



npoR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

Aktuelles

- Konsultation der Kommission zu einer Satzung für eine Europäische Stiftung S. 1
BMF-Schreiben zu § 3 Nr. 26a EStG S. 1
BMF-Schreiben zur steuerlichen Behandlung von Rettungsdiensten und Krankentransporten S. 2
Anwendungsschreiben zu § 10b EStG S. 2

Aufsatz

- Plädoyer für eine Zivilgesellschaftspolitik (*Rupert Graf Strachwitz*) S. 2

Rechtsprechung

- EuGH: Abzugsfähigkeit von Sachspenden ins EU-Ausland (Persche) S. 10
EuGH: Umsatzsteuerfreiheit von Dienstleistungen an Sportvereine (Canterbury Hockey Club) S. 10
EuGH: Umsatzsteuerpflicht von Beratungsleistungen für nichtwirtschaftliche Zwecke S. 10
VGH Baden Württemberg: Maßgeblichkeit Körperschaftssteuerpflicht für Gebührenpflicht S. 11

Non-Profit-Recht konkret

- Rechtssache Persche (*Andreas Richter und Anna Katharina Gollan*) S. 19



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

INSTITUT FÜR STIFTUNGSRECHT UND
DAS RECHT DER NON-PROFIT-ORGANISATIONEN

npoR Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen

Heft 1/2009

Beirat des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit- Organisationen:

Rolf Hunck
Prof. Dr. Rainer Hüttemann
Prof. Dr. Thomas Koller
Prof. Dr. Karl-Heinz Paqué (MdL)
Prof. Dr. Peter Rawert (LL.M.)
Prof. Dr. Dieter Reuter
Dr. Andreas Richter (LL.M.)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt

Redaktion :

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer
Dr. Christine Franzius
Dr. Gregor Roth
Anika Gilberg (LL.B.)
Matthias Peukert (LL.B.)
Janne Seelig

DAS INSTITUT WIRD GEFÖRDERT DURCH DIE Deutsche Bank 

Titelbild:

Das Titelbild zeigt einen Kirschbaum vor dem Auditorium der Bucerius Law School. Das Bäumchen wurde 2006 in Gedenken an Prof. Dr. W. Rainer Walz, Direktor des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen von 2002-2006, auf Initiative des Stifters Dr. Hansgeorg Jehner gepflanzt. Herr Walz hatte zu Studentenzeiten in Tübingen hin und wieder Kirschen von fremden Bäumen genossen. Dies nahm sein Studienfreund Dr. Jehner, Gründer der Humanistischen Stiftung Frankfurt a.M., zum Anlass, ihm jährlich zum Geburtstag einen großen Korb Kirschen zu schenken. Diese Tradition lebt bildlich in dem Kirschbaum fort.

Bibliographische Hinweise:

Die Zeitschrift wurde als BLS NON PROFIT LAW NEWS eingeführt (Ausgabe 0/2003 bis 4/2008). Seit 2009 trägt sie den Namen Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen.

Zitierweise: npoR

ISSN 1868-3762

Herausgeber:

Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen
Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft gGmbH

Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

Geschäftsführer: Dr. Hariolf Wenzler,
Vorsitzender des Aufsichtsrats: Dr. Markus Baumanns,
Amtsgericht Hamburg, HRB 75325

Redaktionelle Gesamtverantwortung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Redaktionsleitung:

Dr. Christine Franzius und Janne Seelig
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

Tel.: 040-30706-274
Fax: 040-30706-275
E-Mail: Redaktion@npoR.de



Liebe Leserinnen und Leser,

mit dieser Ausgabe startet die Zeitschrift für das Recht der Non-Profit-Organisationen – npoR – in den ersten Jahrgang. Wie die bewährten BLS NON PROFIT LAW NEWS enthält die npoR aktuelle Nachrichten aus dem gesamten Gebiet des Non-Profit-Rechts wie dem Stiftungsrecht, dem Vereins- und Genossenschaftsrecht, dem Recht der gemeinnützigen Kapitalgesellschaften, dem Gemeinnützigkeitsrecht und dem übrigen Steuerrecht sowie allen angrenzenden für Non-Profit-Organisationen bedeutsamen Rechtsfragen etwa des Arbeits-, Wettbewerbs-, Straf- oder öffentlichen Rechts. Hinzu kommen Beiträge aus den Nachbardisziplinen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaft. Für den schnellen Zugriff erscheint die Zeitschrift online und kostenlos. Zusätzlich ist es möglich, gedruckte Exemplare als Print-on-Demand gegen einen Kostenbeitrag über den Buchhandel zu beziehen.

Zusätzlich zu den bewährten Rubriken der BLS NON PROFIT LAW NEWS bietet die Zeitschrift ein Forum für längere aktuelle wie grundsätzlichere Beiträge. Den Auftakt machen Gedanken von Rupert Graf Strachwitz über Herkunft und Zukunft der Bürgergesellschaft. Diese Diskussion über Entwicklungen und Grenzen des Non-Profit-Sektors möchte das Institut mit dieser Zeitschrift ebenso wie mit seinen sonstigen Publikationen und Veranstaltungen beleben.

Grenzen werden Non-Profit-Organisationen in dieser Zeit durch die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise aufgezeigt. Stiftungsvermögen haben in hohem Maße an Wert verloren, zumal wenn sie in spekulative Anlageprodukte investiert haben. Noch offen ist aber, ob die Stiftungs-Endowments von Yale oder Harvard trotz der dramatischen Verluste der letzten Zeit nicht insgesamt höhere Rücklagen bilden konnten als ihre eher zurückhaltend investierenden europäischen Schwestern. Gefährlich wird es, wenn Stiftungen angesichts verpflichtender Verwaltungskosten und zurückgehender laufender Erträge ihre Fördertätigkeit – vorübergehend – stark beschneiden oder einstellen müssen. Ich meine, mit Blick auf staatliche Hilfen wie Staatsbürgschaften für Banken, Abwrackprämien und Pendlerpauschalen für Autofahrer und Autoindustrie darf der gemeinnützige Sektor ein klarstellendes Wort der Finanzverwaltung fordern, ein „Gemeinnützigkeits-Moratorium“, dass eine vorübergehende Einstellung der Fördertätigkeit etwa im Laufe der nächsten drei Jahre die Gemeinnützigkeit nicht entfallen lässt. Mit diesen Fragen beschäftigt sich eine Tagung am 24. April, die das Institut gemeinsam mit der Deutschen Bank in Hamburg ausrichtet.

Denkbar ist durchaus, dass der Dritte Sektor aus dieser Entwicklung letztlich als Gewinner hervorgeht, weil ideelle Werte und nachhaltiges Wirtschaften einen höheren Stellenwert erlangen. „Wenn das Geld zu Ehren kommt, dann ist jeder Maßstab für den wahren Wert der Dinge dahin“, kritisierte schon Ulrich von Hutten seinen Zeitgenossen, den Globalisierungsgewinner Jakob Fugger. Das Geld der Fugger ist inzwischen in alle Welt zerstreut, die älteste Sozialstiftung der Welt, die Fuggerei in Augsburg, existiert noch heute. Auf eine anregende Diskussion mit Ihnen, verehrte Leserinnen und Leser, freut sich

Ihre Birgit Weitemeyer

Aktuelles

1. Termine des Instituts	S. 1
2. Aus der Gesetzgebung	S. 1
3. Verwaltungsanweisungen	
- Steuerfreie Einnahmen aus ehrenamtlicher Tätigkeit – Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements (<i>BMF, Schreiben v. 25.11.2008, Az. IV C 4 - S 2121/07/0010</i>)	S. 1
- Gemeinnützigkeitsrechtliche Behandlung der Rettungsdienste und Krankentransporte (AEAO § 66 Nr. 6) (<i>BMF, Schreiben v. 20.1.2009, Az. IV C 4-S 0185/08/10001</i>)	S. 2
- Anwendungsschreiben zu § 10b EStG (<i>BMF, Schreiben v. 18.12.2008, Az. IV C 4 - S 2223/07/0020</i>)	S. 2

Aufsatz

<i>Rupert Graf Strachwitz</i> Plädoyer für eine Zivilgesellschaftspolitik	S. 2
--	------

Rechtsprechung

1. Abzugsfähigkeit von Sachspenden an gemeinnützige Einrichtung mit Sitz im EU-Ausland (<i>EuGH, Urt. v. 27.1.2009, Rs. C-318/07 – „Persche“</i>)	S. 10
2. Steuerbefreiung von in engem Zusammenhang mit Sport stehenden Dienstleistungen an einen Sportverein (<i>EuGH, Urteil v. 16.10.2008, Rs. C-253/07 – „Canterbury Hockey Club“</i>)	S. 10
3. Ort des steuerbaren Umsatzes für Beratungsleistungen an eine wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübende Stiftung (<i>EuGH, Urteil v. 6.11.2008, Rs. C-291/07 „Kollektivavtalsstiftelsen TRR Trygghetsradet“</i>)	S. 10
4. Befreiung von Gebühren für die Überprüfung eines Alten- und Pflegeheims (<i>VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 11.12.2008 – 2 S 1425/08</i>)	S. 11

Aktuelle Literatur

1. Rezension: <i>Tobias Nitsche</i> Der existenzvernichtende Eingriff im Vereinsrecht	S. 11
2. Rezension: <i>Lothar Pues und Walter Scheerbarth</i> Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht	S. 12
3. Rezension: <i>Dieter Reuter</i> Der Einfluss des AGG auf die Gründung und Tätigkeit von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen	S. 13
4. <i>Hans-Jürgen Hellwig</i> Die Umwandlung der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main in eine Stiftung	S. 14
5. <i>Peter Rawert</i> Von süffigen Parolen, einem dicken Sargnagel und der Philosophie des „Als Ob“ – Karsten Schmidt und das Stiftungsrecht	S. 15
6. <i>Susanne Kalss</i> Der Einfluss von Begünstigten in der österreichischen Privatstiftung	S. 15
7. Literaturüberblick	S. 15

Aus dem Non Profit Law Yearbook 2007

<i>Peter W. Heermann</i> Voraussetzungen und Grenzen der Inhaltskontrolle autonomen Vereinsrechts - Eine kritische Bestandsaufnahme insbesondere für den Sportbereich	S. 16
<i>Dominique Jakob</i> Die Haftung der Stiftung als Erbin und „Beschenkte“	S. 16
<i>Nils Krause und Dominic Thiele</i> Die Reichweite der Stifterfreiheit bei der Anerkennung von Stiftungen	S. 16

Karlheinz Muscheler
Anforderungen an die (Mit-) Errichtung privatrechtlicher Stiftungen durch die öffentliche Hand S. 17

Anne Röthel
Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht? S. 17

Wealth Management für Stiftungen

Investieren mit Trendfolgemodellen: Mit Konsequenz die Talfahrt bremsen S. 18

Non-Profit-Recht konkret

Andreas Richter und Anna Katharina Gollan
Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Persche –
Spenden an EU-ausländische gemeinnützige Organisationen S. 19

Aktuelles

1. Termine des Instituts

- **Workshop zum Thema „Die Finanzkrise – Was bedeutet sie für Stiftungen?“** in Kooperation mit der Deutschen Bank – 24. April 2009, 14:00 Uhr
- **15. Länderabend zum Thema „Liechtenstein als Steueroase? – Die Reform des liechtensteinischen Stiftungsrechts und ihre Auswirkungen auf die Besteuerung der Stiftungserträge“** – 14. Mai 2009, 17:30 Uhr ([Anmeldung](#))
- **7. Doktorandenseminar zum Non-Profit-Recht** – 19.-20. Juni 2009

Nähere Informationen erhalten Sie im Internet oder per E-Mail an: stiftungsrecht@law-school.de

2. Aus der Gesetzgebung

- Konsultation der Kommission zu einer Satzung für eine Europäische Stiftung: Am 16.2.2009 hat die Europäische Kommission eine öffentliche Konsultation zu den Schwierigkeiten von grenzüberschreitend tätigen Stiftungen, zur etwaigen Ausarbeitung einer Satzung für eine Europäische Stiftung und zu den Auswirkungen einer solchen Satzung auf das Verhalten von Geldgebern und Gründern initiiert. Diese Konsultation steht in Zusammenhang mit einer Machbarkeitsstudie, die von der Kommission jetzt veröffentlicht wurde. Die Stellungnahmen werden bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer derartigen Satzung und ihrer Auswirkungen berücksichtigt. Konsultationsschluss ist der 15.5.2009.

Kommission, Konsultationspapier v. 16.2.2009, Az. IP/09/270, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/>

- Am 12.2.2009 hat der Bundestag über den Gesetzent-

wurf des Bundesrates vom 13.8.2008 zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen ([BT Drucks. 16/10120](#)) beraten und ihn an die Ausschüsse unter Federführung des Rechtsausschusses überwiesen ([BT-Plenarprotokoll 16/205, S. 22190 ff.](#)). Die Stellungnahme der Projektgruppe Gemeinnützigkeitsrecht können Sie unter http://www.b-b-e.de/uploads/media/nl04_vereinsrecht_stellungnahme.pdf nachlesen.

- In einer [Pressemitteilung](#) vom 11.2.2009 hat Bundesfinanzminister Peer Steinbrück sich erfreut über die anhaltend hohe Zahl von Stiftungsgründungen in Deutschland geäußert. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements (1.1.2007) sei die Anzahl der Stiftungsgründungen in Deutschland um 21% gestiegen. Deutschland stehe damit im Spitzenfeld der europäischen Länder. Stiftungen seien zudem aufgrund ihrer zumeist restriktiven Anlagepolitik ein Beispiel für die Vertreter der Hochfinanz.

3. Verwaltungsanweisungen

Steuerfreie Einnahmen aus ehrenamtlicher Tätigkeit – Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements

Mit dem Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007 wurde § 3 Nr. 26a EStG neu eingefügt. Er führt einen allgemeinen Freibetrag in Höhe von 500,- EUR für Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten im gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Bereich ein. Das BMF hat hierzu am 25.11.2008 ein Anwendungsschreiben erlassen. Danach sieht § 3 Nr. 26a EStG im Gegensatz zu § 3 Nr. 26 EStG keine Begrenzung auf bestimmte Tätigkeiten im ge-

meinnützigen Bereich vor. Auch die begünstigten Zwecke mittelbar fördernde Tätigkeiten werden umfasst. Nebenberuflich im Sinne der Vorschrift ist eine Tätigkeit dann, wenn sie nicht mehr als ein Drittel der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeiterwerbs in Anspruch nimmt. Wird für dieselbe Tätigkeit eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 12 oder § 3 Nr. 26 EStG gewährt, kann der Freibetrag nicht in Anspruch genommen werden. Der Freibetrag ist ein Jahresbetrag, der auch dann nur einmal gewährt wird, wenn mehrere begünstigte Tätigkeiten ausgeübt werden. Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben können nur abgezogen werden, wenn die Einnahmen aus der Tätigkeit und die jeweiligen Ausgaben den Freibetrag übersteigen. Die Rückspende einer steuerfrei gezahlten Aufwandsentschädigung ist grundsätzlich zulässig.

BMF, Schreiben v. 25.11.2008, Az. IV C 4 – S 2121/07/0010, abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de

Gemeinnützigkeitsrechtliche Behandlung der Rettungsdienste und Krankentransporte

In einem [Beschluss vom 18.9.2007](#) hatte der BFH unter anderem entschieden, dass gewerbliche Rettungsdienste und Krankentransporte nicht von der Gewerbesteuer befreit sind. Auch die Rettungsdienste und Krankentransporte gemeinnütziger Wohlfahrtsverbände und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts seien Körperschaft- und gewerbesteuerpflichtige Betriebe. Das BMF stellt klar, dass aus Sicht der Finanzverwaltung an der Anweisung des Anwendungserlasses zur AO zu § 66 Nr. 6 festgehalten wird. Danach ist der Krankentransport von

Personen, für die während der Fahrt eine fachliche Betreuung erforderlich ist, durch steuerbegünstigte Körperschaften als Zweckbetrieb zu behandeln. Rettungsdienste und Krankentransporte würden nämlich regelmäßig nicht des Erwerbs wegen ausgeübt.

BMF, Schreiben v. 20.1.2009, Az. IV C 4-S 0185/08/10001, abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de

Anwendungsschreiben zu § 10b EStG

In einer Verfügung der OFD Frankfurt v. 13.6.2008 (Az. S 2223 A-155-St 216, vgl. BLS NON PROFIT LAW NEWS 3/2008 und 4/2008) war festgestellt worden, dass ein Wechsel zwischen dem Abzug nach § 10b Abs. 1 EStG (allgemeiner Spendenabzug) und § 10b Abs. 1a EStG (Abzug für Spenden in den Vermögensstock einer Stiftung) nach erfolgter Zuordnung nicht zulässig ist. Hierzu stellt das BMF jetzt Folgendes klar: Hat der Steuerpflichtige sich einmal entschieden, einen bestimmten Betrag als Vermögensstockspende nach § 10b Abs. 1a EStG geltend zu machen, so ist er innerhalb des 10-Jahreszeitraums an diese Zuordnung gebunden. Einmal zugeordnete Vermögensstockspenden, die nicht innerhalb des 10jährigen Abzugszeitraums verbraucht wurden, gehen aber in den allgemeinen unbefristeten Spendenvortrag nach § 10b Abs. 1 EStG über.

BMF, Schreiben v. 18.12.2008, Az. IV C 4 - S 2223/07/0020, abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de

Aufsatz

Rupert Graf Strachwitz*

Plädoyer für eine Zivilgesellschaftspolitik**

Auf die Zivilgesellschaft kommen in Zeiten wie diesen nicht nur Aufgaben, sondern kommt vor allem auch Verantwortung zu. Der soziale Wandel ist ohne sie nicht zu bewerkstelligen. Ohne daß die Mitglieder der Gesellschaft dieser im weitesten Sinn permanent etwas schenken oder spenden, können die in jüngster Zeit so eklatant hervorgetretenen Defizite gewiß nicht behoben werden. Dazu muß diese Zivilgesellschaft selber einiges entwickeln und sich verändern. Aber auch die Rahmenbedingungen bedürfen einer grundsätzlichen Überprüfung. Ich beklage schon seit langem ebenso wie viele andere, daß wir in Deutschland bisher keine kohärente, stringente und gesellschaftlich weiterführende Zivilgesellschaftspolitik entwickelt haben. Alle Reformen der letzten Jahre greifen viel zu kurz und tragen zur Lösung des Problems letztlich fast nichts bei. Sie sind populistisch oder fiskalisch bestimmt und blicken aus der Sicht der hoheitlichen Gewalt auf die Gesellschaft, nicht aus der Sicht des Menschen und Bürgers. Ich will

daher im folgenden in 6 Schritten darstellen, welchen Paradigmenwechsel wir vollziehen müssen, und am Schluß 10 Folgerungen andeuten, die sehr konkret auf diese Rahmenbedingungen abzielen.

I. Ich muß zunächst definieren, was Zivilgesellschaft ist. Hierfür kann ich ausdrücklich nicht auf eine allseits akzeptierte und von jedermann verstandene Definition zurückgreifen. Dazu ist der Begriff wie das ganze Thema noch zu sehr in der Diskussion. Dem Begriff ist es so ergangen

* Rupert Graf Strachwitz ist Direktor des Maecenata Instituts für Philanthropie und Zivilgesellschaft an der Humboldt Universität zu Berlin. Info: www.maecenata.eu / www.strachwitz.info. Kontakt: rs@maecenata.eu.

** Der Text beruht auf einem Vortrag, der im Herbst 2008 in leicht veränderter Form in der Verwaltungshochschule Speyer und dem Kennedy-Institut der Freien Universität Berlin gehalten wurde.

wie vielen anderen auch: Er hat sich in seiner Bedeutung verändert. Mit historischen Ableitungen, die uns bis zur *societas civilis* der Antike oder zumindest doch in das 18. Jahrhundert zurückführen können, ist uns ebensowenig geholfen wie mit dem Blick auf Hegels bürgerliche Gesellschaft, wenn wir den Begriff so fassen wollen, wie ihn die moderne internationale sozialwissenschaftliche Debatte reklamiert. Um die Verwechslungsgefahr nicht noch weiter zu erhöhen, halte ich übrigens nichts davon, Zivilgesellschaft und Bürgergesellschaft als Synonyme zu gebrauchen. Während Bürgergesellschaft für mich ein normativ besetzter Begriff ist, ist Zivilgesellschaft für mich als Übersetzung des englischen *civil society* in einem modernen Sinn eher deskriptiv konnotiert. Zivilgesellschaft ist also nicht mehr als eines von drei Aktionsfeldern, in denen sich das Individuum jenseits seines unmittelbaren Umfeldes, also der Familie, bewegt, und zwar in aller Regel gleichzeitig. Die anderen beiden Aktionsfelder sind der Markt und der Staat. Mit dieser Einteilung wird ausdrücklich nicht versucht, die gesamte Lebenswirklichkeit systematisch zu ordnen oder gar zu erklären, sondern lediglich, und das ist schon viel genug, beschrieben, in welche unterschiedlichen Handlungslogiken und organisatorischen Bedingungen der Mensch sich einordnen muß, wenn er sich in der Gesellschaft bewegt. Daß dieses Modell sich von dem Hegelschen System des alles übergreifenden, überwölbenden Staates, in dem und unter dem erst die bürgerliche Gesellschaft und auch das Individuum seine Erfüllung findet, grundlegend unterscheidet, liegt auf der Hand. Eine prinzipielle Hierarchisierung der Aktionsfelder muß als überwunden gelten.

Das Dilemma, dem wir uns gegenüber sehen, besteht darin, daß der Abschied vom Hegelschen Modell, obwohl schon 1948/49 im Grundgesetz vorgezeichnet, gerade im Sektor Staat außerordentlich schwer fällt, hatte doch dieser dort eine ganz und gar herausragende dominierende Stellung genossen. Dieser Abschied wird daher gern hinausgezögert, die Veränderungen werden verdrängt. Otto Mayers Diktum „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“, von Ralf Dahrendorf schon 1968 als „nicht nur zynisch, sondern auch unheimlich richtig“ bezeichnet, scheint weithin und weiterhin auszustrahlen.

Die Debatte, ob Hegel die Gesellschaft, die er sah, hinreichend richtig beschrieben hat, soll hier nicht geführt werden. Auch da sind bekanntlich einige Zweifel angebracht. Ganz sicher aber ist, daß weder Staat noch Gesellschaft heute noch so sind, wie er sie definiert hat: „Der Staat faßt die Gesellschaft nicht nur unter rechtlichen Verhältnissen, sondern vermittelt als ein wahrhaft höheres moralisches Gemeinwesen die Einigkeit in Sitten, Bildung und allgemeiner Denk- und Handlungsweise (indem Jeder in dem Andern seine Allgemeinheit geistiger Weise anschaut und erkennt)“, so in der Philosophischen Propädeutik von 1809 (§ 54). In späteren Werken wird das noch viel extremer. Kein Wunder, daß der folgende § 55 lautet: „In dem Geiste eines Volkes hat jeder einzelne Bürger seine geistige Substanz. Die Erhaltung der Einzelnen ist nicht nur auf die Erhaltung dieses lebendigen Ganzen begründet, sondern dasselbe macht die allgemeine geistige Natur oder das Wesen eines Jeden

gegen seine Einzelheit aus. Die Erhaltung des ganzen geht daher der Erhaltung des Einzelnen vor und alle sollen diese Gesinnung haben.“

Diese – und darauf kommt es mir an –, seinerzeit geradezu universell und außerordentlich nachhaltig rezipierte Aussage, ist nicht nur mit dem Grundgesetz unvereinbar. Ich denke, wir können uns rasch darauf verständigen, daß unsere Gesellschaft eine andere geworden ist. Dies liegt zum einen daran, daß wir uns in den letzten 200 Jahren mit vielen Schmerzen ein politisches System geschaffen haben, das dem Bürger und natürlich auch der Bürgerin einen ganz anderen Stellenwert einräumt als das damalige. Es liegt aber auch, und darauf ist besonders hinzuweisen, daran, daß der Markt sich eine Position erobert hat, die der damaligen schlechthin nicht vergleichbar ist. Die Macht des Marktes hat ein Ausmaß angenommen, das uns gelegentlich erschrecken mag, dem aber die Macht des Staates an vielen entscheidenden Stellen nicht mehr gewachsen ist, auch deshalb nicht, weil seine Bürgerinnen und Bürger das überwiegend nicht wollen. Sie wünschen sich zwar punktuell immer mal wieder ein zusätzliches Gesetz, um eine bestimmte Interessenlage abzufedern, aber die Lebenswirklichkeit ist die, daß sich jeder heute im Markt bewegt. Zumindest in Europa gibt es praktisch keine Subsistenzwirtschaft mehr, und auch die Abqualifizierung aller derer, die existentiell „ihre Haut zu Markte tragen“, also aller angestellten Mitarbeiter, gehört längst der Vergangenheit an. Man erinnere sich: viele Rechte waren noch im 19. Jahrhundert denen vorbehalten, die nicht angestellt waren oder sogar denen, die Grundbesitz hatten. Heute bietet der Arbeitsmarkt gewiß keine Unterscheidungskriterien bezüglich der Bürgerrechte an.

Damit haben wir bereits zwei Aktionsfelder definiert, die nicht in ein hierarchisches Verhältnis zueinander zu bringen sind. Idealtypisch werden in diesen Feldern unterschiedliche Aufgaben wahrgenommen, im Staat die Gewährleistung von Sicherheit, die Regelung der Angelegenheiten, die zwingend für alle verbindlich zu regeln sind und die Gewährleistung, aber nicht die Bereitstellung der Leistungen, die allen Bürgerinnen und Bürgern zugänglich sein müssen. Bildung sei als herausragendes Beispiel genannt. Der Markt hingegen produziert Güter und Dienstleistungen und bietet sie denen an, die daran Bedarf haben und sie bezahlen können. Niemand würde schon wegen der nach 1990 gewonnenen Einblicke den Staat als Produzenten zurück haben wollen. Aus dieser Aufgabenteilung ergeben sich unterschiedliche Handlungslogiken: Übt der Staat durchaus im guten Sinne Gewalt aus, und ist er dazu durch die Mitwirkung aller legitimiert („no taxation without representation“) arbeitet der Markt mit der Logik des Tauschs.

Was sich in den letzten rd. 30 Jahren herauskristallisiert hat ist, daß damit die Lebenswirklichkeit der Menschen noch nicht vollständig abgebildet ist. Menschen sind eben nicht nur Demokraten und Marktteilnehmer. Diese Beobachtung wird dadurch wesentlich verschärft, daß der Abstand zwischen dem demokratischen Recht und der Gehorsamspflicht gegenüber den dadurch Ermächtigten geradezu unerträglich groß geworden ist, und daß ande-

rerseits auch der Markt beileibe kein Feld ist, auf dem alle Teilnehmer zu gleichen Bedingungen antreten. Das heißt, nicht nur bewegt sich der Mensch offenkundig und schon seit langem auch in anderen gesellschaftlichen Bezügen; die Defizite von Staat und Markt sind so gravierend, daß auf diese anderen Bezüge zunehmend als Rettungsanker geschaut wird. Dabei will ich gar nicht auf Mißbrauchstatbestände wie Korruption, Betrug, die Positionierung von Eigeninteressen vor Allgemeininteressen usw. hinaus, sondern spreche von den sich aus dem ganz normalen, auch gutwilligen Vollzug gültiger Normen ergebenden Mängeln. Selbst der Bürger einer mittleren Gemeinde empfindet diese überwiegend nicht als freundlichen Zusammenschluß, sondern als unfreundliche Regulierungs- und Strafinstanz. Selbst der erfahrene Kunde lebt in ständiger Angst davor, übervorteilt zu werden. Insofern ist, nebenbei bemerkt, die Mode, den Bürger als Kunden zu bezeichnen, auch besonders perfide. Das Gefühl der Übervorteilung wird damit auch in den Staatsverband hineingetragen, dessen Angehörige sich doch eigentlich als dessen Eigentümer oder zumindest Mitglieder empfinden müßten.

Schon vor über 50 Jahren hat ein französischer Anthropologe, Francois Perroux, dem homo oeconomicus, also dem Bild des Menschen, der bei allem, was er tut, seinen wirtschaftlichen Vorteil bedenkt, eine deutliche Absage erteilt. In der Tat, diesen homo oeconomicus gibt es nicht. Menschen haben ein ursächliches Interesse an kommunikativen Prozessen, die der Handlungslogik des Marktes nicht unterworfen sind. Perroux hat dieses mit dem Attribut des Geschenks zur Abgrenzung von jenen des Tauschs und der Gewalt belegt. Daraus speist sich, wenn wir den Grundsatz, daß die Gesellschaft vom Menschen auszugehen habe und nicht etwa umgekehrt, zunächst einmal die Erkenntnis, daß es wohl einen dritten Bereich gibt, in dem sich Menschen gesellschaftlich bewegen. Selbst ein Joseph Goebbels, der im März 1933 formuliert hatte, „Am 30. Januar ist endgültig die Zeit des Individualismus gestorben. Die neue Zeit nennt sich nicht umsonst Völkisches Zeitalter. Das Einzelindividuum wird ersetzt durch die Gemeinschaft des Volkes“, ließ sich dadurch nicht davon abhalten, eine Joseph-Goebbels-Stiftung zu gründen, also etwas geradezu extrem individualistisches und staatsfernes zu tun. Sehr viel positiver läßt sich dies natürlich an dem Aufkeimen von Bürger- und Menschenrechtsgruppen in allen mittel- und osteuropäischen Staaten einschließlich der DDR ablesen. Sie nutzten den winzigen Spalt der durch die Schlußakte von Helsinki 1975 geöffneten Tür, um – unter großen Gefahren und mit vielen persönlichen Opfern – ganz und gar freiwillig genau das zu verwirklichen, was wir heute Zivilgesellschaft nennen.

Zivilgesellschaft, so läßt sich daher zusammenfassen, speist sich als Konzept aus einer ganzen Palette von Befunden:

1. dem empirischen, seit etwa 1990 verstärkt vorgetragenen Befund, daß es ein solches drittes Aktionsfeld – man sprach, spricht heute noch organisationstheoretisch gern vom Dritten Sektor – tatsächlich und in großer Stärke gibt und schon immer gab. Die stärker organisationsbezogene Dritter-Sektor-Forschung sagt

uns, daß dieser Sektor immerhin rd. 5% des BIP erwirtschaftet (doppelt so viel wie die Landwirtschaft) und rd. 1,7 Mio. Arbeitsplätze vorhält – neben seiner originär zivilgesellschaftlichen Komponente.

2. dem Befund, daß Staat und Markt die Lebenswirklichkeit unserer Gesellschaft nicht vollständig abbilden. Auf den Vorwurf, daß sie insgesamt gesehen auch versagt haben, komme ich zurück.
3. dem Befund, daß sich dieses Aktionsfeld auch und gerade unter schwierigsten Bedingungen bildet und entwickelt, somit aus der Realität, zumindest nicht aus der des zu Ende gehenden 20. Jahrhunderts, auch nicht verdrängt werden kann, im Gegenteil, gerade dann einen zivilgesellschaftlichen Mehrwert von sehr großer Bedeutung erbringt.
4. dem Befund, daß sich dieses Aktionsfeld primär aus dem Schenken von Zeit, Empathie, Ideen, Kreativität und materiellen Ressourcen speist, allesamt Qualitäten, an denen Staat und Markt zunehmend Bedarf haben, aber abnehmend geeignete Hersteller sind.

II. Was steckt eigentlich hinter diesem Schenken – oder wie man heute zusammenfassend sagt, dem bürgergesellschaftlichen Engagement?

Hier befinden wir uns definitorisch auf sehr viel sichererem Boden. Was bürgerschaftliches Engagement alles umfaßt, ist beispielsweise von der Enquete-Kommission des Bundestags ‚Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements‘ intensiv erarbeitet worden und unterliegt, soweit ich sehe, kaum einer Kontroverse. Der Begriff hat zudem einerseits die Nachfolge des Begriffs ‚Ehrenamt‘ angetreten, der von vielen „ehrenamtlich“ Engagierten zunehmend als anachronistisch empfunden wurde. Er ist offenkundig umfassender als der Begriff der Freiwilligenarbeit und weniger normativ aufgeladen als andere wie Philanthropie, Solidarität usw. Das heißt, wer der Gesellschaft Zeit oder Ideen oder Empathie oder Vermögenswerte oder sein persönliches Ansehen schenkt, ist bürgerschaftlich engagiert. Messen, aggregieren und argumentativ verwerten läßt sich in erster Linie das Schenken von Zeit und Geld, aber darüber dürfen die anderen Formen keineswegs vergessen werden. In der Summe bilden sie die wesentlichen Ressourcen, aus denen sich die Zivilgesellschaft speist.

Interessanterweise haben wir seit langem valide empirische Befunde und normative Aussagen sowohl zu dem tatsächlich vorhandenen und angebotenen Engagement, als auch zum gesellschaftlichen Bedarf daran. Wir wissen aus dem von der Bundesregierung periodisch in Auftrag gegebenen Freiwilligensurvey, daß sich rd. 23 Millionen Bürgerinnen und Bürger in irgendeiner Weise engagieren. Das ist, rechnet man aus der Grundgesamtheit all die heraus, die dazu gar nicht in der Lage sind, viel, auch im internationalen Vergleich müssen wir uns damit nicht verstecken. Das Interessanteste dabei ist, daß dieses Engagement nicht zurückgeht, sondern allen Unkenrufen zum Trotz steigt. Allerdings verlagert es sich rapide weg von den großen, älteren Organisationen hin zu den neuen und kleinen. Dies übrigens macht den großen durchaus Sorge. Es kommt nicht von ungefähr, daß ihre Dachverbände,

erstmalig auch gemeinsam, versuchen, das Interessenvertretungskartell, in dem allein sie den Ton angeben, intakt zu halten. Mit verändert hat sich die Motivation. Wie sich empirisch gut zeigen läßt, läßt die sich heute am besten mit Begriffen wie ‚Lebenslanges Lernen‘, ‚Selbstverwirklichung‘, und ähnlichem abgreifen, auch wenn traditionelle, etwa christliche Motive gerade bei der ernsthaften Suche nach Wahrheiten oder Solidarität und Humanismus ihre Bedeutung nicht verloren haben. Als nationale Pflicht oder gar Ehre würde jedenfalls kaum jemand sein Engagement begründen wollen. Aus der Sicht der Gesellschaft kommt es hierauf freilich gar nicht an. Es ist schon gar nicht Aufgabe des Staates zu fragen, warum sich jemand engagiert. Was allerdings konstant bleibt, ist, daß sich dieses Engagement zu 80 % in den Organisationen der Zivilgesellschaft vollzieht, und zwar in allen denkbaren Tätigkeitsbereichen. Die Zahl wäre sogar noch höher, wenn man nicht die Feuerwehren, die viel gutes Engagement binden, aus formalen Gründen dem Staatssektor zurechnen müßte. Das heißt, es gibt zwischen Zivilgesellschaft und bürgerschaftlichem Engagement einen engen Zusammenhang. Eine Organisation, die strukturell auf Freiwilligkeit und Verzicht auf materiellen Gewinn aufbaut, ist – und das leuchtet ja auch unmittelbar ein – überdurchschnittlich geeignet, Engagement anzunehmen und zu organisieren. Überdies entspricht dies der längst erfolgten, demgemäß auch nicht mehr steuerbaren Ausdifferenzierung unserer Gesellschaft – wir können auch positiv sagen, dem Bekenntnis zu Toleranz, Respekt und vor allem zu Pluralismus. Täuschen wir uns nicht: Der Staat wird trotz seiner vier Ebenen und vielen Facetten eben gerade nicht als pluralistisch, sondern als monopolistisch wahrgenommen, der Wirtschaft ergeht es trotz 1 Million Unternehmen ähnlich. Damit ist aber natürlich noch nicht gesagt, ob die Gesellschaft an solchem Engagement überhaupt Interesse hat, noch drastischer gesagt, ob es für diese akzeptabel, vielleicht sogar tolerabel ist.

III. Um die Frage nach der Akzeptanz zu beantworten, muß zunächst geklärt werden, welche Formen Engagement annimmt. Die Europäische Kommission hat 1997 hierzu eine, wie ich meine hilfreiche Einteilung getroffen. Sie erfolgte übrigens in einem Papier, das als Weißbuch konzipiert aber mangels Zustimmung des Rates – also der nationalen Regierungen, die Einschränkungen ihrer Macht witterten – als Mitteilung der Kommission veröffentlicht wurde. Die Funktionen der ‚Vereine und Stiftungen‘ so heißt es dort ganz traditionell, sind eingeteilt in:

1. Dienstleistungen,
2. Themenanwaltschaft,
3. Selbsthilfe,
4. Mittlerfunktion.

Beispiele sind für die 1. Gruppe natürlich die Wohlfahrtsverbände, für die 2. Organisationen wie Greenpeace, für die 3. gleichermaßen die Anonymen Alkoholiker und sämtliche Sportverbände, für die 4. die fördernden Stiftungen. Daß viele Organisationen mehrere Funktionen gleichzeitig ausüben, ist unbestritten.

Die Einteilung ist, wie wir gleich noch sehen werden, für die steuerrechtliche Bewertung außerordentlich wichtig. Ich will aber zunächst auf etwas anderes hinaus. Das Schenken ist wesentlich etwas überaus Konkretes und Praktisches. Und bei näherem Hinsehen ist die konkreteste Form natürlich die Dienstleistung, etwa, um meine eigene zivilgesellschaftliche Urheimat beispielhaft zu nennen, die Rettung eines Verletzten. Kein Wunder also, daß sich die große Masse des Engagements in Dienstleistungsorganisationen vollzieht. Dort packen Menschen konkret an, und indem sie gerade das tun, gefallen sie uns auch. Unser und unserer Medien Bild von Zivilgesellschaft ist dominiert von den eifrigen Menschen, die freiwillig und ohne Bezahlung der Allgemeinheit zu Diensten sind – den Opfern von Naturkatastrophen, den Kranken zu Hause, den Kindern usw. Und gerade hier beginnt das Dilemma. Denn einerseits wäre es praktisch ganz ausgeschlossen, all diese Menschen in Organisationen mit den übrigen Funktionen umzulenken. Stellen Sie sich nur vor – und ich meine das in keiner Weise ironisch – , 23 Millionen Bürgerinnen und Bürger wären in Greenpeace-artigen Organisationen unterwegs. Es gäbe wohl dort für sie gar nicht genug zu tun, und die Stabilität der Gesellschaft wäre bei voller und ehrlicher Würdigung des Wertes von engagierten Themenanwälten ernstlich gefährdet, wenn das eine Massenbewegung solchen Ausmaßes wäre. Das heißt, wir haben auch aus der Perspektive der Gesellschaft jedes Interesse daran, dem Interesse der Engagierten zu willfahren und sie Dienstleistungen erbringen zu lassen. Daß dies auch eine wichtige, in manchen Bereichen unerläßliche wirtschaftliche Komponente hat, füge ich hier zunächst nur an.

Auf der anderen Seite nämlich ist unser Dienstleistungsmarkt heute so entwickelt, daß jede gewünschte Dienstleistung in guter Qualität darüber angeboten werden kann. Wenn man, wie heute weithin üblich, archäologische Grabungen anstatt wie früher von Studentengruppen von gewerblichen, hochkompetenten Grabungsunternehmen durchführen lassen kann, so gilt das gleiche selbstverständlich für den Rettungsdienst und Krankentransport. Auch der Einsatz bei Naturkatastrophen – und hier weiß ich wirklich, wovon ich spreche – ist natürlich und möglicherweise effizienter über den Markt zu organisieren. Es ist daher nicht erstaunlich, daß die Gewerkschaften dem bürgerschaftlichen Engagement nicht ohne Mißtrauen begegnen. Als dieses, 2002 im Lichte des soeben vorgelegten Enquete-Kommissions-Berichts und einiger einschlägiger Äußerungen des Bundeskanzlers ohnehin präsenter als bisher, durch das ausgerechnet in den Wahlkampf fallende Oder- und Elbehochwasser mit täglichen werbewirksamen Auftritten von Politikern mit freiwilligen Helfern ganz nach oben gespült zu werden drohte, haben sie durch massiven Druck auf die ihnen am nächsten stehende Partei erreicht, daß es von der politischen Agenda so gut wie verschwand. Genau hier entsteht – und das will ich hier als Dilemma herausstellen –, wie wir wissen, das Wettbewerbsproblem. Warum soll ein Krankenhaus in privater Hand Ertragsteuern entrichten, wenn das Krankenhaus in der Hand einer zivilgesellschaftlichen Organisation bei gleichem Dienstleistungsangebot keine entrichtet? Das Beispiel ist des-

wegen so eklatant, weil hier die Schnittmenge zwischen Markt- und zivilgesellschaftlichen Aspekten am größten ist und weil hier mit Abstand die größten Umsätze der ganzen Zivilgesellschaft gemacht werden. Dies hängt mit unserem verfassungsmäßig verankerten Subsidiaritätsprinzip und der Folge davon zusammen, daß jedenfalls bis vor kurzem fast 50% der Krankenhausbetten von sogenannten freigemeinnützigen Häusern – also zivilgesellschaftlichen Trägern – betrieben wurden; zugleich aber spielt das bürgerschaftliche Engagement gerade hier eine untergeordnete Rolle und ist im übrigen auch im privaten Krankenhaus eher denkbar als sonst in der Privatwirtschaft.

Es ist daher keineswegs abwegig, wenn von vielerlei Seite, etwa dem Europäischen Gerichtshof oder auch dem wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen an den sogenannten Zweckbetrieben unter den Gesichtspunkten Steuergerechtigkeit und Wettbewerbsneutralität Kritik geübt wird. Zugleich wird hier aber das Dilemma der Vorhaltung eines Angebots für bürgerschaftliches Engagement sichtbar. Insofern geht diese Kritik letztlich am Kern des Problems vorbei. Von der gesellschaftlichen Notwendigkeit, diese Vorhaltung zu organisieren, wird im 3. Schritt zu sprechen sein. Davor ein kleiner Exkurs.

In England und Wales gibt es in Gestalt der Charity Commission eine eigene Fachbehörde für die Organisationen, die nach deutschem Steuerrechtsdeutsch den – von mir schon lange als demokratiethoretisch antiquiert angeprangerten – Zusatz ‚steuerbegünstigt‘ führen. In einer Diskussion mit deren Leiterin, die immerhin über 600 Mitarbeiter gebietet, habe ich einmal die Frage gestellt, ob sie ihre Anbindung an das Innenministerium für zweckmäßig halte. Die Antwort verblüffte mich zunächst: Sie hätte zwar keine konkreten Klagen, aber systematisch sollte die Charity Commission eigentlich zum Finanzministerium (der Treasury) gehören, denn dort würde Politik gestaltet, im Innenministerium dagegen nur verwaltet. Aber sie hat natürlich recht: seit mehreren Generationen ist das im Finanzministerium betreute hoheitliche Instrument der Steuer zum politischen Gestaltungsinstrument schlechthin geworden, bei uns ebenso wie anderswo. Fast jedes innenpolitische Thema wird mit Hilfe der Steuer gestaltet, ob es nach dem Krieg die Beseitigung der Wohnungsnot (durch Steuerbegünstigung für den sogenannten gemeinnützigen Wohnungsbau) war, oder der Versuch, gesellschaftliche Stabilisierung durch gezielte Förderung von Eigenheimen zu erreichen oder ganz generell soziale Gerechtigkeit durch eine leistungsabhängige Besteuerung. All dies sind oder waren politisch weithin unstrittige Themen. Die Liste läßt sich beliebig auf kleine und kleinste Tatbestände verlängern. Auch der Vereinssport, oft wegen seines Selbsthilfecharakters, d.h. dem Nutzen nur für die Mitglieder, von anderen ‚steuerbegünstigten‘ Organisationen scheel angesehen, bekam diesen Status nicht etwa aus Populismus, sondern weil man – um 1914 – ein politisches Ziel, die Wehrrüchtigung und vormilitärische Ausbildung, fördern wollte. Besteuerung ist also eigentlich in sich kein Thema der Gerechtigkeit, sondern der Politik. Ob besteuert wird und wenn ja in welchem Umfang, richtet

sich eben nicht danach, was abstrakt als gerecht gelten könnte – das wäre auch nur sehr schwer zu ermitteln – , sondern danach, was politisch erreicht werden soll. Selbst das ist alles andere als einfach. Der europäische Binnenmarkt ohne Wettbewerbsverzerrungen ist beispielsweise ohne Zweifel ein politisches Ziel, der Schutz bestimmter nationaler Traditionen ein anderes. Welches geht nun vor?

IV. Wenden wir uns nun dem politischen Ziel zu, um das wir bisher gekreist haben: dem politischen Ziel des bürgerschaftlichen Engagements. Ich lasse die politische Sonntagredenrhetorik, die dieses Engagement selbstverständlich gefördert sehen will, beiseite. Sie braucht hier nicht zu interessieren. Ich frage vielmehr, ob es tatsächlich ein politisches Ziel ist, daß sich Menschen für das allgemeine Wohl im vorher aufgezeigten Sinn engagieren. Traditionell ist dies, sie mögen jetzt überrascht sein, verneint worden. Nicht bürgerschaftliches Engagement war erwünscht, sondern Gehorsam gegenüber der Obrigkeit, Hegel hätte gesagt, dem allgemeinen Willen. Engagement war allenfalls gestattet oder geduldet. Und was die Organisationen betrifft, in denen sich dieses vollzog, so entsprach ihre Freistellung von der Steuer der Hegelschen Hierarchisierung der Bereiche – und fiskalischem Kalkül. Gemeinnützige Organisationen konnten Dienstleistungen, die die öffentliche Hand zu finanzieren hatte, billiger erbringen als staatliche. Jede öffentliche Klinik war dafür Beweis genug. Oder, wenn Ihnen das nicht genügt: als man Anfang der 1990er Jahre den Sanitätseinsatz in Somalia anstatt wie vordem üblich durch eine der einschlägigen zivilgesellschaftlichen Organisationen durch die Bundeswehr durchführen ließ – aus politischen Gründen, um im Bundestag und in der Öffentlichkeit den Weg für Auslandseinsätze der Bundeswehr zu ebnen – kostete dies das Dreizehnfache.

Eine Besteuerung sogenannter gemeinnütziger Organisationen – das Thema wurde erst aktuell, als Körperschaften sukzessive, in Preußen ab 1891, überhaupt besteuert wurden und die Steuersätze dann rasch anstiegen – hätte den Ausstieg aus manchen Dienstleistungen und höhere, vom Staat bzw. den Sozialversicherungsträgern zu tragende Kosten für die verbleibenden bedeutet. Insofern konnten die Organisationen hier auch ein gewisses Maß an Macht ausspielen. Daß sich im Lauf des 20. Jahrhunderts und ganz besonders seit den 1960er Jahren unter dem Vorzeichen der angeblichen oder tatsächlichen Steuergerechtigkeit oder unter starkem Klienteldruck eine Fülle von weiteren Begünstigungstatbeständen ergeben haben, steht dem nicht entgegen; im Gegenteil, dies unterstreicht die primär politische Zielrichtung jeder Steuerbefreiung. Die Macht der Organisationen ist durch eine viel zu spät von diesen als skrupellos erkannte Kontraktspolitik des Staates in der Zwischenzeit verloren gegangen. Die Organisationen sind heute in hohem Maße auf diese Kontrakte angewiesen, primär, um eingegangene rechtliche Verpflichtungen, etwa aus Arbeitsverträgen, erfüllen zu können. Pflichten, die sich aus dem Selbstverständnis ergeben, treten dahinter deutlich zurück. Um diesen Komplex, also das Überleben von Organisationen, geht es aber hier nicht, sondern um

die Vorhaltung, vielleicht auch nur die Ermöglichung von Betätigungsmöglichkeiten für Bürgerinnen und Bürger, die sich bürgerschaftlich engagieren wollen.

Hat der Staat, so ist zu fragen, ein politisches Interesse daran, bürgerschaftliches Engagement mit Hilfe steuerlicher Instrumente zu fördern und, wenn ja, wie? Er hat mehrere Optionen. Er könnte sich auf den Standpunkt stellen, Engagement liegt im Bereich der privaten Lebensgestaltung und gehe den Staat nichts an. Genau so hat es bis vor ganz kurzem etwa das Statistische Bundesamt gesehen und sich strikt geweigert, Zivilgesellschaft als eigenen Bereich zu erfassen. Der Staat kann sich aber auch auf ein Maß an Wahrnehmung beschränken, das er auch anderen marginalen Lebensbereichen widmet. Genau dies hat er in den letzten Jahrzehnten getan. Engagement war eine Marginalie und wurde über Orden und Ministerempfänge abgehandelt, so wie vielleicht ‚Unser Dorf soll schöner werden‘ und andere Marginalien. Im Blickpunkt stand neben der positiven Assoziation für Politiker bei weitergehenden Überlegungen die Nützlichkeit der Dienstleistung, nicht der Wert des Engagements an sich. Ein typisches Beispiel, an dem man diese Haltung ablesen kann, ist die Abqualifizierung der sogenannten Freizeitbeschäftigungen.

V. Warum sollte bürgerschaftliches Engagement ein politisches Ziel sein? Hierzu hat bekanntlich Ernst-Wolfgang Böckenförde schon vor Jahrzehnten eine Antwort formuliert: weil der Staat von Voraussetzungen lebt, auf die er angewiesen ist, die er aber selbst nicht schaffen kann. Worauf Böckenförde konkret abzielte, war der religiöse Bereich. Ich will mich aber gar nicht mit der Debatte um den Verlust oder die Wiederkehr des Religiösen auseinandersetzen, sondern auf etwas anderes hinaus. Böckenförde hat zunächst klargestellt, was auch im Grundgesetz steht, daß der Staat nicht oberste Instanz der Lebensgestaltung ist, sondern daß es Bereiche gibt, die ihm von den Bürgern nicht übertragen sind, an deren Entwicklung er gleichwohl, wenn er denn den Anspruch erhebt, Hüter des Gemeinwohls zu sein, ein Interesse hat. Denken Sie daran, daß, als das Grundgesetz geschrieben wurde, das Verhältnis zwischen Staat und Markt auch noch keineswegs geklärt war. Was das bürgerschaftliche Engagement und die Zivilgesellschaft betrifft, haben die Väter des Grundgesetzes weitsichtig die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit in den Katalog der Grundrechte aufgenommen. Was sich daraus entwickeln würde, konnten sie drei Jahre nach dem Ende der Diktatur nicht voraussehen. Erst in den 1960er Jahren bewegten sich die Bürger stärker. Nicht nur kam es zu einer außerparlamentarischen Opposition, sondern auch zu neuen sozialen Bewegungen; das Umweltthema manifestierte sich zunächst ausschließlich zivilgesellschaftlich, Kultur und vieles andere bekam zivilgesellschaftliche Konnotationen.

Parallel dazu sank das Vertrauen in die staatliche Struktur und ist nie mehr zurückgekehrt. Die Zahlenangaben darüber, in wen die Bürger und Bürgerinnen Vertrauen haben, sind für die Akteure des Staates beschämend. Das Engagement in den unmittelbar dem Staat zuarbeitenden Organisationen, den Parteien, sinkt ebenso seit Jahren. Heute wer-

den die Kandidaten für politische Mandate im Schnitt von 0,3% der Wahlberechtigten ausgesucht. Die Wahlen selbst verursachen einen immer höheren Werbeaufwand bei immer weniger Substanz in den Aussagen – und sinkender Beteiligung. Das bedeutet: Identifikation findet in diesem Bereich immer weniger statt.

Hinzu kommen äußere Einflüsse, die wir zum Teil ausdrücklich begrüßen. Das Zusammenwachsen Europas bedingt klarerweise einen Rückgang der Bedeutung des Nationalstaates, in den großen wohl mehr als in den kleinen. Insofern konzentriert sich die deutsche Identität immer mehr auf Fußballmeisterschaften und Olympische Spiele. Gäbe es dort, was dem fairen Sport wohl zugute käme, keine Flaggen und Hymnen, wüßten viele unserer Landsleute kaum noch, was Deutschland ist.

Ich stelle das absichtlich so pointiert dar, weil es mir darauf ankommt, ganz deutlich zu machen, daß sich unser Land – und wir sind da keineswegs allein – in einer akuten Identifikationskrise befindet, die zu einem Auseinanderbrechen der Gesellschaft führen kann. Nehmen wir noch den hohen Anteil an Bürgern mit sogenanntem Migrationshintergrund hinzu, der durch ständige Hervorhebung systematisch mit dem Kainszeichen belegt wird, dann haben wir die Mixtur beisammen, die unsere Demokratie aus den Angeln heben kann. Wenn keiner mehr hingehet, ist der Staat am Ende. Diese Entwicklung zurückzuspulen, halte ich derzeit für unmöglich. Es kommt daher darauf an, alternative Stabilisatoren zu finden und einzusetzen, die zugleich dynamisch genug sind, um uns vor dem Stillstand zu bewahren, das heißt, die eine weitere gesellschaftliche Entwicklung befördern und nicht verhindern. Dafür ist der Markt nicht geeignet. Im Tauschverfahren läßt sich solches nicht bewerkstelligen. Die Zivilgesellschaft aber hat hierfür ein Angebot bereit.

Robert Putnam hat in seiner berühmten Langzeituntersuchung zu Italien, veröffentlicht unter dem Titel ‚Making Democracy Work‘, schlüssig gezeigt, daß informelle Netzwerke, wie er sie nennt, die Voraussetzung für die Schaffung funktionierender Strukturen in Staat und Markt schlechthin sind. Er spiegelt damit einen wissenschaftstheoretischen Diskurs, der nachgewiesen hat, daß Netzwerke letztlich stabiler sind als Hierarchien. Wissenschaftstheoretiker und Naturwissenschaftler (etwa Hans Peter Dürr) haben hierzu viel gesagt. Ich will Niklas Luhmann, den Soziologen, zitieren, der, indem er Emile Durkheim rezipiert, fragt: „Könnte es nicht eine Art laufendes Regenieren von Sozialität in interpersonellen Kontakten geben, das weder auf eine vorkonstituierte Moral, noch auf ein in den Köpfen schon vorhandenes Kollektivbewußtsein zurückgeführt werden kann, aber auch nicht den Individuen als Eigenleistung zurechenbar ist?“¹ Im Anschluß daran frage ich, ob wir uns nicht darauf einstellen müssen, daß Menschen Loyalitäten, Identifikationen und daraus folgend auch Integration und Partizipation nicht mehr als durch Geburt vorgegebenes Paradigma übernehmen, sondern im Lauf ihres Lebens mehrfach, vielleicht sogar vielfach neu arrangieren. Ich glaube, die Antwort auf diese Frage heißt, nach allem, was wir induktiv und deduktiv an Argumenten bereit legen können, ohne Einschränkungen ja. Ich zitiere nochmals Luhmann: „Gesell-

1 Luhmann, Die Moral der Gesellschaft, S. 16.

schaft ist das umfassende Sozialsystem aller kommunikativ füreinander erreichbaren Handlungen. In der heutigen Zeit ist die Gesellschaft Weltgesellschaft. Es gibt nur noch ein einziges Gesellschaftssystem.“²

Wo also liegt dann unsere Priorität? Geht es darum, ein von Hegel konzipiertes System noch ein paar Jahre zu konservieren, bis es möglicherweise in einem revolutionären Prozeß zusammenkracht? Oder geht es darum, unsere Werte wie Freiheit aber auch Ordnung, Entfaltung aber auch vernünftige Aufgabenteilung, Eigentum und bürgerliche Sicherheit nachhaltig zu stärken? Anders ausgedrückt, geht es um die Wagenburg des überkommenen Systems oder die Transformation? In ganz anderer Sprache gesagt: um ein Update oder ein neues Betriebssystem?

Was heißt das für unser Thema? Pfadabhängig weiter an der heutigen Politik gegenüber der Zivilgesellschaft weiterzuarbeiten, ist eben keine Politik, sondern nur eine verlängerte Wurstelei. Dies heißt, ich wiederhole es, nicht alles, was unter dem Schirm von Zivilgesellschaft daherkommt, unbesehen zu sanktionieren oder gar zu privilegieren. Der moderne demokratische Staat darf niemanden privilegieren oder begünstigen. Er kann aber sehr wohl entscheiden, und gerade dafür haben wir das demokratische Instrumentarium, welche Vorgänge besteuert werden und welche nicht. Es heißt also, gesellschaftliche Ziele zu formulieren und zu entscheiden, ob bei deren Erreichung die Zivilgesellschaft unter zu definierenden Bedingungen entscheidend oder assistierend mitwirken kann.

VI. Welche politischen Ziele wollen wir und können wir mit Hilfe der Zivilgesellschaft erreichen? Naheliegende wichtige Ziele sind, daß sich Menschen nicht in ihrer Tauschfunktion erschöpfen und daß der Staat von seiner gesellschaftsbildenden Funktion in Teilen – ich denke sogar, in wesentlichen Teilen – entlastet wird. Wenn Menschen nur noch tauschen würden, würde unsere Gesellschaft zur Wolfsgesellschaft entarten. Manchmal scheinen wir schon relativ nahe dran zu sein. Und wer weiß, was dann aus unseren Besitzständen, aber auch aus unseren Werten wie Solidarität und Gerechtigkeit wird. Wenn Gesellschaftsbildung und Herrschaft in einer Hand bleiben, wird unter den Bedingungen des 21. Jahrhunderts die Gesellschaft defizitär sein. Denken Sie nur an die moderne Kommunikation, die weitgehend herrschaftsfrei ist. Es muß daher ein Ziel der Politik sein, daß es eine Zivilgesellschaft gibt, die auf Augenhöhe mit Staat und Markt verkehren kann und – das ist der Kern der Fragestellung – in der Lage ist, ihren gesellschaftsbildenden und –entwickelnden Auftrag zu erfüllen. Nochmal: Wenn Menschen sich in kleinen, freiwillig zustande kommenden Netzwerken engagieren, erfahren sie Identifikation, Integration und Partizipation. Alle Anzeichen sprechen dafür, daß dieses Ziel in der Zivilgesellschaft erreichbar ist, wenn es attraktiv gestaltet wird. Menschen wollen sich engagieren. Dies muß nicht belohnt, aber als Wert an sich ermöglicht werden.

Ich streife nur kurz das Ziel, das den Gegenpol zur Tauschfunktion bildet. Wir wollen demokratietheoretisch gesehen nicht den Untertanen, sondern den Bürger und die Bürgerin. Aber wir müssen uns und andere fragen, ob wir das

auch praktisch wollen. Manchem in Politik und Verwaltung scheint allemal der Untertan lieber zu sein. Das Problem ist nur: in einem Umfeld, das Bürger nicht schätzt, werden die letzten Untertanen in absehbarer Zeit zur Revolution blasen. Was wir erreichen wollen, ist, daß Menschen sich dort wo sie sind, integrieren. Mein schönstes Beispiel dazu sind die Passionsspiele in Oberammergau, nach deren Regeln jeder, der in der Gemeinde geboren ist oder 25 Jahre dort gelebt hat, ein Recht auf Mitwirkung hat. Galt das, so stellten diese im Jahr 2000 erstmals die Frage, auch für türkische Zuwanderer? Die Gemeinde war gespalten, aber schließlich siegte das ‚Ja‘ – wie man sich vorstellen kann, mit durchschlagendem Erfolg für die Integration und natürlich auch die aktive Partizipation dieser Mitbürger und damit für den sozialen Frieden in der Gemeinde. Übrigens war das gemeinsame Singen und Theaterspielen – aus der Sicht der Finanzverwaltung nicht förderungswürdige Freizeitbeschäftigung.

Dies sind, um ein vielleicht häßliches, aber treffendes Wort zu gebrauchen, die Produkte der Zivilgesellschaft, die diese mit Hilfe ihrer Ressourcen, sprich vornehmlich dem bürgerschaftlichen Engagement herstellen kann: Respekt, Toleranz, Inklusion, Integration in das und Partizipation an dem Gemeinwesen, aktive Bürgerschaft, Teilhabe an der Gesellschaft und Bereitschaft, diese zu verteidigen: alles „Produkte“, die ohne freiwilliges bürgerschaftliches Engagement einerseits und Einübung, lebenslanges Lernen andererseits nicht herstellbar sind. Sie alle sind letztlich der Nährboden für den sozialen Frieden, der nicht mit Grabesruhe, auch nicht mit Ruhe vor dem Sturm, sondern mit einem Frieden gleichzusetzen ist, in dem jeder von uns gedeihen kann, mehr noch, auf den unsere Gesellschaft angewiesen ist, um die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts zu meistern.

Diese Entwicklung zu ermöglichen, ist heute Aufgabe unseres Staatswesens. So wie in frühester Zeit die gerechte Verteilung des Wassers das Kerngeschäft des Staates war, so ist es heute – nein, nicht das Rauchverbot und nicht die Umsetzung der neuesten EU-Richtlinien oder EUGH-Entscheidungen, sondern die Herstellung und Bewahrung des sozialen Friedens. Dieser ist mit polizeilichen Maßnahmen keinesfalls zu gewährleisten, mit Ermöglichung von bürgerschaftlichem Engagement hingegen mit einiger Wahrscheinlichkeit. Darum ist die Ermöglichung (das Empowerment) von bürgerschaftlichem Engagement – ich spreche nicht von Aktivierung, denn das klingt mir zu sehr nach Kanalisierung und Kontrolle – ein politisches Ziel von so hoher Priorität. Den zivilgesellschaftlichen Mehrwert zu ermöglichen – das ist heute die Herausforderung für Politik und Verwaltung.

Und um es nochmal klar zu sagen: es kommt nicht oder nur nachrangig darauf an, welche Leistung durch dieses Engagement erbracht wird und ob diese für die Erfüllung der Staatsaufgaben finanziell attraktiv ist. Es kommt allein darauf an, daß Menschen kontinuierlich die kommunikativen Prozesse des Schenkens an die Gemeinschaft erlernen und immer wieder üben – ob im Kirchenchor, im Sportverein, im Katastrophenschutz, in der Menschenrechtsgruppe, bei Greenpeace oder sonstwo. Hier und nur hier befindet sich die Schule der Demokratie, mehr noch, die Schule der guten Gesellschaft, der guten politischen Ordnung. Und nur so wächst heran, was oft mit Zivilgesellschaft verwech-

2 Luhmann, (Fn. 1), S. 212.

selt wird: die Bürgergesellschaft, die Gesellschaft also, die von den Bürgern her bestimmt ist. Hier ist übrigens auch die Scheidewand: was mit diesem Ziel nicht kompatibel ist, gehört nicht hierher. Organisationen, in denen getauscht und nicht geschenkt wird, gehören danach beurteilt. Sie sind damit nicht notwendigerweise gewinnorientierte Wirtschaftsunternehmen, sondern möglicherweise auch Sozialunternehmen, die in der steuerlichen Gestaltung nochmals anders zu betrachten sind, aber das ist dann eine andere Frage. Und selbstverständlich: Feinden der offenen, der Bürgergesellschaft kann durch diese Trennung das Deckmäntelchen der Gemeinnützigkeit genommen werden.

Forderungen: Es wird darauf ankommen, eine Zivilgesellschaftspolitik zu entwickeln, die zum einen schlüssig und ideengeschichtlich auf der Höhe der Zeit ist – davon sind wir im internationalen Vergleich noch weit entfernt – und die zum anderen die Ziele klar formuliert, die dann in einzelnen Politiken umgesetzt werden können. Wir müssen also die läppische und im Grunde entwürdigende Anerkennungskultur über Bord werfen und eine ernsthafte Politik entwickeln. Das ist schwer genug – zwischen parteipolitischer Umsetzbarkeit, EU-Vorgaben, Fiskalzwängen, Steuergerechtigkeit, Mißbrauchsverhütung, Verbandsinteressen und was da noch alles für eine allenfalls zaghafte Veränderung des status quo ins Feld geführt wird. Und doch wird der gordische Knoten durchgehauen werden müssen. Hier nun 10 konkrete Punkte. Dazu eine Vorbemerkung: Eine entscheidende Rolle spielt die Zuteilung von Definitionsmacht: Ist diese, was den Staat betrifft, in unserer politischen Ordnung eindeutig dem demokratischen Verfahren in Form des Parlamentarismus übertragen, so ist sie idealtypisch in der Zivilgesellschaft grundsätzlich anders organisiert (wodurch übrigens eine Brücke zu älteren Zivilgesellschaftskonzepten geschlagen wird: sie ist Inhalt eines öffentlichen Diskurses, an dem sich jedermann beteiligen kann).

1. Wir brauchen eine nationale Zivilgesellschaftspolitik. Parteien, Parlamente, Kabinette und Verwaltung, ja, auch die Finanzverwaltung brauchen Paradigmen für ihr Handeln. Diese müssen in gründlicher offener Debatte erarbeitet werden. Das punktuelle Wursteln, das wir betreiben, ist unerträglich.
2. Die Priorität einer modernen Zivilgesellschaftspolitik ist neu zu definieren. Sie liegt in der gesellschaftlichen Entwicklung. Sie ist vor allem Schule der Demokratie, Schöpferin von sozialem Kapital, Vehikel des sozialen Friedens. Das ist der überragende Stellenwert des bürgerschaftlichen Engagements, nicht die Kostengünstige Erbringung von Dienstleistungen.
3. Die Abqualifizierung von sogenannten Freizeitbeschäftigungen gehört beseitigt. Sie widerspricht dem Paradigma der Zivilgesellschaft.
4. Beseitigt gehört auch die Bindung der Steuerexemption an den Nutzen für die betroffenen Steuerzahler, der sogenannte strukturelle Inlandsbezug. In der Weltgesellschaft, die wir sind, ist das nicht vertretbar.
5. Wir müssen unsere Terminologie durchforsten: Sie verdrängt den gradenspendenden Obrigkeitsstaat und beschreibe nicht das aufgabenorientierte Aktionsfeld.

6. Wir brauchen eine schlüssige Lösung für unsere wichtigen sozialwirtschaftlichen Betriebe, die keine Gewinne ausschütten. Sie sind als Teile eines solidarisch unterlegten Marktpluralismus unverzichtbar.
7. Wir brauchen ermöglichende Rahmenbedingungen für althergebrachte Formen des Engagements ebenso wie für neue Ansätze und Partnerschaften zwischen Markt und Zivilgesellschaft; nachdem ich lange über die eigene Handlungslogik der Zivilgesellschaft gesprochen habe, will ich abschließend betonen, daß es mir nicht darum geht, drei Wagenburgen zu bauen. Im Gegenteil: die nachhaltigen Herausforderungen, denen wir uns gegenüber sehen, sind so gewaltig, daß wir sie nur meistern werden, wenn Geschenk, Tausch und Gewalt miteinander ans Werk gehen. Dazu müssen sie alle stark und kräftig sein – und alle auf einer Ebene kommunizieren.
8. Wir brauchen Transparenz. Sie ist der Ausweis einer guten Zivilgesellschaft. (Sie ist nicht inhärent gut!) Sie gesetzlich vorzuschreiben, ist Teil des Empowerments und sehr viel demokratiegemäßer als überbordende staatliche Kontrollen. Sie ist darüber hinaus unerläßliche Voraussetzung für den einzufordernden öffentlichen Diskurs.
9. Wir müssen die Regularien der Nichtbesteuerung neu durchdenken. Hierzu gehört eine paradigmatische Neuausrichtung ebenso wie eine Systematisierung und eine Diskussion über die Einnahmesituation (etwa über die Bedingungen der Zulassung von wirtschaftlicher Betätigung).
10. Wir brauchen beim Staat eine zentrale Kompetenzstelle, in der das Verhältnis zwischen Staat und Zivilgesellschaft fachlich bearbeitet und fortgeschrieben wird.

Ein allerletztes noch: Sie haben gemerkt, ich habe nicht über Steuervorteile gesprochen oder gar für mehr Steuervorteile für Geldspender, Zeitspender oder Stifter plädiert. In der Tat: darum ging und geht es mir nicht. Im Gegenteil: dieser Aspekt ist in den letzten Jahren im öffentlichen Diskurs über die Zivilgesellschaft viel zu sehr in den Vordergrund gerückt und hat die Prioritätenskala vieler zivilgesellschaftlicher Organisationen in unguter Weise verschoben.

Anmerkung der Redaktion:

In diesem Zusammenhang sei auf den aktuellen Antrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zur effektiveren Förderung des Bürgerschaftlichen Engagements vom 28.1.2009, BT-Drucks. 16/11774, hingewiesen, mit dem der parlamentarische Unterausschuss Bürgerschaftliches Engagement angehalten werden soll, den Leitgedanken einer Bürgergesellschaft als Kooperationsmodell von Staat, Wirtschaft und Zivilgesellschaft besser zu transportieren. Als Mittel wird pro Legislaturperiode ein wissenschaftlicher Bericht einer jeweils neu einzusetzenden Sachverständigenkommission mit Stellungnahme der Bundesregierung gefordert, der auf Schwerpunkte konzentriert die Entwicklung des Bürgerschaftlichen Engagements darstellt.

Rechtsprechung

1. Abzugsfähigkeit von Sachspenden an gemeinnützige Einrichtung mit Sitz im EU-Ausland

Mit seinem Urteil vom 27.1.2009 hat der EuGH entschieden, dass die Abzugsfähigkeit einer Sachspende, die ein in Deutschland Steuerpflichtiger getätigt hat, nicht allein daran scheitern darf, dass der Spendenempfänger im europäischen Ausland ansässig ist.

Hein Persche hatte im Jahr 2003 eine Sachspende in Höhe von ca. 18.000 EUR an ein portugiesisches Seniorenheim, dem ein Kinderheim angegliedert ist, getätigt und beehrte, diesen Betrag nach § 10b EStG vom Gesamtbetrag seiner Einkünfte abzuziehen. Nach § 49 EStDV ist die steuerliche Abzugsfähigkeit auf Spenden beschränkt, deren Empfänger in Deutschland ansässig ist. Der Bundesfinanzhof hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob hierdurch die in Art. 56 EG gewährleistete Kapitalverkehrsfreiheit verletzt werde.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass Geld- und Sachspenden unter die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 EG fallen. Die Regelungen des deutschen Steuerrechts seien geeignet, sich negativ auf die Bereitschaft deutscher Steuerpflichtiger auszuwirken, an Einrichtungen, die im EU-Ausland ansässig sind, zu spenden. Hierdurch werde die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt. Es sei Sache jedes einzelnen Mitgliedstaats, Steuervergünstigungen für bestimmte Spenden vorzusehen. Der Mitgliedstaat dürfe auch verschiedene Gemeinwohlziele unterschiedlich behandeln. Eine unterschiedliche Behandlung dürfe aber nicht allein an den Sitz der betreffenden Einrichtung geknüpft sein. Es könne dem Steuerpflichtigen auferlegt werden, die für den Nachweis der steuerlichen Privilegierung erforderlichen Belege beizubringen.

EuGH, Urt. v. 27.1.2009, Rs. C-318/07 – „Persche“, abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>

Hinweis der Redaktion: Ausführlich dazu der Beitrag von Richter/Gollan auf S. 19 dieser Ausgabe.

2. Steuerbefreiung von in engem Zusammenhang mit Sport stehenden Dienstleistungen an einen Sportverein

Die vom EuGH zu entscheidende erste Vorlagefrage in der Rechtssache „Canterbury Hockey Club“ war, ob von der Steuerbefreiung für bestimmte, in engem Zusammenhang mit Sport stehende Dienstleistungen „an Personen, die Sport ausüben“ (Art. 13 Teil A lit. m der 6. EG-Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Umsatzsteuern), auch Leistungen an juristische Personen und Vereinigungen ohne Rechtsper-

sönlichkeit erfasst sind. Im konkreten Fall ging es darum, ob Leistungen von „England Hockey“, einer Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht zur Förderung des Hockeysports, an seine Mitglieder – nichtrechtsfähige, englische Hockeyclubs – von der Umsatzsteuer befreit sind. Leistungen waren u.a. ein System der Vereinsakkreditierung, Kurse für Trainer und Schiedsrichter, Beratung im Bereich des Marketings und Sponsorings. Der EuGH urteilte, die Steuerbefreiungsvorschrift müsse zum Zwecke ihrer wirksamen Anwendung („effet utile“) so ausgelegt werden, dass die Leistungsempfänger auch juristische Personen und nichtrechtsfähige Vereinigungen sein können, da sich natürliche Personen zur Ausübung von Sport typischerweise in Vereinen zusammenschließen. Allerdings müssten die übrigen, strengen Voraussetzungen des Befreiungstatbestands gegeben sein, insbesondere der enge Zusammenhang der Leistung mit dem Sport, woran es z.B. bei Beratungen zu Marketing und Sponsorenwerbung fehle. Ist die Leistung gemäß der Richtlinie der Gemeinschaft steuerbefreit, dürfe ein Mitgliedsstaat diese nicht auf Leistungen an natürliche Personen beschränken, so der EuGH auf die entsprechende zweite Vorlagefrage.

EuGH, Urteil v. 16.10.2008, Rs. C-253/07 – „Canterbury Hockey Club“, abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>

3. Ort des steuerbaren Umsatzes für Beratungsleistungen an eine wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübende Stiftung

Eine schwedische Stiftung stritt mit der schwedischen Steuerverwaltung vor einem nationalen Gericht darüber, ob die Stiftung bei der Inanspruchnahme von Beratungsleistungen eines dänischen Unternehmens als Leistungsempfängerin Unternehmer und als solcher Schuldner der Umsatzsteuer auf die in Schweden erbrachte Dienstleistung ist, obwohl sie die Leistung für ihren nichtunternehmerischen Bereich nutzt. Die Beratung der „Stiftung für Kollektivvereinbarungen“ sollte sich auf deren satzungsmäßige Aufgaben auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes (u.a. Zahlung von Abfindungen im Kündigungsfall und Förderung von Maßnahmen zur Anpassung an neue Arbeitsplätze) beziehen. Das mit der Sache befasste schwedische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob diese nichtwirtschaftliche Nutzung der Leistung der Umsatzsteuerpflicht der Stiftung nach Art. 9 Abs. 2 der 6. EG-Richtlinie 77/388/EWG (in der durch die Richtlinie 1999/59/EG des Rates vom 17.6.1999 geänderten Fassung) und nach dem gleichlautenden Art. 56 Abs. 1 lit. c der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) entgegenstehe. Die Vorschriften bestimmen für den Fall, dass der Sitz des Leistungsempfängers in einem anderen

Staat als dem des Leistungserbringers ist, dass als Ort der Leistung der Sitz des Leistungsempfängers gilt (weshalb dieser nach Art. 196 MwStSystRL der Steuerpflichtige ist). Ansonsten ist der Ort der Dienstleistung der des Erbringers der Dienstleistung (Art. 9 Abs. 1 der 6. EG-Richtlinie bzw. Art. 43 der MwStSystRL) und dieser der Umsatzsteuerpflichtige nach Art. 196 MwStSystRL. Der EuGH führte zu der Vorlagefrage aus, dass es keinen Hinweis darauf gebe, dass die Vorschrift über die Umsatzsteuerpflicht des Empfängers keine Anwendung finde, wenn dieser die Leistung nicht zu wirtschaftlichen Zwecken nutze. Vielmehr sprächen der Sinn und Zweck, die Vermeidung der Doppelbesteuerung und der Nichtbesteuerung, dafür, dass auch eine solche Leistung am Sitz des Leistungsempfängers besteuert werde, wenn der Sitz in einem anderen Staat als dem des Leistungserbringers liegt.

EuGH, Urteil v. 6.11.2008, Rs. C-291/07 „Kollektivavtalsstiftelsen TRR Trygghetsradet“, abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>

4. Befreiung von Gebühren für die Überprüfung eines Alten- und Pflegeheims

Kommt es für die Befreiung von Gebühren nach einem Landesgebührengesetz darauf an, ob der Pflichtige einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält, ist die Gebühren erhebende Behörde an die Feststellung des zu-

ständigen Finanzamts diesbezüglich gebunden, entschied der VGH Baden-Württemberg. Eine Heimaufsichtsbehörde hatte einem eingetragenen Verein und Mitglied des Diakonischen Werkes der evangelischen Landeskirche in Baden e.V. Gebühren für die Überprüfung seines Alten- und Pflegeheims auferlegt. Sie war der Meinung, eine Gebührenbefreiung greife hier nach § 10 Abs. 5 Landesgebührengesetz (LGebG) nicht, da das Heim ein nicht gebührenbefreiter, steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb sei. Das Gericht entschied, auf die Beurteilung der Behörde komme es nicht an. Die Norm knüpfe an die Körperschaftsteuerpflicht der Gebührenpflichtigen an. Sie sei vom zuständigen Finanzamt zu beurteilen. Sein Bescheid binde die Behörde, wenn er wirksam, d.h. bekannt gegeben und nicht nichtig, möglicherweise aber rechtswidrig sei. Das Gericht ging damit dogmatisch von einer Tatbestandswirkung der Entscheidung der sachnäheren Behörde, des Finanzamts, für die „sachfremdere“ Behörde, die Heimaufsicht, aus. In der Praxis empfiehlt der Verwaltungsgerichtshof die Vorlage des Freistellungsbescheids im Sinne des § 155 Abs. 1 S. 3 AO bei der Gebühren erhebenden Behörde.

VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 11.12.2008 – Az. 2 S 1425/08, abrufbar unter: <http://lrw.juris.de>

Aktuelle Literatur

1. Rezension: Der existenzvernichtende Eingriff im Vereinsrecht

Seit der Entscheidung „Bremer Vulkan“¹ beschäftigten und beschäftigen sich Heerscharen aus Wissenschaft und Praxis mit der dogmatischen Fundierung und Konkretisierung des sogenannten existenzvernichtenden Eingriffs im GmbH-Recht. Mit den Entscheidungen des BGH „Trihotel“² und „Gamma“³ kann eine vorläufige Konsolidierung des neuen Haftungsinstituts für das GmbH-Recht festgestellt werden. Gleiches gilt aber nicht für andere juristische Personen, da hier Untersuchungen zu diesem Themenkomplex eher rar sind; insbesondere gilt dies für die BGB-Vereine. Tobias Nitsche nimmt sich der daher dankbaren und praktisch relevanten Fragen an, ob und ggf. mit welchen Modifikationen das Institut des existenzvernichtenden Eingriffs auf den eingetragenen Idealverein übertragen werden kann. Entgegen dem weiter gefassten Titel wird die Rechtslage beim nicht eingetragenen Verein sowie generell beim Wirtschaftsverein nicht erörtert. Konzeptionell ist die Untersuchung Nitsches in drei Teile gegliedert: einem ersten historischen Teil (S. 25-74) folgt ein analytischer zur Rechtslage bei der GmbH (S. 75-144), dem sich der dritte Teil (S. 145-220) anschließt, in dem die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf den Verein unter Berücksichtigung seiner Spezifika untersucht wird.

Im ersten Teil analysiert der Autor zunächst kurz die überholte Rechtsprechung zur Haftung im qualifizierten faktischen Konzern (S. 25-38), um sodann ausführlich die Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung bis zu den Urteilen vom 23.12.2004 einschließlich der Stimmen aus der Wissenschaft darzustellen und zu bewerten (S. 41-69). Obwohl das Manuskript auf Juli 2007 datiert, ist das Trihotel-Urteil aus Juli 2007 nicht berücksichtigt. Dadurch verliert die Untersuchung für den Praktiker an Nutzen. Der Schluss des ersten Teils ist der Rechtsprechung der Instanzgerichte gewidmet (S. 69-74).

Die Herausarbeitung der dogmatischen Grundlage der Existenzvernichtungshaftung steht im Mittelpunkt des zweiten Teils der Untersuchung. Dabei zeigt sich gleich zu Beginn ein Manko der Arbeit: Der Autor schließt sich kritiklos der h.M. an, nach der das Vermögen eines eingetragenen Idealvereins keiner oder nur einer sehr schwachen Bindung unterliegen soll. Da der Gesichtspunkt der Vermögensbindung in der Arbeit immer wieder als maßgebliche Prämisse dient (z.B. S. 75, 125), wäre hier eine ausführliche Auseinandersetzung notwendig und wünschenswert

1 BGHZ 149, 10 ff.

2 BGHZ 173, 246 ff.

3 BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 ff.

gewesen, zumal von prominenter Seite nachdrücklich die Gegenansicht vertreten wird. Diese Gegenansicht wird nicht einmal in einer Fußnote erwähnt.⁴ *Nitsche* analysiert zunächst die dogmatische Verortung der Existenzvernichtungshaftung für die GmbH auf Basis der §§ 302, 303 AktG analog, einer Sorgfaltshaftung, eines Sonderrechts- bzw. Treuverhältnisses, des Deliktsrechts sowie einer echten Durchgriffshaftung und plädiert für letztere (S. 75-120), wobei er einen eigenen Anwendungsbereich neben den Fallgruppen Vermögensmischung und materielle Unterkapitalisierung⁵ ausmacht. Im Anschluss geht *Nitsche* abstrakt der Frage nach, ob auch im Vereinsrecht neben den bekannten Fallgruppen zur Durchgriffshaftung Platz für eine Existenzvernichtungshaftung ist. Im Grundsatz sei eine Außenhaftung der Vereinsmitglieder wegen existenzvernichtender Eingriffe denkbar, zumal eine Konkurrenz zur ähnlichen Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung nicht bestehe, da diese im Vereinsrecht nicht anwendbar sei (S. 127 ff.).

Im dritten Teil der Untersuchung geht *Nitsche* die Aufgabe an, die im zweiten Teil formulierten Ergebnisse in konkretisierte Tatbestandsmerkmale der eigenständigen Anspruchsgrundlage „existenzvernichtender Eingriff“ zu überführen. Er bejaht ein konkretes Bedürfnis für eine die Gläubigerschutzaspekte abdeckende Haftung der Vereinsmitglieder, weil ein vergleichbarer Gläubigerschutz weder aus dem Gesichtspunkt der Treuepflichtverletzung, einer Sanierung durch Verlustumlage noch durch eine Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG geschaffen werden kann (S. 146-158). Argumentativ stellt *Nitsche* dabei vor allem auf die Schwächen einer Binnenhaftung gegenüber einer Außenhaftung ab. Danach dekliniert er den objektiven Tatbestand anhand der vor Trihotel von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung zur GmbH durch (S. 158-174) und konstatiert für den Verein, dass hinsichtlich der haftungsbedeutsamen Verhaltensweisen keine Unterschiede bestehen. Allerdings sei im Hinblick auf die größere Reichweite des Merkmals „betriebsfremder Eingriff“ beim Verein als Korrektiv die Eigennützigkeit des Eingriffs zu fordern (S. 178 f.). Mit einer bis zur Trihotel-Entscheidung vertretenen Meinung lehnt *Nitsche* ein Verschulden als subjektives Tatbestandsmerkmal ab. Statt dessen soll das haftungsauslösende Verhalten objektiv auf Handlungsweisen beschränkt sein, bei denen ex-ante ein überwiegendes Insolvenzrisiko besteht (S. 188 ff.). Auf der Rechtsfolgenseite verneint *Nitsche* hinsichtlich des Haftungsinhalts eine Abweichung vom GmbH-Recht, so dass das missbräuchlich handelnde Vereinsmitglied einer unmittelbaren und persönlichen Ausfallhaftung unterliege, die durch den beim Verein eintretenden Höchstschaden begrenzt sei (S. 198).

Vor allem aus praktischen Erwägungen lehnt er hingegen eine Subsidiarität des Anspruchs wegen existenzvernichtenden Eingriffs gegenüber der bloßen Möglichkeit einer Zurückführung des entzogenen Vermögens ab; nur eine tatsächliche Rückführung mit der Wiederherstellung der Fähigkeit des Vereins, seine Gläubiger zu befriedigen, rechtfertigt eine Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung (S. 199-210).

Nitsche gebührt der Verdienst, monografisch die Unterschiede zwischen der GmbH und dem eingetragenen Idealverein im Hinblick auf eine Haftung der Vereinsmitglieder wegen existenzvernichtenden Eingriffs herausgearbeitet und damit eine Grundlage für die weitere wissenschaftliche Bearbeitung dieses Themengebiets geschaffen zu haben. Für die Praxis sind die Ergebnisse der Untersuchung jedoch infolge der Trihotel-Entscheidung und der dogmatischen Qualifizierung der Existenzvernichtungshaftung als Fall des § 826 BGB nur bedingt unmittelbar verwertbar.

[Dr. Gregor Roth]

Tobias Nitsche, Der existenzvernichtende Eingriff im Vereinsrecht, Taunusstein/Driesen 2008, 238 S.; zugl.: Köln, Universität, Dissertation, 2007, ISBN 978-3-86866-103-3, 30,00 Euro

2. Rezension: Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht

Erstmals in der deutschen Stiftungsgeschichte hat im Jahr 2007 die Zahl der jährlich neugegründeten Stiftungen die 1.000er Marke durchbrochen. Insgesamt gibt es inzwischen gut 15.000 Stiftungen in Deutschland. Mehr als ein Drittel davon ist in den letzten zehn Jahren entstanden. Damit steht Deutschland im europäischen Vergleich im Spitzenfeld. 95% der deutschen Stiftungen sind gemeinnützig. Angesichts wachsenden Wohlstands und nachlassender familiärer Bindungen werden Stiftungen in den kommenden Jahren auch weiterhin an Bedeutung gewinnen.

Das nunmehr in der 3. Auflage vorliegende Standardwerk von *Pues/Scheerbarth* wendet sich an potentielle Stifter, Stiftungsvorstände und Kuratorien, beratende Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater. Nicht zuletzt der oben gezeichnete Trend in der Zivilgesellschaft zeugt von dem Bedarf nach einem Praxishandbuch auf hohem Niveau, das dem Anwender die Rechtslage um die Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung systematisch erklärt und zusammenhängende Fragen beantwortet. Das bewährte Autorenteam, der Steuerberater *Lothar Pues* und der Rechtsanwalt *Walter Scheerbarth*, schöpft auch in dieser Neuausgabe aus dem reichen Erfahrungsschatz seiner Beratungstätigkeit für Stiftungen, Unternehmer und Privatpersonen. Die Neuausgabe berücksichtigt dabei die aktuellen Entwicklungen sowohl auf legislativer Ebene als auch die neueste Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen. Wie auch die Vorauflagen ist das Buch in einen zivilrechtlichen und einen steuerrechtlichen Teil, sowie einen kleineren Abschnitt zum Spendenrecht gegliedert. Abgerundet wird das Werk durch

4 *Reuter*, Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, § 54 Rn. 49.

5 Vgl. dazu jüngst BGH (Fn. 3). Darin lehnt der BGH für den Fall einer Betriebs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs in Form einer anfänglichen materiellen Unterkapitalisierung ab. Das Unterlassen einer hinreichenden Kapitalausstattung im Sinne einer „Unterkapitalisierung“ der GmbH stehe einem kompensationslosen „Eingriff“ in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH nicht gleich.

einen Anhang, in dem alle Stiftungsgesetze der Länder sowie eine Mustersatzung einer gemeinnützigen selbständigen Stiftung abgedruckt sind.

Zwei große Gesetzesreformen machten die Neuauflage erforderlich: Zum einen auf dem Gebiet des Zivilrechts das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts aus dem Jahre 2002¹, das die materiell-rechtlichen Vorgaben für selbständige Stiftungen umfassend novelliert hat. Die Stiftungsgesetze der einzelnen Bundesländer wurden im Anschluss an diese Reform nach und nach angepasst und sind bis zum Erscheinen der Neuauflage umfassend dargestellt. In den steuerrechtlichen und den spendenrechtlichen Teil ist das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007² eingearbeitet, mit dem Erleichterungen für gemeinnützige Körperschaften und damit neue Anreize für die Bereitschaft, eine Stiftung zu gründen oder in eine Stiftung zu spenden, geschaffen wurden.

Der zivilrechtliche Teil behandelt systematisch alle mit der Gründung oder Führung einer Stiftung auftretenden Fragen, klärt Begriffe und anwendbares Recht. Das Schwergewicht liegt bei der für die Praxis am wichtigsten selbständigen gemeinnützigen Stiftung des Privatrechts, aber auch Besonderheiten der unselbständigen Stiftung werden dargestellt. Hervorzuheben ist eine übersichtliche und bis zum Erscheinungszeitpunkt aktuelle Zusammenfassung der Regelungen der Landesstiftungsgesetze. Auf die sich bis dato noch im Entstehungsprozess befindenden neuen Stiftungsgesetze der Länder Bayern und Thüringen wird hingewiesen. Im steuerrechtlichen Teil erörtern die Autoren die einschlägigen Vorschriften der Abgabenordnung (§§ 51-68 AO) sowie die Tatbestände der Einzelsteuergesetze, wobei sie stets die steuerbegünstigte Stiftung in den Fokus stellen.

Den Leser besticht das Buch durch seine klare Sprache und praktische Lösungsvorschläge, auch bei komplexeren Sachverhalten im Gemeinnützigkeitsrecht. So wird die Frage, in welchem Umfang eine gemeinnützige Stiftung wirtschaftlich tätig sein darf, auf die praxisrelevanten Aussagen von Gesetzgeber und Rechtsprechung reduziert, ohne den Anwender etwa mit den verschiedensten Auffassungen zur „Geprägetheorie“ zu belasten. Mit seinen knapp 300 Seiten bietet das Buch eine gut zu handhabende Übersicht und verständliche Antworten auf viele Fragen aus der Stiftungspraxis. [Dr. Christine Franzius]

Lothar Pues und Walter Scheerbarth, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl., München 2008, C.H. Beck, 295 S., ISBN 978-3-406-56614-1, 48,00 Euro

3. Rezension: Der Einfluss des AGG auf die Gründung und Tätigkeit von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen

Klaus Adomeit, dem Dieter Reuter seinen Beitrag in freundschaftlicher Verbundenheit widmet, ist seit Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zum Allgemeinen

Gleichbehandlungsgesetz (AGG) einer der schärfsten Kritiker dieses Gesetzes. Inhaltlich stimmt Reuter mit Adomeits Einwänden gegenüber dem AGG im Allgemeinen überein. Auf dem Gebiet des Non-Profit-Sektors sei die Anwendung des AGG jedoch um etliche Grade problematischer: „entweder schädlich oder überflüssig“.

Das AGG steht Reuter zufolge in deutlichem Widerspruch zu den Funktionsanforderungen des Dritten Sektors. Das Grundproblem sieht er darin, dass das Gesetz für die Tätigkeit gemeinnütziger Organisationen keine Bereichsausnahme vorsieht und das AGG somit seinem Wortlaut nach uneingeschränkte Anwendung findet. Da gemeinnützige Stiftungen und Vereine definitionsgemäß im sogenannten „Fernbereich“ wirken, geraten sie automatisch in den Fokus des Gesetzes. Anders als im Nahbereich – bei Schuldverhältnissen, die durch ein besonderes persönliches Näheverhältnis geprägt sein können wie etwa im Falle der Miete – sind die Destinatäre nicht Freunde oder Verwandte des Stifters oder der Vereinsmitglieder. Sie gehören vielmehr dem allgemeinen Publikum an.

Das AGG schützt gerade im allgemeinen Publikumsverkehr vor Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§§ 1, 2 AGG). Das Besondere bei gemeinnützigen Körperschaften liegt Reuter zufolge darin, dass sie zwar im Außenbereich wirken, aber auf Nahbereichsmoral gegründet sind. Stifter und Mitglieder gemeinnütziger Vereine nehmen sich eines sozialen Anliegens an, das ihrer Meinung nach weder von Wirtschaft noch vom Staat hinreichend beachtet wird. Es sei daher teilweise unvermeidlich, teilweise sogar erwünscht, dass Stifter und Mitglieder gemeinnütziger Organisationen sich von den herrschenden Vorstellungen distanzieren.

Während das AGG für die Bevorzugung oder unterschiedliche Behandlung bestimmter Gruppen einen sachlichen Grund fordert (§ 20 AGG), widerspreche es gerade der anerkannten Rolle der Akteure im Non-Profit-Sektor, sachliche Gründe für ihre Wahl zu benennen. Wer sich beispielsweise die Unterstützung hilfsbedürftiger alter Menschen zum Ziel gesetzt habe und nicht die Unterstützung hilfsbedürftiger Kinder, bei denen die vorherrschende Sicht den größeren Bedarf sieht, komme mit dem AGG in Konflikt. Dies stellt für Reuter eine ernste Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Dritten Sektors dar: Stifter und Mitglieder gemeinnütziger Vereine empfinden sich zu Recht als Wohltäter, die nicht bevormundet werden wollen, sondern mit Respekt gegenüber ihren Vorstellungen von den Anforderungen an das Gemeinwohl rechnen. Ein wohlhabender deutschstämmiger Türke, der eine Stiftung zur Förderung der Schulausbildung türkisch-stämmiger Kinder in Deutschland errichten wolle, werde seine Stifterabsicht im Zweifel nicht anpassen, sondern aufgeben, wenn sein Antrag auf Anerkennung von der Behörde unter Hinweis auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft abgelehnt wird. Auch über die Zulässigkeit positiver Maßnahmen nach § 5 AGG, kommt man zu keiner Rechtfertigung. Denn positive Maßnahmen sind laut AGG nur dann zulässig, wenn ein Rückstand vorliegt, der aus-

1 Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.6.2002, BGBl. I 2002, 2634.

2 Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007, BGBl. I 2007, 2332.

geglichen werden soll. Ein solcher kann im vorgestellten Fall jedenfalls im Verhältnis zu anderen Kindern mit Migrationshintergrund jedoch nicht zwingend angenommen werden.

Reuter gliedert seinen Beitrag in die Untersuchung der arbeitsrechtlichen und der zivilrechtlichen Seite des AGG. Im arbeitsrechtlichen Teil kommt er zu dem Schluss, die arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote gelten für Organmitglieder von gemeinnützigen Organisationen jedenfalls dann nicht entsprechend, wenn sie ehrenamtlich tätig seien oder eine Aufwandsentschädigung erhielten. Der Anwendungsbereich sei jedoch gem. § 6 Abs. 3 AGG eröffnet, sobald ein Entgelt gezahlt werde. Schwerer gewichtet *Reuter* die Frage, inwieweit gemeinnützige Organisationen bei der Einstellung und Regelung der Beschäftigungsbedingungen Tendenzschutz genießen – d.h., inwieweit sie frei sind, zumindest für die Besetzung von Schlüsselfunktionen Personal zu bevorzugen, das sich mit ihren Zielen identifiziert. Gemäß § 9 AGG sind lediglich Religionsgemeinschaften berechtigt, von ihren Mitarbeitern Bekenntnistreue zu verlangen. § 8 AGG lässt eine Ungleichbehandlung nur zu, wenn es wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit eine entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Diese Regelung ist auf Fälle beschränkt, in denen mit Rücksicht auf Interessen Dritter oder der Allgemeinheit eine Diskriminierung gerechtfertigt ist – z.B. weibliches Pflegepersonal in einer gynäkologischen Klinik – nicht aber auf andere Konstellationen, etwa die Ablehnung eines heterosexuellen Bewerbers um das Amt des Geschäftsführers des Lesben- und Schwulenverbandes. Entgegen dem Wortlaut des AGG und der h.M. nimmt *Reuter* im Anschluss an Adomeit jedoch an, der Tendenzschutz müsse durch verfassungskonforme Auslegung in § 8 Abs. 1 AGG hineingelesen werden und gehe insoweit der richtlinienkonformen Auslegung vor.

Im Rahmen des zivilrechtlichen Teils seiner Untersuchung fragt sich *Reuter* zunächst, ob die Vorgaben des AGG nicht deshalb im Verhältnis zu den Destinatären gemeinnütziger Organisationen unanwendbar seien, weil es sich bei dem Destinatärsverhältnis nicht um ein zivilrechtliches Schuldverhältnis i.S. des AGG handle, sondern es seine Grundlage vielmehr in der Satzung habe. Er unterscheidet dabei zwischen dem Stiftungsgeschäft bzw. Gründungsvertrag, die noch keine Ansprüche von Destinären schaffen und daher noch keine Schuldverhältnisse darstellen und der konkreten Auswahlentscheidung, durch die ein Schuldverhältnis zwischen Stiftung/Verein und Destinatär zustande kommt. Um sinnwidrige Ergebnisse zu vermeiden, schlägt *Reuter* vor, die AGG-Freiheit der Satzung auf die Umsetzung durch die Begründung der Schuldverhältnisse ausstrahlen zu lassen, da letztere der satzungsmäßigen Festlegung des Destinatärskreises untergeordnet seien. Das entspreche auch der Sicht des europäischen Gesetzgebers, der in den zugrunde liegenden Richtlinien ausdrücklich versichert hatte, die Vereinigungsfreiheit werde vom Antidiskriminierungsrecht nicht berührt.

Einen weiteren Weg, gemeinnützige Stiftungen und Vereine aus dem zivilrechtlichen Anwendungsbereich des AGG herauszunehmen, sieht *Reuter* in § 19 Abs. 4 und 5 AGG,

wonach die Regelungen des AGG auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse nicht anwendbar sind. Zwar bleibt dem Wortlaut nach nur die Gründung der Stiftung von Todes wegen ausdrücklich außerhalb des Geltungsanspruchs des AGG. *Reuter* dehnt den Ausnahmebereich jedoch auf Stiftungen unter Lebenden und weitere Formen gemeinnützigen Engagements aus, indem er als Anknüpfungspunkt nicht das Nähe- oder Vertrauensverhältnis, sondern die Emotionalität der Angelegenheit wählt.

Wer den ersten beiden Vorschlägen zur Herausnahme der gemeinnützigen Stiftungen oder Vereine aus dem zivilrechtlichen Anwendungsbereich des AGG nicht zu folgen vermag, dem bietet *Reuter* einen letzten Rettungsanker an: Gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG scheidet eine Verletzung des Benachteiligungsverbots aus, soweit „besondere Vorteile gewährt [werden] und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt“. Dies sei im gemeinnützigen Bereich stets der Fall. Stets werden Leistungen an Alte, Junge, Protestanten, Katholiken, Männer oder Frauen, Homosexuelle oder Heterosexuelle gewährt, die der Anbieter bei einem Verbot nicht auf alle erstrecken, sondern mit einem Verzicht auf jegliche Vergünstigung reagieren würde. [Dr. Christine Franzius]

Dieter Reuter, Der Einfluss des AGG auf die Gründung und Tätigkeit von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen, in: Hanau/Thau/Westermann (Hrsg.), Gegen den Strich, Festschrift für Klaus Adomeit, Köln 2008, S. 595–610.

4. Die Umwandlung der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main in eine Stiftung

In der deutschen Hochschullandschaft zeigen sich seit einigen Jahren vielfältige organisationsrechtliche Veränderungen. Zahlreiche neue Hochschulen wurden in privatrechtlicher Rechtsform der gemeinnützigen GmbH gegründet, nicht zuletzt die Bucerius Law School in Trägerschaft der ZEIT-Stiftung. Aber auch bestehende Hochschulen sind an der Änderung ihrer Organisationsstruktur hin zu mehr Autonomie und Eigenverantwortung interessiert. Höhere Leistungsfähigkeit, Effizienz und Wirtschaftlichkeit, eine bessere Verankerung im gesellschaftlichen Umfeld und größere Attraktivität für privates Engagement waren neben mehr Eigenverantwortung durch größere Staatsferne auch die Gründe für die Umwandlung der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main in eine Stiftung des öffentlichen Rechts.

Hans-Jürgen Hellwig beschreibt in seiner Darstellung die für die Wahl dieser Rechtsform ausschlaggebenden beamten- und steuerrechtlichen Argumente, die letztlich die zunächst beabsichtigte Form einer Stiftung bürgerlichen Rechts vor immense Schwierigkeiten stellte. Auch das in Niedersachsen praktizierte und von Karsten Schmidt favorisierte Modell einer zweistufigen Struktur – in dem Hochschule und Träger rechtlich getrennt sind – ist für die Umwandlung einer bereits bestehenden öffentlich-rechtlichen Hochschule äußerst problematisch. Einzelfragen, die sich im Rahmen der Umwandlung einer bereits be-

stehenden Universität in eine Stiftung öffentlichen Rechts ergeben, werden am Beispiel der Johann Wolfgang Goethe-Universität anschaulich dargestellt: Die Neuordnung der Personalverhältnisse, die Umwandlung des genutzten Landesvermögens in Stiftungsvermögen, die Folgen des Wegfalls der Stellung als staatliche Einrichtung, die organische Struktur der neuen Stiftung, die Änderung der hochschulrechtlichen Rahmenbedingungen sowie Fragen hinsichtlich der Finanzierung. Umfangreiche Zuwendungen von öffentlicher und privater Seite zeigen, dass sich die Umwandlung im Falle der Frankfurter Universität bereits positiv ausgewirkt hat. *Hellwigs* Ausführungen sind angesichts der Wandlungen auf dem Gebiet der deutschen Hochschullandschaft für interessierte Stifter und beteiligte Akteure äußerst lehrreich.

Hans-Jürgen Hellwig, Die Umwandlung der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main in eine Stiftung, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 565-580.

5. Von süffigen Parolen, einem dicken Sargnagel und der Philosophie des „Als Ob“ – Karsten Schmidt und das Stiftungsrecht

Mit dem ausdrucksvollen Satz „Karsten Schmidt ist ein Virtuose“ beginnt der überaus kurzweilige Beitrag von *Peter Rawert*. Gespickt mit interdisziplinären Verweisen und persönlichen Einblicken zeichnet dieser vor allem die Entwicklung des Stiftungsrechts in Deutschland anhand der einschlägigen Werke von Karsten Schmidt nach: die Situation des Stiftungswesens der 1970er und 1980er Jahre, der Beginn zaghafter Reformvorschläge über die Reformdebatte der Jahre 1997-2002 bis hin zu Karsten Schmidts revolutionärer Theorie der unselbständigen Stiftung als virtuelle juristische Person. *Rawert* setzt sich mit diesem Modell und der in der Literatur vorgebrachten Kritik vertieft auseinander. Schließlich unterzieht der Autor Karsten Schmidts Thesen einem „Simulatortest“. Im Ergebnis scheint die Kautelarpraxis dabei dem Konzept der unselbständigen Stiftung als virtuelle juristische Person organisiert vom Stifter und Stiftungsträger Recht zu geben.

Peter Rawert, Von süffigen Parolen, einem dicken Sargnagel und der Philosophie des „Als Ob“ – Karsten Schmidt und das Stiftungsrecht, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1323-1339.

6. Der Einfluss von Begünstigten in der österreichischen Privatstiftung

In ihrem Beitrag setzt sich *Susanne Kalss* kritisch mit dem Konzept der österreichischen Privatstiftung, die nicht auf gemeinnützige Zwecke beschränkt ist, sondern für alle er-

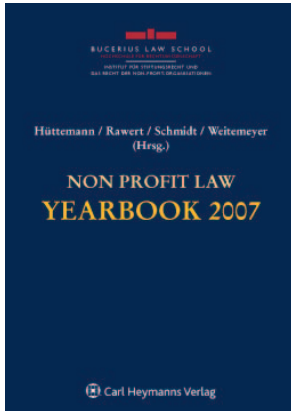
laubten Zwecke, insbesondere auch eigennützige Zwecke offen ist, auseinander. Diese Rechtsform ist wie das österreichische Privatstiftungsgesetz (PSG) nun 15 Jahre alt und erfreut sich großer Beliebtheit. *Kalss* gewährt einen Einblick in die Stellung des Begünstigten und dessen Einflussmöglichkeiten, die Grenzen der Gestaltungsfreiheit sowie die besonderen Rechte des Begünstigten und die Geschäftsführung durch den Vorstand. Im Fazit scheint das dispositiven Gesetzesrecht den Begünstigten der Privatstiftung in Österreich zurückzudrängen. Allerdings erlaubt die Offenheit und Gestaltungsautonomie des PSG dem Stifter, den Begünstigten eine starke Rolle in der Stiftung und viele Mitwirkungsrechte einzuräumen. Möglicherweise, so der Wunsch der Autorin, lassen sich aus den Überlegungen zum österreichischen Privatstiftungsrecht auch Inspirationen für die Lösung von Stiftungsfragen im deutschen Recht gewinnen.

Susanne Kalss, Der Einfluss von Begünstigten in der österreichischen Privatstiftung, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 857-869.

7. Literaturüberblick

- *Dieter Reuter, Das Verhältnis der Vereinsklassenabgrenzung zu den Grenzen wirtschaftlicher Betätigung nach Gemeinnützigkeitsrecht, NZG 2008, S. 881-887.*
- *Dieter Reuter, Die gemeinnützige Stiftung zwischen Staat und Markt. Christina Albertina – Forschungen und Berichte aus der Christian Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel 2008.*
- *Hans Robert Röthel und Robert Konold, Umsatzsteuer im Sponsoring, DStR 2009, S. 15-20.*
- *Franz Jürgen Säcker, Gesetzliche und satzungsmäßige Grenzen für Spenden und Sponsoringmaßnahmen in der Kapitalgesellschaft, BB 2009, S. 282-286.*
- *Jan K. Schiffer, Mittelbeschaffung bei gemeinnützigen Körperschaften: Ein Ruf gegen die Rechtsunsicherheit durch die „Geprägetheorie“, BB 2008, S. 2432-2436.*
- *Gerson Trüg, Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe?, NJW 2009, S. 196-198.*

Aus dem Non Profit Law Yearbook



Non Profit Law Yearbook 2007

ISBN: 978-3-452-26913-3

Herausgeber:
Prof. Dr. Rainer Hüttemann
Notar Prof. Dr. Peter Rawert
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten
Schmidt
Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Schriftleitung:
Martin Mager, LL.B.

Bestellung:

Carl Heymanns Verlag KG,
Luxemburger Str. 449, 50939 Köln
Telefon: (0221) 943 73-0
Fax: (0221) 943 73-502
E-Mail: bestellung@heymanns.com

Peter W. Heermann, Voraussetzungen und Grenzen der Inhaltskontrolle autonomen Vereinsrechts – Eine kritische Bestandsaufnahme insbesondere für den Sportbereich, Non Profit Law Yearbook 2007, S. 91-112

Die Vereinsautonomie räumt den Mitgliedern einen großen Spielraum bei der Gestaltung ihrer Binnenbeziehungen durch Satzung und Vereinsordnungen ein. Das Ein- und Austrittsrecht fungiert dabei als natürliche Selbstregulierung, solange der Verein nicht monopolartige Züge aufweist. Versagt die Selbstkontrolle, stellt sich die Frage nach einer Alternative, nämlich einer gerichtlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle. *Peter W. Heermann* untersucht in seinem Beitrag, wann und in welchem Umfang Vereine einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen. Er stellt zunächst knapp den Stand in Rechtsprechung und Literatur dar, um sich dann der Frage zuzuwenden, ob eine Inhaltskontrolle nur bei bestimmten Vereinstypen gerechtfertigt ist. Anhand von sechs Fallgruppen setzt sich *Heermann* mit dem Meinungsstand auseinander. Er bejaht eine Inhaltskontrolle der Vereinssatzung und -ordnung mit dem BGH zum einen bei Vereinen mit einer überragenden, monopolartigen Machtstellung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich. Zum anderen hält *Heermann* weitergehend die §§ 305 ff. BGB analog als Kontrollmaßstab für einschlägig, wenn Vereinssatzungen oder -ordnungen zum Inhalt gegenseitiger entgeltlicher Austauschbeziehungen zwischen Verein und Vereinsmitgliedern oder Dritten gemacht werden. Anhand von Beispielen aus dem Profisport verdeutlicht er dies. Für die übrigen Fälle erläutert *Heermann* eine Inhaltskontrolle am Maßstab des § 242 BGB.

Hält eine Regelung der Inhaltskontrolle nicht stand, lehnt *Heermann* eine geltungserhaltende Reduktion ab; stattdessen greife dann dispositives Gesetzesrecht.

Dominique Jakob, Die Haftung der Stiftung als Erbin oder „Beschenkte“, Non Profit Law Yearbook 2007, S. 113-132

Spätestens seit der Entscheidung des BGH „Dresdner Frauenkirche“ muss sich die Praxis damit arrangieren, dass Stiftungen als Empfänger von Zuwendungen keine schenkungs- oder erbrechtliche Sonderbehandlung genießen. *Dominique Jakob* zeichnet in seinem Beitrag die verschiedenen Haftungskonstellationen aus Sicht beider Rechtsgebiete nach. Vorangestellt ist dem eine Überblick über die stiftungsrechtlichen Beteiligungsgeflechte im Innen- wie im Außenverhältnis. *Jakob* folgt der h.M., dass die §§ 2305 ff. BGB bei der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen Anwendung finden und bei Leistungen zu Lebzeiten die §§ 2325 ff. BGB sowohl bei Zuwendungen an eine bestehende Stiftung als auch bei deren Errichtung (analog) einschlägig sind. Sodann diskutiert er Gestaltungsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, um eine Haftung der Stiftung gegenüber den Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten zu vermeiden. Aus Sicht des (Insolvenz-) Anfechtungsrechts bejaht *Jakob* die Anfechtbarkeit von Zuwendungen an eine bereits bestehende Stiftung. Im Falle der Errichtung einer Stiftung schlägt er hingegen zur Auflösung des Widerstreits zwischen Stiftungs- und Insolvenzrecht einen differenzierenden Ansatz vor. Danach soll die Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO, § 4 AnfG) nur existieren, wenn die Gläubigerforderung zum Zeitpunkt der Stiftungserrichtung bereits bestand.

Nils Krause und Dominic Thiele, Die Reichweite der Stifterfreiheit bei der Anerkennung von Stiftungen, Non Profit Law Yearbook 2007, S. 133-147

Der Fall Gäfgen gibt den Autoren Anlass, die Grenzen der Stifterfreiheit nachzuzeichnen und die Kontroll- und Eingriffsbefugnisse der Stiftungsaufsicht im Rahmen des Anerkennungsverfahrens zu konkretisieren. Im ersten Abschnitt beleuchten *Nils Krause* und *Dominic Thiele* die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Stifterfreiheit. Sie lehnen ein unmittelbares „Grundrecht auf Stiftung“ ab und bejahen stattdessen einen mittelbaren grundrechtlichen Schutz des Stiftungsgeschäfts über das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Eigentumsgarantie. Im Rahmen des Anerkennungsverfahrens bewirke dies zum einen eine Verengung des § 138 BGB auf Beeinträchtigungen von Rechtsgütern mit Verfassungsrang. Zum anderen sei der Gemeinwohlvorbehalt in § 80 Abs. 2 BGB ebenso verfassungskonform zu interpretieren; insbesondere komme es für die Beurteilung allein auf den Stiftungszweck an. Auf dieser dogmatischen Basis stimmen die Autoren

der Entscheidung des BVerwG zur Versagung der Anerkennung der parteinahen „Franz-Schönhuber-Stiftung“ zu; hingegen hätte der geplanten Gäfen-Stiftung die Rechtsfähigkeit nicht versagt werden dürfen, da allein die Stigmatisierung des Stifters keine Ablehnung rechtfertigt.

Karlheinz Muscheler, Anforderungen an die (Mit-) Errichtung privatrechtlicher Stiftungen durch die öffentliche Hand, Non Profit Law Yearbook 2007, S. 149-188

Nach einer kurzen Tour d'Horizon über Motive, Zahlen und Fakten staatlicher Stiftungen des Zivilrechts fragt *Karlheinz Muscheler* provokant, ob aus Sicht des Zivilrechts Gründe für die generelle Unzulässigkeit derartiger Gebilde sprechen. Entgegen der fast einhelligen Meinung bejaht er dies: Die Errichtung einer Privatstiftung sei nur durch natürliche Personen zulässig, da nur bei ihnen wegen der Vergänglichkeit des Lebens das Bedürfnis nach Perpetuierung des Stifterwillens bestehe. Die h.M. als richtig unterstellt, schildert *Muscheler* sodann die in der Praxis anzutreffenden Konstruktionen, durch die der Staatsstifter versucht, seinen Einfluss auf die Stiftung sicherzustellen. Im anschließenden Abschnitt IV bewertet er die Vereinbarkeit einzelner zentraler Mittel zur Sicherung der Einflussnahme mit der Stiftungsautonomie, wie beispielsweise Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte, Regelungen zur Berufung, Entlassung und Besetzung von Stiftungsorganen, die Vermögensausstattung, die Kontrolle durch den Rechnungshof und die Möglichkeit zur Änderung der Satzung. Landesgesetzliche Ermächtigungen zur Zweckersetzung oder Aufhebung der Stiftung durch deren Organe oder die Aufsichtsbehörde hält *Muscheler* wegen § 87 BGB für unzulässig. Für die Kompetenzzuweisung durch die Satzung entwickelt *Muscheler* in Anlehnung an erbrechtliche Vorschriften ein differenziertes System. Zweckänderung, Aufhebung und wesentliche Organisationsänderungen sollen analog § 2065 BGB nur zulässig sein, wenn der Stifter (1) das zuständige Organ benannt, (2) die inhaltliche Tendenz der möglichen Änderung festgelegt hat und (3) die sachlichen Voraussetzungen so genau umschrieben sind, dass zumindest Willkür des änderungsbefugten Organs ausgeschlossen ist. An der Satzung der „Stiftung Warentest“ exemplifiziert *Muscheler* seine Kriterien. Zum Abschluss beleuchtet er die Zulässigkeit privater Staatsstiftungen aus Sicht des öffentlichen Rechts und deren Errichtung nicht durch Rechtsgeschäft sondern durch Gesetz.

Anne Röthel, Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht?, Non Profit Law Yearbook 2007, S. 189-208

Der Aufwind der Bürgergesellschaft lässt auch alte Ideen wieder in neuem Glanz erscheinen. So auch die Frage, ob die gesetzliche Entscheidung für ein Erbrecht des Fiskus in § 1936 BGB nicht einer Revision bedarf und statt dessen ein Stiftungserbrecht zeitgemäß wäre. *Anne Röthel* nimmt sich der Überprüfung an und erarbeitet in ihrem Beitrag die ideellen Grundlagen und konstruktiven Details für ein Stiftungserbrecht de lege ferenda. Dazu

eröffnet sie dem Leser zunächst einen knappen Blick auf das Erbrecht des Fiskus gemäß § 1936 BGB einschließlich seiner wirtschaftlichen Bedeutung. Abgerundet wird der Abschnitt über das Staatserbrecht durch die Geschichte seiner Kritik, die mit der Diskussion darüber, ob das Aufkommen daraus lediglich zur Ergänzung des Erbschaftsteueraufkommens oder speziellen (z.B. gemeinnützigen) Zwecken dienen soll, unmittelbar zum Stiftungserbrecht überleitet. Zwingende Gründe, die für ein Staatserbrecht streiten, vermag *Röthel* nicht zu erkennen. Der Antwort auf die Frage, ob ein Stiftungserbrecht der Verwirklichung spezifischer Gemeinwohlzwecke dienen soll, stellt sie zunächst einen Überblick über ausländische Regelungsvorbilder voran. Sodann diskutiert *Röthel* die konstruktiven Ausgestaltungsmöglichkeiten als echtes Erbrecht, als Anspruch gegen den Fiskus oder bloße Verwendungsaufgabe und ob es sich inhaltlich anbietet, erbenlose Nachlässe bestimmten Stiftungen – etwa einer Bürgerstiftung am letzten Wohnsitz des Erblassers – oder dem Erblasser nahestehenden gemeinnützigen Organisationen zuzuwenden. Dies lehnt *Röthel* im Ergebnis als derzeit unpraktikabel ebenso ab wie eine am Modell Schwedens orientierte Nachlassfondslösung. Vor diesem Hintergrund resümiert sie, dass das Fiskuserebrecht doch besser sei als sein Ruf.

Wealth Management für Stiftungen

Investieren mit Trendfolgemodellen: Mit Konsequenz die Talfahrt bremsen

Wenn man den Prognosen vieler Finanzmarktexperten Glauben schenken darf, so wird die Durststrecke der Börsen noch andauern. Schwierige Marktphasen bescheren den verschiedenen Kapitalschutzstrategien regelmäßig viel Zulauf. Darunter gelten so genannte Trendfolgemodelle als erprobtes Mittel gegen die ungebremste Talfahrt. Trendfolgemodelle basieren auf mathematischen Modellen und quantitativen Strategien. Deshalb kommen sie vor allem im professionellen Portfolio Management, etwa in der Vermögensverwaltung, zum Einsatz. Wichtig ist ein gemeinsames Verständnis des Begriffs „Trend“ bei Kunden und Portfolio Managern. In der Praxis werden häufig Bewegungen z. B. eines bestimmten Aktienindex, die eindeutig beobachtbar sind, so bezeichnet. Für den langfristigen Erfolg empfiehlt sich die Konzentration auf die

Der europäische Aktienmarkt: Starke Trends während des letzten Jahrzehnts



mittel- bis langfristigen Trends. Die Grafik zeigt Kursverlauf und Trendlinien des DJ EuroStoxx 50 vom Jahr 2000 bis zu Beginn des Jahres 2009. Bereits in der kurzen Zeitspanne des neuen Jahrtausends lassen sich drei mehrjährige Trends erkennen: ein negativer dreijähriger Trend (1) zeigte sich nach dem Platzen der Internetblase und den Terroranschlägen in den USA. Im Anschluss bildete sich ein ca. vierjähriger Aufwärtstrend (2), getrieben durch den globalen Wirtschaftsaufschwung. Seit Ende 2007 hat sich im Fahrwasser der internationalen Finanzkrise ein neuer negativer Trend ausgebildet (3), der viele Anleger unvorbereitet getroffen hat.

Trendfolgemodelle können ihre Stärken in allen Märkten ausspielen. In steigenden Phasen werden „Kaufsignale“ genutzt, um die Aktienquote im Portfolio zu erhöhen, was zu einer mit dem Trend steigenden Partizipation an der positiven Marktentwicklung führt. In fallenden Phasen werden „Verkaufssignale“ generiert, die dem Portfolio Manager ein klares Zeichen zum Ausstieg geben. Das

Bauchgefühl des Portfolio Managers wird überstimmt. Bei konsequenter Orientierung am gewählten Modell wird der Manager so daran gehindert, durch scheinbar günstige Bewertungen in einen fallenden Markt einzusteigen oder an Verlustpositionen festzuhalten.

Bei der langfristigen Ausrichtung an ein Trendfolgemodell spielt die Risikokontrolle eine wichtige Rolle. Sie orientiert sich an der maximalen Verlustbereitschaft des Anlegers, die dieser zu Beginn des Investitionszyklus festlegt. Um die Verluste in fallenden Märkten zu begrenzen, werden in professionellen Vermögensverwaltungen Modelle eingesetzt, die zusätzlich mit Absicherungsmechanismen ausgestattet sind. Die Nachfrage besonders nach diesen Modellen dürfte in Zukunft vermutlich noch steigen – die schwierigen Zeiten sind noch nicht vorbei.

Ein Beitrag von:



*Arndt P. Funken
Deutsche Bank
Private Wealth Management
Leiter Philanthropical Wealth*



*Frank Kamp
Deutsche Bank
Private Wealth Management
Portfoliomanagement für Stiftungen*

Non-Profit-Recht konkret

Andreas Richter und Anna Katharina Gollan*

Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Persche – Spenden an EU-ausländische gemeinnützige Organisationen

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 27. Januar 2009 entschieden, dass Spenden eines Steuerpflichtigen an gemeinnützige Einrichtungen eines anderen EU-Mitgliedstaats nach dem nationalen Recht grundsätzlich zum Spendenabzug zugelassen werden müssen. Der Spender muss die Möglichkeit haben, nachzuweisen, dass eine Spende an eine ausländische Einrichtung die Voraussetzungen für den Spendenabzug erfüllt.¹

I. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Einzelnen

Ein deutscher Staatsangehöriger begehrte den Steuerabzug wegen einer Sachspende an eine in Portugal ansässige gemeinnützige Einrichtung. Das Finanzamt versagte den begehrten Sonderausgabenabzug mit der Begründung, der Spendenempfänger sei nicht in Deutschland ansässig und der Steuerpflichtige habe keine formgerechte Bestätigung vorgelegt.

Nach Auffassung des Gerichtshofs fallen Spenden unter die Vertragsbestimmungen über den freien Kapitalverkehr. Das gilt auch dann, wenn es sich um Sachspenden in Form von Gegenständen des täglichen Gebrauchs handelt.

Da die Möglichkeit des Spendenabzugs das Verhalten des Spenders erheblich beeinflussen kann, ist die fehlende Abzugsfähigkeit von Spenden an gemeinnützige Einrichtungen aus dem EU-Ausland geeignet, sich negativ auf die Spendenbereitschaft in Bezug auf diese Organisationen auszuwirken. Eine solche Regelung stellt daher eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar, die grundsätzlich verboten ist.

Ein Mitgliedstaat kann inländische und in anderen Mitgliedstaaten ansässige gemeinnützige Einrichtungen unterschiedlich behandeln, wenn letztere andere Zwecke als die national anerkannten verfolgen.

Wenn allerdings eine in einem anderen Mitgliedstaat als gemeinnützig anerkannte Einrichtung die Voraussetzungen für die Gemeinnützigkeit nach dem nationalen Recht erfüllt und ihr Ziel die Förderung identischer Interessen der Allgemeinheit ist, darf der Einrichtung das Recht auf Gleichbehandlung nicht allein aus dem Grund verwehrt werden, dass sie nicht im Inland ansässig ist.

Auch das Erfordernis der Gewährleistung einer wirksamen Steueraufsicht rechtfertigt keine Beschränkung des Spendenabzugs. Die beteiligten Steuerbehörden könnten vom Steuerpflichtigen alle Belege verlangen, die ihnen für die Beurteilung der Frage notwendig erscheinen, ob die Voraussetzungen für die Abzugsfähigkeit der Ausgaben erfüllt sind.

In der Rs. „Stauffer“ hatte der EuGH entschieden, dass ausländischen gemeinnützigen Organisationen im Inland die Steuerbefreiung nicht aufgrund ihrer beschränkten Steuerpflicht versagt werden darf.² Mit der vorliegenden Entscheidung geht das Gericht noch einen Schritt weiter, indem es eine Steuervergünstigung für im Ausland ausgeübte Tätigkeiten gewährt. Zum Spendenabzug an gemeinnützige Körperschaften aus Drittstaaten hatte sich der EuGH in dem Verfahren „Persche“ nicht zu äußern.

II. Praktische Bedeutung der Rechtsprechung für deutsche Spender

Ob die Entscheidung große praktische Bedeutung erlangt, muss sich erst erweisen.

Mit dem Jahressteuergesetz 2009 hat der Gesetzgeber die gesetzlichen Voraussetzungen für den Abzug grenzüberschreitender Spenden an EU-Einrichtungen, die in Deutschland beschränkt steuerpflichtig sind, geschaffen.³ Die Vorschriften sind nach dem vorliegenden Urteil europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch Spenden an weder unbeschränkt noch beschränkt steuerpflichtige gemeinnützige Körperschaften grundsätzlich abzugsfähig sind.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber im Jahressteuergesetz allerdings Einschränkungen in die Abgabenordnung aufgenommen, die eine hohe Schwelle für EU-ausländische gemeinnützige Körperschaften und für ihre Spender darstellen werden.

Zum einen soll die Steuervergünstigung bei einer Verwirklichung der Zwecke im Ausland voraussetzen, dass natürliche Personen, die ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben, gefördert werden oder die Tätigkeit der Körperschaft neben der Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke auch zum Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland beitragen kann (vgl. § 51 Abs. 2 AO). Die Gesetzesbegründung legt nahe, dass hiermit für inländische Körperschaften keine inhaltliche Einschränkung verbunden ist.

* RA Dr. Andreas Richter, LL.M./RAin Dr. Anna Katharina Gollan, P+P Pöllath + Partners, Berlin.

1 Vgl. EuGH, C-318/07, „Persche“, DStR 2009, 207 ff.

2 Vgl. EuGH, C-386/04, „Stauffer“, DStR 2006, 1736 ff.

3 Vgl. § 10b EStG in Verbindung mit § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG n.F.; Hüttemann, Die steuerliche Förderung gemeinnütziger Tätigkeiten im Ausland – eine Frage des „Ansehens“?, DB 2008, 1061. Ob er dies beabsichtigt hat, ist allerdings fraglich, vgl. Richter/Welling, Tagungs- und Diskussionsbericht zum 27. Berliner Steuergespräch mit dem Thema „Steuerliche Anreize für gemeinwohlorientiertes Engagement Privater“, FR 2008, 761, 762 f.

Bei ausländischen Organisationen sei eine Erfüllung des Inlandsbezugs „grundsätzlich nicht ausgeschlossen“.⁴ Aus der neuen Vorschrift ergibt sich eine faktische Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Organisationen im Hinblick auf den Inlandsbezug und dadurch eine Erschwerung des grenzüberschreitenden Spendenabzugs. Ob dies europarechtskonform ist, ist sehr fraglich.

Zum anderen hat der Gesetzgeber mit der Kodifizierung der steuerlichen Mustersatzung für gemeinnützige Körperschaften (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO) eine Hürde geschaffen, die für ausländische Organisationen schwer zu nehmen ist. Damit reagierte er auf die Urteile des Bundesfinanzhofs in der Rs. Stauffer, in denen dieser ausgeführt hatte, dass die formelle Satzungsmäßigkeit nicht die ausdrückliche Verwendung der Begriffe „ausschließlich“ und „unmittelbar“ erfordere.⁵ Nach der Rechtsprechung des EuGH darf der Steuergesetzgeber nicht nur verlangen, dass die ausländische Körperschaft identische Interessen der Allgemeinheit fördert, sondern auch, dass die nach innerstaatlichem Recht aufgestellten Voraussetzungen für die Gemeinnützigkeit vorliegen.⁶ Danach wären die Vorgaben der steuerlichen Mustersatzung einzuhalten – ob wortwörtlich, wird die Rechtsentwicklung zu § 60 Abs. 1 S. 2 AO zeigen.

Auch wenn eine EU-ausländische Körperschaft die Voraussetzungen der Abgabenordnung objektiv erfüllt, ist es am Spender, entsprechende Nachweise für die Einhal-

tung der formellen Satzungsmäßigkeit der Körperschaft, aber auch für die Übereinstimmung der tatsächlichen Geschäftsführung mit der Satzung zu erbringen. Die erhöhten Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen bei Auslandssachverhalten (vgl. § 90 Abs. 2 AO) dürften in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle zum Scheitern des Auslandsspenden-Abzugs führen.

III. Pragmatische Lösung für die Praxis

Aus Sicht der Praxis bleibt für die Mehrzahl der Fälle die Möglichkeit der Mittelbeschaffung für ausländische gemeinnützige Körperschaften nach § 58 Nr. 1 AO. Ein Spender, der eine ganz bestimmte ausländische Körperschaft fördern möchte und dieser womöglich – wie Herr Persche im Besprechungsfall – Sachspenden zukommen lassen will, wird sich allerdings auf eine ggf. langwierige Suche nach einer geeigneten deutschen Mittelbeschaffungskörperschaft einstellen müssen, wenn er den Spendenabzug beanspruchen möchte.

4 Vgl. BT-Drs. 16/11108, S. 56 f.

5 Vgl. BFH v. 20.12.2006, I R 94/02, IStR 2007, 217 ff.; BFH v. 14.7.2004, I R 94/02, DStR 2004, 1644; BT-Drs. 16/11108, S. 57.

6 Vgl. EuGH, C-318/07, „Persche“, DStR 2009, 207 ff., Rn. 49.



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

INSTITUT FÜR STIFTUNGSRECHT UND
DAS RECHT DER NON-PROFIT-ORGANISATIONEN

npoR Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen

Heft 1/2009

ISSN 1868-37762

Impressum

Herausgeber:

Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen
Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft gGmbH
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Geschäftsführer: Dr. Hariolf Wenzler
Vorsitzender des Aufsichtsrats: Dr. Markus Baumanns
Amtsgericht Hamburg, HRB 75325
Redaktionelle Gesamtverantwortung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Redaktionsleitung:

Dr. Christine Franzius und Janne Seelig
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Tel.: 040-30706-274
Fax: 040-30706-275
E-Mail: Redaktion@npoR.de

Möchten Sie uns Anregungen, Wünsche oder Kritik mitteilen? Schreiben Sie uns einfach eine E-Mail an Redaktion@npoR.de. Weitere Informationen zum Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen finden Sie unter: http://www.law-school.de/institut_stiftungsrecht.html. Falls Sie die Onlineversion der Zeitschrift in Zukunft nicht mehr beziehen wollen, genügt eine E-Mail an Redaktion@npoR.de.

Erscheinungsweise:

Die Zeitschrift für das Recht der Non-Profit-Organisationen erscheint vierteljährlich. Der Bezug der Zeitschrift als Onlineausgabe ist kostenlos.

Bezug:

Das aktuelle Heft und vorherige Hefte können kostenlos unter www.npoR.de heruntergeladen werden. Unter dieser Adresse finden Sie auch alle Ausgaben des Newsletters BLS NON PROFIT LAW NEWS (Ausgaben 0/2003 bis 4/2008).

Sie können die Zeitschrift ab dem 1. Mai 2009 auch als Druckversion kostenpflichtig beziehen. Die Herstellung erfolgt als Print-on-Demand. Der Bezug wird ausschließlich über den Buchhandel erfolgen.

Empfehlen Sie diesen Maildienst weiter! Gern können Sie auch die Weiterleitungsfunktion Ihres E-Mail-Programms nutzen, um Kolleginnen und Kollegen auf die Zeitschrift aufmerksam zu machen.

Urheber- und Verlagsrecht:

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Eine Vervielfältigung, Weiterverbreitung oder Speicherung ist gestattet, wenn dies nicht zu kommerziellen Zwecken erfolgt und das Institut für Stiftungsrecht und das Recht für Non-Profit-Organisationen als Herausgeber unter Verweis auf die Internetpräsenz www.npoR.de gut sichtbar erwähnt wird. Die Vervielfältigung, Weiterleitung oder Speicherung von Teilen der Zeitschrift ist verboten. Die Einbettung der Zeitschrift in eine Onlinepräsenz (Webseite) ist nur in der Form gestattet, dass durch einen Hyperlink auf die Originalquelle unter www.npoR.de verwiesen wird. Die Einbettung in einen Frame der verweisenden Webseite ist nicht gestattet.

Manuskripte:

Manuskripte und Zuschriften werden ausschließlich an die Redaktion erbeten. Herausgeber und Redaktion haften nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Es werden nur Originalaufsätze angenommen, die ausschließlich dem Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen zur Alleinverwertung in allen Medien (einschließlich Datenbanken) angeboten werden. Nach Ablauf eines Jahres kann durch den Autor eine Drittverwertung erfolgen. Das Institut hat dann ein einfaches Verwertungsrecht hinsichtlich aller Medien. Senden Sie Manuskripte bitte als Textdatei (RTF, DOC oder ODT) an Redaktion@npoR.de.

Gestaltung:

Susanne Laudien, grafikerin@laudien.net

Satz:

Dr. Gregor Roth

Druck:

Lightning Source, Chapter House, Pitfield, Kiln Farm, Milton Keynes MK11 3LW, <http://www.lightningsource.com>

npoR - Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
www.npoR.de

Heft 1/2009 – ISSN 1868-3762