



Geschäftsstelle Berlin
Norbert Bender
Crellestraße 19/20
D-10827 Berlin

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Frau Höfeld
III A 5
11015 Berlin

Tel: 030 - 700 94 25 60
Fax: 030 - 700 94 25 19
info@bage.de
www.bage.de

23.12.2016

Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften (Stand 14.11.2016)

Sehr geehrte Frau Höfeld,

die Bundesarbeitsgemeinschaft Elterninitiativen (BAGE) e.V. bedankt sich herzlich für die Möglichkeit der Stellungnahme zum vorliegenden Referentenentwurf und macht davon gerne Gebrauch.

In der BAGE sind 27 Kontaktstellen und 9 Landesverbände zusammengeschlossen, die bundesweit über 3.000 Elterninitiativen vertreten und beraten. Elterninitiativen wiederum sind Zusammenschlüsse von Eltern, die eine in der Regel sehr kleine Kita oder einen kleinen Hort betreiben (zumeist werden etwa 15-30 Kinder betreut). Elterninitiativen, zuweilen auch Kinderläden genannt, gibt es seit fast 50 Jahren. Sie sind mittlerweile ein fester und stabiler Bestandteil des bundesdeutschen Kita-/Hortsystems, in dem sie mancherorts 10% und mehr der angebotenen Plätze bereithalten. Elterninitiativen repräsentieren in besonderer Weise die im Jugendhilferecht geforderte Trägervielfalt und die zu fördernde Selbstorganisation der Betroffenen. Vor diesem Hintergrund ist in § 25 SGB VIII die besondere Unterstützung der selbstorganisierten Kinderbetreuung auch gesetzlich prominent festgeschrieben.

Elterninitiativen sind fast ausnahmslos als eingetragener Verein organisiert. Die Rechtsform des e.V. bietet ihnen ein ideales organisatorisches Gerüst. Er gewährleistet Rechtsfähigkeit der Organisation und Haftungsschutz für die handelnden Personen, die hier für eine bestimmte Zeit Verantwortung übernehmen. Der Verein ist leicht zugänglich für immer wieder neue Elterngenerationen, gewährleistet Mitsprache und Identifikation und erzeugt so das Engagement vieler Menschen, auf dem die Existenz der Elterninitiativen beruht. Zudem sind die organisatorischen Anforderungen, die die Rechtsform Verein an die Akteure stellt, immer noch „ehrenamtlich bedienbar“.

Die ehrenamtliche Organisation der Trägerstruktur ist wiederum die ökonomische Existenzgrundlage für die Elterninitiativen. Die geringe Betriebsgröße ist gut für die Kinder und bietet ein attraktives Arbeitsumfeld für Erzieherinnen und Erzieher, schlecht ist sie hingegen für die Betriebswirtschaft. Deshalb betreiben große Kitaträger mit professionalisierter Verwaltungsstruktur keine so kleinen Einrichtungen. Es geht also nur ehrenamtlich, damit geht es genau wegen der geringen Größe aber ganz gut.

Seit einiger Zeit wird nun aber die Trägerschaft von Kitas durch eingetragene Vereine grundsätzlich infrage gestellt. Das Vereinsregister Berlin ist vor knapp 10 Jahren zur Auffassung gelangt, dass Kitas

vorrangig wirtschaftliche Unternehmungen seien und Vereine, deren hauptsächliche Tätigkeit im Betreiben einer Kita liegt, deshalb nicht als Idealvereine eintragbar wären. Die Vereine werden auf handelsrechtliche Rechtsformen verwiesen – in der Regel ist dies dann die GmbH bzw. ihre Spezialform UG. Das Kammergericht Berlin hat als nächste Instanz diese Rechtsauffassung mittlerweile in mehreren Urteilen bestätigt und auch auf andere klassische Bereiche der kulturellen und sozialen Tätigkeit von Vereinen ausgedehnt. Weil sich andere Oberlandesgerichte anders positioniert haben, ist nunmehr die Beschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen worden und dort anhängig. Zwar sind Elterninitiativen derzeit von den Lösungsdrohungen des Berliner Vereinsregisters nur selten betroffen. Dies gilt aber schon nicht mehr für die von Erzieherinitiativen getragenen Kinderläden und beruht wohl auch eher auf dem Missverständnis, dass in Elterninitiativen vorrangig die Eltern die Kinder betreuen (was schon aus kitarechtlichen Gründen gar nicht zulässig ist). Wie labil diese derzeit noch geltende Ausnahme ist, zeigt auch die Tatsache, dass den analog als Elterninitiative strukturierten Alternativschulen die Rechtsform e.V. in Berlin bei Neugründungen nicht mehr zugestanden wird.¹

Mit einiger Verzögerung hat diese Problematik nun auch die juristische Fachdiskussion erreicht. Bedauerlicherweise verquickt sie sich dort mit dem Streit um den Vereinsstatus und die interne Transparenz von wirtschaftlich sehr aktiven Großvereinen wie dem ADAC oder Profifußballvereinen. Aus der Erfahrung der nunmehr seit fast 10 Jahren andauernden Begleitung dieser juristischen Diskussion sind wir der festen Überzeugung, dass sich diese Unsicherheit in der Vereinslandschaft auf dem Gerichtsweg nicht mehr einfangen lässt – es sei denn, man verfolgte die Tabula-rasa-Linie des Berliner Vereinsregisters und würde alle Vereine, die nicht rein ehrenamtlich arbeiten, aus dem Register löschen wollen.

Aus diesem Grund haben wir seit geraumer Zeit neben der höchstrichterlichen auch eine rechtspolitische Klärung angemahnt. Denn es entsteht ja die absurde Situation, dass einerseits durch gesetzgeberische Initiativen gerade im Vereinsrecht die Rolle des bürgerschaftlichen Engagements immer wieder gestärkt wurde und nun andererseits die Vereine, in denen sich das Engagement entfalten soll, aus dem Register gelöscht werden. Die Absichtserklärung der Koalition, eine geeignete Unternehmensform für das kleine bürgerschaftliche Engagement im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung zu stellen, war deshalb dringend notwendig.

Der vorliegende Referentenentwurf macht hier einige interessante Vorschläge, die wir begrüßenswert finden. Er greift unseres Erachtens aber zu kurz und berücksichtigt insbesondere nicht die Situation von tausenden im Sozial- und Bildungsbereich bereits tätigen gemeinnützigen Trägern.

1. Vorschläge im Genossenschaftsrecht

Zunächst schlägt der Referentenentwurf einige Neuregelungen im Genossenschaftsrecht vor. Mangels Erfahrung und damit verbundener Kompetenz auf diesem Gebiet möchten wir hierauf im Einzelnen nicht näher eingehen. Sollte damit ein besserer Zugang für kleinere Initiativen zur Rechtsform Genossenschaft geebnet werden, so würden wir dies begrüßen. Denn grundsätzlich stimmen wir der in der Gesetzesbegründung dargelegten Auffassung zu, dass die Genossenschaft für (etwas größere) wirtschaftliche Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement, die auf eine wachsende und wechselnde Mitgliedschaft ausgerichtet sind, eine gute Organisationsform bieten.

Zwei wesentliche Hindernisse die das Genossenschaftswesen für bürgerschaftliche Initiativen aufstellt, sind allerdings nicht benannt und bleiben deshalb wohl bestehen.

1. Die Verpflichtung zur Betriebsführung nach Handelsrecht: Auch eine kleine Genossenschaft muss eine laufende Buchhaltung vorhalten, für die kaufmännische Fachkenntnisse vonnöten sind, die

¹ Für eine Materialsammlung zu diesem Themenkomplex siehe www.daks-berlin.de/information/aktuelles/vereinsrecht.

von regelmäßig wechselnden ehrenamtlichen Verantwortlichen nicht erwartet werden können. Eine dann notwendige Professionalisierung der Geschäftsführung würde den kleinen Projekten wie den Elterninitiativen aber die oben geschilderte „Geschäftsgrundlage Ehrenamtlichkeit“ entziehen.

2. Grundsatzkonflikt mit der Gemeinnützigkeit: Die Gemeinnützigkeit ist aus guten Gründen die Voraussetzung für die staatliche Bezuschussung vieler im Sozial- und Bildungsbereich tätigen freien Träger. Damit wird anerkannt, dass im Sozial- und Bildungsbereich nicht nur rein marktwirtschaftliche Mechanismen gelten können, weshalb ja auch die Berliner Rechtsprechung in ihrer völligen Vernachlässigung der Intentionalität wirtschaftlichen Handelns so problematisch ist. Die Gemeinnützigkeit wird Organisationen zuerkannt, die sich verpflichten, das Wohl der Allgemeinheit zu fördern und in ihren Satzungen und Statuten den persönlichen Profit ihrer Mitglieder/Gesellschafter auszuschließen. Die Genossenschaft ist nun wiederum geradezu dafür erfunden worden, das persönliche Wohl ihrer Mitglieder zu fördern. Dieser Prinzipienkonflikt ist in wenigen Einzelfällen schon erfolgreich (aber jeweils sehr mühselig) aufgelöst worden, im Grundsatz bleibt er bestehen.

Solange diese Aspekte nicht angegangen werden, wird die Genossenschaft für kleine Initiativen des bürgerschaftlichen Engagements leider nur selten als Alternative zum Verein infrage kommen. Es ist deshalb bedauerlich, dass die Bundesregierung die Einrichtung einer sog. „Mini-Genossenschaft“ nicht weiter verfolgt hat.

2. Vorschläge im Vereinsrecht

2.1. wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB)

Im Vereinsrecht beschränkt sich der Referentenentwurf auf Neuregelungen zum wirtschaftlichen Verein. Diese können eigentlich erst umfassend bewertet werden, wenn die jetzt nur in Aussicht gestellten einheitlichen Bestimmungen für die Zulassung wirtschaftlicher Vereine im Detail vorliegen. Grundsätzlich ist die Vereinheitlichung des Zugangs zur Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins nach § 22 BGB zu begrüßen. Derzeit spielt dieser in der Praxis kaum eine Rolle. Für eindeutig wirtschaftlich tätige bürgerschaftliche Initiativen, für die die GmbH zu undemokratisch und die Genossenschaft zu aufwändig ist, könnte der wirtschaftliche Verein das werden, was im Bereich der gemeinnützigen Vereine derzeit der Idealverein ist. Eine unkompliziert zu gründende und „ehrenamtlich bedienbare“ Rechtsform, die aus dem Handeln einzelner Personen eine gemeinsame Initiative mit einer Perspektive über den Kreis der gerade konkret sich Engagierenden hinaus macht.

Ein gewisses grundsätzliches Problem liegt in der Notwendigkeit der staatlichen Verleihung. Die bürgerschaftliche Initiative, die sich mitunter ja auch aus einer gewissen Staatsferne heraus gründet oder auf fehlendes staatliches Agieren reagiert, ist in ihrer Rechtsförmigkeit dann abhängig von aktivem staatlichen Handeln. Da wird beiden Seiten einiges abverlangt.

Die im Entwurf angelegte Stellung des wirtschaftlichen Vereins als Notbehelf für den Fall, dass Kapitalgesellschaften und Genossenschaft „objektiv“ unzumutbar sind, lässt aber ohnehin vermuten, dass jenseits der vielbeschworenen Dorfläden nur wenige den Weg in diese Rechtsform finden werden. Schon den von uns vertretenen Kleinstkitas werden wohl die (wenigen) in GmbH-Form betriebenen Pendants vorgehalten werden – ungeachtet der Frage, welche unterschiedlichen Motivationen sich mit den jeweiligen Organisationsformen verbinden. Damit würde sich dann die Argumentationsfigur des Berliner Kammergerichts („Weil Kitas im Einzelfall auch aus wirtschaftlichen Motiven betrieben werden können, sind alle Kitas Wirtschaftsunternehmen“) wiederholen.

2.2. Idealverein

Dies ist leider eine Leerstelle in den Regelungen des Referentenentwurfs. Angesichts der Bedeutsamkeit gerade dieser Rechtsform für die Organisation der Zivilgesellschaft ist dies sehr bedauerlich.

Mit der Möglichkeit von Rechtsänderungen beim Idealverein setzt sich der Referentenentwurf in der Begründung im Kapitel A.III Alternativen auseinander – mit durchgängig negativem Ergebnis. Dabei wird u.E. die laufende Diskussion um mögliche Reformen beim Recht des Idealvereins nur unvollständig gewürdigt.

Die behauptete Forderung nach vollständiger und bedingungsloser Öffnung des Idealvereins auch für wirtschaftliche Tätigkeiten spiegelt nicht den Diskussionstand wieder. Die uns bekannten Konzepte² setzen zwar auf eine Anerkennung der Tatsache, dass sich Vereine zumeist auch wirtschaftlich betätigen werden. Diese Akzeptanz wird jedoch ergänzt durch Regelungen, die sowohl den Gläubigerschutz gewährleisten als auch die Grundsätze von guter Corporate Governance implementieren sollen. Anders als in der Gesetzesbegründung behauptet, geht es dabei nicht um eine generelle Zulässigkeit von wirtschaftlicher Betätigung unterhalb einer bestimmten starren Schwelle, sondern auf die stufenweise Implementierung von Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten. Eine solche Regelung, wie sie z.B. im österreichischen Vereinsrecht vorliegt, würde der unterschiedlichen Situation von Vereinen gerecht.

Daneben bzw. auch damit verbunden gibt es den Vorschlag die langjährige und immer noch weit überwiegende gerichtliche Praxis, dass nämlich die Anerkennung der Gemeinnützigkeit zumindest ein starkes Indiz für die Eintragungsfähigkeit als Idealverein darstellt, im Vereinsrecht festzuschreiben. Möglich wäre dies durch eine Ergänzung im § 21 BGB, die festlegt, dass die Unterhaltung eines als gemeinnützig anerkannten Zweckbetriebs der Eintragungsfähigkeit prinzipiell nicht entgegensteht.

Dem steht nicht entgegen, dass die Gemeinnützigkeit auch anderen Organisationsformen zuerkannt werden kann. Denn es folgert daraus ja kein Zwang der Umwandlung gemeinnütziger Kapitalgesellschaften in Vereine. Eine solche Ergänzung würde aber auf eine schon in der Entstehung des BGB angelegte Kongruenz der Begrifflichkeiten zwischen Idealverein und Gemeinnützigkeit verweisen.³

In der Verbindung dieser Vorschläge könnte die derzeit entstandene Unsicherheit in der Auslegung des Nebenzweckprivilegs für gemeinnützige Verein beendet werden. Gleichzeitig würde dem Gläubigerschutz auch in einer gewandelten Vereinslandschaft Rechnung getragen werden. Die Eintragungsfähigkeit eines Vereins nach § 21 BGB würde dann weniger von der auslegungsfähigen Frage von Intentionalität und Ausmaß der wirtschaftlichen Betätigung abhängig sein als von einem Gewinnausschüttungsverbot.

Gerade für kleine ehrenamtlich getragene Vereine ergibt sich ja hinsichtlich der derzeitigen Unsicherheit in der Auslegung des sog. Nebenzweckprivilegs eine absurde Situation. Aufgrund ihrer notwendigen Konzentration auf eine bestimmte Aufgabe bzw. ein einzelnes Projekt unterliegen sie deutlich schneller dem Verdikt der vorrangigen Wirtschaftlichkeit als ein finanzstarker Großverein mit diversen Betätigungsfeldern. Die Elterninitiativkita ist also „wirtschaftlicher“ als der Profifußballverein.

Insgesamt verfolgt der Referentenentwurf mit seiner Ablehnung von Änderungen beim Idealverein letztlich die Linie der derzeitigen Berliner Rechtsprechung. Im Namen des Gläubigerschutzes soll der Verein von wirtschaftlicher Betätigung, bzw. dem was man gerade dafür hält, möglichst ferngehalten bzw. in den Bereich der Kapitalgesellschaften abgedrängt werden. Dies mag rechtssystematisch logisch sein, praktisch ist es aber kontraproduktiv. Das kann mit dem Blick auf die Insolvenzquoten bei eingetragenen Vereinen und Kapitalgesellschaften ebenso erkannt werden wie mit einem Blick

² Stellvertretend für andere verweisen wir auf die Überlegungen von Prof. Leuschner, Universität Osnabrück – siehe Leuschner, Zwischen Gläubigerschutz und Corporate Governance: Reformperspektiven des Vereinsrechts, in: npoR 2/2016, S. 99 ff.

³ Siehe Cremer/Wegricht, Die Eintragungsfähigkeit der Träger von Schulen und Kindertagesstätten als nichtwirtschaftliche Vereine gem. § 21 BGB, in: Recht & Bildung 3/16, S. 5 ff.

auf die Praxis größerer Vereine, gerade eher insolvenzträchtige Unternehmungen in Kapitalgesellschaften auszulagern, um vom Haftungsrisiko befreit zu sein.

Die Frage der Rechtsform im gemeinnützigen Sektor hat auch weitergehende Folgen. Die vorherrschende Stellung der Rechtsform e.V.⁴ und deren starke Orientierung auf die Einbindung ehrenamtlichen Engagements⁵ stehen für eine Grundorientierung der freien Wohlfahrtspflege. Dass auch in diesem Bereich ökonomische Gesetzmäßigkeiten gelten und von den Trägern berücksichtigt werden müssen, steht außer Zweifel. Eine Reduktion auf diese ökonomische Seite wird weitreichende und wahrscheinlich unbeabsichtigte Folgen für das Miteinander von Staat und freien Trägern haben.

Die Rechtsformfrage ist hierfür nicht alleine ursächlich. Insofern sollte sie nicht überhöht werden und es geht uns nicht um die Dämonisierung handelsrechtlicher Organisationsformen. Es ist aber auch nicht einzusehen, dass über eine neue juristische Auslegung eine seit über 100 Jahren gewachsene und bewährte rechtliche Struktur plötzlich beendet werden soll.

3. Anregungen

Abschließend sollen die Anregungen der Bundesarbeitsgemeinschaft Elterninitiativen im Hinblick auf den vorliegenden Referentenentwurf noch einmal zugespitzt formuliert werden:

1. Im Genossenschaftsrecht muss eine klare positive Feststellung zur Zulässigkeit gemeinnütziger Genossenschaften getroffen werden.
2. Vor einer Beschlussfassung über eine Änderung des § 22 BGB (wirtschaftlicher Verein) müssen die beabsichtigten Zulassungskriterien offengelegt werden.
3. Durch eine Anpassung im § 21 BGB muss gewährleistet sein, dass eine nicht gewinnorientierte Betätigung eines Vereins seine Eintragungsfähigkeit nicht gefährdet. Der Gläubigerschutz sollte durch mit zunehmender Umsatzhöhe stufenweise ansteigende Verpflichtungen gewährleistet werden.

Für Rückfragen zu dieser Stellungnahme stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

⁴ 2012 waren 94,3 % der Unternehmen der Sozialwirtschaft als eingetragener Verein organisiert – siehe Zukunftsbranche Sozialwirtschaft, Themenbroschüre 2016 des berliner wirtschaftsgespräche e.V., S. 30.

⁵ Siehe Priller, E./Alscher, M./Droß, P. J./Paul, F./Poldrack, C. J./Schmeißer, C./Waitkus, N. (2012): Dritte-Sektor-Organisationen heute: Eigene Ansprüche und ökonomische Herausforderungen. Ergebnisse einer Organisationsbefragung. Discussion Paper SP IV 2012 - 402, Berlin: WZB, www.wzb.eu/org2011, S.21-23.