

Verein oder GmbH? Mehr als eine juristische Frage

Die vielfältige Landschaft der freien Kitaträger in Deutschland ■ ist größtenteils in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisiert. Dies hat seine guten Gründe. Denn der eingetragene Verein hat sich in seiner langen Geschichte als sehr anpassungs- und wandlungsfähig erwiesen.



Roland Kern

Dachverband Berliner Kinder- und Schülerläden (DaKS) e.V.

Er kann offensichtlich eine passende Hülle sowohl für große professionell strukturierte Institutionen als auch für kleine ehrenamtlich geführte Projekte liefern. Besonders für Träger, die sich die dauerhafte Einbeziehung von bürgerschaftlichem Engagement auf die Fahne schreiben, ist der Verein als Rechtsform quasi konkurrenzlos: leicht zu gründen, intern demokratisch und auf Beteiligung ausgelegt, mit geringen Bürokratiekosten belastet, auf den Wechsel auch in Verantwortungspositionen gut vorbereitet.

Seit einiger Zeit steht der Verein als passende Rechtsform für Kitaträger jedoch verschiedentlich unter Druck. Auch in dieser Zeitschrift wurde schon gefragt: »Hat der eingetragene Verein ausgedient?« und Kitas mit mehr als 20 Plätzen die Umwandlung zur GmbH empfohlen. Denn der Verein bremse den Dienstleistungsbetrieb Kita in der täglichen Arbeit und biete allenfalls noch Querulanten ein offenes Einfallstor.¹

Die Befürworter einer solchen Sichtweise können sich dabei auf die Rechtsprechung des Berliner Vereinsregisters und auch des Kammergerichts Berlin stützen und verweisen darauf, dass deren Argumentation zunehmend auch von anderen Registergerichten übernommen würde.

An dieser Stelle soll ein kurzer Überblick über die aktuelle Rechtsprechung sowie die juristische Diskussion dazu gegeben werden. Weil es sich nach Meinung des Autors aber keinesfalls nur um eine juristische Frage handelt, werden zudem die gesellschaftspolitischen Implikationen dieser Thematik angerissen und auch einige Handlungsempfehlun-

gen für betroffene bzw. sich Gedanken machende Vereine sollen nicht fehlen.

Berlin gegen den Rest der Republik?

Seit einigen Jahren beurteilt das Berliner Vereinsregister die Eintragungsfähigkeit von Kitaträgervereinen zunehmend kritisch. Vereine, deren hauptsächliche Tätigkeit darin bestehe, eine oder mehrere Kitas (oder auch Schulen) zu betreiben, seien vorwiegend wirtschaftlich tätig. Denn das Angebot einer Kitabetreuung sei nichts anderes als eine entgeltliche Dienstleistung an einem Markt. Als hauptsächlich wirtschaftlich tätige Organisationen seien sie aber im Vereinsregister nicht eintragungsfähig, sondern müssten andere Rechtsformen wählen, z.B. die GmbH.

» ... das Angebot einer Kitabetreuung sei nichts anderes als eine entgeltliche Dienstleistung an einem Markt.«

Zunächst betraf diese Auffassung ausschließlich neugegründete Vereine, mittlerweile wird aber auch alteingesessenen Kita- und Schulvereinen ein Rechtsformwechsel nahegelegt und anderenfalls mit der Löschung des Vereins aus dem Register gedroht.

Das Kammergericht Berlin als nächste und zugleich oberste Instanz hat diese Rechtsauffassung 2011 in zwei Urteilen² bestätigt und hat auch in den Folgejahren in vergleichbaren Entscheidungen z.B. im Kulturbereich diese Linie bekräftigt. Ganz explizit wurden diese Urteile als Abkehr von einer bisherigen Linie formuliert, die die Erteilung der Gemeinnützigkeit als starkes Indiz auch für die Eintragungsfähigkeit von Vereinen angesehen hatte. Dass dieser Paradigmenwechsel durch einen Zuständigkeitswechsel innerhalb des Berliner Kammergerichts ausgelöst wurde, beleuchtet dessen Zufälligkeit.

Nach den Kammergerichtsurteilen verfestigte sich die Haltung des Berliner Vereinsregisters, die bei Neugründungen systematisch, bei bestehenden Vereinen aber nur im Einzelfall angewendet wird.

Die geschilderte Rechtsauffassung blieb lange auf Berlin beschränkt. Erst mit dem Bekanntwerden der Urteile des Berliner Kammergerichts begannen sich einige andere Vereinsregister – mitunter auf Veranlassung der lokalen Industrie- und Handelskammer – der Berliner Interpretation anzuschließen. Bekannte Fälle gab es in Brandenburg, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg.

Keinesfalls ist es aber so, dass sich hier schon eine eindeutige Tendenz abzeichnet bzw. diese Übertragung systematisch geschieht. Immer noch ist es eine Minderheit der Vereinsregister, die sich der Berliner Auffassung anschließt und immer sind es nur einzelne betroffene Vereine. Und interessanterweise haben die Beschwerdeinstanzen, die Oberlandesgerichte, in den bisher bekannten Fällen außerhalb von Berlin immer zugunsten der klagenden Kitaverene geurteilt:

- Das OLG Schleswig-Holstein wies im September 2012 die Beschwerde eines Lübecker Kitaverens zwar als verfrüht zurück, bezog in der Urteilsbegründung jedoch eindeutig Stellung zugunsten der Eintragungsfähigkeit des Vereins.
- Das OLG Brandenburg gab im August 2014 der Beschwerde eines Kitaverens gegen die vom Vereinsregister beabsichtigte Löschung statt. Bei einem Verein, der seit vielen Jahren unbeanstandet arbeite, sei das Bestandsinteresse des Vereins höher zu werten als das Interesse des Registers an einer Bereinigung.
- Das OLG Stuttgart wies das dortige Vereinsregister an, einen neu gegründeten Waldorfkindergartenverein

doch einzutragen. Zwar könne man einen Kitabetrieb als wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb werten, im vorliegenden Fall sei aber diese unternehmerische Tätigkeit einem »idealen Hauptzweck zu- und untergeordnet«.

Ausnahme Elterninitiativen

Elterninitiativ-Kitaverene sind auch in Berlin bisher vom erzwungenen Rechtsformwechsel ausgenommen. Hier wiegt der Zusammenschluss der Eltern schwerer als der Kitabetrieb. Als dies im Jahr 2012 kurzzeitig gefährdet schien, konnte der Dachverband der Berliner Kinder- und Schülerläden seine Mustersatzung so anpassen, dass diese auch dem gestrengen Berliner Vereinsregister weiterhin als eintragungsfähig gilt. Wie dünn aber auch hier das Eis ist, zeigt die Tatsache, dass eine Anwendung dieser Satzung auf die ebenfalls von Elternvereinen getragenen Alternativschulen vom Berliner Vereinsregister ein Jahr später abgelehnt wurde.

Juristische Diskussion

Zwei Juristen, drei Meinungen – so lautet das gängige Vorurteil und so sieht es auch in dieser Frage aus. Weil einer der führenden Befürworter der Rechtsprechung des Kammergerichts in dieser Zeitschrift bereits ausführlich argumentiert hat, sollen im Folgenden vor allem die juristischen Gegenargumente erwähnt werden.³

» Das [KG] konstatiert, dass die Gemeinnützigkeit als steuerliche Privilegierung [...] keine Rolle für den Vereinscharakter spielen kann.«

Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Schul- oder Kitabetrieb überhaupt als unternehmerische Tätigkeit zu werten ist. Kritiker dieser Einordnung verweisen darauf, dass es hier eben keinen freien Markt mit einer ebensolchen Preisbildung gibt, an dem Marktteilnehmer eine Dienstleistung frei anbieten können. Vielmehr ist dieser Bereich sowohl in der Ausgestaltung des Angebots als auch in der Finanzierung staatlicherseits stark reguliert. Die sich ausbreitende subjektorientierte Finanzierung freier Träger im Kitabereich stärkt sicherlich die Marktelemente, ob diese aber vorherrschend sind, lässt sich



Verein oder GmbH? Wie sieht die Zukunft der Kitas aus?

mit gutem Recht bezweifeln.

Sieht man einen Kitabetrieb als wirtschaftliche Betätigung, so ist zu bewerten, ob diese den Verein hauptsächlich prägt. Nur dann wäre diese Betätigung eintragungsschädlich. In der vereinsrechtlichen Fachliteratur wird bisher jedoch gerade der Betrieb einer Kita als klassischer Fall für die Anwendung des sog. Nebenzweckprivilegs gesehen.⁴ Entscheidend für das Urteil, ob dies weiterhin auch für sog. zweckbetriebsdominierte Vereine korrekt ist, ist die Entscheidung für eine quantitative oder qualitative Betrachtungsweise. Bei Befürwortern der quantitativen Ermittlung wird das Nebenzweckprivileg dann auch begrifflich zum »Nebentätigkeitsprivileg«, das einem Kita-Verein nicht zusteht. Eine qualitative Bewertung von Haupt- und Nebenzweck kommt dagegen schnell zu der Auffassung, dass der »Betrieb Kita« inhaltlich dem ideellen Hauptzweck Bildung untergeordnet ist, quasi als Mittel zum Zweck.

Und hier kommt dann auch die Gemeinnützigkeit ins Spiel. Das Kammergericht Berlin konstatiert, dass die Gemeinnützigkeit als steuerliche Privilegierung auch von unzweifelhaft wirtschaftlicher Betätigung keine Rolle für den Vereinscharakter spielen kann. Die bisher gängige Gegenposition verweist darauf, dass die Anerkennung der Gemeinnützigkeit ein wichtiges Indiz für einen nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins insgesamt ist. Denn sie verweist ja darauf, dass sich der Verein einem solchen Zweck verpflichtet hat.

Eine zentrale Rolle in der juristischen

Diskussion spielt dann noch der Gläubigerschutz. Denn dieser ist der hauptsächliche Grund dafür gewesen, einen Unterschied zwischen ideell und wirtschaftlich geprägten Vereinen zu machen, letzteren die Eintragung ins Vereinsregister zu verwehren und auf handelsrechtliche Rechtsformen zu verweisen, die eine höhere Rechtssicherheit im Wirtschaftsverkehr böten (z.B. über Haftungskapital und Bilanzpflicht). Die Gegenargumentation verweist auf die geringe Insolvenzquote von Kitavereneinfolge der staatlichen Finanzierung und Regulierung und die mit der Etablierung der UG durchlöchernde Ausstattung einer GmbH mit Haftungskapital. Auch dient ja gerade die Auslagerung von wirtschaftlichen Betätigungen in Tochter-GmbHs eher dazu, den Mutterverein vor einer Insolvenz eines Teilbereichs zu schützen. Eine GmbH kann darüber hinaus im Krisenfall sehr viel weniger auf ehrenamtliches Potenzial zählen als eine GmbH. Die Berliner Rechtsprechung vermindert also praktisch den Gläubigerschutz, in dessen Namen sie zu agieren vorgibt.

Was macht der einzelne Verein?

Die Sache ist also weit weniger eindeutig als einige Juristen behaupten. Und deshalb sind Kitaträger auch weiterhin auf ihr eigenes Urteil angewiesen, wenn sie sich mit der Frage der »passenden Rechtsform« beschäftigen.

Dabei sollte man sich vor einer Entscheidung über die Rechtsform zunächst Gedanken um die hauptsächliche Motivation und gewünschte Struktur des jeweiligen Trägers machen.

Breibt man die Kita in erster Linie als Ausfluss einer Geschäftsidee oder als Verwirklichung einer pädagogischen Überzeugung? Soll die Trägerstruktur auf wenige und dauerhaft in ihren Positionen Tätige zugeschnitten sein oder strebt man auch hier die Beteiligung Vieler und einen unkomplizierten Wechsel an? Soll der Träger das persönliche Eigentum bestimmter Personen sein oder gerade nicht? Welche Rolle soll ehrenamtliches Engagement spielen?

Die Beantwortung solcher Fragen ist Voraussetzung für eine gewinnbringende Antwort auf die Frage nach der »passenden Rechtsform«.⁵ Und auf diesem Fundament ist dann die juristische Beratung hilfreich. Denn natürlich kann man jede der zur Verfügung stehenden Rechtsformen wiederum individuell ausgestalten.

Für den einzelnen Träger gilt es deshalb, die Vor- und Nachteile der jeweiligen Rechtsform nüchtern gegeneinander abzuwägen.⁶ Vor voraussetzendem Gehorsam ist dringend abzuraten. Und zu bedenken ist, dass der Weg in die GmbH oder die Genossenschaft in der Regel nicht umkehrbar ist.⁷

»Die [...] Erfahrung zeigt, dass [...] gut vertretene Träger Lösungsandrohungen erfolgreich entgegneten konnten.«

Und auch besondere Eile ist keinesfalls geboten. Selbst wenn das Vereinsregister die Rechtsformfrage aufwirft, bleiben betroffenen Vereinen verschiedene Stufen von Stellungnahme, Widerspruch und Beschwerde und hierbei jeweils genügend Zeit, die Alternativen abzuwägen. Die bisherige Erfahrung zeigt, dass ideell geprägte und anwaltlich gut vertretene Träger Lösungsandrohungen erfolgreich entgegneten konnten. Die Wohlfahrtsverbände bieten hierzu Hilfestellungen an.⁸

Die politische Perspektive

Blickt man über den einzelnen Träger hinaus, ergibt sich indes noch eine andere Perspektive. Was passiert, wenn sich das Feld der sozialen Arbeit und der freien Bildungsträger grundsätzlich wandelt und vornehmlich als wirtschaftliche Betätigung begriffen wird? Hier geht es um grundlegende Fragen der Entwicklung des Wohlfahrtsstaates.⁹ Welche Folgen hätte es bspw. für das Prinzip der Subsidiarität, wenn statt gemeinwesengeprägter freier Träger vorrangig personalisierte und kommerziell strukturierte Organisationen agieren? Könnten dann staatliche Pflichtaufgaben weiterhin im jetzigen Umfang an freie Träger übertragen werden? Wird der Bürger im Wohlfahrtswesen als (zumindest potenziell) partizipativ Beteiligter gesehen oder gilt er als reiner Dienstleistungsempfänger? Die gemeinwesengeprägten freien Träger mögen ein rechtswissenschaftliches Ärgernis sein. Sozialpolitisch bieten sie einen guten Mittelweg zwischen Staatsfixierung und unkritischer Privatisierung der Daseinsvorsorge. In jedem Fall stehen die Effekte der Berliner Rechtsprechung konträr zu den vielfältigen politischen Anstrengungen der letzten Jahre, das Ehrenamt zu stärken. Und es ist nicht wünschenswert, dass eine solche zentrale und letztlich politische Debatte über juristische Formalitäten entschieden werden. Aus diesem Grund ist die Politik aufgefordert, die rechtlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass auch im Bildungs- und Sozialbereich dauerhaft Trägerformen erhalten werden, die gut geeignet sind, bürgerschaftliches Engagement zu integrieren und unnötige Bürokratiekosten zu vermeiden. Dafür bleibt der Verein als niedrigschwelliges Angebot unverzichtbar. ■

Fußnoten

1. Stefan Winbeller, *Hat der eingetragene Verein ausgedient? Warum sich Kita-Vereine in gGmbHs umwandeln*, *KiTa aktuell Recht* 2/2014, S. 19 – 21.
2. *Diese Urteile und auch die im Folgenden erwähnten Aufsätze und Urteile sind dokumentiert unter www.daks-berlin.de/information/aktuellesvereinsrecht.*
3. *Für die bisher vollständigste kritische Auseinandersetzung mit dem Berliner Kammergericht siehe Stefan May: Der Zweck heiligt die Mittel. Warum die Rechtsform des Vereins für Schulträger zulässig ist*, *Recht & Bildung* 1/14, S. 11 – 19.
4. *Demnach ist eine wirtschaftliche Betätigung dann unschädlich, wenn diese den Verein nicht überwiegend prägt oder lediglich Mittel zur Verwirklichung des ideellen Hauptzwecks ist.*
5. *Natürlich spielt auch die Größe des Trägers hierbei eine Rolle. Zwangsläufigkeiten und feste Schwellenwerte gibt es aber nicht.*
6. *Für einen schnellen und übersichtlichen Vergleich der Rechtsformen Verein, GmbH und Genossenschaft empfiehlt sich Johanna Keller, Ingo Krampen (Hg.): Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft. Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, S. 123 – 132.
7. *Und auch der mitunter empfohlene »Kompromiss«, den Geschäftsbetrieb Kita oder Schule in eine GmbH auszulagern, deren alleiniger Gesellschafter der weiterhin bestehende Verein ist, ist seitens des Berliner Kammergerichts nun konsequenterweise unter Beschluss geraten. Zumindest wurde einem Verein die Eintragung mit dem Hinweis gerade auf die wirtschaftliche Tätigkeit seiner Tochtergesellschaften verweigert (Beschluss vom 23.06.2014, AZ 12 W 66/12).*
8. *Hier sei noch mal auf das bereits erwähnte Urteil des OLG Brandenburg verwiesen, das für die Löschung eines bestehenden Vereins hohe Hürden aufgestellt hat. Zudem gibt es vom Paritätischen LV Brandenburg eine empfehlenswerte Arbeitshilfe »Der gemeinnützige e.V. Eine geeignete Rechtsform für Kindertagesstätten«.*
9. *Sehr pointiert hierzu der Artikel »Unter Beschluss. Der Verein ist Frucht und Unterpfand des Rechtsstaats und der Demokratie. Er steht für einen offenen Sozialstaat. Jetzt ist er in Gefahr« von Prof. Bernd Schlüter – erschienen in der FAZ vom 04.09.2014.*

KiTa aktuell – „Wissen“ worauf es ankommt!

Monat für Monat bekommen Sie mit KiTa aktuell alle wichtigen Informationen direkt auf Ihren Schreibtisch – ein übersichtlicher und **praxisbezogener Mix** aus aktuellen Berichten zu **Personal-, Rechts- und Leitungsfragen**, Terminen, Trends und Meinungen, Organisationsvorschlägen, Literatur- und Medientipps, Stellenmarkt und vielem mehr – in sechs speziellen Länderausgaben.

KiTa aktuell

Fachzeitschrift für Leitungen, Fachkräfte und Träger der Kindertagesbetreuung
24 Seiten
€ 122,95 Jahrespreis
Erscheinungsweise 11 Mal jährlich
mit Doppelausgabe Juli /August

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied
Telefon 0800 776-3665 • Telefax 0800 801-8018
www.wolterskluwer.de • E-Mail info@wolterskluwer.de

