig verfolgten Zweck des Vereins kommt es insoweit nicht an.
3. Das Bestehen von Gemeinnützigkeit weist den Verein nicht als Idealverein aus.

Betrachten wir diesen Leitsätzen etwas näher, von unten nach oben.

**Idealverein und Gemeinnützigkeit**

Zu 3.: Diese Feststellung ist zutreffend. Gemeinnützigkeit gründet auf Bestimmungen der Abgabenordnung. Ob ein Verein Idealverein ist oder nicht, ergibt sich aus dem BGB. Es bestehen also unterschiedliche Rechtsgrundlagen für Gemeinnützigkeit einerseits und die Vereinsklassenabgrenzung andererseits. „Indem die Abgabenordnung die wirtschaftliche Betätigung in Zweckbetrieben privilegiert (§§ 64 ff. AO), gewährt sie selbst solchen Körperschaften den Status der Gemeinnützigkeit, die neben einem solchen Zweckbetrieb keiner anderen Betätigung nachgehen, das heißt sich zu 100 % wirtschaftlich betätigen“ (so LARS LEUSCHNER in: „Zwischen Gläubigerschutz und Corporate Governance: Reformperspektiven des Vereinsrechts“, npoR 3/2016). Somit kann Gemeinnützigkeit keine ausreichende Bedingung für eine Eintragung als ideeller Verein sein (auch wenn hier eine gewisse Indizwirkung für die Eintragungsfähigkeit gesehen werden kann; siehe MAY, S. 17).

Zu 2.: Wenn man postuliert, dass ein mehrere Kindertagesstätten betreibender Verein dann kein Idealverein sei, „wenn er Kinderbetreuungsplätze überhaupt nur oder im Wesentlichen am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern anbietet“ und noch hinzufügt, dass es „auf den satzungsmäßig verfolgten Zweck des Vereins“ dann nicht mehr ankommt, wird der Karren



**Satzungszweck nicht ausschlaggebend?**

vor den Ochsen gespannt. Denn um zu beurteilen, ob eine unternehmerische Tätigkeit dem Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet ist, muss doch geprüft werden, ob die Tätigkeiten dem satzungsmäßigen Zweck des Vereins entsprechen. Werden andere Zwecke als Hauptzweck verfolgt als die der Satzung, müsste das vom Gericht dargelegt werden. Nun stellt das Kammergericht fest, dass das Betreiben von Kitas in der Satzung gar nicht vorkomme, das aber dasjenige ist, was der Verein hauptsächlich tue. Ist das Betreiben von Kitas nun Mittel zum Zweck (nämlich dem Zweck der „praktischen pädagogischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (...), insbesondere die Förderung und Entwicklung der Kinder, der Jugend- und Familienhilfe, der Gemeinwesenarbeit“, wie es in der Satzung heißt), oder ist der *Hauptzweck* durch das Betreiben von Kitas ein wirtschaftlicher dadurch geworden, dass diese Arbeit professionell in größerem Umfang ausgeführt wird? Warum kann das Betreiben von Kitas nicht Nebenzweck zu dem satzungsmäßig eingetragenen Hauptzweck des Vereins sein? Die eingetragenen Satzungszwecke werden damit erfüllt.

**Kitabetrieb in Konkurrenz zum freien Markt?**

Zu 1.: Kinderbetreuungsplätze werden in Berlin stets in einer Vielfalt von Werteorientierungen angeboten. Hier von einer „Konkurrenz zu Dritt-Anbietern“ am „freien Markt“ zu sprechen, ökonomisiert einen Bereich, der vom Ansatz her keinen wirtschaftlichen Zweck hat. – Eltern bekommen einen Gutschein und können diesen beim Kindergarten ihrer Wahl einlösen. Dabei vergleichen sie *Betreuungskonzepte*, wie zum Beispiel: Konfessionell? Medien-orientiert? Waldorf? Montessori? Elterninitiative? Waldorfkindergarten? Bilingual? Freier Träger oder staatlich? Öffnungszeiten und Erreichbarkeit spielen natürlich eine weitere Rolle. *Das Entgelt kann keine Rolle spielen*, da es durch ein Kostenbeteiligungsgesetz vom Gesetzgeber festgelegt wird, gleichermaßen für freie Kita-Träger wie für die Kitas, die das Land Berlin selber betreibt. Die Höhe richtet sich nach dem Einkommen der Eltern. Auch die Zuschüsse des Landes sind für alle Kitabetreiber gleich und variieren lediglich nach Alter und Betreuungsumfang der Kinder. Der Gesetzgeber reguliert darüber hinaus wesentliche Bestandteile des Betreuungsangebots, z.B. Anzahl und Qualifikation des Personals sowie räumliche Standards. Auch besteht mit dem Berliner Bildungsprogramm für Tageseinrichtungen für Kinder eine für alle Kitas verbindliche programmatische Grundlage. Die Konkurrenz ist somit im Wesentlichen eine *Konkurrenz der Betreuungskonzepte*, eine *ideelle Konkurrenz*. Dabei ist der „freie Markt“ *wirtschaftlich* alles andere als frei. Dafür besteht die *Freiheit im pädagogischen Betreuungskonzept*.

**Wirtschaftliche Konkurrenz am freien Markt?**

In der klassischen Wirtschaft spielen Preise eine große Rolle in der Konkurrenz am Markt. Weil beim Betrieb von Kitas in Berlin sämtliche Entgelte für alle Anbieter gleich sind, kann *allein schon deswegen die Konkurrenz keine wirtschaftliche sein*. Ein klassisch-wirtschaftlicher, freier Markt existiert nicht. STEPHAN MAY schrieb in R&B 1/14:

„Ein Geschäftsbetrieb, der sich überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand oder Dritter finanziert, ist jedenfalls kein „wirtschaftlicher“ im Sinne der §§ 21, 22 BGB. Das ergibt sich auch aus dem Normzweck des Gläubigerschutzes. Einer solchen Betätigung wohnen nicht die gleichen unternehmerischen Risiken inne wie einer Betätigung am Markt im Wettbewerb mit anderen Unternehmern, die auf Dauer kostendeckende Einnahmen generieren müssen.“

Auch der BGH hat entschieden, dass die Tätigkeit freier Träger nicht dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb unterliege. Wettbewerbsrecht ist EU-Recht,

weswegen sich ein Blick in diese Richtung lohnt. Hierzu schreibt PETER-CHRISTIAN KUNKEL zum Thema „EU-Wettbewerbsrecht für Sozial- und Jugendhilfe?“ (<http://193.197.34.225/ZHEAF/diskussionspapiere/2002-02.pdf>):

**BGH: Kein  
marktwirtschaftlicher  
Wettbewerb**

„Unternehmen im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist jede Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. (EuGH, Urt. v. 12.09.2000 – C-180/98) [...] Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten die Wettbewerbsregeln nur, soweit deren Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert (Art. 86 Abs. 2 EGV). Hier ist schon fraglich, ob die Tätigkeit der freien Träger als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesehen werden kann. [Es] kann seine Tätigkeit nicht in eine Reihe mit z.B. Telekommunikation, Verkehr oder Postdiensten gestellt werden. Die Tätigkeit der freien Träger ist buchstäblich radikal eine andere, sie wurzelt nämlich im Solidaritätsprinzip und – als dessen Ergänzung – im Subsidiaritätsprinzip. Diese Prinzipien bezwecken, eine staatsfreie Sphäre („Zivilgesellschaft“) zu schaffen, in der die Hilfeleistung gesellschaftlichen Kräften überlassen bleibt und nur nachrangig vom Staat erbracht wird. Damit wird zugleich die ehrenamtliche Tätigkeit angeregt („bürgerschaftliches Engagement“). Außerdem bezweckt eine plurale Trägerstruktur, dem Leistungsberechtigten ein Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII) zu ermöglichen. Dieses Wunsch- und Wahlrecht bezieht sich nicht auf freigemeinnützige und privatgewerbliche Träger in gleicher Weise; vielmehr ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 5 SGB VIII, dass er sich lediglich auf die Angebote freier Träger bezieht, die in § 3 Abs. 1 SGB VIII als solche unterschiedlicher Wertorientierungen gekennzeichnet werden.

Nur diese unterschiedliche Wertorientierung rechtfertigt das Wunsch- und Wahlrecht. [...] Auch der Europäische Gerichtshof hat in dem Sodemare-Urteil vom 17.06.1997 (C-70/95)) zum Ausdruck gebracht, dass das System der Sozialhilfe auf dem Grundsatz der Solidarität beruht (Rdnr. 29) und dass das System der Sozialhilfe seine Ziele nur erreichen kann, wenn zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbszweck verfolgen (Rdnr. 32). Es verstöße nicht gegen EU-Regeln, wenn ein Mitgliedsstaat allein privaten Wirtschaftsteilnehmern, die keinen Erwerbszweck verfolgen, erlaubt, sich an der Durchführung seines Systems der Sozialhilfe dadurch zu beteiligen, dass sie Verträge schließen, die einen Anspruch auf Erstattung der Kosten durch die Behörden vorsehen (Rdnr. 35). Nach dieser Rechtsprechung könnten privatgewerbliche Leistungserbringer von dem System der Leistungsvereinbarung nach § 78b SGB VIII sogar ausgeschlossen werden, ohne dass EU-Recht verletzt wäre. Auch der BGH hat entschieden, dass die Tätigkeit freier Träger nicht dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb unterliege (NJW 1992, 1237, Rdnr. 18).“

In diesem hier zitierten Urteil des BGH stellt dieser klar, „dass im Bereich von Sozialhilfeeinrichtungen kein durch Angebot und Nachfrage regulierter Markt besteht“. Auch im Bereich der Kindertagesstätten geht es letztlich immer um eine Zusammenarbeit öffentlich-rechtlicher Träger und freier Träger in der Bewältigung gemeinsamer Aufgaben. Das gilt im übrigen auch

für Ersatzschulen in freier Trägerschaft. In der oben genannten Entscheidung des BGH, dass die Tätigkeit freier Träger nicht dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb unterliegt, schreibt dieser:

„Denn es geht hier nicht um den Zugriff des Trägers der Sozialhilfe auf einem durch Angebot und Nachfrage regulierten freien Markt, auf dem er sich die zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung benötigte Leistung durch einen privatrechtlichen Vertrag beschafft. Abgesehen davon, dass im Bereich von Sozialhilfeeinrichtungen kein durch Angebot und Nachfrage regulierter Markt besteht, so dass die Wettbewerbsmechanismen eines freien Markts hier versagen (vgl. WANNAGAT, ZfSH/SGB 1985, 337, 338), sind und waren die Rechtsbeziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Trägern der Sozialhilfe und den privaten Trägern von Sozialhilfeeinrichtungen stets auf eine Zusammenarbeit bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe angelegt, Hilfsbedürftige unterzubringen und zu versorgen (vgl. SCHMITT, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 428 m.N.). Das beruht darauf, dass die Sozialhilfe zwar eine Aufgabe des Staates ist, dass der Staat aber diese Hilfe weder organisatorisch noch finanziell in ausreichendem Maß allein leisten kann. Es bedarf dazu vielmehr der gemeinsamen Bemühung und Zusammenarbeit zwischen dem Staat und den freien Trägern von Sozialhilfeeinrichtungen. Dieses hergebrachte und bewährte Zusammenwirken soll durch die Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes gefördert und gefestigt werden (vgl. BVerfGE 22, 180, 200 ff.).“

**Auch für Ersatzschulen  
gilt das  
Solidaritätsprinzip**

Die Aussage des BGH, „dass im Bereich von Sozialhilfeeinrichtungen kein durch Angebot und Nachfrage regulierter Markt besteht“, gilt auch für Schulen in freier Trägerschaft, zumindest insofern es sich um sogenannte „Ersatzschulen“ handelt. Ersatzschulen üben eine Tätigkeit aus, die sich in erster Linie daran orientiert, dass auch der Staat eine ähnliche Tätigkeit ausübt. Es gibt dabei sogar hoheitliche Beleihungen, z.B., dass Schüler an solchen Schulen die Schulpflicht erfüllen können. Obwohl das Betreiben einer Schule wie auch das Betreiben einer Kindertagesstätte letztlich immer auch eine unternehmerische Tätigkeit darstellt, können diese „nicht in eine Reihe mit z.B. Telekommunikation, Verkehr oder Postdiensten gestellt werden“. Auch im Schulbereich wurzelt die Tätigkeit „im Solidaritätsprinzip und – als dessen Ergänzung – im Subsidiaritätsprinzip“ und bezwecken „eine staatsfreie Sphäre („Zivilgesellschaft“) zu schaffen“, die „bürgerschaftliches Engagement“ anregt und durch „eine plurale Trägerstruktur“ ein Wunsch- und Wahlrecht faktisch auch im Schulbereich ermöglicht. An die Stelle von § 5 SGB VIII tritt im Schulbereich Art. 7 (4) des Grundgesetzes.

Die beiden Beschlüsse des Kammergerichts datieren vom 16.02.2016. Wenig später (am 01.03.2016) beschloss der Senat in Berlin eine Vorlage für das Parlament (das dieser später auch Gesetzeskraft verlieh), Kitagebühren für Eltern bis 2018 *ganz* abzuschaffen. Nur noch die Sachleistung „Mittagesen“ wird zukünftig Eltern in Rechnung gestellt. Die Entscheidung zum Entfallen eines Kita-Entgelts wurde nicht etwa von den Betreibern der Kitas, sondern pauschal und für alle verbindlich vom Senat getroffen. Auch das zeigt pikanterweise, wie es sich in keiner Weise um eine Partizipation in einer freien Marktwirtschaft handelt. „Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschließlich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger“, heißt es zwar im Kammergericht Beschluss. Diese Aussage ist insofern richtig, als der Betrieb einer Kita eine wirtschaftliche Betätigung ist, selbst dann, wenn keine Entgelte mehr von den Leistungsempfängern entrichtet werden. Die entscheidende Frage bleibt aber, ob

ein Verein seine wirtschaftliche Tätigkeit als *Nebenzweck* betreibt oder nicht. Das bedarf einer *funktionalen* Betrachtungsweise.

**Nebenzweckprivileg erlaubt wirtschaftliche Tätigkeit**

Wirtschaftliche Tätigkeiten, die man nicht mehr als Nebenzweck des Vereins ansehen kann, können als wirtschaftliche Zweckbetriebe aus dem Verein ausgegliedert werden, z.B. in eine gGmbH mit dem Verein als einzigem Gesellschafter, wie es der ADAC tat und dessen Rechtskonstruktion im BGH Urteil von 1982 bestätigt wurde. Solange die unternehmerisch-wirtschaftliche Tätigkeit aber nur Nebenzweck des Vereins ist, muss das nicht erfolgen. Das Nebenzweckprivileg erlaubt nach einschlägiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und Bundesverwaltungsgerichts unter bestimmten Umständen unternehmerische (und damit wirtschaftliche) Tätigkeit eines nach § 21 BGB eingetragenen ideellen, nicht-wirtschaftlichen Vereins.

STEPHAN MAY schrieb in R&B 1/14 sehr zutreffend hierzu:

„Nach der Gegenansicht zur Ansicht des Kammergerichts ist die Frage nach dem Hauptzweck demgegenüber die, ob die wirtschaftliche Betätigung vor allem erfolgt, um damit Einnahmen zu erzielen, oder ob die Betätigung zur Verwirklichung der ideellen Zwecke erbracht wird und die damit einhergehende wirtschaftliche Betätigung sich auf das dazu Erforderliche beschränkt und damit Mittel zur Erreichung des ideellen Hauptzwecks bleibt. Seltsamerweise wird diese grundsätzliche Unterscheidung in Literatur und Rechtsprechung kaum benannt und wohl oft auch nicht erkannt. Ein Großteil der Widersprüchlichkeiten kann auf diese Unklarheit zurückgeführt werden.“

**Ideelle Zweckverfolgung kann wirtschaftliche Tätigkeit nicht vermeiden**

Wer in erster Linie handelt, um Einnahmen zu erzielen, verfolgt einen wirtschaftlichen Zweck. Wer in erster Linie handelt, um einen ideellen Zweck zu verfolgen, wird in vielen Fällen unternehmerische Tätigkeit nicht vermeiden können. So kann man zum Beispiel den Zweck eines Vereins, dessen Hauptziel es ist, Waldorfpädagogik Kindern zugänglich zu machen, in der Regel wohl kaum ohne Zweckbetrieb eines Waldorfkindergartens oder einer Waldorfschule erfüllen. So schrieb das OLG Stuttgart in einem Beschluss vom 03.12.2014 (8 W 447/14): „Aber nicht der Betrieb als solcher, sondern die Umsetzung des pädagogischen Konzeptes mittels des Betriebes der Waldorfkindergarteneinrichtung steht nach den Darlegungen des anmeldenden Vereins im Vordergrund. Der Betrieb der Kindertagesstätte ist danach der Umsetzung des pädagogischen Konzeptes unmittelbar zu- und untergeordnet und ist Hilfsmittel zu ihrer Erreichung.“ Dabei schloss es sich ausdrücklich den Ausführungen des OLG Schleswig (ZStV 2013, 142) an, und nicht des KG Berlin (DNotZ 2011, 632).

#### **Fehlende Abwägung**

Das AG Berlin-Charlottenburg hatte es bei seiner Lösungsandrohung versäumt, die Interessen für und wider einer Löschung gegeneinander abzuwägen. Bei einem ähnlichen Fall in Brandenburg war vom Amtsgericht Frankfurt auch die Abwägung versäumt worden. In beiden Fällen holten die höheren Instanzen die Abwägungen nach, aber aus unterschiedlichen Warten und mit gegenteiligen Ergebnissen.

Das Kammergericht beginnt mit der Feststellung, dass „ein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Eintragung stets dann vorliegt, wenn der als Idealverein in das Vereinsregister eingetragene Verein in Wirklichkeit nach seiner Satzung ein wirtschaftlicher Verein ist (...). 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



(BGBI 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.“ (Der Blick in das besagte Gesetzesblatt zeugt lediglich davon, dass der Bundestag mit dem Wegfall von § 43 Abs. 2 BGB die Löschung eines Vereins nunmehr dem Registergericht auferlegte. Zuvor galt gleichermaßen, dass ein Verein, der durch unerlaubte wirtschaftliche Betätigung tatsächlich einen wirtschaftlichen Hauptzweck verfolgte, gelöscht werden konnte.) Eine darüber hinausgehende Abwägung der öffentlichen Interessen gegen die Bestandsinteressen des Vereins ist im Kammergerichtsurteil nicht ersichtlich. Indem die Bestandsinteressen des Vereins gar nicht in Betracht gezogen werden, nutzt das Kammergericht den möglichen Ermessensspielraum einer Abwägung nicht aus.

In denkbar größtem Kontrast zu den Kammergerichtsurteilen ist die Rechtsprechung des Brandenburgischen Oberlandesgericht. Es stellte fest, dass die vom Amtsgericht angestrebte Löschung des Kitaträgervereins nicht statthaft sei und führt dazu aus (Brandenburgisches OLG v. 04.08.2014 – 7 W 83/14):

**Abwägung zwischen  
öffentlichem Interesse  
an Löschung und  
Bestandsinteresse  
des Trägers**

„Nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG kann das Registergericht eine Eintragung von Amts wegen löschen, wenn diese unzulässig ist. Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 07.07.2014 (7 W 124/13) ausgeführt: „Die genannte Bestimmung stellt die Löschung der Eintragung wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung der Eintragung in das Ermessen des Registergerichts. Die ‚kann‘-Regelung im Tatbestand des § 395 Abs. 1 FamFG eröffnet dem Registergericht einen Ermessensspielraum, in dessen Rahmen auch Interessen des zu löschenden Beteiligten Berücksichtigung finden können. Bei der Ausübung dieses Ermessens ist das öffentliche Interesse an der Bereinigung des Registers und dem Schutz des Rechtsverkehrs gegen das Bestandsinteresse des Beteiligten abzuwägen.“ Dass das Amtsgericht eine solche Abwägung vorgenommen hätte, ist dem angefochtenen Beschluss nicht zu entnehmen. Die nunmehr stattdessen vom Senat vorzunehmende Ermessensausübung führt eindeutig dazu, dass der Beschwerdeführer im Register nicht gelöscht werden darf.“

In einem weiteren Brandenburger Fall (7 W 23/15 v. 23.06.2015 – zugänglich unter [www.daks-berlin.de/information/aktuelles/vereinsrecht/index.html](http://www.daks-berlin.de/information/aktuelles/vereinsrecht/index.html)) – hatte dasselbe Amtsgericht die Eintragung eines neuen Vereins abgelehnt, weil dieser seine Ziele auch durch den Betrieb einer Kindertagesstätte verwirklichen wollte. Das Amtsgericht teilte mit, „dass der Betrieb einer Kindertagesstätte als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sei, die nicht nur Nebenzweck des Vereins sei. Das Eintragungshindernis könne nur dadurch behoben werden, dass in der Satzung jeglicher Hinweis auf das Betreiben einer Kindertagesstätte gestrichen werde“.

Das Brandenburger OLG beschloss, dass das Amtsgericht die Eintragung mit dieser Begründung nicht ablehnen dürfe (mittlerweile wurde der Verein auch eingetragen). Bedeutsam ist vor allem, dass dieser Beschluss mit dem Befund einhergeht, dass der Kitabetrieb den „maßgeblichen Schwerpunkt der Betätigung“ des Vereins bilden wird. Auch vor diesem Hintergrund argumentiert das OLG, dass sowohl aus einer rechtshistorischen Argumentation als auch aus typologischen Erwägungen heraus keineswegs gefolgert werden kann, dieser Verein sei nun hauptsächlich auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb hin ausgerichtet. Auch die Tatsache, dass andere Kitas aus guten Gründen in der Rechtsform der GmbH betrieben würden, stünde dem



nicht entgegen. Gerade Vereine, an denen sich die Eltern aktiv beteiligen wollen/sollen, stünden geeignete alternative Rechtsformen nicht zur Verfügung. Aus der Tatsache, dass zunehmend kommerzielle Anbieter im Bereich der Freizeitaktivitäten Dienstleistungen anbieten, die traditionell von Idealvereinen bedient wurden, ist „nicht abzuleiten, dass (ursprünglich) ideelle Zwecke nur deshalb zu wirtschaftlichen werden, weil sie von Dritten zum Gegenstand gewinnorientierten Handels gemacht werden“.

#### Auf Verschaffung vermögenswerter Vorteile abzielen

Bei den Vereinen in Brandenburg ging es nicht um die Trägerschaft von mehreren Kitas, wie in den hier diskutierten Berliner Fällen. Man könnte der Frage nachgehen, ob ein Verein mehr Kitas als Nebenzweck betreiben kann, als er Mitglieder hat (wie in 22 W 88/14 dargestellt). Das bedarf einer Einzelfallprüfung. Sie kann aber nur dann verneint werden, wenn das Nebenzweckprivileg nicht greift. Wird nun aus dem Nebenzweck automatisch ein Hauptzweck, wenn eine gewisse Größe überschritten wird? Wenn ja: Bei welchem Maß wäre die Grenze überschritten und warum? Diese beiden bereits eingangs gestellten Fragen hat das Kammergericht nicht konsequent geprüft, *weil es sich weigerte, überhaupt in Zwecken zu denken*. Es meinte, alle relevanten Fragen durch eine Betrachtung einzig der *Tätigkeiten* des Vereins beantworten zu können. Wenn Tätigkeiten „am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern“ in erheblichem Umfang festzustellen wären, soll allein aus dieser Tatsache die Eintragung verweigert bzw. eine bestehende Eintragung gar gelöscht werden. Das greift zu kurz und widerspricht in seiner Pauschalität der Rechtsdogmatik letztlich auch der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das sich seinerseits auf Rechtsprechung des BGH beruft.

Kann die Größe des Vereins den Nebenzweck zum Hauptzweck machen?

Wer das teleologische Denken gänzlich mit einer Art normativer Kraft des Faktischen abschaffen möchte, kann kaum noch ein „Nebenzweckprivileg“ denken. Die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und Bundesverwaltungsgerichts spricht von unternehmerischen Tätigkeiten, die „dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind“. Hier ist nicht von einer „Nebentätigkeit“ die Rede. Die unternehmerische Tätigkeit darf nicht selber *Ziel*, sondern nur *Hilfsmittel* zum Erreichen eines *nicht-wirtschaftlichen* Ziels sein. Ein Hilfsmittel zum Erreichen eines Ziels mag dennoch die *Haupttätigkeit* des Vereins sein, es darf nur nicht das *Hauptziel* sein. Das hat das Brandenburger Oberlandesgericht ausdrücklich bestätigt. Im Gegensatz erörtert das Berliner Kammergericht diesen Gedanken nicht einmal ansatzweise und referiert lediglich kommentarlos die Kernaussage des einschlägigen Bundesverwaltungsgerichtsurteils hierzu. Diese widerspricht aber dem Grundansatz des Kammergerichts. Das wird umso deutlicher, wenn man noch den Satz vor dem vom Kammergericht zitierten mit in Betracht nimmt:

Unternehmerische Tätigkeit als Hilfsmittel der ideellen Zielsetzung

„Tätigkeiten eines Vereins bilden dann einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, wenn es sich um planmäßige, auf Dauer angelegte und nach außen gerichtete, d.h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, eigenunternehmerische Tätigkeiten handelt, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen.“ (BVerwG v. 06.11.1997 – 1 C 18.95, Rdnr. 20)

Der letzte Teil des Satzes ist entscheidend zur Beantwortung der Frage, ob der Verein einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Dazu bedarf es gemäß des Bundesverwaltungsgerichts Tätigkeiten, „die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen“. Das Kammer-

gericht hielt es nicht für notwendig zu prüfen, ob die von ihm zur Löschung freigegebenen Vereine auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten der Vereine oder ihrer Mitglieder abzielen. Darauf käme es aber an. In Rdnr. 21 führt das Bundesverwaltungsgericht weiter aus:

„Für die Frage, ob ein Verein, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, einen solchen Zweck im Sinne von § 43 Abs. 2 BGB verfolgt, kommt es auf das vom Vereinswillen getragene Gesamtgebaren an (vgl. Urteil v. 20.03.1979 – BVerwG 1 C 13.75 – Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 3 = NJW 1979, 2265). Neben ausgeübten Tätigkeiten können insoweit auch solche Vorhaben von Bedeutung sein, die zwar aktuell nicht verwirklicht werden, nach dem Vereinswillen aber zum Aufgabenkreis des Vereins zählen.“

**Entscheidend:  
Wirtschaft als  
Selbstzweck oder als  
Mittel zu einem  
ideellen Ziel**

Es kommt stets auf den Zweck und das Gesamtgebaren an. Den Zweck kann man nicht positivistisch auf die Tätigkeiten des Vereins reduzieren, wie es das Kammergericht tut, das gar nicht den Versuch unternimmt, die Signatur des Gesamtgebarens des Vereins zu lesen.

Die oben zitierten Fälle der Vereine in Berlin, Brandenburg und Baden-Württemberg haben alle gemeinsam, dass der Hauptzweck des Vereins die Betreuung und Erziehung von Kindern ist und dass hierzu Kita Einrichtungen der Mittel zum Zweck sind. *Erst wenn man diese als Generierung entgeltlicher Dienstleistungen betrachtet, kommt man zur wirtschaftlichen Betätigung.* Dabei sollte man aber nicht die Tatsache verkennen, dass zwischen Wirtschaft als *Selbstzweck* und Wirtschaft als *Mittel zu einem nicht-wirtschaftlichen, ideellen und gemeinnützigen Ziel* Welten klaffen. Und aus einer wirtschaftlicher Betätigung noch längst nicht folgt, dass diese die Verschaffung vermögenswerter Vorteile für den Verein oder deren Mitglieder zum Ziel hat.

#### **Bildung als Wirtschaftsware?**

Im Bildungsbereich gibt es besonders im angelsächsischen Raum durchaus „for-profit“ Organisationen, die mit wirtschaftlicher *Zielsetzung* am Markt tätig sind, wie zum Beispiel Cisco-Systems oder Pearsons. Pearsons begann seine wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich der Schulbücher, hat sein Angebot aber auf komplette Bildungspakete ausgeweitet, durch den Aufkauf von Edexcel bis hin zu Schulabschlüssen. Dieses Angebot wird global vermarktet. Dahinter stehen primär wirtschaftliche Interessen. Bildung ist Mittel zu diesem wirtschaftlichen Zweck.

In Spanien gibt es viele for-profit Privatschulen. Letzteres ist in Deutschland wegen grundgesetzlichen Festlegungen faktisch unmöglich. Sowohl Schulen wie Kindertagesstätten können in Deutschland schlecht aus wirtschaftlichen Profitmotiven betrieben werden, wie es auch das Brandenburger OLG (in 7 W 23/15) feststellt. Anstelle von Bildung als Mittel zum wirtschaftlichen Zweck ist in Deutschland im Kindergarten- und Schulbereich Wirtschaft in der Regel untergeordnetes Mittel zum Bildungszweck, also zum Idealzweck, auch dann, wenn es um beträchtliche Summen geht, die dabei umgesetzt werden, ohne die es zum Erreichen der notwendigen Qualität aber gar nicht gehen würde. Dabei ist es ein entscheidender Unterschied, ob ein Zweck ideal oder wirtschaftlich ist. *Diese* grundlegende Zweck-Unterscheidung ist im BGB in § 21 und § 22 angelegt.

**Bildungs- und  
Gemeinwesenarbeit  
kein wirtschaftlicher  
Zweck**

Mit seiner pauschalen Rechtsdogmatik schaut nun das Berliner Kammergericht auf jegliche Tätigkeit durch die Brille der Wirtschaftlichkeit. Man kann auch Gemeinwesenarbeit so betrachten. Hat Gemeinwesenarbeit aber in erster Linie einen wirtschaftlichen *Zweck*? Das ist zu bezweifeln, auch

dann, wenn es seine Arbeit professionalisiert und selbst dann, wenn ein Träger vieler Kitas einen „facility-manager“ einstellt. Kitas brauchen Gebäude. Gebäude bringen Hausmeistertätigkeiten mit sich. Wer mehrere Gebäude hat und sich gerne angelsächsischer Ausdrücke bedient, stellt dann eben einen „facility-manager“ ein, so geschehen in 2 W 88/14. Im Urteil zitiert das Kammergericht zur Definition von „facility management“ Wikipedia: „Sekundärprozess für den langfristigen Erhalt oder eine Erhöhung der Vermögenswerte von Unternehmen in Form von Bausubstanz, Anlagen und Einrichtungen“. Das wirkt suggestiv, als handele es sich im betrachteten Fall um „Erhöhung der Vermögenswerte von Unternehmen“, was natürlich nicht der Fall ist.

Lars Leuschner stellt zutreffend fest: „Angesichts der in der politischen Diskussion verbreiteten Klagen über ein im Bereich der Kapitalgesellschaften anzutreffendes übermäßiges, primär auf die Aktionärsinteressen ausgerichtetes und zudem kurzfristiges Gewinnstreben erschiene es widersprüchlich, größere Teile der Vereinslandschaft in die Rechtsformen des Kapitalgesellschaftsrechts zu drängen.“ (aaO.). Genau das scheint das Kammergericht aber als einzigen Weg zu sehen.

Das absurde an der von dem Kammergericht Berlin angestoßenen Diskussion um die wirtschaftliche Betätigung gemeinnütziger Vereine im Rahmen von Zweckbetrieben ist, dass die Vereinsklassenabgrenzung allein mit dem Gläubigerschutz begründet wird, aber von keiner Seite bislang behauptet wurde, dass die massenweise Eintragung „zweckbetriebsdominierter Vereine“ in den vergangenen 100 Jahren sich in irgend einer Weise nachteilig für die Gläubiger ausgewirkt hätte. Im Gegenteil, LEUSCHNER (aaO.) weist nach, dass solche Vereine in viel geringerem Maße von Insolvenzen betroffen waren als z.B. GmbHs. LEUSCHNER, der an den Kammergerichtsurteilen nichts aussetzt, schlägt deshalb eine Änderung im BGB vor, nach dem Idealvereine sich wirtschaftlich betätigen können, wenn keine Gewinne an Mitglieder ausgeschüttet werden. Das entspricht auch der Rechtslage in Österreich: „Ein Verein darf nicht auf Gewinn berechnet sein. Das Vereinsvermögen darf nur im Sinne des Vereinszwecks verwendet werden“ (§ 1 Abs. 2 Östr. Vereinsgesetz).

Das Berliner Kammergericht scheint wirtschaftliche Nebentätigkeiten eines Idealvereins auf Vereinsmitglieder beschränken zu wollen. Das erkennt, dass der größte Idealismus gerade nicht auf den eigenen Vorteil oder dem Vorteil des eigenen Klüngels bedacht ist, sondern möglichst jedem dienen möchte. Das ist der Solidaritätsgedanke, der sich steuerlich meist in der Anerkennung der Gemeinnützigkeit manifestiert. Das nur wirtschaftlich organisierten Körperschaften zu überlassen verkennt eine Zivilgesellschaft, die in erster Linie über die Form des Idealvereins seit über hundert Jahren den Solidaritätsgedanken gerade *ohne* wirtschaftliche Zielsetzung – oft subsidiär zum Staat – zum Wohle eines Umkreises weit über die Vereinsmitglieder hinaus umsetzt. Letztere handeln völlig uneigennützig – im Gegensatz zu Unternehmen mit einem wirtschaftlichen Zweck.

Fatal in diesem Zusammenhang ist die Tendenz, den makrosozialen Bereich in Staat und Wirtschaft zu polarisieren und dabei die Rolle der Zivilgesellschaft zu verkennen. Letztere gehört weder zu Staat noch Wirtschaft und bedarf einer gewissen Autonomie im Handeln und dafür angemessene Rechtsformen (wie der Idealverein als Rechtsform), auch wenn sie selbstverständlich staatlichen Normen unterliegt und sich an wirtschaftlichem Handeln beteiligt. So ist gerade die Jugendhilfe (einschließlich der Kitas) in Deutschland nicht Aufgabe

**Gläubigerschutz als  
Löschungsargument  
irrelevant**

des Staates: Gemäß SGB VIII (Kinder und Jugendhilfe Gesetz) soll der Staat nur dann tätig werden, wenn das freie Träger nicht ausreichend tun. Dem Gemeinwesen dienende freie Träger verfolgen dabei in der Regel keine wirtschaftlichen Interessen, auch dann nicht, wenn sie professionell organisiert sind und groß werden. Deswegen sind sie auch weitgehend als Idealvereine organisiert, als eine Rechtsform der Zivilgesellschaft. Diese sollten nicht in Rechtsformen des Kapitalgesellschaftsrechts gedrängt werden. Sollte der BGH die ökonomisierende Sichtweise des Berliner Kammergerichts bestätigen, bedarf es einer Gesetzesänderung im Sinne von LEUSCHNER.

### Perspektiven einer ökonomischen Betrachtungsweise

Es gibt eine zunehmende Tendenz, die Welt unter rein ökonomischen Gesichtspunkten zu betrachten. Das geht Hand in Hand mit der Tendenz, alles möglichst auf „objektiven“ Feststellungen gründen zu wollen: Nur dasjenige soll real sein, was „objektiv“ ist. Diese positivistische Haltung negiert letztlich auch den Menschen als intentionales Wesen bzw. Menschengruppierungen als intentional handelnde Gruppen, oder will zumindest diese Intentionalität in eine unmaßgebliche „subjektive“ Irrelevanz verorten. In diesem größeren Zusammenhang kann die Haltung des Kammergerichts auch als ein Angriff auf die Bedeutung von menschlicher Intentionalität im Rechtsleben gesehen werden. „Auf den satzungsmäßig verfolgten Zweck des Vereins kommt es insoweit nicht an“, schrieb das Kammergericht im Tenor der beiden hier angezweifelte Beschlüsse, weil „Kinderbetreuungsplätze überhaupt nur oder im Wesentlichen am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern“ angeboten würden. Damit verkennt das Kammergericht den entscheidenden Unterschied der Intentionalität einer freier Marktwirtschaft und der eines – neben Staat und Wirtschaft – dritten non-profit Sektors, dessen *primäre* Daseinsberechtigung ideeller Natur ist, auch wenn er sowohl mit Staat und Wirtschaft *sekundär* in Beziehung steht. *Die Zwecke sind jeweils andere.* Auf den *Zweck* kommt es aber gemäß dem Wortlaut von § 21 und § 22 BGB in erster Linie an. Die Grenze der Auslegung eines Gesetzes ist bekanntlich dessen Wortlaut.



## Büchertisch **Zur Problematik der Eintragungsfähigkeit eines Bildungsträger als Verein – Ein Blick in „Der eingetragene Verein“** 20. Auflage von SAUTER/SCHWEYER/WALDNER

RECHTSANWALT UND SCHULGESCHÄFTSFÜHRER KLAUS HESSE, MANNHEIM

Anlässlich des Erscheinens der 20. Auflage von „Der eingetragene Verein“ (SAUTER/SCHWEYER/WALDNER, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2016) möchte der Verfasser dieses Artikels der Frage nachgehen, wie sich dieses bekannte und seit 70 Jahren bewährte Praxishandbuch aus rechtswissenschaftlicher Sicht zur Problematik der vereinsregisterrechtlichen Eintragungsfähigkeit von Kindergarten- und Schulvereinen positioniert.

Deutliche Worte findet WALDNER in der neu erschienenen 20. Auflage zu der kammergerichtlichen Rechtsprechung, welche Vereinen die Trägerschaft eines Bildungsbetriebes (insbesondere Kindergarten oder Schule) unmöglich machen soll.

Strukturiert, verständlich und für ein Handbuch in der gebotenen Kürze widmet sich der Autor im entsprechenden Kapitel zuerst der Eintragungsfähigkeit und der grundsätzlichen Abgrenzungsfrage zwischen einem wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Verein und geht dann auf den Begriff des „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ näher ein. Die Unterfütterung mit Fundstellen aus Literatur und Rechtsprechungspraxis kann dabei als gründlich und fundiert bezeichnet werden.



Wesentlich wird dabei auf den Auftritt am Markt, die Marktfähigkeit und die Anonymität der Mitglieder untereinander und gegenüber dem Verein selbst abgestellt.

Für den Fall, dass sich bei dieser Betrachtung eine wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins herauskristallisiert, bestätigt WALDNER die langjährige Praxis der Anerkennung so genannter unschädlicher unternehmerischer Nebentätigkeiten („Nebenzweckprivileg“). Mühelos ordnet er mit Bezugnahme auf die Rechtsprechung z.B. den Betrieb einer Kindertagesstätte einem solchen unschädlichen Nebenzweck zu. Die weitere Fundstellenlektüre führt dann auch zu weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung, nach welcher bei Bildungsbetrieben (z.B. Kindergärten oder Schulen) sogar der Charakter als Wirtschaftsbetrieb entfallen kann, d.h. eine bloße Unterordnung des Bildungsbetriebs gegenüber anderen Vereinsaktivitäten nicht mehr notwendig ist. Maßgeblich gehen die zitierten Entscheidungen auch der Frage nach, ob dem Rechts- und Wirtschaftsverkehr durch den Austausch des Vereins durch andere kapitalistische Rechtsformen tatsächlich ein Gefallen getan wird unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes; außer dem Kammergericht Berlin scheint dieses Argument die Oberlandesgerichte nicht zu überzeugen.

Schließlich findet WALDNER mit Blick auf die regional sehr unterschiedliche Rechtsprechungspraxis deutliche Worte für die restriktive Haltung des Kammergerichts bezüglich der Eintragungsfähigkeit von Bildungsträgervereinen:

„Darauf hinzuweisen ist, dass die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte regional sehr unterschiedlich ist. Während beispielsweise beim OLG Schleswig und beim OLG Brandenburg pragmatische und vereinsfreundliche Entscheidungen vorherrschen, ist die Rechtsprechung des KG tendenziell kleinlich und einschränkend.“ (Die dann zitierten kammergerichtlichen Entscheidungen werden als „abschreckende Beispiele“ bezeichnet.)

Es bleibt zu hoffen, dass – nachdem es in der jüngeren Vergangenheit eine Tendenz einiger Amtsgerichte auch außerhalb Berlins gab, der kammergerichtlichen Rechtsprechung zu folgen – nun wieder eine bürgerfreundliche Justiz in der Frage der Eintragungsfähigkeit von Vereinen die Oberhand erhält und die Berliner Rechtsprechung bis zu ihrer Korrektur ein Berliner Problem bleiben mag. Die Neuauflage von SAUTER/SCHWEYER/WALDNER mag hierzu einen Beitrag leisten.



## IMPRESSUM

Herausgeber:  
Institut für Bildungsrecht und Bildungsforschung e.V.  
Osterstraße 1 • D-30159 Hannover  
Tel.: 0511 – 260 918 -21 • Fax: 0511 – 260 918 -20  
e-mail: [info@Institut-IffBB.de](mailto:info@Institut-IffBB.de)  
[www.Institut-IffBB.de](http://www.Institut-IffBB.de)

Redaktionsleitung:  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Johann Peter VOGEL  
e-mail: [Redaktion@Institut-IffBB.de](mailto:Redaktion@Institut-IffBB.de)

R&B – Recht und Bildung und alle darin enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Außerhalb der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Herausgebers nicht erlaubt.

ISSN 1614-8134

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreis: 20,- € jährlich einschl. Versandkosten

Einzelpreis: 8,- € pro Heft zuzügl. Versandkosten

Neu- bzw. Nachbestellung von Heften:  
e-mail: [Abo@Institut-IffBB.de](mailto:Abo@Institut-IffBB.de)

Druck:  
Umweltdruckhaus Hannover GmbH  
Klusriede 23 • D-30851 Langenhagen  
[www.Umweltdruckhaus.de](http://www.Umweltdruckhaus.de)