

# Hat der eingetragene Verein ausgedient?

**Warum sich Kita-Vereine in gGmbHs umwandeln** ■ Auf Druck der neueren Rechtsprechung wandeln sich immer mehr Kita-Vereine in gemeinnützige GmbHs (gGmbH) um.



**Rechtsanwalt Stefan Winheller**

Fachanwalt für Steuerrecht,  
LL.M. Tax (USA), WINHELLER  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt a.M./Berlin

Die Signale der Rechtsprechung sind in der Tat eindeutig: Kitas, die größer als eine klassische Elterninitiative sind, sind dem Rechtskleid des eingetragenen Vereins (e.V.) schnell entwachsen und sollten sich nach einer anderen Rechtsform umschauchen. Als alternative Rechtsform infrage kommt regelmäßig die gGmbH.

## Ein Kita-Verein ist kein Idealverein gemäß § 21 BGB, sondern ein wirtschaftlicher Verein nach § 22 BGB

Dies hat das Kammergericht (KG) Berlin mit Beschluss vom 18.01.2011<sup>1</sup> entschieden. Das praktische Ergebnis der Entscheidung war, dass der betreffende Verein nicht in das Vereinsregister eingetragen werden konnte. Er musste sich eine andere Rechtsform suchen.

Hätte das KG Berlin nur diese eine Entscheidung gefällt, wäre sie wohl schnell wieder in Vergessenheit geraten – wie so viele, sich nicht selten widersprechende, Einzelfallentscheidungen der deutschen Gerichte, die in den letzten Jahrzehnten zur Frage der Eintragungsfähigkeit von Vereinen in das Vereinsregister ergangen sind. Eine vereinzelt Entscheidung mehr oder weniger beunruhigt in einem solchen Umfeld niemanden. Hier liegt es aber anders: Das KG Berlin hat seinem ersten Beschluss nämlich in kurzer Abfolge zwei weitere Entscheidungen folgen lassen, die in die gleiche Kerbe schlagen.<sup>2</sup>

## Die Gemeinnützigkeit ist irrelevant

Den von den Entscheidungen betroffenen Vereinen war gemein, dass sie »Betriebe« im weitesten Sinn unterhielten, die Einnahmen – wenn auch von staatlicher Seite (Zuschüsse) – generierten: ein Filmfestival, Klavierkonzerte und eine Kita. Das Gericht erkannte in all diesen Fällen wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Sinne der §§ 21, 22 BGB und versagte daher eine Eintragung in das Vereinsregister.

Dass es sich bei den Betätigungen um Zweckbetriebe im Sinne der §§ 65 ff. AO handelte, d.h. um gemeinnützigkeitsrechtlich förderungswürdige (Sozial-)Betriebe, änderte daran nichts – zu Recht: Das Gemeinnützigkeitsrecht privilegiert zwar unternehmerische Betätigungen, wenn diese dem Gemeinwohl dienen und die gemeinnützige Zweckverwirklichung zwingend auf die unternehmerische Betätigung als solche angewiesen ist. Hierauf kommt es aber im Rahmen der vereinsrechtlichen Beantwortung der Frage, ob ein Verein Idealverein oder wirtschaftlicher Verein ist, nicht an. Entscheidend ist hierfür vielmehr allein die Tatsache, dass eine unternehmerische Betätigung, also ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, entfaltet wird – sei er nun aus gemeinnützigkeitsrechtlichen Gründen steuerlich begünstigt oder nicht. Im Gegenteil wird man annehmen müssen, dass gemeinnützigkeitsrechtliche Zweckbetriebe in der Regel wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Sinne der §§ 21, 22 BGB sind.<sup>3</sup>

## Kein Nebentätigkeitsprivileg

Die Vereinsrechtsform hätte in den verschiedenen Fällen verteidigt werden können, wenn sich die wirtschaftliche Betätigung nur als Nebentätigkeit der Vereine dargestellt hätte. Es ist einhellige Auffassung, dass nicht jeder wirtschaftliche Geschäftsbetrieb einem Verein so gleich den Stempel des wirtschaftlichen Vereins aufdrückt. Die Vereinsgaststätte

des Sportvereins, die Werbeleistungen gegenüber dem Sponsor oder der Verkauf von Kuchen und Kaffee auf der Vereinsfeier sind selbstverständlich keine Gründe, am Status des Idealvereins zu rütteln. Das KG hatte allerdings über Fälle zu entscheiden, in denen die (Sozial-)Betriebe den Kern der Vereinstätigkeit ausmachten (sog. zweckbetriebsdominierte Vereine). Das Nebentätigkeitsprivileg half den Vereinen daher nicht.

## Probleme bei Neueintragungen und für bestehende Kita-Vereine

Da sich mittlerweile auch einzelne Vereinsregistergerichte in anderen Bundesländern dem Berliner Vorbild angeschlossen haben – bekannt geworden sind unter anderem Fälle aus Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Baden-Württemberg und Hessen –<sup>4</sup> sollten sich Kita-Vereine im gesamten Bundesgebiet mit dem Problem der möglichen Rechtsformverfehlung beschäftigen.

Kita-Vereine begegnen dem Problem vor allem in zwei Situationen: zum einen im Fall von Neugründungen. Regelmäßig lehnt das Vereinsregistergericht nämlich von vornherein die Eintragung in das Vereinsregister ab. Zum anderen weisen die Registergerichte aber auch schon seit vielen Jahren bestehende und eingetragene Vereine auf die möglicherweise verfehlte Rechtsform hin – häufig dann, wenn der Verein Satzungsänderungen eintragen lassen will oder wenn er dem Registergericht einen Vorstandswechsel anzeigt. Während sich im Fall von Neugründungen durch die Weigerung des Registergerichts, den Verein einzutragen, die Gründung in aller Regel noch unproblematisch »retten« lässt, indem die Gründer frühzeitig auf eine andere Rechtsform umschwenken, sehen sich existierende Vereine mit weit größeren Problemen konfrontiert: Sie müssen sich zunächst einmal mit dem ihnen bisher

ggf. gar nicht bekannten Problem beschäftigen und sich eine eigene Meinung bilden, sodann ihre Mitglieder über das Problem informieren und über die zur Verfügung stehenden Umwandlungsmöglichkeiten aufklären und – unter Beachtung sämtlicher Formalien – schließlich den Umwandlungsvorgang planen und umsetzen.

*» Von den großen Wohlfahrtsverbänden einmal abgesehen, sind von der aktuellen Berliner Rechtsprechung insbesondere ‚mittelgroße‘ Kita-Einrichtungen betroffen«*

Misslich dabei ist, dass der Vorstand sich über Monate hinweg in die Defensive gedrängt fühlt, weil er stets auf Druck des Vereinsregisters und ggf. auch der Mitglieder reagieren muss, statt in aller Ruhe aktiv gestalten zu können. In einem solchen Umfeld heißt es, einen kühlen Kopf zu bewahren. Allemaal besser ist es aber natürlich, einem möglichen »blauen Brief« des Vereinsregisters zuvorzukommen und bereits frühzeitig eine Strategie für eine mögliche Umwandlung zu entwickeln.

### Reaktion der Wohlfahrts- und Interessenverbände: Sturm im Wasserglas?

Die Wohlfahrts- und sonstigen Interessenverbände halten nicht hinterm Berg, wenn es um eine Einschätzung der Berliner Rechtsprechung geht. Sie kritisieren die Entscheidungen als schlichtweg falsch. Von »Initiativen zur Rettung des Vereins«<sup>5</sup> und – etwas pathetisch – einer »Zerschlagung einer über mehr als 100 Jahre gewachsenen Rechtstradition« ist die Rede und davon, dass die Wohlfahrtsverbände Musterverfahren unterstützen sollten, »die durch die Instanzen getrieben werden«. Außerdem sei auf »rechtspolitischem Wege Einfluss auf den Bundesgesetzgeber« zu nehmen, »mit dem Ziele, § 21 des Bürgerlichen Gesetzbuches klarstellend zu ändern bzw. zu ergänzen«.<sup>6</sup>

Die heftigen Abwehrreaktionen der Verbände erwecken fast den Eindruck, als stünde das Ende der Rechtsform des Vereins bevor. Das ist natürlich nicht der Fall. Dass die Reaktion der Verbände derart übertrieben ausfällt, lässt vermu-

ten, dass gerade auch bei den Verbänden die Angst um den Verlust des eigenen Vereinsstatus umgeht. Denn was sind die großen Wohlfahrtsverbände in ihrer heutigen Ausprägung (hochkomplexer Verwaltungsapparat, (Hundert)tausende von Angestellten, Millionen- und Milliardenumsätze in ihren wirtschaftlichen (Zweck-)Betrieben, erhebliche Vermögen etc.) anderes als große Sozialbetriebe bzw. -unternehmen? Im persönlichen Gespräch mit dem Autor hat ein Richter des KG Berlin diese Auffassung jedenfalls ausdrücklich vertreten. Ob tatsächlich auch die Wohlfahrtsverbände bald in das Visier der Vereinsregistergerichte geraten, bleibt also abzuwarten. Solange auch Fußballvereine der ersten und zweiten Fußballbundesliga trotz ihrer klaren wirtschaftlichen Ausrichtung – ggf. aus politischen Gründen? – unbehelligt bleiben, dürfen sich aber wohl auch die Wohlfahrtsverbände noch relativ sicher fühlen.

Von den großen Wohlfahrtsverbänden einmal abgesehen, sind von der aktuellen Berliner Rechtsprechung insbesondere »mittelgroße« Kita-Einrichtungen betroffen, die nicht mehr den Status einer reinen – kleinen – Elterninitiative besitzen und die die Kinderbetreuung als Dienstleistung den Eltern, d.h. ihren Kunden, gegenüber verstehen. In der Regel wird es sich dabei um Einrichtungen mit mehr als 20 Kindern handeln.<sup>7</sup> Diese Einrichtungen sollten sich Gedanken über ihre Rechtsform machen – aus rechtlichen Gründen, aber auch aus diversen nicht-rechtlichen Gründen, wie später noch zu zeigen sein wird.

Reine Elterninitiativen, die sich auch heute noch als solche verstehen, dürfen von dem hier diskutierten Problem hingegen ausgenommen sein. Solche kleinen Initiativen sind vom Gemein-sinn geprägt. Die Eltern schließen sich zusammen, um durch gemeinsame Anstrengungen eine bestmögliche Erziehung ihrer Kinder sicherzustellen. Jeder bringt sich ein, um das große Ganze zu erreichen. Regelmäßig wird sich dieses Selbstverständnis auch der Vereinssatzung entnehmen lassen: Hohe Mehrheitserfordernisse für Änderungen des pädagogischen Konzepts und eine Verpflichtung zur aktiven Mitarbeit, die über eine reine Alibiverpflichtung von nur wenigen Stunden im Jahr oder die

Möglichkeit, sich der Mitarbeit durch Zahlung eines Geldbetrags zu entledigen, hinausgeht. In diesen Fällen verstehen sich die Eltern nicht als anonyme Kunden einer durch die Kita erbrachten Dienstleistung. Es fehlt mithin an einem entgeltlichen Leistungsaustausch, der für die Begründung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gemäß §§ 21, 22 BGB elementar ist. Dass Elterninitiativen weiterhin in der Form des e.V. firmieren dürfen, sieht übrigens auch das Berliner Vereinsregistergericht so. Insoweit ist also jede Aufregung unangebracht.

*» Reine Elterninitiativen, die sich auch heute noch als solche verstehen, dürften von dem hier diskutierten Problem hingegen ausgenommen sein.«*

### Tatsächliche Gründe für einen Rechtsformwechsel

Wenn in unserer Praxis Kita-Vereine um Beratung in Bezug auf Umwandlungen bitten, sprechen sie nur in etwa drei von zehn Fällen die Berliner Rechtsprechung als maßgeblichen Grund für den Wunsch nach Umwandlung an. In sieben von zehn Fällen ist die Rechtsprechung nicht mehr als höchstens der letzte Anstoß zu einer schon lange ins Auge gefassten Umstrukturierung.

Viele Vereinsverantwortliche machen sich nämlich unabhängig von den Kammergerichtsentscheidungen aus ganz pragmatischen Gründen Gedanken über die richtige Rechtsform. Vielfach erkennen sie, dass sich der Verein für die Leitung eines Dienstleistungsbetriebs zunehmend als ungeeignet erweist und sie die Vereinsrechtsform in der täglichen Arbeit behindert. Typische Beispielsfälle sind Einrichtungen, die vor 20 oder 30 Jahren als klassische Elterninitiativen gestartet sind, mittlerweile aber vielleicht 50, 200 oder noch deutlich mehr Kinder betreuen und eine Vielzahl von Mitgliedern haben, die – von der »alten« Gründergeneration abgesehen – der Einrichtung im Wesentlichen nur noch als anonyme Kunden gegenüberstehen. Die jährlichen Mitgliederversammlungen finden in diesen Fällen häufig – trotz der hohen Mitgliederzahl – nur noch im kleinen Kreis statt, weil es den meisten Mitgliedern

am Interesse für die internen Vereinsbelange fehlt. Unter den wenigen Mitgliedern, die es sich nicht nehmen lassen, die Mitgliederversammlung zu besuchen, befinden sich dann nicht selten auch Personen, die die Versammlung als Plattform für Kritik und Störmanöver nutzen, um sich zu profilieren, ohne dass sie sich aber selbst aktiv im Verein engagieren würden.

» Viele Vereinsverantwortliche machen sich nämlich unabhängig von den Kammergerichtsentscheidungen aus ganz pragmatischen Gründen Gedanken über die richtige Rechtsform.«

Entscheidungen der Mitgliederversammlungen sind dann von zufälligen Mehrheiten abhängig, kontinuierliches Arbeiten kaum möglich. Es ist nur allzu verständlich, dass sich die Verantwortlichen, die sich immer noch überwiegend ehrenamtlich einsetzen, in diesen Fällen nach Alternativen sehnen, die ein schlankeres und effizienteres Management ermöglichen. Regelmäßig dürfte in diesen Fällen die gGmbH die geeignete Alternative sein.<sup>8</sup>

### Die Umwandlung im Überblick

Der klassische Umwandlungsweg vom Verein zur gGmbH ist der sog. Formwechsel. Beim Formwechsel wechselt der Rechtsträger sein Rechtskleid: Aus dem vormaligen Verein wird durch den Formwechsel die gGmbH, deren Satzung zunächst neu erstellt werden muss und in gemeinnützigkeitsrechtlicher Hinsicht mit dem Finanzamt abgestimmt werden sollte.

Besonders interessant ist der Formwechsel aus folgendem Grund: Die Rechtsverhältnisse des Vereins bleiben unberührt, d.h. das Vereinsvermögen wird zum Gesellschaftsvermögen (und dient auch zur Aufbringung des für die gGmbH notwendigen Stammkapitals), Verträge mit Dritten (Banken, Lieferanten, Vermieter, staatliche Zuschussgeber etc.) werden von der gGmbH ohne erneuten Vertragsschluss fortgeführt und die Mitglieder des Vereins werden zu Gesellschaftern der gGmbH. Es bleibt damit alles beim Alten, nur die Rechtsform ist nun eine andere. Der Verein existiert

also nicht länger; die Kita betreibt ihre Geschäfte künftig nur noch als gGmbH.

» Der klassische Umwandlungsweg vom Verein zur gGmbH ist der sog. Formwechsel.«

Das Hauptproblem in der Praxis besteht beim Formwechsel darin, dass die bisherigen Mitglieder nicht Gesellschafter der gGmbH werden wollen oder aus Sicht der den Verein verantwortlich führenden Personen nicht werden sollen. Die Mitglieder müssen in diesen Fällen also vor dem Vollzug des Formwechsels unter Beachtung der satzungsrechtlichen Regelungen aus dem Verein austreten. Es bleibt dann häufig lediglich die für die Rechtsfähigkeit eines Vereins notwendige Mindestzahl von drei Mitgliedern übrig. Die verbliebenen Mitglieder beschließen dann beim Notar den Formwechsel und werden zu gleichen Anteilen Gesellschafter der gGmbH, sofern nicht im Zuge des Formwechsels dann auch noch weitere Mitglieder/Gesellschafter ausscheiden, sodass letztlich eine »1-Mann-gGmbH« übrig bleibt.

Ist ein Austritt einer großen Zahl von Mitgliedern nicht möglich oder ausdrücklich nicht gewünscht, sind die Mitglieder andererseits aber auch nicht erpicht darauf, Gesellschafter einer gGmbH zu werden, kann der Verein den Kita-Betrieb alternativ zum Formwechsel auch auf eine 100 %ige-Tochter-gGmbH ausgliedern. Der Verein als solcher existiert dann mit unveränderter Mitgliedschaft weiter. Da er seinen eigentlichen Geschäftsgegenstand, den Betrieb der Kita, nicht mehr verfolgt, muss allerdings sein Satzungszweck geändert werden. Regelmäßig bietet sich ein reiner Förderzweck an. Der Verein ist dann Förderverein der in der Tochter-gGmbH betriebenen Kita und konzentriert sich auf die (finanzielle) Unterstützung letzterer.<sup>9</sup>

### Fazit

Eine pauschale und stets korrekte Antwort auf die Frage, ob sich ein Kita-Verein in eine gGmbH umwandeln sollte, gibt es zwar nicht. Als Daumenregel sollten sich die Verantwortlichen aber an Folgendem orientieren: Während kleine Initiativen in der Rechtsform des Vereins richtig aufge-

hoben sein dürften, wird ab einer gewissen Größe (i.d.R. mindestens 20 Kinder) die Rechtsform der gGmbH aus tatsächlichen Gründen interessant und – zumindest nach Auffassung der Kammergerichtsrechtsprechung – aus rechtlichen Gründen geboten sein.<sup>10</sup> Eine frühzeitige und vorausschauende Auseinandersetzung mit dem Thema »Rechtsform« ist jedenfalls jedem Kita-Verein anzuraten. Nur so kann der Verein sicher vermeiden, vom zuständigen Vereinsregister mit der Aufforderung zum Rechtsformwechsel überrascht und in die Defensive gedrängt zu werden. ■

### → WEITERE INFOS:

[www.winheller.com](http://www.winheller.com)

[http://www.winheller.com/fileadmin/redaktion/Publikationen/stefan\\_winheller/Winheller\\_Kindergaerten\\_sind\\_Unternehmen\\_eV\\_gGmbH\\_eG\\_DStR\\_31\\_01.pdf](http://www.winheller.com/fileadmin/redaktion/Publikationen/stefan_winheller/Winheller_Kindergaerten_sind_Unternehmen_eV_gGmbH_eG_DStR_31_01.pdf)

### Fußnoten

1. *KG Berlin v. 18.01.2011, 25 W 14/10.*
2. *KG Berlin v. 20.01.2011, 25 W 35/10 (Filmvorführungen und -festival); v. 07.03.2012, 25 W 95/11 (Klavierkonzerte).*
3. *So bereits Winheller, DSrR 2013, 2009, 2013.*
4. *Anders allerdings das OLG Schleswig-Holstein v. 18.08.2012, 2 W 152/11. Kritisch hierzu Winheller, DSrR 2013, 2009.*
5. *Kern, Entwicklungen und Situation der Kita- und Schulvereine – Berliner Erfahrungen (Präsentationsunterlagen zur Fachveranstaltung des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V., des Dachverbands Berliner Kinder- und Schülerläden e.V. und des Paritätischen Wohlfahrtsverbands Berlin e.V. »Der Verein als Träger von Bildungseinrichtungen« am 29.11.2013 in Berlin, an der der Autor als Referent teilgenommen hat.).*
6. *Sämtliche nicht individuell gekennzeichneten Zitate von Judis, Müssen sich freigemeinnützige Vereine zukünftig als GmbHs organisieren? (Handout zur in Fn. 5 genannten Fachveranstaltung).*
7. *Für eine Grenzziehung ab 20 Kindern vgl. bereits Winheller, DSrR 2013, 2009, 2014.*
8. *Insbesondere in den Fällen, in denen der Zusammenhalt unter den Mitgliedern ungebrochen hoch ist und sich die Mitglieder auch heute noch im Verein engagieren, dürfte hingegen die Rechtsform der gemeinnützigen Genossenschaft die geeignete Alternative sein.*
9. *Diese Alternative setzt allerdings voraus, dass die Zweckänderung mit der erforderlichen Mehrheit beschlossen werden kann, ggf. ist hierfür auch Einstimmigkeit aller(!) Mitglieder (nicht nur der auf der Mitgliederversammlung anwesenden) erforderlich, vgl. § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB.*
10. *Sofern nicht im Einzelfall die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft vorzugswürdig ist, vgl. bereits Fn. 8*