

RA & N Erhard Montag · Manfred-v.-Richthofen-Str. 9 · 12101 Berlin

DaKS e.V.
Crellestraße 19/20
10827 Berlin

Rechtsanwalt & Notar
Erhard Montag

Nähe Platz der Luftbrücke
Manfred-von-Richthofen-Str. 9
12101 Berlin

Telefon 030-789 567 30
Telefax 030-789 567 40
E-Mail kanzlei@montag-berlin.de
www.montag-berlin.de

Berlin, den 03.12.2012
99/12EM06 dd
(Bitte stets angeben)

D2/1867-12

Kurzgutachten zur Eintragungsfähigkeit von Trägervereinen von Kindertagesstätten, insbesondere Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten, in das Vereinsregister, dies insbesondere auch unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Berliner Vereinsregisters und des Kammergerichtes

Seitens des DaKS, Dachverband Berliner Kinder- und Schülerläden e.V., ist der Autor beauftragt worden, sich mit der Eintragungsfähigkeit von Trägervereinen von Kindertagesstätten, insbesondere Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten, in das Vereinsregister zu befassen.

Anlass sind mehrere Entscheidungen des Kammergerichtes Berlin, die die Eintragung von Trägervereinen von Kindergärten/Kindertagesstätten in das Vereinsregister verneint haben, Argument „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“. Die Anerkennung als gemeinnützig hat laut Auffassung des Kammergerichtes für die Frage der Eintragungsfähigkeit allenfalls eine geringe Relevanz.

Die Problematik entsteht nahezu in gleicher Form bei der Eintragungsfähigkeit von Trägervereinen von Schulen.

I. Zur aktuellen Rechtsprechung in Berlin

1.

Vorab soll, da anders befürchtet, seitens des Unterzeichners darauf hingewiesen werden, dass auch nach der aktuellen Berliner Rechtsprechung Trägervereine von Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten (EKT), grundsätzlich weiter in das Vereinsregister eingetragen werden können.

Zum Begriff der Eltern-Kinder-Initiativtagesstätte:

Berliner Volksbank
Konto 53 930 55 008
BLZ 100 900 00

Postbank Berlin
Konto 218 610 -100
BLZ 100 100 10

Laut dem aktuellen Berliner Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz – KitaFöG), dort § 3, Begriffsbestimmungen, sind Tageseinrichtungen Kindertagesstätten, Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten und Eltern-Kind-Gruppen.

Laut Absatz 3 sind Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten Tageseinrichtungen, in denen Eltern die Förderung ihrer Kinder selbst organisieren.

Die Rahmenvereinbarungen über die Finanzierung und Leistungssicherstellung der Tageseinrichtungen (Rahmenvereinbarung – RV Tag) führt in § 5 Abs. 4 zu Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten, EKT, ergänzend aus: EKT im Sinne dieser Rahmenvereinbarung sind Tageseinrichtungen, in denen Eltern oder andere Erziehungsberechtigte die Förderung ihrer Kinder in eigener Verantwortung selbst organisieren (§ 25 SGB VIII iVm. § 3 Abs. 3 KitaFöG). Voraussetzung ist der Zusammenschluss in einem Trägerverein. Diesem sollen mehrheitlich die Eltern oder andere Erziehungsberechtigte der in der Tageseinrichtung geförderten Kinder angehören. Das bestimmende Prinzip der Selbstorganisation muss aus der Satzung hervorgehen. Die Selbstorganisation umfasst die Wahrnehmung aller Rechte und Pflichten – auch im Hinblick auf die Ressourcenverantwortlichkeit – eines Trägers der freien Jugendhilfe, der in Wahrnehmung eigener Aufgaben eine Tageseinrichtung betreibt. Bei mehreren Einrichtungen eines Trägers muss die Ressourcenverantwortlichkeit bei den Erziehungsberechtigten liegen, deren Kinder in der jeweiligen Einrichtung betreut werden. Die Größe einer Tageseinrichtung, für die der Träger verantwortlich ist, soll dem Prinzip der Selbstorganisation nach Satz 1 bis 6 angemessen sein. Der Träger kann außer dem Betrieb von EKT weitere Aufgaben wahrnehmen.

Der in der Rahmenvereinbarung zitierte § 25 SGB VIII, Überschrift „Unterstützung selbstorganisierter Förderung von Kindern“, lautet, dass Mütter, Väter und andere Erziehungsberechtigte, die die Förderung von Kindern selbst organisieren wollen, beraten und unterstützt werden sollen. Laut § 26 wird das Nähere im Landesrecht geregelt.

Ungeachtet dieser recht weitgehenden Definitionen scheinen die Rechtspfleger und Richter jedoch im Einzelfall sehr im Zweifel zu sein, was unter einer Eltern-Initiativ-Kindertagesstätte zu verstehen ist. Dazu später.

2.

Beschlüsse des 25. Senates des Kammergerichts Berlin vom 18.1.2011, Aktenzeichen 25 W 14/10, veröffentlicht mit Anmerkung Dr. Menges in ZStV 2/2012, S. 62 ff, vom 20.1.2011, Geschäftsnummer 25 W 35/10 vom 21.2.2011, Geschäftsnummer 25 W 32/10 und vom 7.3.2012, Geschäftsnummer 25 W 95/11

Der Beschluss des 25. Senates vom 21.2.2011, Geschäftsnummer 25 W 32/10, soll zunächst zur Veranschaulichung ausführlich dargelegt werden.

Ein Verein beantragte 2009 zur Eintragung beim Vereinsregister eine Änderung seiner Satzung dahin, dass Vereinszweck nunmehr auch die Kinder- und Jugendhilfe sei, dieser Zweck insbesondere durch den Betrieb von Kindertagesstätten und Grundschulen erreicht werden solle. Ergänzend wird zum Sachverhalt ausgeführt, der Verein betreibe bereits zwei

Kindertagesstätten, beabsichtige nunmehr den Betrieb einer Schule. Im Laufe des Verfahrens sei die Einrichtung einer weiteren Kindertagesstätte geplant worden.

Der Verein war als gemeinnützig durch das Finanzamt anerkannt. Er verwies auf eine Reihe weiterer Vereine, die trotz einer höheren Anzahl von Kindertagesstätten im Vereinsregister eingetragen seien.

Das Vereinsregister hatte die Anmeldung zurückgewiesen, dies insbesondere mit der Begründung, die geplanten Einrichtungen erforderten einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

Der 25. Senat des KG hat die dagegen gerichtete Beschwerde insbesondere mit folgenden Gründen verworfen:

Zwar sei die Betreuung und Bildung von Kindern ohne Zweifel ein anerkannter ideeller Zweck. Dieser könne jedoch auch kommerzialisiert werden. Durch Inanspruchnahme von staatlichen Subventionen und Fördermitteln sowie der entgeltlichen Anbietetung von Leistungen könne ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb entstehen, weshalb es auch gerade im Bereich von Kindergärten/-tagesstätten zahlreiche gewerbliche Betreiber gebe.

Der beabsichtigte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb einer Kindertagesstätte sei, wie das AG Charlottenburg zutreffend annehme, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereines selbst komme es nicht an.

Die Entgeltlichkeit sei bereits darin zu sehen, dass eine planmäßige, dauerhafte Betätigung auf einem Wirtschaftsmarkt durch den Verein erfolge.

Sogar die Vorstandstätigkeit solle hier vergütet werden.

Nur ausnahmsweise, bei Initiativkindergärten, könne von einer rein vereinsinternen Binnentätigkeit ausgegangen werden. Eine solche läge jedoch nur vor, wenn als Gegenleistung für Mitgliedsbeiträge die Kindertagesstättennutzung erfolge.

Von einer vereinsinternen Binnentätigkeit könne hier bereits deshalb nicht ausgegangen werden, weil laut Satzung auch juristische Personen Vereinsmitglieder werden könnten.

Bei dem oben dargelegten Sachverhalt könne auch nicht nur von einem Nebenzweck mit einem entsprechenden Nebenzweckprivileg ausgegangen werden.

Entgegen dem 1. Zivilsenat des KG sei die steuerliche Anerkennung eines Vereines als gemeinnützig für die Eintragungsfähigkeit nicht relevant. Die Frage eines Idealvereines sei losgelöst von steuerlichen Fragen der Anerkennung einer Gemeinnützigkeit zu beantworten. Da nunmehr der 25. Zivilsenat für diese Problematik ausschließlich zuständig sei, bedürfe es keiner Klärung zu der anderen Rechtsauffassung des 1. Zivilsenates mehr. Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung fasse nicht, da es keine Gleichbehandlung im Unrecht gebe.

Der Beschluss verdeutlicht die Kriterien, die zurzeit in Berlin für die Eintragungsmöglichkeit einer Kindertagesstätte obergerichtlich berücksichtigt werden müssen.

3.

In einer rechtsmittelfähigen Zwischenverfügung hat das AG Charlottenburg zur Geschäftsnummer 95 AR 165/12 B befunden:

Das Betreiben einer Kindertagesstätte stellt jedoch eine wirtschaftliche Betätigung dar. Die Ausführungen in § 2 der Satzung, wonach sich die Selbstverwaltung auf organisatorische, finanzielle und grundsätzliche inhaltliche Angelegenheiten erstreckt, und die breite Beteiligung der Eltern damit gefördert werden sollte, begründet keine ideelle Tätigkeit.

Insoweit handle es sich nicht um eine Elterninitiativtagesstätte. Bei dieser werde die Beteiligung der Eltern nicht gefördert, sondern die Eltern teilten sich die Betreuung der Kinder, indem jedes Elternteil durch Putzdienst, Gruppendienst, Einkaufsdienst usw. aktiv mitarbeite. Dies hätte dann jedoch in der Satzung verankert werden müssen.

Der genaue Satzungswortlaut dieses Vereines lautete in Übereinstimmung mit einer Mustersatzung des Dachverbandes der Kinder- und Schülerläden, der insbesondere Elterninitiativtagesstätten vertritt:

Zweck des Vereines ist die theoretische und praktische Förderung pädagogischer Arbeit mit Kindern. Hierzu soll eine von den Eltern selbstverwaltete Kindertagesstätte errichtet und unterhalten werden. Die Selbstverwaltung erstreckt sich auf organisatorische, finanzielle und grundsätzliche inhaltliche Angelegenheiten und hat zum Ziel, die breite Beteiligung der Eltern zu fördern.

Gegen diese Formulierung des Satzungszweckes hatte im Januar 2009 eine damals zuständige Rechtspflegerin dem Dachverband mitgeteilt, sie habe gegen den eingereichten Entwurf grundsätzlich keine Bedenken.

4.

Das Amtsgericht Frankfurt/Oder hat unter dem 14. September 2012, Aktenzeichen VR 5680, einem antragstellenden eingetragenen Trägerverein einer Kindertagesstätte mitgeteilt:

Der einzige Zweck des Vereins ist das Betreiben einer Kindertagesstätte. Durch den Betrieb einer Kindertagesstätte bietet der Verein planmäßig und auf Dauer Dienstleistungen an, die einen kommerziellen Wert haben. Diese Betätigung des Vereins fällt nicht unter das sog. Nebenzweckprivileg, vielmehr handele es sich um den einzigen und damit Hauptzweck des Vereins.

Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB sei es aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielrichtung auf die dafür bestehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und

eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, sofern diese wirtschaftliche Betätigung den Rahmen des sog. Nebenzweckprivilegs überschreitet. Gegebenenfalls wäre zu überlegen, nach dem Umwandlungsgesetz eine andere Rechtsform für den Verein zu wählen.

Notfalls müsse hier ein Amtslöschungsverfahren geprüft werden.

5.

Auf Basis dieser Rechtsprechung kann somit nicht ohne weiteres bejaht werden, dass der Vertrauensschutz für eingetragene Vereine bei unveränderter Satzung für diese zu einer abschließenden Sicherheit dahin führen würde, dass sie auf Dauer auch eingetragen blieben.

Vielmehr wird es bei einer Prüfung durch das Vereinsregister auch insoweit darauf ankommen, wie die Trägervereine konkret den Vereinszweck verwirklichen.

Der Vertrauensschutz wird jedoch sicher dazu führen müssen, dass Vereine nicht ohne weiteres aus dem Vereinsregister gelöscht werden können, vielmehr gestuft zu verfahren ist – Hinweise des Vereinsregisters auf die Problematik, Abänderungsverlangen, Löschungsandrohung und Löschung.

Zudem bleibt den Vereinen dann die Möglichkeit eröffnet, sich beispielsweise in eine GmbH umzuwandeln, vorausgesetzt das erforderliche Stammkapital ist vorhanden, eine Unternehmergesellschaft o.ä. Letztere wird allerdings als wenig seriös angesehen. Dazu später.

Jedenfalls, wenn Satzungsänderungen vorgenommen werden sollen, wird daher jeder Verein zunächst zu prüfen haben, ob dadurch Bedenken an seiner Eintragung im Vereinsregister entstehen könnten. Schlafende Hunde sollten nicht geweckt werden!

Die Beschlüsse des Kammergerichtes und die obigen Ausführungen verdeutlichen, welche Probleme zurzeit für die Träger von Kindertagesstätten bestehen, die in das Vereinsregister eingetragen oder geändert eingetragen werden wollen. Grundsätzlich sind in Berlin nur noch Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten eintragungsfähig, wobei dann beispielsweise in der Zwischenverfügung des Amtsgerichtes dafür zusätzliche Kriterien aufgestellt werden.

II.

Entscheidendes Kriterium dafür, ob ein Verein in das Vereinsregister eingetragen werden kann, ist dessen Definition als Idealverein, ideeller Verein o.ä., dem wird der Wirtschaftsverein, das wirtschaftlich tätige Unternehmen o.ä. gegenübergestellt.

1.

Ganz maßgeblich hat die Literatur und Rechtsprechung insoweit der zunächst noch Assistent, dann Professor Dr. Karsten Schmidt Hamburg geprägt, der seit Mitte der 70iger Jahre dazu zahlreiche Aufsätze, Bücher u.a. veröffentlicht hat. Regelmäßig wird auf ihn

verwiesen. U.a. hat er in einem Aufsatz zu eintragungsfähigen und eintragungsunfähigen Vereinen in „Der Deutsche Rechtspfleger“ 1988, Heft 2, S. 45 ff, ausgeführt:

a)

Es habe zur Abgrenzung zunächst zwei Theorien gegeben,

- eine objektive Theorie, die auf die Wirtschaftlichkeit als wesentliches Faktum abgestellt habe,
- eine subjektive Theorie, die auf den ideellen Zweck abgestellt habe.

Entzündet habe sich der Streit an der Höheren israelitischen Töchterschule in Hamburg, dies sei eine Privatschule gewesen, die als Verein betrieben worden sei. Das OLG Hamburg kam in seiner Entscheidung OLGE 15, 323, zu der Auffassung, dabei handle es sich um einen Idealverein, der somit eintragungsfähig sei. Diese Entscheidung wird auch heute noch immer wieder zitiert.

b)

Prof. Dr. Schmidt kritisiert, dass beide Theorien keine eindeutige Abgrenzung von Vereinen zuließen. Im Vereinsrecht gebe es nur wenige normative Bestimmungen. Das Gesellschaftsrecht sei demgegenüber weit ausdifferenzierter.

Insbesondere kenne das Vereinsrecht kein Garantiekapital, keine Grundsätze zur Sicherung der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung, keine privatrechtlichen Bilanzierungsvorschriften, die Haftung der Vorstandsmitglieder sei einschränkbar.

Es bestehe daher die Gefahr, dass der Gläubigerschutz dadurch umgangen werde, dass sich Träger als Vereine organisierten.

c)

Er entwickelte daher eine Abgrenzung nicht nach Vereinszielen, sondern nach Vereinstätigkeit. Dazu bildete er drei Typen:

- Eintragungsunfähig sei der Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereines. Ihn erkenne man daran, dass planmäßig gegen Entgelt wirtschaftliche Leistungen am Markt angeboten würden. Ob dies aus ideellen oder materiellen Motiven geschehe, sei belanglos. Ohne weitere Begründung führt er dann ergänzend aus, eine Privatschule als Verein wäre hiernach eintragungsunfähig.
- Eintragungsunfähig sei auch ein Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt.
- Eintragungsunfähig seien schließlich alle Vereine, die Genossenschaften in Kooperation betrieben.

d)

Bedeutungsvoll und eintragungsschädlich sei jedoch nur ein wirtschaftlicher Hauptzweck. Prof. Dr. Schmidt spricht demgegenüber von einem Nebenzweckprivileg.

Es leuchte doch ein, dass der Eintrittskartenverkauf bei einem Amateurfußballverband diesen nicht zu einem wirtschaftlichen Verein mache.

e)

Mit diesen Kriterien könne man von der subjektiven Theorie abgehen.

Es gebe danach zunächst kein allgemeines Privileg für sozial nützliche oder ideelle Vereinsziele mehr. Beispiel „Scientology Church“(?).

Auch der Eigennutz schade jedoch nicht grundsätzlich. So seien Abmahnvereine eintragungsfähig, deren Auswüchse müssten im Wettbewerbsrecht bekämpft werden, nicht im Vereinsrecht.

Insbesondere der letztere Fall erscheint allerdings durchaus problematisch, zumal der Autor im Eingang ohne nähere Begründung die Eintragungsfähigkeiten von Schulvereinen abgelehnt hat.

Die übrigen von dem Autor zitierten Beispielfälle beziehen sich nicht auf die hier vorrangig interessierenden Kindergärten und Kindertagesstätten.

f)

Den Vereinen sei jedoch der Weg in das Gesellschaftsrecht zu weisen, dies ist dann ja zwischenzeitlich auch im Umwandlungsgesetz geschehen.

Ungeachtet seiner Typologisierung räumt der Autor jedoch ein, der Umgang mit den Typen nicht wirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine sei ausgesprochen kompliziert. Er behaupte nicht, den Stein der Weisen gefunden zu haben.

Es gebe zudem atypische Einzelfälle, beispielsweise Sozialeinrichtungen iSd. § 87 Betriebsverfassungsgesetz, die man zwar nach allgemeinen Grundsätzen wohl den Wirtschaftsvereinen zuordnen müsse, der Gesetzgeber habe diese jedoch privilegiert, aaO S. 80.

2.

Die aktuelle vereinsrechtliche Literatur führt insoweit aus:

a) Stöber – Handbuch zum Vereinsrecht 10. Aufl. 2012, V. S. 34 ff, der Zweck des Vereines

Als Beispiel zur Verdeutlichung führt Stöber zunächst aus:

Vereinszweck könne beispielsweise die Betreuung vorschulpflichtiger Kinder sein, Mittel/Tätigkeit zur Erreichung des Vereinszweckes die Errichtung und Unterhaltung eines Kindergartens.

Auch Stöber bezieht sich auf die Typologie von K. Schmidt. Er differenziert zwischen Geschäftsbetrieb und dessen Wirtschaftlichkeit. Wirtschaftlich sei dieser dann, wenn die Vereinstätigkeit auf Verschaffung von wirtschaftlichen Vorteilen irgendwelcher Art gerichtet sei.

Das Nebenzweckprivileg, vgl. dazu bereits oben, erlaube jedoch eine teilweise Rückkehr zur subjektiven Methode. Hier werde dann doch wieder auf den Hauptzweck des Vereines abgestellt.

Er setzt sich dann ferner damit auseinander, dass Vereine durchaus einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb betreiben können, wenn dieser in eine juristische und organisatorisch selbständige Gesellschaft des Handelsrechtes (AG, GmbH, UG, eingetragene Genossenschaft) ausgelagert sei. Allerdings halte er die insoweit ergangene Rechtsprechung, insbesondere die des BGH zum Idealverein ADAC für fragwürdig.

Als Einzelbeispiele aus Rechtsprechung und Literatur zum Idealverein führt er u.a. einen Schulverein an, dessen Zweck die Erteilung von Unterrichts- und Erziehungsaufgaben ist, auch wenn er Schulgelder erhebt, aus ihnen Lehrer bezahlt und deren Ruhegeld bestreitet, dies neuerlich mit Verweis auf OLG Hamburg, aaO.

Obwohl somit sowohl Dr. Schmidt wie Stöber von einer typologisierenden Betrachtung ausgehen, kommen sie zum Schulverein zu dem genau entgegengesetzten Ergebnis!

b) Sauter u.a. – Der eingetragene Verein, 19. Aufl. 2010, Der Zweck des Vereines, S. 24 ff

Hier wird ausgeführt, dass ursprünglich an eine positive Aufzählung der zur Eintragung in das Vereinsregister zugelassenen Vereine gedacht worden sei, nämlich an jene, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder anderen nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen. Diese Aufzählung sei dann jedoch nicht Gesetz geworden.

Von der Begrifflichkeit her bezieht er sich ebenfalls auf Prof. Dr. Schmidt. Auch die unternehmerische Nebentätigkeit, das Nebenzweckprivileg, betrachtet er ähnlich. Die seinerseits zitierten Einzelfälle zu wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Vereinen fassen unseren Fall nicht.

c) Reichert – Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010

Voraussetzung für die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch den nichtwirtschaftlichen Verein, S. 22 ff

Auch Reichert verweist auf das Erfordernis des Gläubigerschutzes.

Eintragungsfähig in das Vereinsregister seien alle Vereine mit anderen nichtwirtschaftlichen Zwecken oder anderen nichtwirtschaftlichen Aufgaben, nicht nur die Idealvereine. Der Begriff des nichtwirtschaftlichen Vereines sei weiter gefasst als der Idealverein.

Das Vereinsregister habe sich eine Überzeugung davon zu verschaffen, dass die ideelle oder sonstige nichtwirtschaftliche Zweckangabe in der eingereichten Satzung zutrefte und dass ein Verein nicht in Wirklichkeit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb beabsichtige oder verfolge.

Nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen nach Reichert u.a. in der Regel Vereine mit folgenden Tätigkeiten:

- Bildung und Erziehung: Trägervereine von Kinderkrippen, Kindergärten, Kinderhorten und Jugendzentren, Schulvereine, Fördervereine von Eltern, in Vereinsform betriebene

Volksbildungs- und Volkshochschuleinrichtungen, Ehe- und Familienberatungsvereine, in Vereinsform betriebene Ausbildungsstätten von Betrieben, Nachhilfevereine, Stadt- oder Kreisjugendringe...

Obwohl auch Reichert im Übrigen die Typologisierung von Prof. Dr. Schmidt aufgreift, sind die Ergebnisse doch offenkundig anders.

Zusammenfassend ist aus Sicht des Autors auszuführen:

Die Typologisierung von Prof. Dr. Schmidt scheint zu aussagekräftigen Ergebnissen ebenfalls nur partiell zu führen. Die mehrheitliche Literatur zum Vereinsrecht bleibt – jedenfalls noch – dabei, dass Träger von Kindertagesstätten, Kindergärten o.a. als Idealverein eintragungsfähig seien.

III.

Auch die typologisierende Methode von Prof. Dr. Schmidt scheint eine ausreichende Klarstellung zur Eintragungsfähigkeit von Vereinen nicht zu ermöglichen, dies wird seinerseits allerdings auch nur partiell behauptet.

Der Rechtsanwalt Stefan Winheller, der die Position des Kammergerichtes Berlin grundsätzlich teilt, führt in einem Aufsatz in der Zeitung DStR 31/2012 „Kindergärten sind Unternehmen! Warum die Rechtsform des „e.V.“ für zweckbetriebsorientierte NPOs nicht taugt und Alternativen (gGmbH, eG) gefragt sind“, S. 1562 ff. u.a. aus:

Zuzugeben sei zwar, dass die Abgrenzung zwischen einem wirtschaftlichen und einem ideellen Verein schwierig und letztlich Wertungsfrage sei. Wenn man sich aber vergegenwärtige, dass Kindergartenvereine ihren Zweck in der Regel einzig und allein durch den Betrieb „Kinderbetreuung“ verwirklichen und weitere Aktivitäten gerade nicht entfalten, liege der Hauptzweck im Sinne des Vereinsrechtes tatsächlich in der wirtschaftlichen Betätigung, selbst wenn diese steuerlich begünstigt sein sollte und der Förderung des gemeinnützigen Zwecks der Jugendhilfe diene. Wer wisse, wie Kindergärten heutzutage betrieben würden, könne die Auffassung des Kammergerichtes Berlin ohne weiteres nachvollziehen. Kindergartenvereine würden in aller Regel wie „normale“ gewerbliche mittelständische Unternehmen geführt, selbst wenn an ihrer Spitze ehrenamtliches Personal agiere.

Aus Sicht des Unterzeichners sind demgegenüber die Argumente, die gegen eine Trägerschaft von Kindergärten/Kindertagesstätten durch eingetragene Vereine sprechen, nur schwer nachvollziehbar.

Im Einzelnen:

1. Ausreichender Gläubigerschutz

Als ganz wesentliches Argument gegen die Vereinseintragung von Trägervereinen wird ausgeführt, dass bei diesen der Gläubigerschutz nicht ausreichend sei. Im Gesellschaftsrecht sei dieser besser ausgeprägt.

Dieses Argument ist bereits deshalb nicht zugkräftig, weil im Gesellschaftsrecht der Gläubigerschutz dadurch löchrig geworden ist, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Unternehmergeellschaften bereits ab einem Stammkapital von 1,00 € gegründet und eingetragen werden können. Inzwischen gibt es auch zahlreiche Unternehmergeellschaften, die Träger von Kindertagesstätten sind.

Zu prüfen ist zudem, welche Gläubiger tatsächlich geschützt werden müssen, nicht bereits bisher geschützt sind.

a)

Die Insolvenzquote für den Bereich von kleinen und mittelständischen Unternehmen in Berlin ist in den letzten fünf Jahren mit 4,6% im Mittel relativ stabil, übertragen auf die vorhandenen Kita-Träger würde dies bedeuten, dass jährlich etwa 40 Kita-Träger Insolvenz anmelden müssten. In der Realität gibt es demgegenüber laut den Feststellungen des Dachverbandes seit 2007 insgesamt nur vier Insolvenzverfahren.

b)

Kreditgebende Banken von Trägervereinen sind oft durch die übernommene persönliche Haftung der beteiligten Eltern geschützt; übernommene Kreditverbindlichkeiten werden in der Praxis durch Bürgschaften der Eltern gesichert (Praxis der GLS-Bank, die die meisten Kredite an EKTs vergibt). Dem Dachverband ist in den vergangenen Jahren kein Fall bekannt geworden, in dem auf die vorhandenen Bürgschaften hätte zurückgegriffen werden müssen.

c)

Gedacht werden könnte als Gläubiger ferner an die Vermieter der Räumlichkeiten. Allerdings sind ohnedies zahlreiche Vermieter dazu übergegangen, neben der Vereinshaftung eine zusätzliche Haftung der natürlichen Personen zu verlangen, die den Verein vertreten. Dies übrigens gleichermaßen bei Gesellschaften! Für die Haftungsübernehmer ist dies naturgemäß problematisch.

d)

Die Gläubiger von Trägervereinen im Kindertagesstättenbereich sind zudem dadurch geschützt, dass die Trägervereine in großem Umfang durch öffentliche Zuwendungsmittel finanziert werden. Die Eltern haben dann wiederum, dies jedoch dem Land Berlin gegenüber, eine Eigenbeteiligung zu erbringen. So somit nicht die Kinderzahl in starkem Umfange abstürzt, sind Gläubiger von Kindertagesstättenvereinen recht gut geschützt.

e)

Die Arbeitnehmer als Gläubiger sind geschützt durch die Kontrollmöglichkeit der Einrichtungsaufsicht. An diese können sich die Erzieher wenden, wenn Träger die Gehälter nicht oder nicht rechtzeitig zahlen.

Im Bereich kleiner Träger ist der gesetzliche Kündigungsschutz grundsätzlich nur schwach ausgeprägt, dies ungeachtet der Frage, ob Träger ein Trägerverein oder eine Gesellschaft ist.

Der Gläubigerschutz dürfte zusammenfassend wohl vorrangig dann problematisch werden, wenn es sich um Vereine handelt, die eine Vielzahl unterschiedlicher Vereinszwecke verwirklichen, beispielsweise die Treberhilfe. Bei diesen fiele dann jedoch unter Umständen der Betrieb einer Kindertagesstätte unter das Nebenzweckprivileg. Evtl. könnte der Gläubigerschutz auch dann problematisch werden, wenn die Zahl der betreuten Kinder eine Größenordnung überschreitet, die eine vereinsinterne Kontrolle schwierig macht. Jedenfalls hinsichtlich der Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten darf jedoch insoweit darauf hingewiesen werden, dass die Selbstverantwortung der Eltern ausführlich und außerordentlich streng geregelt ist.

2.

Wie muss in der Satzung eine Eltern-Initiativ-Kindertagesstätte definiert werden?

Insoweit darf der Unterzeichner zunächst noch einmal auf I. Ziff. 1 dieses Gutachtens hinweisen.

In I. Ziff. 4 ist der Satzungswortlaut wiedergegeben, wie dieser seitens des Dachverbandes Berliner Kinder- und Schülerläden e.V. nach Abstimmung mit einer Rechtspflegerin des Vereinsregisters definiert worden war.

Mit einer Rechtspflegerin des Amtsgerichts Charlottenburg, die wohl, ohne die übrigen Rechtspfleger verprellen zu wollen, als federführend bezeichnet werden kann, konnte im März/April des Jahres Einverständnis dahin erzielt werden, dass die Verwirklichung des Vereinszweckes für eine EKT wie folgt definiert werden müsste, um nicht beanstandet zu werden:

Zur Verwirklichung des Satzungszwecks soll eine von den Eltern selbst verwaltete Kindertagesstätte errichtet und unterhalten werden. Die Selbstverwaltung erstreckt sich auf alle Angelegenheiten der Kindertagesstätte und hat zum Ziel, die breite Beteiligung der Elternschaft zu fördern. Gemäß dem Charakter einer Eltern-Initiativ-Kindertagesstätte ist aktive Mitarbeit der Eltern im Kitaalltag erforderlich (z.B. bei Putz-, Einkaufs-, Kochdienst usw.).

Die Vereinswirklichkeit darf dann an den Festlegungen der Satzung jedoch nicht vorbeigehen.

3.

Ohne insoweit Wasser in den Wein gießen zu wollen, darf der Unterzeichner allerdings auf folgendes hinweisen:

Die Eltern der betreuten Kinder können und dürfen ihre Kinder in der Kindertagesstätte regelmäßig nicht erziehen, allenfalls vorübergehend betreuen. Die Erziehung selbst ist Aufgabe des erzieherisch geschulten Personals, somit der Erzieher/Erzieherinnen und gegebenenfalls einer Sozialpädagogin o.ä. als Leiterin.

In welcher Form die aktive Beteiligung Mitarbeit der Eltern erfordert, sollte in erster Linie von den Fähigkeiten und Fertigkeiten der Elternschaft in Verbindung mit den

Erfordernissen der Einrichtung abhängen. In der Praxis einer EKT können dies dann u.a. Putzdienste, Instandhaltungs- und Renovierungsarbeiten, aber auch Buchführung und Organisation des Einrichtungsalltags sein sowie Vertretungsdienste (z.B. bei Krankheit von Erziehern).

Entscheidend ist letztlich die verantwortliche Selbstorganisation.

4.

Zum „unzureichenden“ Gläubigerschutz ist zudem auszuführen, dass Kindertagesstätten, auch Eltern-Initiativ-Kindertagesstätten in vielfältiger Form überwacht werden.

Im erzieherischen Bereich liegt hier ohnedies die Aufsicht beim Land Berlin. Auch finanzielle Unregelmäßigkeiten gelangen jedoch regelmäßig den Aufsichtsbehörden zur Kenntnis.

Jedenfalls bei gemeinnützigen Trägern kontrolliert das Finanzamt die Einnahmen und Ausgaben regelmäßig. Dass der 25. Senat des Kammergerichts die anerkannte Gemeinnützigkeit daher für nicht aussagekräftig erachtet, ist schwer nachvollziehbar.

Viele Träger sind Dachorganisationen angeschlossen, gehören beispielsweise einem der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Berlin an, bei kleineren Vereinen dem Dachverband der Kinder- und Schülerläden.

Diese haben interne Kontrollmechanismen für ihre Mitglieder, leisten ihnen Hilfestellungen aller Art, gewähren Fortbildung u.a.

5.

Dass zudem der ideelle Zweck des Vereines, die frühere subjektive Theorie, nicht mehr zur Beurteilung der Eintragungsfähigkeit mit herangezogen werden soll, erscheint nicht schlüssig.

Jedenfalls im Einzelfall wird doch immer wieder auf den ideellen Zweck zurückgegriffen, muss dies auch, weil auch die typologisierende Betrachtungsweise häufig keine ausreichende Beurteilung zulässt.

Zudem hat auch deren Urheber selbst, Prof. Dr. Schmidt, darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber wirtschaftliche Tätigkeiten privilegieren könne, die dann auch zur Eintragung von Vereinen in das Vereinsregister führen müssen.

Gerade in dem hier fraglichen Bereich der Kindergärten bzw. Kindertagesstätten ist dies jedoch seitens des Gesetzgebers, wie oben in I. 1. bereits dargelegt, geschehen.

6. Zur Gewerblichkeit:

In Berlin sind nur sechs privatgewerbliche Träger von Kindertagesstätten durch das Land Berlin zugelassen, es existieren demgegenüber über 920 gemeinnützige Träger. Privatgewerbliche Träger sind von der Finanzierung durch das Land Berlin ausgeschlossen, unterliegen gleichzeitig aber der Einrichtungsaufsicht.

Die zum Teil sehr restriktive Vorgehensweise des Vereinsregisters, bedauerlicherweise dieser folgend der 25. Senat des Kammergerichtes, birgt aus diesseitiger Sicht die Gefahr, dass Träger von Kindergärten/-tagesstätten in gesellschaftsrechtliche Formen, insbesondere GmbHs gedrängt werden und wurden. Es lässt sich dann natürlich leicht darauf hinweisen, dass es zwischenzeitlich einen „Markt“ gebe, da zahlreiche Träger in gesellschaftsrechtlichen Formen existierten.

Äußerst zugespitzt formuliert: Auf den Markt, den ich selbst geschaffen habe, kann ich mich dann leicht berufen.

7.

Die Träger, insbesondere kleine Träger, zunehmend in gesellschaftsrechtliche Formen zu gießen, erscheint problematisch.

Der häufige Wechsel der Eltern von betreuten Kindern bzw. von Vereinsmitgliedern würde dann zu dem Erfordernis einer dauernden Umstrukturierung führen, für die das Gesellschaftsrecht schwerlich geeignet ist.

Zudem wird die Vereinsform ja auch gerade deshalb gewünscht, damit die Vereinsmitglieder weitaus aktiver in das Trägerleben einbezogen werden als dies bei Gesellschaften in der Regel der Fall ist.

Für ein demokratisches Staatswesen sollte dies mehr als gewünscht sein.

8.

Auch hier sei letztlich nochmals auf das Nebentätigkeitsprivileg hingewiesen, wie auch immer dieses bezeichnet werden mag.

Danach sind bei einem nicht wirtschaftlichen Verein solche wirtschaftlichen Tätigkeiten als nicht eintragungsschädlich anzusehen, die im Vergleich zu den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten funktional eindeutig untergeordnet sind.

Für größere Vereine, die dann u.a. auch Kindertagesbetreuung anbieten, kann dieses durchaus von Relevanz sein.

Wird zudem die „wirtschaftliche“ Tätigkeit auf einen selbständigen Rechtsträger ausgelagert, der dann gesellschaftsrechtlich organisiert ist, so ist das Halten dieser Beteiligung dem Verein nicht als eintragungsschädlich zuzurechnen, vgl. II. 2. a). Insoweit darf auf den sehr aussagekräftigen Aufsatz der Professorin an der FH Stefanie Salaw-Hanslmaier „Nachfolgeprobleme in einem ehrenamtlichen Vereinsvorstand/Die gemeinnützige GmbH als Alternative zur Trägerschaft von Kindergärten durch Vereine“ in ZStV 2/2012, Seite 72 ff, hingewiesen werden. Die Autorin legt in dem Aufsatz sehr plausibel dar, welche Überlegungen für einen Verein als Träger von Kindergärten sprechen mögen, welche Überlegungen für eine GmbH. Zudem werden Verzahnungsmöglichkeiten geschildert, wie der Verein als Gesellschafter einer GmbH, die dann die Kindertagesstätte, den Hort oder eine Schule betreibt, einen Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen einem Verein und einer Kindertagesstätte.

Dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes, so man diesen beim Verein als problematisch ansehen wollte, dazu aber bereits oben, würde damit zusätzlich Rechnung getragen.

Nur dem Juristen dürfte sich allerdings erschließen, dass ein Verein als Träger eines Kindergartens/einer Kindertagesstätte nicht in Frage kommen könnte, demgegenüber jedoch ein Verein alleiniger Gesellschafter einer GmbH sein kann, die dann wiederum eine Kindertagesstätte betreibt.

Abschließend:

Aus Sicht des Unterzeichners erscheint es durchaus problematisch, dass zunehmend Träger aus dem Bereich Bildung und Erziehung in gesellschaftsrechtliche Formen abgedrängt werden. Zwingend erscheint dies keineswegs. Selbstinitiative, Selbstbeteiligung und Selbstorganisation werden vielmehr zunehmend als wichtiges demokratisches Prinzip erkannt, welches gesellschaftlichen Fehlentwicklungen vorbeugen kann. Gerade im Bereich der Bildung und Erziehung sollte dies gefördert werden, nicht die Verantwortlichkeit auf Vertretungsorgane, beispielsweise Geschäftsführer, verlagert werden.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'E. Montag', written in a cursive style.

Erhard Montag
Rechtsanwalt