

Reinald Eichholz, Velbert

Bildungseinrichtungen als Idealverein

Zusammenfassung

Die Wahl der richtigen Rechtsform verlangt, Lebenswirklichkeit und Rechtsgestalt sorgfältig aufeinander abzustimmen. Im Spannungsfeld von Ideal- und Wirtschaftsverein hängt es im Einzelfall von der rechtlichen Gestaltung und den konkreten Lebensprozessen ab, ob die Rechtsform des Idealvereins möglich ist oder ein Unternehmen mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb besteht. Bei der Einordnung von Bildungseinrichtungen wird bisher unzureichend bedacht, dass dieser Einrichtungstypus nicht von wirtschaftlichen Tätigkeiten geprägt ist, sondern von den originären pädagogischen Leistungen, denen gegenüber die wirtschaftliche Aktivität funktional untergeordnet bleibt. Bei nach Landesrecht geförderten Bildungseinrichtungen lässt sich die Verweisung auf handelsrechtliche Rechtsformen nicht mit der Notwendigkeit des Gläubigerschutzes begründen, weil diese Einrichtungen meist strengen öffentlich-rechtlichen Regeln unterliegen. Wenn die Eintragung als Idealverein gleichwohl verweigert wird oder im vorauseilenden Gehorsam handelsrechtliche Rechtsformen gewählt werden, unterstützt dies die makrosozial längst als Problem erkannte Ökonomisierung heutiger Lebensverhältnisse.

Das Ausgangsproblem

Rechtsfragen, zumal wenn sie formale Probleme des Rechtsverkehrs betreffen, finden im Allgemeinen wenig Aufmerksamkeit. Ein Beschluss des Kammergerichts Berlin aus dem Jahr 2011¹ jedoch hat zu einer weit über Berlin hinausgehenden Diskussion über Grundfragen des Vereinsrechts geführt.² Das Gericht hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein beim Vereinsregister als Idealverein (§ 21 BGB) angemeldeter Träger eines Kindergartens eintragungsfähig ist. Zulässig ist die Eintragung nur, wenn es sich um einen Verein mit *ideeller Zielsetzung ohne wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb* handelt. Dies verneinte das Gericht, weil ein „planmäßiger, auf Dauer angelegter Betrieb von Kindergärten/Kindertagesstätten gegen Entgelt“ vorliege und „die Inanspruchnahme von staatlichen Subventionen oder Fördermitteln“ und die „entgeltliche Anbietetung von Leistungen“ eine „unternehmerische Betätigung (sei), selbst wenn nur ein kostendeckender Betrieb gewollt ist“. Die Eintragung sei daher zu verweigern und der Träger auf handelsrechtliche Rechtsformen wie die GmbH oder die Genossenschaft zu verweisen, weil diese im Interesse des Gläubigerschutzes strengere Regeln, z.B. eine Bilanzierungspflicht, vorsehen.³

Das hohe Interesse an dieser Entscheidung ist darauf zurückzuführen, dass in Deutschland, sollte die Rechtsauffassung des Kammergerichts allgemein anerkannt werden, eine Vielzahl von Trägern, vor allem auch Schulen, betroffen wären. Man wäre gehalten, die Umwandlung der Trägervereine in andere Rechtsformen vorzunehmen; andernfalls könnte die Löschung im Vereinsregister vorgenommen werden. Dies würde zum Verlust der Rechtsfähigkeit führen, sodass die Unruhe verständlich ist.

Tatsächlich bricht die Entscheidung des Kammergerichts mit einer über hundertjährigen Tradition. Denn die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen wurde bei einer grundsätzlich ideellen Ausrichtung stets als unschädlicher „Nebenzweck“ betrachtet. Schon in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 hieß es, dass es nicht schädlich sei, wenn ein Verein „neben idealen Hauptzwecken ein wirtschaftliches Geschäft betreibt, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen“⁴. Tradition allein kann aber notwendigen Weiterentwicklungen nicht im Weg stehen. Zu bedenken ist nämlich, dass die gegenwärtige Debatte durch die Tatsache ausgelöst wurde, dass Kindergärten und Schulen zwar oft aus kleinen Initiativen hervorgegangen sind, sie heute aber – auch dank der öffentlichen Förderung – meist

¹ Kammergericht Berlin, Beschluss vom 18.09.2011 25 W 14/10 ZStV 2012, 62

² Es liegen bereits zahlreiche Äußerungen vor, u.a. Hesse, Klaus (2011), Die Eintragungsfähigkeit gemeinnütziger Vereine – Ein Fehlentscheid mit Nachwirkung, in: Recht und Bildung, Nr. 4/2011; May, Stephan, (2014) Der Zweck heiligt die Mittel: Warum die Rechtsform des Vereins für Schulträger zulässig ist, in: Recht und Bildung, Nr. 1/2014; Montag, Erhard (2012), Kurzgutachten für den DaKS Dachverband Berliner Kinder- und Schülerläden e.V., zur Eintragungsfähigkeit von Trägervereinen von Kindertagesstätten; Winheller, Stefan, (2012) in: DStR 2012, 1562, Kindergärten sind Unternehmen! Warum die Rechtsform des „e.V.“ für zweckbetriebsdominierte NPOs nicht taugt und Alternativen (eGmbH, e.G.) gefragt sind. Eine Anmerkung zu KG Berlin vom 18.1.2011, 20.1.2011 und 7.3.2012; Ders. (2013), Idealverein oder Wirtschaftsverein, Kita-Vereine zwischen Eintragungsfähigkeit und Rechtsformverfehlung, Kritische Anmerkungen zu dem Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 18.9.2012 2W 152/11, DStR 38/2013

³ Zustimmend Winheller, Stefan, (2012)

⁴ Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1899 Band I, S. 604.

zu Einrichtungen mit erheblichem Finanzvolumen geworden sind. Allerdings geht auch das Kammergericht davon aus, dass es eine Frage des *Einzelfalles* bleibt, ob die nach § 21 BGB zu stellenden Anforderungen tatsächlich erfüllt sind oder nicht. Denn die Praxis zeigt, dass eine Bildungseinrichtung zwar als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb geführt werden *kann*, sie muss es aber nicht. Entscheidend ist nicht, was man *kann*, sondern, was man *tut*.

Drei Argumentationsansätze

Die Auffassung des Kammergerichts hat deutliche Schwächen. Das OLG Schleswig-Holstein lehnt sie ausdrücklich ab.⁵ In dieser widersprüchlichen Situation kommt es entscheidend darauf an, dass sich die Träger selbst darüber klar werden, was es heißt, sich als *Idealverein* aufzustellen oder sich in einen *Wirtschaftsverein* umzuwandeln. Um entsprechend argumentieren zu können, muss man sich kritisch mit den vorliegenden Positionen auseinandersetzen.

I. Fragen zum „Nebenzweckprivileg“

Auf den Einzelfall kommt es an

In den Vordergrund seiner Argumentation rückt das Kammergericht, dass der Betrieb einer Bildungseinrichtung als Betätigung „am Markt“ zu sehen und deshalb von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auszugehen sei. Zwar gilt für einen Idealverein nach § 21 BGB nach allgemeiner Auffassung das sog. Nebenzweckprivileg, nach dem ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unschädlich ist, wenn er sich gegenüber dem dominanten ideellen Hauptzweck als *Nebenzweck* darstellt. Genau dies aber verneinte das Gericht mit Blick auf den *planmäßigen, auf Dauer angelegten Betrieb gegen Entgelt*, der den dominanten Zweck der zu beurteilenden Kindertagesstätte ausmachen sollte. Die im vorliegenden Fall gegebene steuerliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit betrachtete das Gericht als unmaßgeblich, obwohl schon die Reichstagsvorlage zu § 21 BGB ideelle Ziele mit „gemeinnützigen, wohltätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder anderen nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken...“⁶ gleichsetzte. Zwar verzichtete man am Ende in § 21 auf die Einzelbeispiele, die offensichtliche Parallele zur heutigen Abgabenordnung spricht aber dafür, dass bei Anerkennung der Gemeinnützigkeit ein ideeller Zweck naheliegt. Doch bleibt zu betonen, dass vorschnelle Rückschlüsse unzulässig sind, weil dem Vereinsrecht und dem Steuerrecht unterschiedliche gesetzgeberische Zielsetzungen zugrunde liegen und Gemeinnützigkeit unstreitig sowohl ideellen *als auch* wirtschaftlich tätigen Vereinen zuerkannt werden kann.

Entscheidend bleibt deshalb, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb *im konkreten Einzelfall* hinter dem ideellen Zweck zurückstehen muss. Bei der Beurteilung dieser Frage stellte das Kammergericht der *wirtschaftlichen Bedeutung* das (ideelle) *ehrenamtliche Engagement* gegenüber. Es erkannte damit immerhin an, dass bei verantwortlicher Selbstorganisation von Elterninitiativen ein Idealverein möglich ist.⁷ Bei seiner Entscheidung wie in der bisherigen Debatte überhaupt bleibt aber ein wesentlicher weiterer Aspekt unberücksichtigt. Es darf nämlich nicht außer Betracht bleiben, wie die ideellen bzw. wirtschaftlichen Ziele *konkret* erreicht werden, und dafür bedarf es im Bildungsbereich eines genaueren Blicks auf die Prozesse, die eine Bildungseinrichtung ausmachen.

Wie entsteht Bildungsertrag?

Was der *Träger* einer Bildungseinrichtung durch die für den Bildungsbetrieb notwendigen äußeren (vor allem auch finanziellen) Bedingungen wie Gestellung des Gebäudes und die erforderliche Organisationsstruktur sowie die personelle und sächliche Ausstattung aufbringt, ist als materielle Grundlage unverzichtbar; die eigentliche Leistung als *Bildungseinrichtung* wird dadurch aber nicht erbracht. Sie beruht auf der geistigen Leistung der pädagogisch Tätigen. Deren pädagogisches Engagement ist die „Quelle“ des Bildungsertrags. Bildung ergibt sich nicht durch Optimierung der quantitativ messbaren materiellen Gegebenheiten, sondern gründet *originär* auf den pädagogischen Leistungen der im Bildungsgeschehen handelnden Menschen, vor allem der Erzieherinnen und Erzieher, Lehrerinnen und Lehrer. Wie die Diskussion um die Studie des Bildungsforschers John Hattie zeigt, steht die Relevanz äußerer Faktoren weit zurück hinter den Persönlich-

⁵ OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.09.2012 Az. 2 W 15211 -

http://www.winheller.com/fileadmin/redaktion/NewsletterPDFs/nonprofitrecht/OLG_Schleswig_Holstein_18.09.2012_Az_2_W_15211_Kindergarten_Idealverein_vs_wirtschaftlicher_Verein.pdf (11.2.2014)

⁶ Mugdan, Benno, (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1899 Band I, Seite LIX (Reichstagsvorlage)

⁷ Im Einzelnen Montag, Erhard (2012)

keitsmerkmalen, die die Lehrenden auszeichnen. Selbst die *Strukturen* des Bildungssystems scheinen sich als zweitrangig zu erweisen. Im Ergebnis hat letztlich „die finanzielle Ausstattung einer Schule nur wenig Einfluss auf den Wissensgewinn ihrer Schüler“⁸. Die dominante typologische Prägung entsteht demnach nicht durch die wirtschaftliche Betätigung, sondern durch die Arbeit als Einrichtung des Bildungswesens.

Evident wird das Gewicht der ideellen Aspekte, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Bildungserfolg keineswegs allein vom pädagogischen Personal abhängt. Selbst bei Universitäten gilt, dass der große Ruf – etwa der Harvard University – keineswegs allein von der Professorenschaft begründet wird, sondern maßgeblich auch von den Absolventen aufgrund der von ihnen erbrachten exzellenten Leistungen. Dies ist bei einer Schule nicht anders. Der ganz persönliche Einsatz der Kinder und Jugendlichen als den „Akteuren ihrer Entwicklung“ ist, zumal wenn die Einrichtung in Eltern/Lehrer-Trägerschaft steht, im Zusammenwirken mit Lehrenden und Eltern maßgebend dafür, ob eine Schule ihrer Zweckbestimmung gerecht wird.

Unterscheidung verschiedener ‚Leistungstypen‘

Die Argumentation beruht im Grundsätzlichen auf der strukturellen Unterscheidung von *Fertigungsleistungen*, *Beziehungsleistungen* und *ideellen Leistungen*. Sie ergeben sich typologisch aus der Zuordnung zu einer zentralen Funktionsbestimmung, der andere Leistungselemente jeweils untergeordnet sind. Im *Wirtschaftlichen* dienen letztlich sämtliche Prozesse der Fertigstellung bedarfsgerechter Produkte. Zwar ist das *Beziehungsmoment* bedeutend für den Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage, das Produkt selbst ist aber Ergebnis der allein von Seiten des Produzenten erbrachten *Fertigungsleistungen*. In Form von Sachverstand und Erfindungsreichtum sind auch *ideelle Leistungen* in diesen Prozessen nicht wegzudenken; die geistigen Leistungen sind aber eindeutig dem wirtschaftlichen Zweck untergeordnet. Bei *Beziehungsleistungen* ist die Beziehungsgestaltung als solche das zentrale typologische Merkmal, wenn es etwa wie in Alten- oder Behinderteneinrichtungen darum geht, einen Lebensort schaffen, der Lebenszufriedenheit vermittelt.⁹ Eine gute Beziehung lässt sich jedoch nicht einseitig als fertiges Produkt herstellen; sie beruht auf einem dynamischen interaktiven Prozess, an dem *beide* Seiten mitwirken. Die heutigen Probleme dieser Einrichtungen beruhen darauf, dass man die unerlässliche materielle Grundversorgung mit dem eigentlichen Zweck verwechselt und im Streben nach ökonomischer Effektivität die Zeit für die eigentlichen Beziehungsleistungen fehlt.

In entsprechender Weise lassen sich *ideelle Leistungen* charakterisieren. Sie entspringen im weitesten Sinne geistiger Tätigkeit als der „Quelle“ geistiger Produktion. Im Zentrum dieses Leistungstypus stehen Erfindungen, Forschungsleistungen, künstlerische Arbeit und eben auch Bildungsleistungen, die die ‚freien Berufe‘ kennzeichnen. Sie geben den entsprechenden Einrichtungen das Gesicht. In ihnen sind diesen ideellen Leistungen tragende *Beziehungsstrukturen* zugeordnet, um das Innovationspotenzial jedes Einzelnen zu heben und zur Geltung zu bringen, wie insbesondere die Lernprozesse im Rahmen inklusiver Pädagogik zeigen. Diesen Aspekten gegenüber treten die *wirtschaftlichen* Funktionen als bloß unterstützend in den Hintergrund. Als Beleg dafür, dass es um strukturell grundlegend unterschiedliche Leistungstypen geht, kann gelten, dass *Fehler* in einem *Fertigungsprozess* konsequent zu eliminieren sind, während *Krisen* und *Fehler* zu machen, in *lebendigen Beziehungen* und in *Bildungsprozessen* ein wichtiges immanentes Entwicklungsmoment sind.

Ein Ausweis dieser funktionalen Gewichtung in einer Bildungseinrichtung, zumal wenn sie in Eltersträgerschaft steht, ist die Zahl der am Bildungserfolg beteiligten Menschen: eine nur kleine Gruppe widmet sich wirtschaftlichen Fragen, während die eigentliche Zweckerfüllung auf dem Engagement des gesamten *Kollegiums* sowie der *Schülerschaft* mit ideeller Unterstützung der *Elternschaft* beruht, in der Regel also von mehreren hundert Menschen, die der Einrichtung Sinn und Bedeutung geben. Soweit dabei, wie das Kammergericht hervorhebt, *Ehrenamtlichkeit* eine Rolle spielt, ist dies lediglich ein *zusätzlicher* Gesichtspunkt, der die wirtschaftliche Betätigung relativiert; der entscheidende Unterschied zwischen einer Bildungseinrichtung und einem Wirtschaftsunternehmen ist aber, dass nicht die materiellen Grundlagen, sondern die geistigen Leistungen als die „Quelle der Erträge“ das Wesen einer Bildungseinrichtung ausmachen. Wenn das Kammerge-

⁸ Spiewak, Martin, DIE ZEIT vom 14.1.2013 (ZEIT-online); Otto, Jeannette, DIE ZEIT vom 2.1.2014 zu Hattie, John, Lernen sichtbar machen, Schneider-Verlag 2013

⁹ Fischer, Andreas (2010), Zur Qualität der Beziehungsdienstleistung in Institutionen für Menschen mit Behinderungen, Diss. 2010 - <http://dokumentix.uni-siegen.de/opus/volltexte/2011/515/pdf/fischer.pdf> (14.4.2014); Herrmannstorfer, Udo (1999), Die Arbeit am Menschen - ein Produktionsvorgang? Zur Charakteristik von Beziehungsdienstleistungen – Ein Beitrag zur Debatte über die Qualitätssicherung, In: Rundbrief "Dreigliederung des sozialen Organismus", Heft 2/1999 - <http://www.sozialimpulse.de/fileadmin/sozialimpulse/pdf/Beziehungsdienstleistung.pdf> (14.4.2014)

richt also zusammenfasst, dass die Privilegierung eines Wirtschaftsbetriebs als *Nebenzweck* davon abhängt, „ob eine wirtschaftliche Tätigkeit dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins funktional untergeordnet ist“, so zeigt gerade eine funktionale Betrachtung, dass das Kammergericht verkennt, dass *funktional* nicht die wirtschaftlichen Aspekte, sondern allein das ideell-pädagogische Engagement einschließlich der Mitwirkung von Schülerinnen und Schülern und deren Eltern die Eigenart als Bildungseinrichtung hervorbringt. Die nachrangige wirtschaftliche Betätigung kann daher für den Gesamtcharakter der Einrichtung nicht maßgebend sein.

Regelungsbedarf im Vereinsrecht

Die Tatsache, dass Kindergärten oder Schulen heute oft ein Haushaltsvolumen von mehreren Millionen Euro haben, machen sie also *nicht* zu einem Betrieb mit wirtschaftlicher Zielsetzung; es bleibt auch hier bei der funktionalen Zuordnung der materiellen Ressourcen zu dem Bildungszweck. Nicht bestreiten lässt sich aber, dass bei größerem Umfang der wirtschaftlichen Anteile das Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs, insbesondere der Gläubiger, zunimmt. Aber auch das macht eine Einrichtung des Geisteslebens nicht zu einem Wirtschaftsunternehmen. Konsequenz dieses Schutzbedürfnisses kann nicht die Verweisung auf handelsrechtliche Rechtsformen sein; in Betracht kommen könnte nur eine ergänzende *Regelung für Idealvereine*, wie sie in § 267 des Handelsgesetzbuchs angelegt ist. Hier werden „Größenklassen“ definiert, an die sich zunehmend strengere Sicherheitsbestimmungen anschließen. Die Praxis trägt diesen Anforderungen allerdings schon Rechnung, indem große Idealvereine, falls sie nicht (wie bei öffentlicher Förderung) aus anderen Gründen dazu verpflichtet sind, etwa mit Blick auf das Spendensiegel des Deutschen Zentralinstituts für soziale Fragen (DZI) längst auf freiwilliger Basis detaillierte Buchhaltungs- und Bilanzierungserfordernisse erfüllen.

Fazit I: *Einrichtungen des Bildungswesens haben eine typologische Prägung, die sie strukturell von Wirtschaftsunternehmen unterscheidet. Das ideelle Element einer Bildungseinrichtung ist für deren Charakter so dominant, dass die Bedeutung des Wirtschaftlichen dahinter zurücktritt. Die wirtschaftliche Betätigung einer Bildungseinrichtung kann der Eintragungsfähigkeit als Idealverein daher nicht entgegengehalten werden.*

II. Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit

Elternträgerschaft – ein besonderer Fall

Das Kammergericht begründet die Annahme eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs mit der Entgeltlichkeit der Leistungen, weil es sich um die „entgeltliche Anbietung von Leistungen“ handele, die „am Markt an Dritte verkauft“ werden. Gerade bei den vom Gericht angesprochenen ursprünglich kleinen Elterninitiativen müssen aber Zweifel aufkommen, ob diese Sicht zutrifft. Zwar sind derartige Einrichtungen heute – zumal Schulen – häufig zu Betrieben mit erheblichem Finanzvolumen herangewachsen; doch auch dann bleibt die Frage, ob von Entgeltlichkeit gesprochen werden kann, wenn die Eltern selbst die Einrichtung betreiben. Sind Eltern wirklich ‚Kunden‘? Die Besonderheit der Elterninitiativen¹⁰ besteht ja darin, dass Eltern hier wie jeder andere Träger selbst *Leistungserbringer* sind mit allen Aufgaben, Risiken und Sorgen, die dem Träger einer Einrichtung zufallen. Sie stehen der Einrichtung deshalb nicht als *Kunde* gegenüber – es ist ihre *eigene Einrichtung*, für die sie sich stark machen. Als Betreiber sind sie folglich nicht *Abnehmer* der Bildungsleistungen, und daher kann es sich bei dem, was Eltern für die Einrichtung aufbringen, auch nicht um *Entgelte* handeln, es sind Beiträge zur *Trägereigenleistung*.

Einen derartigen Trägeranteil sehen die Ersatzschulfinanzierungsgesetze sowie die Kindergartengesetze der Länder durchweg vor; die Kindergartengesetze unterscheiden dabei ausdrücklich zwischen einem *Entgelt (Gebühren)* für die Erziehungs- und Bildungsleistung und dem *Trägeranteil*, der im Fall der Elternträgerschaft von den Eltern als den Betreibern der Einrichtung aufzubringen ist. Diese Differenzierung sucht man in der Entscheidung des Kammergerichts vergebens.

Formale Gestaltungsaspekte

Vor diesem Hintergrund spielt allerdings die Gestaltung der Schulverträge und der Vereinssatzung eine wichtige Rolle. Wenn nach den vertraglichen Absprachen „Schulgeld“ erhoben wird, insbesondere wenn dies „nach Schülerköpfen“ geschieht statt nach beteiligten Elternhäusern, und es zudem an der Regelung von vereinsrechtlichen Beitragspflichten fehlt, dann wird ein Registergericht schwerlich davon zu überzeugen sein, dass *kein* Entgelt vorliege, selbst wenn darauf verwiesen werden kann, dass die praktische Handhabung

¹⁰ Montag, Erhard (2012), S. 11 f.

keineswegs marktorientiert ist. Denn als Leistungsentgelt für die Unterrichtung des eigenen Kindes müsste sich der individuelle Aufwand in der „Preisgestaltung“ niederschlagen. Wenn ein Kind besondere Hilfe braucht oder auch nur die Kapazitäten des Klassenlehrers in besonderer Weise bindet, wäre ein höheres „Entgelt“ die konsequente Folge eines Austauschverhältnisses „am Markt“ – das aber gibt es in der Praxis nicht. Trotzdem wird der Finanzverwaltung allein die Tatsache, dass nach dem Schulvertrag „Schulgeld“ erhoben wird, genügen, um die Anerkennung der Spendenabzugsfähigkeit wegen eines Gegenleistungsverhältnisses zu versagen.

§ 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG scheint dies zu bestätigen, wenn danach 30 % des „Entgelts“ bis zu einem Gesamtbetrag von 5.000 € jährlich als Sonderausgabe geltend gemacht werden können. Wenn Eltern *nicht* Schulträger sind, mag die Regelung passend sein. In dem besonderen Fall der Elternträgerschaft jedoch ist die Trägereigenleistung kein „Entgelt“. § 10 EStG wird hier zwar angewandt; er kann, da ein Entgelt nicht vorliegt, sachlich aber nicht unmittelbar zutreffen. Vielmehr müsste der Elternbeitrag bei Vorliegen von Gemeinnützigkeit – entgegen der Praxis der Finanzverwaltung – in *voller* Höhe spendenabzugsfähig sein wie etwa bei Schulen in konfessioneller Trägerschaft, wenn Eltern als Kirchensteuerzahler – oder selbst durch Zweckzuwendungen für eine einzelne Schule – zur Aufbringung dieses Anteils beitragen. Eltern, die selbst die Einrichtung betreiben, dürfen demgegenüber nicht schlechter gestellt werden. Solange die volle Spendenabzugsfähigkeit nicht anerkannt wird, müssen deshalb auch sie in den Genuss der Steuervergünstigung kommen. Es handelt sich jedoch allein um eine Folge des Gleichbehandlungsgebotes, ohne dass daraus das Vorliegen ‚echter‘ Entgeltlichkeit gefolgert werden könnte.

Will man im Fall der Elternträgerschaft dem Entgeltlichkeitsargument ausweichen, kommt es also auf die klare Gestaltung der Verträge und der Mitgliedschaftspflichten an. Zum einen sind die Schulverträge so zu fassen, dass sie *kein Schulgeld* vorsehen. Damit wird deren Sinn als eine dem Erziehungsrecht entspringende *Gestattung* der Erziehungsberechtigten deutlich, ihr Kind in die Obhut einer nichtstaatlichen, von ihnen selbst betriebenen Bildungseinrichtung zu geben. Dies erlaubt der Einrichtung, das gemeinsam verfolgte Bildungskonzept für ihr Kind zu verwirklichen. *Vertragliche* Aspekte treten hinzu durch die Begründung einer *Erziehungspartnerschaft*, die für beide Seiten aufgrund der Schulpflicht, in organisatorischer Hinsicht und in Achtung des Erziehungsrechts der Eltern Rechte und Pflichten begründet. Die von den Eltern aufzubringende Trägereigenleistung ist dann im Rahmen der *Vereinsmitgliedschaft aller Eltern* zu regeln. Die Mitgliederversammlung kann dazu eine Beitragsordnung beschließen. In der Gestaltung ist sie zwar frei; allerdings würde die Vorgabe einer „schülerkopfbezogenen“ Staffelung nahelegen, dass die Ausgestaltung als Trägerbeitrag lediglich eine Umgehung der in Wirklichkeit gegebenen Entgeltlichkeit ist.

Überhaupt muss die Gesamtgestaltung des Mitgliedschaftsverhältnisses so beschaffen sein, dass der Mitgliedsbeitrag Ausdruck umfassender Selbstverwaltung ist. Durch satzungsmäßige und praktische Einbindung der Elternschaft in die Vereinsaufgaben muss ein Gesamtbild entstehen, das sie glaubwürdig als Träger ausweist. Die Mitgliedschaftsrechte in der Mitgliederversammlung sind dafür ebenso wichtig wie die Funktionen im Vorstand und in Arbeitskreisen, z.B. im Finanz-, Bau- oder Vertrauenskreis. Sind diese Vorkehrungen getroffen, wird der Annahme der Entgeltlichkeit die Grundlage entzogen.

Dass sich Einrichtungen in Elternträgerschaft nicht „am Markt“ betätigen, wird im Übrigen und unterstrichen durch die Tatsache, dass der von den Eltern aufgebrachte Trägeranteil im Schulhaushalt neben der öffentlichen Förderung nur einen Bruchteil der Einnahmen ausmacht. Schon deshalb ist es unangemessen, die Einrichtung *insgesamt* als Wirtschaftsbetrieb zu betrachten. Wenn sich ein Kindergarten oder eine Schule nicht *wenigstens überwiegend* aus am Markt erzielten Einnahmen finanzieren, kann die von der Einrichtung erbrachte Leistung schwerlich Gegenstand eines entgeltlichen Austauschverhältnisses sein.¹¹

Fazit II: *Obwohl sich bereits aufgrund des Nebenzweckprivilegs ergibt, dass der Charakter als Bildungseinrichtungen die wirtschaftliche Betätigung als unschädlich an den Rand drängt, ist im Fall der Elternträgerschaft mangels Entgeltlichkeit auch diese untergeordnete Tätigkeit bei konsequenter Regelung kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb.*

¹¹ May, Stephan (2014)

III. Gläubigerschutz und öffentliche Förderung Wege des Gläubigerschutzes

Das Kammergericht betont, dass es Sinn und Zweck der Unterscheidung des Idealvereins nach § 21 BGB und der wirtschaftlichen Vereinsformen sei, „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 so genannten Nebenzweckprivilegs überschreitet.“ Bei genauerem Hinsehen bieten die alternativen Rechtsformen indessen meist weit weniger Sicherheit als der herkömmliche Verein.¹² Im Übrigen ergibt sich gerade für den Gläubigerschutz unter Rückgriff auf den Beschluss des OLG Schleswig-Holstein eine grundlegend andere Argumentation. Das OLG rückt einen Umstand in den Vordergrund, der vom Kammergericht Berlin mit der pauschalen Bemerkung übergangen wird, dass durch „die Inanspruchnahme von staatlichen Subventionen oder Fördermitteln... ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb entstehe“. Die staatliche Subventionierung weist jedoch in eine andere Richtung.

Dabei ist zunächst bedeutsam, dass es im Bildungswesen um die Erfüllung einer vom Gesetzgeber im öffentlichen Interesse formulierten Aufgabe geht. Sämtliche Ersatzschulfinanzierungsgesetze bestätigen die Anerkennung auch der *nichtstaatlichen* Schulen als Teil des *öffentlichen* Bildungswesens. Dadurch entsteht eine Zweckausrichtung, die qualitativ *ideell* und in wirtschaftlicher Hinsicht *quasi-fiskalischer* Art mit erheblichem Einfluss auf das Finanzgebaren ist. So sind Schulen nach Art. 7 GG verfassungsrechtlich gebunden, keine „Sonderung nach Besitzverhältnissen“ vorzunehmen, was unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt ja durchaus zielführend wäre. Im Übrigen sind die Bewirtschaftungsgrundsätze öffentlich-rechtlich geregelt. Maßgebend sind neben den Fachgesetzen die Landeshaushaltsordnungen mit den dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften, die in allen Einzelheiten Antragstellung, Mittelverwendung und Verwendungsnachweisführung regeln. Die Einrichtungen unterliegen der Haushaltskontrolle; sie haben sich meist routinemäßigen Haushaltsprüfungen zu stellen. Die Landesrechnungshöfe behalten sich ein Prüfungsrecht vor. Der Bereich des öffentlich geförderten Bildungswesens ist damit im Interesse ordentlicher Haushaltsführung wesentlich enger und strenger geregelt als es bei den handelsrechtlichen Vereinsformen zum Schutz der Gläubiger und des Rechtsverkehrs der Fall ist.¹³ Es geht nicht um eine Betätigung „am Markt“, sondern um die Erfüllung einer dezidiert geregelten öffentlichen Aufgabe im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips. Nicht zuletzt die mit einer gesetzlichen Förderung verbundene Absicherung, über die in dieser Form kein Wirtschaftsunternehmen verfügt, zeigt, dass die Marktmechanismen außer Kraft gesetzt sind.

Fazit III: *Bei Einrichtungen des Bildungswesens nach Maßgabe der einschlägigen Landesgesetze bedarf es des Nebenzweckprivilegs nicht, da es sich nicht um „wirtschaftliche Geschäftsbetriebe“ handelt. Das besonders bei großen Einrichtungen anzuerkennende Bedürfnis nach Gläubigerschutz wird durch die förderungsrechtlich vorgegebenen Bewirtschaftungsgrundsätze befriedigt. Das für das Kammergericht entscheidende Motiv des Gläubigerschutzes erweist sich als nicht tragfähig.*

IV. Destruktion durch Rechtsformverfehlung Lebendige Sozialität in falschen Formen?

Was wie eine juristische Formfrage aussieht, ist im sozialen Miteinander von unmittelbarer Bedeutung: Die Tatsache, dass der Ertrag einer Bildungseinrichtung nicht primär von den wirtschaftlichen Gegebenheiten abhängt, sondern von den schöpferischen Leistungen der Beteiligten, wird konterkariert, wenn Zielsetzungen und Regularien des Wirtschaftslebens auf Bildungsinstitutionen übertragen werden. Die falsche Rechtsform prägt und erzeugt eine ‚Unternehmensphilosophie‘, die wirtschaftliches Unternehmertum und die auch im Bildungswesen unerlässliche Initiative verwechselt und dadurch den Bildungszweck verdrängt, zugleich aber, weil sich Bildung der Fertigung als Produkt entzieht, auch den Sinn echten Wirtschaftens verfehlt. Auf unmerkliche Weise untergraben diese Unstimmigkeiten Effektivität. Wenn man wirtschaftlich agiert, zugleich aber meint, sich ideell zu betätigen, entstehen Unwahrhaftigkeiten, die Missverständnisse erzeugen und Kräfte binden, die dem sozialen Leben verloren gehen. Die kontrafaktische Aufrechterhaltung von Idealität bewirkt zwangsläufig innere Widersprüche. Wenn eine aus dem Inbegriff der Pädagogik gestaltete Schule, in der das Kollegium ein natürliches Gestaltungsprimat hat, in wirtschaftlichen Rechtsformen durch einen Geschäftsführer nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten in der Verantwortung eines „ordentlichen Kaufmanns“

¹² Montag, Erhard (2012), S. 10 f.

¹³ Hesse, Klaus (2011)

geführt werden soll, sind Zielkonflikte, Konkurrenzen und Reibungsverluste unausbleiblich. Die eigentlichen Intentionen werden verfälscht. Insbesondere wenn Eltern-Lehrer-Trägerschaft in dem ideellen Sinne angestrebt wird, *die Schule von allen gemeinsam zu tragen*, entstehen antisoziale Ausgrenzungen, wenn die Eltern, statt voll mitwirkende Mitglieder zu sein, zu Kunden gemacht oder durch die Rechtsform auf die Stellung von wirtschaftlichen Teilhabern reduziert werden. Die oft ermüdenden Abläufe einer (schlecht geleiteten) Mitgliederversammlung sind in Wahrheit notwendige (demokratische) Beteiligungsprozesse. Wenn sie aufgrund vordergründiger Nützlichkeitsabwägungen¹⁴ fehlen, ist ein unmerkliches Verbiegen der Lebensvollzüge die Folge, auch wenn nur geschulte Aufmerksamkeit wahrnimmt, wie subtil destruktiv sich dies auswirkt.

Probleme alternativer Rechtsformen

Rechtlich und praktisch sind unter diesem Gesichtspunkt sowohl die GmbH als auch die Genossenschaft problematisch. Obwohl wesentliche Unterschiede bestehen, bedeuten sie in Zielsetzung und Praxis eine *wirtschaftliche* Betätigung, die die Eintragung einer Schule als „Firma“ im Handels- bzw. Genossenschaftsregister erfordert. Schon heute lassen sich die Probleme im Sozialen beobachten, wenn die Verwaltungsvorgänge *de facto* von einer kleinen kompetenten Gruppe isoliert von der Gemeinschaft wahrgenommen werden. Es bilden sich informelle Hierarchien, die durch die Führungsstruktur eines Wirtschaftsunternehmens, statt den Problemen entgegenzuwirken, formal verfestigt würden. Auch wenn eine GmbH „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ (§ 1 GmbHG) errichtet werden kann, passt es nicht, wenn die Eltern zu Gesellschaftern mit Geschäftsanteilen werden, „die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt“ (§ 5 GmbHG). Zwar erscheint die Genossenschaft mit dem ihr zugrunde liegenden Solidar- und Selbstverwaltungsgedanken geeigneter, zumal ihr Zweck neben der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder darauf gerichtet sein kann, deren „soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“ (§ 1 GenG). Auch die Genossenschaft ist aber „Kaufmann“, also Wirtschaftsunternehmen. Dementsprechend sind die Mitglieder mit einem „Geschäftsanteil“ beteiligt. Sollen mehr als 20 Mitglieder eingebunden sein, wie es dem Gedanken der Eltern-Lehrer-Trägerschaft entspricht, bedarf es neben dem Vorstand eines Aufsichtsrates. Zwar lässt sich durch geschickte Kombination der Rechtsformen, durch Personalunion oder Bindung der Geschäftsführung erreichen, dass die ideale Ausrichtung mehr Einfluss gewinnt; die in den Untergründen mangelnde Passung lässt sich aber nicht beseitigen – ganz abgesehen von Problemen, die umwandlungs- und gemeinnützigkeitsrechtlich auftauchen und den zum Teil erheblichen Kosten der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft oder in eine einem Prüfungsverband angeschlossene Genossenschaft.

Als Bestätigung kann man auf Weiterentwicklungen im Gesellschaftsrecht verweisen. Das Anwachsen der Sozietäten von Anwälten, Architekten, Ärzten oder Steuerberatern hat im *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* zu einer Sonderregelung geführt, die ausdrücklich feststellt, dass trotz des erheblichen wirtschaftlichen Potenzials „kein Handelsgewerbe“ ausgeübt wird. Es wird keine „Firma“ geführt; eingetragen wird die Partnerschaftsgesellschaft in ein eigenes Partnerschaftsregister. Die Partnerschaftsgesellschaft kennt als PartGmbH „mit beschränkter Berufshaftpflicht“ eine Haftungsbeschränkung, und trotz ähnlicher Interessenlage wird nicht auf die Rechtsform der GmbH verwiesen, sondern an der klaren Unterscheidung von wirtschaftlichen Unternehmen und nichtwirtschaftlichen Gemeinschaften festgehalten. Für die freien Berufe, also auch für Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher, wird damit anerkannt, dass es um schöpferische Leistungen geht, die mit Produktionsleistungen der Wirtschaft nicht gleichgesetzt werden können.

So ermutigt der Gesetzgeber selbst dazu, dem bedenklichen Zug zur Ökonomisierung unserer Lebensverhältnisse entgegenzutreten und zu verhindern, dass durch falsche Rechtsformen der eigentliche Zweck der Einrichtungen des Geisteslebens verfehlt wird.

¹⁴ Winheller, Stephan, (2012)