



www.npoR.de Heft 2/2010 Seiten 33–68

npoR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

Aufsätze

- Die Überformung der Sozialsysteme und der Gemeinnützigkeit durch europäisches
Wirtschaftsrecht hat klare Grenzen (*Prof. Dr. Bernd Schlüter*) S. 33
- Voraussetzungen für die Vergütung von Organen gemeinnütziger Körperschaften
(*Dr. Robert Schütz/Nadine John von Zydowitz*) S. 37
- Die Schweiz in der internationalen Konkurrenz der Vereinsstandorte (*Prof. Dr. Thomas Koller*) S. 40

Praxisforum

- Rechtliche Grundlagen des Projekttransfers (*Dr. Anna Katharina Gollan/Julia Meuter*) S. 42

npoR-Report

- npoR-Report Stiftungsrecht, Vereinsrecht und Steuerrecht (*Esther Kindler/Kerstin Meyer/Christian Süß*) S. 46

Rechtsprechung

- BGH: Zur Haftung des Vereinsvorstands in der Insolvenz S. 48
- BGH: Zweckbetrieb und Marktverhaltensregelung S. 54
- EuGH: Vergabepflicht von Rettungsdienstleistungen (mit Anmerkung *Dr. Alexander Hübner*) S. 57

npoR
Zeitschrift für das
Recht der Non Profit
Organisationen

Heft 2/2010

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

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

Herausgeber:

Institut für Stiftungsrecht und das
Recht der Non-Profit-Organisationen,
Bucerius Law School
Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Schriftleitung:

Dr. Gregor Roth

Redaktion:

Janne Seelig (geschäftsführend)
Esther Kindler
Kerstin Meyer (LL.B.)
Christian Süß

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: Prof. Dr. Michael Göring,
Amtsgericht Hamburg, HRB 75325

Redaktionelle Gesamtverantwortung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Redaktion: Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, Bucerius Law School, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg. Telefon: (040) 30706-270. Telefax: (040) 30706-275. Email: redaktion@npor.de. npoR im Internet: www.npor.de. Schriftleitung: Dr. Gregor Roth; Redaktion: Janne Seelig (geschäftsführend), Esther Kindler, Kerstin Meyer, Christian Süß. Assistenz: Julia Theele.
Tel.: 040-30706-274
Fax: 040-30706-275
E-Mail: Redaktion@npOR.de



Liebe Leserinnen und Leser,

vom 5. bis zum 7. Mai fand in Frankfurt am Main der Deutsche Stiftungstag 2010 unter dem Motto „Stiftungen in der Stadt – Impulsgeber für das Gemeinwesen vor Ort“ statt. Rund 1.600 Teilnehmer diskutierten über die Aufgaben der Stiftungen im städtischen Raum. Aufrüttelnd war der Appell, den Professor Christian Pfeiffer, Kriminologe und Strafrechtler aus Hannover sowie Gründer der Bürgerstiftung Hannover, an die vereinten Kräfte von Staat und Stiftungen richtete, flächendeckend und nachhaltig gegen die Ursachen der sich immer mehr verschlimmernden Jugendgewalt vorzugehen.

Stiftungen benötigen aber auch einen verlässlichen rechtlichen Rahmen für ihre Tätigkeit, eine solide finanzielle Basis und eine gut strukturierte Foundation Governance für ihre eigene Organisation. Auch auf diesen Gebieten gibt es noch viel zu tun. So zeigten Professor Manfred Orth und Ministerialdirigent Werner Widmann die aktuellen Fallstricke im Gemeinnützigkeitsrecht sowie auf dem Gebiet des in der Praxis häufig unterschätzten Umsatzsteuerrechts auf. So kann eine Umsatzsteuerprüfung der vergangenen Jahre schnell eine erhebliche Nachforderung mit sich bringen, die allein aus der Anwendung des regulären statt des ermäßigten Umsatzsteuersatzes, etwa bei der Verfehlung eines Zweckbetriebs, resultiert. Hierfür haftet der Vorstand unter Umständen persönlich. Es kommt immer wieder vor, dass gerade bei kleineren ehrenamtlich geführten Stiftungen und Vereinen das notwendige Basiswissen im Zivil- und Steuerrecht fehlt. Noch stärker als bisher sollte das hierfür notwendige Grundwissen in Stiftungszentren, durch Bürgerstiftungen oder Ehrenamtlichkeitsagenturen im Rahmen einer Hilfe zum „Anstiften“ kostengünstig angeboten werden.

Auch die genauen Anforderungen an die nachhaltige Anlage des Stiftungsvermögens und deren Dokumentation durch die Rechnungslegung sind nicht ausreichend bekannt. Die Vielzahl von Veranstaltungsangeboten in Frankfurt rund um dieses Thema zeigte einmal mehr, dass die Fragen des Umgangs mit Vermögensverlusten, das Risikomanagement, die Formulierung von Anlagegrundsätzen, die Einbeziehung von sozialen und ökologischen Investments sowie von Mikrofinanzprodukten in den Zeiten zwischen Finanzkrise und Krise der Staatsfinanzen weiterhin im Mittelpunkt stehen. Tenor dieser ebenso wie der durch das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen am 22. April 2010 gemeinsam mit der Deutschen Bank durchgeführten Veranstaltung „Chancen und Risiken für Stiftungen“ (Veranstaltungsbericht S. VIII) war, dass sich die Vermögensanlagepolitik in einem raschen Wandel befindet und die Berücksichtigung nachhaltiger ethischer und sozialer Kriterien bei der Vermögensanlage nach den bisherigen Erfahrungen durchweg positiv ausfällt.

Kritik wird nicht nur aktuell an der mangelnden Transparenz der Stiftungen und Spenden sammelnden Organisationen geübt. So kommt die auf dem Stiftertag vorgestellte gemeinsame Studie der KPMG und des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen über „Führung, Steuerung und Kontrolle der Stiftungspraxis“ zu dem Ergebnis, dass nur neun Prozent der untersuchten Stiftungen einen gedruckten Jahresbericht veröffentlichen und nur sechs Prozent die kostengünstigere Alternative der Veröffentlichung im Internet nutzen. Noch weitgehendere Forderungen stellt die Initiative Transparency International, die, unterstützt durch führende Verbände des Dritten Sektors, einen konkreten Katalog von Regeln zu größerer Transparenz der Non-Profit-Organisationen in Deutschland fordert. Diesen auch von Seiten der Wissenschaft seit langem erhobenen Forderungen sollten sich die deutschen Stiftungen und Vereine nicht verschließen. Schließlich können sie doch stolz darauf sein, was sie in finanzieller und immaterieller Hinsicht Jahr für Jahr Gutes bewirken, meint

Ihre

Birgit Weitzel

Aufsätze

- Prof. Dr. Bernd Schlüter*
Die Überformung der Sozialsysteme und der Gemeinnützigkeit durch
europäisches Wirtschaftsrecht hat klare Grenzen S. 33
- Dr. Robert Schütz/Nadine John von Zydowitz*
Voraussetzungen für die Vergütung von Organen gemeinnütziger
Körperschaften S. 37
- Prof. Dr. Thomas Koller*
Die Schweiz in der internationalen Konkurrenz der Vereinsstandorte S. 40

Praxisforum

- Dr. Anna Katharina Gollan/Julia Meuter*
Rechtliche Grundlagen des Projekttransfers S. 42
- Prof. Dr. Thomas Koller*
Aus dem schweizerischen Steuerrecht S. 45

npoR-Report

- Esther Kindler/Kerstin Meyer, LL.B./Christian Süß, LL.B.*
npoR-Report Stiftungsrecht, Vereinsrecht, Steuerrecht S. 46

Rechtsprechung

Vereinsrecht

- Haftung des Vereinsvorstandes nach Eintritt der Insolvenzreife
(BGH, Beschl. v. 8.2.2010 – II ZR 54/09) S. 48
- Zuwendungswiderruf gemeinnütziger Verein
(OVG Sachsen, Ur. v. 20.1.2010 – 1 A 215/08) S. 49

Stiftungsrecht

- Beurteilung einer Stiftung als Familienstiftung
(BFH, Ur. v. 18.11.2009 – II R 46/07) S. 52

Steuerrecht

- Zweckbetrieb und Marktverhaltensregelung
(BGH, Ur. v. 2.12.2009 – I ZR 152/07) S. 54

Andere Rechtsgebiete

- Vergabepflicht von Rettungsdienstleistungen
mit Anmerkung Dr. Alexander Hübner, Stuttgart
(EuGH, Ur. v. 29.4.2010 – C-160/08) S. 57

Verwaltungsanweisungen

- Steuerbegünstigte Zwecke (§ 10b EStG); Anwendung des Urteils des Euro-
päischen Gerichtshofs vom 27. Januar 2009 in der Rechtssache C-318/07
„Persche“
(BMF, Schreiben v. 6.4.2010 – IV C 4 – S 2223/07/0005) S. 64
- Umsatzsteuerliche Behandlung der entgeltlichen Verpflegung von Lehrern
und Schülern durch Schulfördervereine; Auswirkungen des BFH-Urteils
vom 12.2.2009, V R 47/07
(BMF, Schreiben v. 28.12.2009 – IV C 4 – S 2121/07/001) S. 65
- Besteuerung von Zahlungen und Aufwandsentschädigungen
an Schiedsrichter und Schiedsrichter-Assistenten für die Leitung von
Fußballspielen
(Bayerisches Landesamt für Steuern, Verfügung v. 15.1.2010 –
S 2257.2.1-5/3 St 32) S. 67

Rezensionen

- Dr. Nils Krause, LL.M.*
Handbuch Vereins- und Verbandsrecht von Bernhard Reichert S. 68

Rubriken

- npoR-Aktuell** S. III
- Von den Finanzmärkten**
- Frank Kamp*
Sind Staatsanleihen noch immer eine risikoarme Anlageform? S. V
- Veranstaltungshinweise** S. VI
- Veranstaltungsberichte**
11. Gesprächskreis Stiftungsprivatrecht S. VI
1. Zürcher Stiftungsrechtstag S. VII
- Workshop mit der Deutschen Bank S. VIII

npoR-Dokumentation

S. X

Fachliteratur

S. XII

npoR-Aktuell

Gesetzgebung

Jahressteuergesetz 2010: Spielerleihe im Sportverein Wie im Nichtanwendungserlass des BMF vom 7.1.2010, Az. IV C 3 – S 2411/07/10013, npoR 2010, S. 28 angekündigt, soll im [Referentenentwurf zum Jahressteuergesetz 2010](#) die Steuerbarkeit der Transferentschädigungen bei Spielerleihe im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht klarstellend geregelt werden. In § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. g EStG sollen die entsprechenden Einkünfte als beschränkt steuerpflichtige Einkünfte aufgenommen werden, erhoben werden soll die Steuer im Rahmen des Steuerabzugs (s. die vorgesehene Änderung des § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG auf S. 13 des Entwurfs).

Gesetz zur Umsetzung steuerrechtlicher EU-Vorgaben sowie weiterer steuerrechtlicher Regelungen Das Gesetz zur Umsetzung steuerrechtlicher EU-Vorgaben sowie weiterer steuerrechtlicher Regelungen vom 8.4.2010 ist am 14.4.2010 im [Bundesgesetzblatt](#) veröffentlicht worden (BGBl. I 2010, 386).

Nationales Stipendienprogramm Das Bundeskabinett hat am 21.4.2010 das neue [nationale Stipendienprogramm](#) beschlossen. Der [Entwurf](#) sieht vor, dass die öffentliche Hand 50% der Kosten des Stipendienprogramms trägt. 50% sollen private Geldgeber beisteuern. Dazu zählen neben Einzelpersonen, Vereinen und sonstigen Organisationen vor allem Stiftungen. In einer [Stellungnahme](#) für das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat der Bundesverband Deutscher Stiftungen den Referentenentwurf kritisiert. Zwar sei ein Stipendienprogramm sinnvoll, der vorgeschlagene Weg jedoch ungeeignet.

Konstituierung des Unterausschusses „Bürgerschaftliches Engagement“ Der [Unterausschuss „Bürgerschaftliches Engagement“](#) hat sich am 4.3.2010 konstituiert. Den Vorsitz übernimmt *Markus Grübel* von der CDU, stellvertretende Vorsitzende ist *Ute Kumpf* von der SPD. Die Mitglieder des Unterausschusses befassen sich mit laufenden Gesetzesvorhaben und -initiativen, die bürgerschaftliches Engagement betreffen, und arbeiten an der weiteren Umsetzung der Handlungsempfehlungen der Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“. Auf der Sitzung am 24.3.2010 stellte Bundesfamilienministerin *Schröder* die engagementpolitische Agenda ihres Hauses für die laufende Legislaturperiode vor.

Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis90/Die Grünen zu Spendengeldern In einer [Kleinen Anfrage](#) hat die Fraktion Bündnis90/Die Grünen am 28.4.2010 16 Fragen an die Bundesregierung gerichtet mit dem Ziel herauszufinden, ob und wie besser für eine zweckentsprechende Verwendung von Spendengeldern gesorgt werden sollte.

Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis90/Die Grünen zum Umsatzsteuerrecht Auf die [Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis90/Die Grünen vom 5.3.2010](#) hat die [Bundesregierung](#) am 26.3.2010 geantwortet.

Neues Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen Der nordrhein-westfälische Landtag hat am 9.2.2010 das [Gesetz zur Änderung des Stiftungsgesetzes](#) beschlossen.

Rechtsprechung

Umfang der Umsatzsteuerbefreiung für selbstständige Lehrer

Richtlinie 77/388/EWG Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. j; UStG 1999 § 4 Nr. 21, 22 Buchst. a; UStG 2005 § 4 Nr. 21, 22 Buchst. a

1. Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. j der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG ist dahin auszulegen, dass Lehrleistungen, die ein Diplomingenieur an einem als privatrechtlicher Verein verfassten Bildungsinstitut für die Teilnehmer von Fortbildungslehrgängen erbringt, die bereits mindestens einen Universitäts- oder Fachhochschulabschluss als Architekt bzw. Ingenieur oder eine gleichwertige Bildung besitzen, wobei die Kurse mit einer Prüfung abgeschlossen werden, Unterrichtseinheiten, die sich auf Schul- und Hochschulunterricht beziehen, im Sinne dieser Bestimmung sein können. Auch andere Tätigkeiten als die Lehrtätigkeit im eigentlichen Sinne können solche Unterrichtseinheiten sein, sofern diese Tätigkeiten im Wesentlichen im Rahmen der sich auf den Schul- und Hochschulunterricht beziehenden Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten durch den Unterrichtenden an Schüler oder Studierende ausgeübt werden. Soweit erforderlich, hat das vorliegende Gericht zu prüfen, ob alle im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Tätigkeiten Unterrichtseinheiten sind, die sich auf den Schul- und Hochschulunterricht im Sinne dieser Bestimmung beziehen.

2. Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. j dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass eine Person wie Herr *Eulitz*, der Gesellschafter der Klägerin des Ausgangsverfahrens ist und der als Lehrkraft im Rahmen der von einer dritten Einrichtung angebotenen Lehrveranstaltungen Leistungen erbringt, unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren gegebenen nicht als Privatlehrer im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden kann.

EuGH, Urt. v. 28.1.2010 – C-473/08

Verminderte Freibeträge für Schenkungen zwischen Gebietsfremden unionsrechtswidrig

EG, Art. 56, Art. 58; ErbStG 1997 § 2 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 3 S. 1, 16 Abs. 2

Art. 56 EG in Verbindung mit Art. 58 EG ist dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die hinsichtlich der Berechnung der Schenkungsteuer vorsieht, dass der Freibetrag auf die Steuerbemessungsgrundlage im Fall der Schenkung eines im Inland belegenen Grundstücks dann, wenn Schenker und Schenkungsempfänger zur Zeit der Ausführung der Schenkung ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hatten, niedriger ist als der Freibetrag, der zur Anwendung gekommen wäre, wenn zumindest einer von ihnen zu diesem Zeitpunkt seinen Wohnsitz im erstgenannten Mitgliedstaat gehabt hätte.

EuGH, Urt. v. 22.4.2010 – C-510/08

Arbeitsteiliges Zusammenwirken mehrerer steuerbefreiter Körperschaften

AO § 14, 52 AO, 53 S. 1 Nr. 1, 55 Abs. 1 Nr. 1, 58 Nr. 3

Eine steuerbefreite Körperschaft, die eine andere steuerbefreite Körperschaft bei der Verwirklichung satzungsmäßiger Zwecke gegen Entgelt selbständig und eigenverantwortlich unterstützt, kann einen Zweckbetrieb unterhalten, wenn sie hierdurch zugleich eigene satzungsmäßige Ziele verfolgt.

BFH, Urt. v. 17.2.2010 - I R 2/08

Finanzverwaltung

Zuständigkeit für Entscheidungen i.S.d. § 52

Abs. 2 S. 2 AO Die OFD Koblenz hat in einer Verfügung vom 11.1.2010 (Az. S 0171 A – St 33 1) das Finanzministerium Rheinland-Pfalz als für Entscheidungen nach § 52 Abs. 2 S. 2 AO bestimmt und darauf hingewiesen, dass die Anerkennung eines „neuen“ gemeinnützigen Zwecks nach § 52 Abs. 2 S. 2 AO nur unter der einschränkenden Bedingung sich ändernder gesellschaftlicher Verhältnisse möglich ist. Dies ergebe sich aus der Gesetzesbegründung. Nach einer entsprechenden Vereinbarung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder wird über eine solche Anerkennung bundesweit einvernehmlich entschieden.

Steuererlass im Zusammenhang mit inländischen Spielen der europäischen Vereinswettbewerbe von Mannschaftssportarten; Negativliste Bezug nehmend auf das BMF-Schreiben vom 20.3.2008 hat das BMF mit Schreiben vom 21.1.2010, eine Liste derjenigen Länder veröffentlicht, die den Abschluss von Gegenseitigkeitsvereinbarungen im Jahr 2009 abgelehnt haben. Ein Steuererlass findet auf Einkünfte von beschränkt steuerpflichtigen Sportlern, die in diesen Staaten ansässig sind, nach dem Ende des Kalenderjahres 2009 keine Anwendung mehr.

Bundesfinanzministerium zur umsatzsteuerlichen Behandlung von Schulkantinen Unter www.bundesfinanzministerium.de hat das Bundesfinanzministerium am 15.3.2010 die aktuellen Regelungen zur Besteuerung von Schulkantinen zusammengefasst.

Verfügung betreffend Ersatzerbschaftsteuer In einer Verfügung vom 18.2.2010 hat die OFD Frankfurt (Az. S 3715 A – 18 – St 131) ausgeführt, dass der BFH in seinem Urteil vom 18.11.2009, Az. II R 46/07 zu Recht von einer Familienstiftung ausgegangen war, obwohl im Streitfall keine Bezugsberechtigung von Familienmitgliedern im Dreißigjahreszeitraum eingetreten war.

Mitteilungen

Aktueller Tipp zum Ehrenamtsfreibetrag Mit einem [aktuellen Tipp](#) stellt das Finanzministerium Baden-Württemberg die aktuelle Rechtslage zum Ehrenamtsfreibetrag dar und gibt Hilfestellung zu unter Umständen erforderlichen Satzungsanpassungen.

Faktenblatt zum Ehrenamtsfreibetrag Mitglieder des Bundesverbands Deutscher Stiftungen können sich in einem [Faktenblatt](#) einen Überblick über die aktuelle Rechtslage

zum Ehrenamtsfreibetrag verschaffen und ihre Satzung mit konkreten Formulierungshilfen anpassen.

Ehrenamtsnachweis in Bayern In Bayern können gemeinnützige Organisationen ihren freiwillig engagierten Mitarbeitern einen staatlich anerkannten Nachweis aushändigen. Dieser [Ehrenamtsnachweis](#) dokumentiert das Engagement und die dafür eingebrachten Kompetenzen.

Empfehlungspapier zu Unternehmensstiftungen Mit einem [Empfehlungspapier](#) richten sich die im Bundesverband Deutscher Stiftungen organisierten Unternehmensstiftungen an Unternehmen, die selbst eine gemeinnützige Stiftung gegründet haben oder dies planen.

Stärkung von Bildungsbündnissen an Grundschulen In einer am 16.3.2010 gehaltenen [Rede](#) hat Bildungsministerin *Schavan* angekündigt, in der aktuellen Legislaturperiode insgesamt 1 Mrd. EUR einzusetzen, um Bildungsbündnisse (zum Beispiel Schulfördervereine) zu stärken, die sich an Grundschulen um benachteiligte Kinder kümmern.

Studie zur Freiwilligentätigkeit Aus einer neuen [EU Studie zur Freiwilligentätigkeit](#) geht hervor, dass sich ca. 94 Mio. Erwachsene in der EU freiwillig engagieren. Führend mit einer Engagementquote von mehr als 40% sind die Niederlande, Österreich, Schweden und Großbritannien. Deutschland belegt einen oberen Mittelfeldplatz.

Erste Ergebnisse zum 3. Freiwilligensurvey Nach ersten [Ergebnissen des 3. Freiwilligensurvey](#) ist das freiwillige Engagement in Deutschland seit 10 Jahren stabil. 36% der Bevölkerung ab 14 Jahren sind freiwillig engagiert, das Engagement findet vor allem in Vereinen und Verbänden, in öffentlichen Einrichtungen und den Kirchen statt.

Nationales Forum für Engagement und Partizipation Am 25.3.2010 haben *Dieter Hackler*, Abteilungsleiter im Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend sowie der Vorsitzende des BBE-Sprecherrats, Prof. Dr. *Thomas Olk*, die Auftaktveranstaltung des Nationalen Forums für Engagement und Partizipation für die 17. Wahlperiode eröffnet.

Auswirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise auf deutsche Stiftungen Das Ergebnis einer Befragung von Entscheidern in 110 deutschen Stiftungen kann in einer Studie der PricewaterhouseCoopers AG nachgelesen werden, die kostenlos unter www.pwc.de bestellt werden kann.

Monetarisierung von Ehrenamt und bürgerschaftlichem Engagement Die im Auftrag des Ministeriums für Arbeit und Soziales Baden-Württemberg erstellte Studie des Zentrums für zivilgesellschaftliche Entwicklung, Freiburg, ist unter www.sozialministerium.de abrufbar.

Neue Grundsätze des Deutschen Spendenrates Der [Deutsche Spendenrat e.V.](#) hat am 5.5.2010 seine [Neuen Grundsätze](#) veröffentlicht. Gemäß der Satzungsvorgabe des Spendenrates ist den gemeinnützigen Mitgliedern gemein, dass sie über die entsprechende Freistellung der Finanzbehörden verfügen, Spenden sammeln und verwenden und dem Gemeinwohl verpflichtet sind. Die Grundsätze beschreiben die grundlegenden Werte, Handlungsleitlinien, Kontroll- und Publikationspflichten, denen die Mitglieder sich freiwillig unterwerfen.

DZI Spendensiegel – 2. Entwurf der neuen Leitlinien Der 2. Entwurf (April 2010) neuer Leitlinien für die Vergabe des DZI Spenden-Siegels liegt vor und ist unter www.dzi.de abrufbar.

Initiative Transparente Zivilgesellschaft Zur Wahrung und Stärkung des Vertrauens in den Dritten Sektor hat sich ein breites [Bündnis zivilgesellschaftlicher Organisationen](#) formiert, welches einen Mindest-Transparenzstandard für den eigenen Sektor festlegen und verbreiten möchte.

Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis Die Ergebnisse einer repräsentativen Befragung vom Frühjahr 2010, in der die Struktur, die Arbeitsweise und Organisation von Stiftungen untersucht wurde, um ihre Führungsinstrumente, ihre Handlungspraxis sowie die Einhaltung von Transparenzstandards zu analysieren, können unter www.stiftungen.org eingesehen werden.

Von den Finanzmärkten

Sind Staatsanleihen noch immer eine risikoarme Anlageform?

Strategische Einschätzung

Seit fast einem Jahr empfehlen wir Stiftungen, die Gewichtung von Staatsanleihen im Rahmen ihrer Anlagestrategie zu reduzieren. Die Begründung dafür liegt in den erwarteten Folgen des globalen Anstiegs der Staatsverschuldung, der in einem einmaligen Ausmaß und in einmaliger Gleichzeitigkeit in fast allen Industrieländern stattfindet.

Auch wenn die wegen der Weltwirtschaftskrise noch immer schwache Inlandsnachfrage wenig Inflationsdruck erzeugt, ist es fraglich, ob Investments in diese Anlageklasse angesichts explodierender Emissionsvolumina in den nächsten Jahren und wegen der diskutierten längerfristigen Inflationsgefahren wirklich auf Dauer als risikoarm zu bezeichnen sind. Der sehr hohe und drastisch weiter steigende staatliche Kapitalbedarf dürfte spätestens auf mittlere Sicht zu einem deutlichen Zinsanstieg – und damit zu Kursverlusten – führen.

Das Risiko von Kursverlusten ist in dem historisch extrem niedrigen Zinsumfeld besonders ausgeprägt, selbst moderate Zinserhöhungen führen damit schon zu Kursverlusten, die den gegenwärtigen Kupon mehr als aufzehren.

Taktische Empfehlung mit Bezug auf die Krise der Peripherie-Staaten im Euroraum

Die seit einigen Wochen eskalierende Schuldenkrise im Euroraum hat die Rentenmarkt-Anlageentscheidung noch schwieriger gemacht. Zum einen profitieren Bundesanleihen von der Flucht in sichere Häfen und dem Vertrauensverlust in die Schuldnerqualitäten einiger Euro-Mitglieder.

Zum anderen stiegen die Risikoprämien Griechenlands, Portugals und auch Spaniens in den vergangenen Wochen stark an. Am 9.5.2010 wurde ein überraschend umfangreiches Rettungsprogramm der EU und EZB bekannt gegeben, das die Vorhersage der weiteren Entwicklung noch schwieriger macht. Das Paket umfasst insgesamt 750 Mrd. EUR, davon 250 Mrd. vom IWF. Zusätzlich hat die EZB zahlreiche Stützungsmaßnahmen beschlossen, so z.B. auch den vorher umstrittenen Kauf von Staatspapieren. Nach Bekanntgabe dieses Rettungsschirms kam es zu einer starken Einengung der Risikoaufschläge über alle Laufzeiten. Während dies für die kurzfristigen Laufzeiten nachvollziehbar ist – schließlich dürfte der kurzfristige Finanzierungsbedarf durch den neuen Rettungsschirm abgesichert sein – ergeben sich für mittlere und längere Laufzeiten jedoch erhebliche Risiken.

So lassen die Überschuldung und die Wachstumsschwäche Griechenland mittelfristig kaum eine Chance, ohne Kapitalschnitt davon zu kommen. Das IWF/EU-Hilfsprogramm verzögert dies, kann aber wahrscheinlich eine Umschuldung nicht verhindern, da die Griechenland zugesagten Beträge voraussichtlich nicht ausreichen werden. Selbst bei Erfüllung des Planes würde die Schuldenquote in 3 Jahren bei nicht haltbaren 145% des BIP liegen. Außerdem besteht ein Implementierungsrisiko, falls die IWF-Vorgaben nicht erfüllt werden. Eine verzögerte Auszahlung der Kredittranchen bzw. deren gänzlicher Ausfall hätte Zahlungsprobleme zur Folge und die Aussicht auf eine mittelfristige Rückkehr des Marktvertrauens wäre damit gering.

In Portugal besteht bisher lediglich ein Liquiditätsrisiko. Die Überschuldung ist nicht so gravierend wie in Griechenland und das Solvenzrisiko damit noch moderat. Portugal bleibt aber anfällig aufgrund des hohen Refinanzierungsbedarfs bei strukturell schwachem Wachstum. Bei anhaltend schwierigen Marktbedingungen kann es aber doch zu einem Solvenzproblem kommen. Allerdings ist davon auszugehen, dass in diesem Fall die EU nach den jüngsten Beschlüssen einspringen wird.

Die Situation in Spanien ist ähnlich wie die Portugals. Es besteht hoher Refinanzierungsbedarf (u.a. wegen Folgen der Immobilienkrise) und dieser macht das Land anfällig für volatile Finanzierungsbedingungen. Allerdings besteht eine etwas bessere Wachstums- und Wettbewerbsposition und es wurden auch bereits weitreichende Reformen begonnen.

Italien befindet sich in einer deutlich solideren Position. Der Schuldenstand ist zwar hoch, aber der aktuelle Finanzierungsbedarf deutlich niedriger und vor allem in Relation zum Wirtschaftswachstum wenig problematisch.

Fazit

In den Peripherie-Staaten Griechenland, Portugal und Spanien empfehlen wir nach der jüngsten Einengung der Zinsdifferenzen – wenn überhaupt – nur kurze Laufzeiten. Mittel- und langfristige Laufzeiten haben Rückschlagspotenzial.

Bundesanleihen sehen wir derzeit neutral. Sie eignen sich kurzfristig als Risiko-Hedge, aber mittelfristig bestehen Kursrisiken aufgrund des aktuell extrem niedrigen Zinsniveaus. Sie sollten daher nicht zu stark gewichtet und – wegen des erwarteten Zinsanstiegs – es sollten tendenziell kürzere Laufzeiten bevorzugt werden. Der neue Rettungsschirm der EU-Staaten birgt das Risiko, dass das Glaubwürdigkeitsproblem von den Peripherie-Staaten zu den Kernländern übergreift, falls nicht

bald überzeugende Informationen über Anreize zu einer strikten Sparpolitik bzw. über die Konditionen der Hilfe und andere Details folgen.

Beim Euro haben sich die Unsicherheiten kurzfristig reduziert, aber mittel- bis langfristig bestehen weitere Abwärtsrisiken, da das Vertrauen in die Zukunft der Eurozone sichtlich angeschlagen ist.

Welche Implikationen ergeben sich daraus für diversifizierte Stiftungsportfolios, in denen europäische (deutsche) Staatsanleihen traditionell hoch gewichtet sind? Neben möglichen Bonitätsrisiken bestehen bei längeren Laufzeiten erhebliche Zinsänderungsrisiken bei der Erwartung steigender Zinsen. Daher sollten Stiftungen die Restlaufzeiten ihrer Anleiheportfolios überprüfen und gegebenenfalls reduzieren. Darüber hin-

aus erscheint die Beimischung anderer Rentenmarktsegmente interessant. Staatsanleihen aus den so genannten Emerging Markets in lokalen Währungen sollten aufgrund der exzellenten Fundamentaldaten aus vielen dieser Länder (hohes Wachstum, überschaubare Inflation, geringe Staatsverschuldung, stabile Banken) tendenziell outperformen. Der Markt für inflationsindexierte Anleihen könnte bei einer sich verbessernden Breite und Liquidität eine interessante Diversifikationsmöglichkeit werden. Auch Unternehmensanleihen solider Emittenten haben auf Dauer eine Chance, zur in gewissem Sinne risikoärmeren Alternative zu Staatsanleihen zu werden.

Frank Kamp, Deutsche Bank AG, Philanthropical Wealth

Veranstungshinweise

Aktionstag Bürgerstiftungen

Thema: Vor Ort aktiv, deutschlandweit
Termin: 17.6.2010
Kontakt: Gabriele.Fleischer@stiftungen.org

8. Nationales und Internationales Doktoranden-seminar zum Non-Profit-Recht an der Bucerius Law School

Referenten: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer, Herr Rolf Hunck, Prof. Dr. Peter Rawert, Prof. Dr. Dieter Reuter
Termin: 18.-19.6.2010
Ort: Bucerius Law School, Hamburg
Kontakt: Esther.Kindler@law-school.de

CEPS Weiterbildung: „Zertifikatslehrgang Performance & Kommunikation in NPO (CAS)“

Thema: Grundzüge von Kommunikation, Monitoring und Wirkungsmessung in NPO
Termin: Modul 1: 6.-9.9.2010
 Modul 2: 6.-8.10.2010
 Modul 3: 1.-4.11.2010
Ort: Basel
Kontakt: ceps@unibas.ch

Jubiläumsveranstaltung 10 Jahre Bucerius Law School, 10 Jahre Hamburger Tage des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts

Thema: Bilanz und Ausblick – Wo steht die Bürgergesellschaft heute?
Termin: 5.-6.11.2010
Ort: Bucerius Law School, Hamburg
Kontakt: www.hamburger-tage.org

Veranstungsberichte

11. Gesprächskreis Stiftungsprivatrecht

Treuhandstiftung, Zustiftung, Haftung des Vorstands und Rechnungslegung

Am 4. und 5. März 2010 lud der Bundesverband Deutscher Stiftungen gemeinsam mit dem Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen zu dem 11. Gesprächskreis Stiftungsprivatrecht an die Bucerius Law School nach Hamburg ein. Nach zehn Jahren erfolgreicher Leitung des Gesprächskreises durch Prof. Dr. *Olaf Werner* hat Prof. Dr. *Birgit Weitemeyer* in diesem Jahr nach Hamburg eingeladen. Intensiv und fachkundig wurde unter den ca. 60 Teilnehmern über neue Entwicklungen im Stiftungsrecht diskutiert.

I. Treuhandstiftung

Prof. Dr. *Stefan Geibel*, CSI Heidelberg, kommentierte die Entscheidung des BGH vom 12.3.2009 – Az. III ZR 142/08 über eine Vereinbarung über die Zweckwidmung eines Vermögens für eine Dauergrabpflege als Treuhandstiftung. Sprengstoff für Treuhandstiftungen birgt das Urteil deshalb, weil die unkündbare Treuhandvereinbarung als dienstvertraglicher Geschäftsbesorgungsvertrag eingeordnet wurde, der deswegen nach AGB-Recht unwirksam sei, § 309 Nr. 9a BGB. Falls die dauerhafte Zweckverfolgung damit nicht mehr bindend vereinbart werden kann, ist die zivilrechtliche wie auch die steuerliche Eignung einer Treuhandstiftung als mögliche Ausformung einer unselbständigen Stiftung in Frage gestellt. Geibel qualifizierte den Treuhandvertrag hingegen als atypischen Gesellschaftsvertrag, der nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht der ABG-Inhaltskontrolle unterworfen sei. In der Diskussion äußerten insbesondere Prof. Dr. Dres. h.c. *Karsten Schmidt* und Prof. Dr. *Peter Rawert* Bedenken. Als Innengesellschaft sei die BGB-Gesellschaft nicht rechtsfähig. Spreche man ihr hingegen Rechtsfähigkeit zu, begründete dies die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter für im Namen der Treuhandstiftung eingegangene Verpflichtungen. Es bestehe allerdings die nur vage Hoffnung, dass das strenge AGB-Verdikt des BGH über die privatnützige Treuhand mit dem Zweck der Grabpflege bei einer gemeinnützigen Treuhandstiftung anders ausfallen würde.

II. Zustiftung

Thomas Flues, Doktorand am Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, berichtete über die Zustiftung. Nicht zuletzt das Urteil des BGH zur AGB-Kontrolle unselbständiger Stiftungen erfordere die Abgrenzung der Zustiftung von der Annahme einer unselbständigen Stiftung durch eine bestehende Stiftung. Als hierfür maßgebliches Kriterium stellte Flues die Übereinstimmung der Zwecke des zugewendeten Vermögens und der Trägerstiftung heraus. Seien diese Zwecke in vollem Umfang identisch, könne von einer Zustiftung gesprochen werden, deren Zweck in dem der Stiftung aufgehe. Soll das zugewandte Vermögen nur für Teilzwecke der Stiftung gewidmet sein, sei eine Zustiftung nur anzunehmen, wenn dies in der Stiftungssatzung zugelassen oder wenigstens dort angelegt sei. In allen anderen Fällen könne eine gedachte Zustiftung nur als unselbständige Stiftung angenommen werden. Weitere Indizien für die Einordnung als unselbständige Stiftung seien eigenständige Organe, ein eigener Name des Teilvermögens oder die Vereinbarung eines Verwaltungsentgelts.

(Fortsetzung auf Seite VII)

Herausgeber: Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, Bucerius Law School

Aufsätze

*Prof. Dr. Bernd Schlüter**

Die Überformung der Sozialsysteme und der Gemeinnützigkeit durch europäisches Wirtschaftsrecht hat klare Grenzen – Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon-Urteil) – Teil 1

Teil I

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verantwortung des deutschen Gesetzgebers für die Sozialsysteme und die Gemeinnützigkeitsregeln unterstrichen. Es hält den Kern sozialstaatlicher Gestaltung für nicht übertragbar. Der EU können nur darüberhinausgehende Regelungsbefugnisse übertragen werden, wenn sie strengen Bestimmtheitskriterien folgen. Diesen Kriterien dürfte die Anwendung europäischen Binnenmarktrechts auf die vielfältigen sozialstaatlichen Leistungssysteme und sozialrechtlich gebundenen Leistungserbringer nicht genügen. Die Gestaltung des Sozialrechts hat auch bei Wettbewerbsfragen durch den deutschen Gesetzgeber zu erfolgen. Allein die Diskriminierung ausländischer Leistungsanbieter ist europarechtsrelevant, aber nicht im Wege der Anwendung des Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts.

I. Überformung des Sozialrechts durch Wirtschaftsrecht

Die Europäischen Gemeinschaften sind nach dem Zweiten Weltkrieg zur Stärkung des Friedens und zur Erhöhung der Verteidigungsfähigkeit gegründet worden. Daher standen zunächst Kohle und Stahl im Vordergrund. Als eine engere Verteidigungsgemeinschaft und die Vereinigten Staaten von Europa zunächst nicht erreichbar schienen, hoffte man über eine starke wirtschaftliche Integration und Vernetzung und durch die Verflechtung der Industrie den Weg für eine unumkehrbare Friedensordnung und spätere weitere Integrationsschritte zu ebnen. Die allgemeine Wirtschaft sollte durch Marktfreiheiten, Abbau von Zöllen und Subventionen in einen freien, grenzüberschreitenden, „unverfälschten“ Wettbewerb kommen. Diese sogenannte „negative Integration“ und die damit bezweckte „Deregulierung“ schreitet voran und modifiziert auch das Sozialwesen, aber supranationale Nachfolgeregeln sind vielfach nicht in Sicht oder auch gar nicht erstrebenswert. Es ist ein Hauptmerkmal von Sozialpolitik, dass sie durch Regulationen Rechtsansprüche und Qualitätsstandards und Schutzräume für hilfebedürftige Bürger absichert. Wenn nationale Regulierungen

durch EU-Wirtschaftsrecht abgebaut werden, bleibt die Frage nach ausgleichenden sozialen Regulierungen auf EU-Ebene. Es gibt zwar eine europäische Sozialpolitik und auch punktuelle Regelungskompetenzen im Sozial- und Gesundheitswesen,¹ aber die Dominanz der Wirtschaftspolitik und des Wirtschaftsrechts ist gleichwohl unbestreitbar, eine Gleichrangigkeit mit Sozialpolitik hat es nie gegeben.² Die Sozialvorschriften der Verträge haben meist ergänzenden Charakter und verlangen auch keine Harmonisierung des Sozialrechts, sondern bestätigen die Vielfalt der Sozialsysteme,³ auch wenn diese auf einer gemeinsamen Wertebasis und in ähnlichen historischen Entwicklungen entstanden sind.⁴

Von einer Vereinigung und Vereinheitlichung der Sozialsysteme und einer Abschaffung des „Dritten Sektors“ war bei der Schaffung der Marktfreiheiten auch nicht die Rede. Erst die unklare Erwähnung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den Verträgen und die Definition sozialstaatlich verpflichteter Leistungserbringer als „Unternehmen“ durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH)⁵ erweiterte

* Der Autor ist Professor an der Katholischen Hochschule für Sozialwesen und Partner in der Anwaltssozietät BERNZEN SONNTAG, Berlin.

- 1 Art. 136 ff. EGV; vgl. auch *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 1086 ff.; *Schlüter*, *Diaconiae Europae*, Europapolitische Bindungen kirchlich-diakonischer Dienste und die Interessenvertretung der Diakonie bei der europäischen Union, in: *Zeitschrift für Ev. Kirchenrecht*, 52. Band, 3. Heft, September 2007, S. 332 ff.
- 2 *Boeckh/Huster/Benz*, Sozialpolitik in Deutschland, 2004, S. 357.
- 3 §§ 136, 137 EGV. Vgl. auch *Becker*, Schutz oder Motor – Das europäische Mehrebenensystem im Prozess der ökonomischen Globalisierung, in: *Schulte* (Hrsg.), *Globalisierung und Europäisches Sozialmodell*, 2007, S. 138 ff.
- 4 Vgl. *Schlüter/Scholz*, Rollenwandel der Wohlfahrtspflege in der Europäischen Union, in: *Schulte* (Fn. 3), S. 193.
- 5 Urteile v. 23.4.1991 – C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, Tz. 21, und v. 22.1.2002 – C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Tz. 22.

die Marktregeln der Wirtschaft grundsätzlich auch auf die sozialstaatlichen Leistungssysteme. Der EuGH stellt für die Grenzen der Geltung der Marktfreiheiten im Wesentlichen darauf ab, ob deren Anwendung das „finanzielle Gleichgewicht“ der Sozialsysteme gefährdet.⁶ Das Bundesverfassungsgericht stellt nun aber die vorgelagerte Frage, ob die Grundfreiheiten überhaupt über Generalklauseln in den Verträgen und über die Definition des sozialstaatlichen Leistungserbringers als „Unternehmen“ durch den EuGH die diffizilen verschiedenartigen Vertrags- und Finanzierungssysteme der 12 deutschen Sozialgesetzbücher aushebeln können, ohne dass darüber auch nur annähernd eine Diskussion der deutschen Volksvertretung und der demokratischen Öffentlichkeit stattgefunden hätte. In Deutschland betrifft das eine dreistellige Zahl von Diensten und Einrichtungen von der Kindertagesstätte bis zum Krankenhaus, die als „Sozialwirtschaft“ meist in Trägerschaft privater oder freigemeinnütziger Art und gleichzeitig unter dem sozialrechtlichen Regelsystem stehen. Bei der Schaffung der europäischen Wettbewerbsregeln für Wirtschaft und Industrie war aber an sozialstaatliche Leistungssysteme, ihre besonderen Regeln und Prinzipien offensichtlich nicht gedacht worden. Bis heute ist man der einheitlichen Auffassung, dass die EU auf dem Feld des Sozialrechts und der Gestaltung der Sozialsysteme nicht mehr als „geringe“ Kompetenzen hat.⁷ Wie kann es gleichzeitig möglich sein, dass die EU die Rolle der sozialen Leistungserbringer untereinander den Marktfreiheiten unterwirft? Das Verhältnis der Krankenhäuser untereinander ist zu Recht nicht dem freien Markt, sondern auch einer bedarfsgerechten Landesplanung unterworfen. Die Altenheime stehen zwar in einem Wettbewerb untereinander, folgen aber speziellen und qualitätssichernden und grundrechtsschützenden Zulassungsregeln. Die Anbieter für Arbeitsmarkteingliederungsmaßnahmen des SGB III werden nach dem Willen des deutschen Sozialgesetzgebers inzwischen auch im Wege der Ausschreibung bestimmt, was den Wettbewerb aus Sicht der Leistungsempfänger wieder stark einschränkt, aber der einzelstaatlichen Souveränität in diesem Sektor entspringt. Die Kindertagesstättenträgerschaft ist in manchen Bundesländern aus guten Gründen teilweise gemeinnützigen Trägern vorbehalten, z.B. weil sie durch die Kirchen kofinanziert sind und ein allgemeiner freier Markt die Preise stark in die Höhe treiben und zu weiteren gesellschaftlichen Segregationen führen würde. All dies muss in der Gestaltungsfreiheit des deutschen Sozialgesetzgebers liegen, wenn nicht die einzelstaatliche Kompetenz ausgehöhlt werden soll. Die Sozialsysteme waren auch gerade deshalb entstanden, weil der Markt und freie Wettbewerb die sozialen Probleme nicht löste, sondern produzierte. Die Überformung der sozialpolitisch und fachlich bewusst ausgestalteten Leistungssysteme für Krankenhäuser bis zu Kindertagesstätten durch europäisches Wirtschaftsrecht wird noch verstärkt durch die wirtschaftliche Globalisierung, der eine politische demokratische Rahmensezung fehlt. Folglich wird auf diesem Weg ein erheblicher Druck auf die Sozialsysteme ausgeübt, die plötzlich nicht mehr als kulturelle Errungenschaft, sondern als „Standortnachteil“ und Kostenfaktor dastehen.⁸ Zweifellos sind sozialstaatliche Leistungserbringer als solche in einem gewissen Sinne „Unternehmen“. Sie tragen im Rahmen staatlicher Infrastrukturpflichten das unternehmerische Risiko, sie konkurrieren in der Regel mit anderen Anbietern, sie sind auf betriebswirtschaftliche Organisationen verwiesen, um nicht unwirtschaftliche Kosten zu produzieren. Ihr Referenzsystem ist aber dennoch nicht das europäische Industrierecht, sondern das nationale Sozialrecht. Dabei werden sie nicht über einen „Markt“, sondern von der öffentlichen Hand und damit monopolistisch finanziert. Dass

sie bei schlechter Performance gegebenenfalls Belegungsprobleme und Kostenprobleme bekommen, bleibt unbenommen und ist sozialrechtlich gewollt. Mehr noch als in anderen staatlichen Bereichen kommen die wesentlichen Maßstäbe für die sozialen Leistungsanbieter aus gesellschaftlichen und politischen und grundrechtsrelevanten Bereichen, nicht aus zufälligen Marktentwicklungen. So unbenommen es sein kann, diese Anbieter betriebswirtschaftlich als „Unternehmen“ zu definieren, so fragwürdig ist es, sie über den europarechtlichen Unternehmensbegriff dem europäischen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen. Das Konzept des „unverfälschten“ Wettbewerbs für Wirtschaftsgüter steht diametral einer sozialstaatlichen Gestaltung des Schutzes und der Solidarität entgegen. Niemand käme auf die Idee, dass aufgrund der Binnenmarktregeln ausländische Unternehmen jenseits der dortigen Regelungen an den Sozialbudgets Großbritanniens zu beteiligen seien und niemand bestreitet Großbritannien das Recht, ein staatliches Gesundheitssystem zu betreiben. Die Entscheidung des deutschen Sozialstaates, die sozialstaatlichen Leistungen und Rechtsansprüche durch Dritte erfüllen zu lassen, kann daran nichts ändern. Die Marktfreiheiten dienen von Beginn an einem „Wirtschaftsraum“ und der „optimalen Allokation von wirtschaftlichen Ressourcen“.⁹ Die Verhandlungen zu den europäischen Verträgen beschäftigten sich dagegen nicht mit der Frage, wie die Versorgung mit Kindertagesstätten und Krankenhäusern in Deutschland organisiert werden soll. Nur über den Begriff der „Dienstleistungsfreiheit“ und die klar auf die Wirtschaft bezogenen Ziele des Art. 2 EGV ist keine tragfähige Verbindung zu den Sozialdienstleistungen herzustellen. Anderes ergibt sich nur für Dienstleistungen, die nicht dem sozialrechtlichen Finanzierungs- und Regelungsregime unterliegen. Selbstverständlich gelten für solche Sozialdienstleistungen die allgemeinen Marktregeln, da hier das Primat nationaler Sozialstaatskompetenz nicht greift.

Es ist kaum zu ermessen, wie viel Arbeit, kostbare finanzielle Ressourcen und Zeit soziale Akteure, Wissenschaftler, Wohlfahrtsverbände, Krankenhausverbände, Gerichte und Ministerien in den letzten Jahrzehnten darauf verwendet haben, die europäischen Wettbewerbsregeln auf die deutschen Sozialsysteme und das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht zu beziehen, nachdem vor allem der EuGH hierfür die Türen geöffnet hatte, und für die verschiedensten Leistungsbereiche um Ausnahmen zu ringen. Die Dienstleistungsrichtlinie, das „Monti-Paket“, die Mitteilung der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, überall stand man staunend vor der Begegnung zweier Welten, die politisch in keiner Weise bewältigt ist.¹⁰ Das Bundesgesundheitsministerium musste

6 EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – C-120/95, *Decker*, Slg. 1998, I-1831, Tz. 23 ff.

7 *Streinz* (Fn.1), Rn. 1086.

8 *Berthold/Neumann*, Europas Sozialstaaten im Schatten der Globalisierung, in: Schulte (Fn. 3), S. 29 ff.

9 *Streinz* (Fn. 1), Rn. 780.

10 Einen Eindruck gibt etwa der Jahresbericht des Diakonischen Werkes der EKD 2006, in welchem das Ringen um die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Ausnahmen, um die Mitteilung der Kommission zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und von den Bemühungen auch der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege und des Deutschen Vereins um eine verträgliche Auslegung der „Montikriterien“ dargestellt ist, welche großzügigerweise festlegen, welche sozialstaatlichen Leistungen und steuerlichen Regelungen keine unerlaubten „Subventionen“ sind. Zu den Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Daseinsvorsorge: *Schlüter/Scholz* (Fn. 4), S. 201 ff.

beispielsweise die Krankenhäuser informieren, unter welchen Umständen die reguläre Krankenkassenfinanzierung ihrer Arbeit keine europäisch unerlaubte Subvention ist.¹¹

In Frage steht dabei nicht, dass es Wettbewerb auch unter den sozialen Diensten gibt und geben soll und dass eine Diskriminierung ausländischer Anbieter auszuschließen ist. Der Staat hat zwar selbst verfassungsrechtliche Verpflichtungen, er setzt aber nur den Rahmen, bestimmt die Wege der solidarischen Finanzierung und die Leistungsansprüche, aber die Leistungen werden von wirtschaftlich und rechtlich selbständigen Diensten erbracht. Diese sind zu wichtigen Anteilen in der gemeinnützigen Freien Wohlfahrtspflege organisiert. Diese nichtstaatliche Lösung in Form der Trägervielfalt und der korporatistischen Rahmung durch Sozialversicherung, Berufsverbände und Wohlfahrtsverbände ist historisch angelegt und geht zurück auf die kirchliche und bürgerliche Armenfürsorge, auf die Bildung der Freien Wohlfahrt im 19. Jahrhundert und auf die Bismarcksche Sozialpolitik, die bemüht war, die „realen Kräfte des Volkslebens“ in der Form korporativer Genossenschaften unter staatlichem Schutz und staatlicher Förderung zu aktivieren.¹² Sicher war es an der Zeit, einen solchen „Korporatismus“ mit wettbewerblichen Elementen zu ergänzen, das Kostendeckungsprinzip aufzuheben und damit den Ressourceneinsatz zu optimieren. Die Politik hat in den Sozialsystemen weitgehend das Prinzip der Wettbewerbsneutralität eingeführt und es an die Stelle des bisherigen Korporatismus gesetzt, was bei der Einführung der Pflegeversicherung besonders deutlich wurde.¹³ Damit kann eine stärkere Position des Leistungsberechtigten erreicht werden. Andererseits kann er auch das Opfer einer über den Kostenvergleich durchgesetzten Sparpolitik werden. Seine Rolle als Bürger ist dabei nicht gestärkt worden, da wichtige Qualitätsdaten nicht vom demokratischen Gesetzgeber, sondern von Verträgen bestimmt werden, in welchen die Kostenträger meist nur kostenneutrale Qualitätsstandards dulden.¹⁴ In Frage steht aber grundsätzlich, ob nicht soziales Geschehen immer auch in sozialem, kooperativem Geist vollzogen sein muss oder ob auch im Sozialsystem der Markt als Kampf aller gegen alle zum Paradigma, ja zur Grundphilosophie wird, womit Mittel und Zweck vertauscht würden. Es war gerade die arbeitsteilige Industriegesellschaft und die Ersetzung von herkömmlichen Sozialstrukturen durch den „Markt“, der in seinen Defiziten wiederum erst zu sozialstaatlichen Interventionen geführt hat.¹⁵ Insofern sollte sich der Sozialstaat sehr bewusst sein, welcher Logiken er sich bedient und ob er sich die sozialrechtliche Gestaltung durch sachfremde Mechanismen aus der Hand nehmen lässt. Ohne fundierte sozialpolitische Debatten im Inland können die Leistungen für die verschiedenen betroffenen Bevölkerungsgruppen kaum sinnvoll und gerecht gestaltet werden.

Wenn wettbewerbliche Elemente eingeführt werden, erhebt sich die Kardinalfrage, ob dies durch europäisches Wirtschaftsrecht oder aufgrund fundierter sozialpolitischer Debatten und im Wege des Sozialrechts geschieht. In Frage steht auch, ob die sozialrechtlichen Prinzipien oder die Marktfreiheiten dabei die dominierende Rolle spielen sollen. Sozialunternehmen brauchen zweifellos einen diskriminierungsfreien Zugang zu allen Sozialsystemen der Mitgliedstaaten. Hierfür ist es allerdings nicht notwendig, die deutschen sozialstaatlichen Leistungserbringer zu Industrieunternehmen zu erklären und die komplexen und vielfältigen deutschen Sozialsysteme mit europäischem Wettbewerbsrecht zu überformen.

II. Unterschiede zur allgemeinen Wirtschaft und Industrie

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt mit dem Urteil zum Lissabon-Vertrag¹⁶ erneut die verfassungsrechtliche Verpflichtung

des Staates, soziale Systeme vorzuhalten und die Existenzsicherung der Bürger zu garantieren. An anderer Stelle hatte es ein „Grundrecht der karitativen Tätigkeit“ aus Art. 2 und der Allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet,¹⁷ während die „wirtschaftliche“ Tätigkeit von der Berufsfreiheit geschützt ist. Durch das Verfassungsrecht wie auch durch das Sozialrecht und die bereits erwähnten historischen und philosophischen Wurzeln des Sozialstaats zieht sich die Erkenntnis, dass die Leistungserbringung innerhalb der Sozialsysteme etwas anderes ist als die bloße Tätigkeit und freie Marktbeteiligung eines Wirtschaftsunternehmens. Anders als Industrieunternehmen und anders als in manchen anderen Mitgliedstaaten erfüllen soziale Dienste und Unternehmen, soweit sie in Deutschland als Leistungserbringer zugelassen sind, sozialstaatliche Aufgaben. Sie werden damit den Regulierungen des deutschen Sozialrechts unterworfen. Ob Leistungen erbracht werden, hängt anders als in der Wirtschaft nicht davon ab, welche „Marktteilnehmer“ zufällig ein Arbeitsfeld für lukrativ halten, sondern obliegt der staatlichen Infrastrukturverantwortung z.B. für die Krankenhausversorgung. Bei der Finanzierung sozialer Dienste handelt es sich demnach auch nicht um staatliche „Zuschüsse“ oder „Subventionen“, die der Brüsseler Subventionskontrolle unterliegen müssten, sondern um die Finanzierung staatlicher Pflichten und Aufgaben. Hierzu schließen Staat, Kommunen und Sozialversicherungsträger in der Regel Leistungs- und Entgeltvereinbarungen mit den fachlich geeigneten sozialen Diensten ab.¹⁸ Allein der deutsche Gesetzgeber entscheidet, nach welchen objektiven Kriterien Leistungen finanziert werden. Solange diese Kriterien nicht gezielt ausländische Anbieter ausschließen, handelt es sich nicht um einen EU-relevanten Vorgang. Zu den wichtigsten sozialstaatlichen Grundregeln gehört das sozialstaatliche Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Trägervielfalt, welches freigemeinnützigen und privaten Akteuren den Vorrang vor staatlicher Leistungserbringung gibt, diese aber gleichwohl engen sozialrechtlichen und in der

11 Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 28.5.2009 – Z33-4071-20/4-4A, in der Anlage die „Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28.11.2005 (2005/842/EG) im Krankenhausbereich“.

12 Zitiert bei *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 58.

13 *Klie*, in: *Klie/Krahmer*, Sozialgesetzbuch XI, Soziale Pflegeversicherung Praxiskommentar, 3. Aufl. 2009, Einleitung, Rn. 3. Unklar bleibt allerdings, warum Pflegedienste und damit die Arbeitsbedingungen der Pflegekräfte über Kostenvergleiche zu Niedrigstkosten gezwungen werden und nicht die Vertragsärzte. Müssen die weiblich dominierten Pflegeverbände nicht einmal aufholen gegenüber der Ärztelobby?

14 Ausgerechnet in diesem auch grundrechtssensiblen Bereich ausreichender Mindeststandards etwa bei der Personalbemessung griff man wieder auf korporatistische Vertragsstrukturen zurück, zum Schaden des Leistungsberechtigten. Zum Vertragssystem als Korporatismus *Klie* (Fn. 13).

15 So z.B. *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 76 ff.

16 BVerfG, Urte. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, NJW 2009, 2267.

17 BVerfG, Urte. v. 5.8.1966 – 1 BvF 1/61, BVerfGE 20, 150, 159.

18 Eingliederungshilfe für behinderte Menschen: §§ 21 ff. SGB IX, Sozialhilfe: §§ 75 ff. SGB XII, Pflegeheime: §§ 82 ff. SGB XI, etc.

Regel auch eigenen wettbewerblichen Regeln unterwirft und sie damit vom Markt der allgemeinen Wirtschaft abgrenzt.¹⁹

Das deutsche Sozialrecht hat verschiedene grundlegende Prinzipien entwickelt, deren Preisgabe erhebliche Konsequenzen auch für die Bürgerrechte hätte. Ein wichtiger Grundsatz ist das Wahlrecht der Leistungsberechtigten.²⁰ Diese müssen in Deutschland wählen können, von welchem sozialen Dienst sie die Leistungen erhalten, ob von der Diakonie, vom Roten Kreuz oder von einem profitorientierten Unternehmen. Der dabei entstehende und durch Sozialrecht geregelte Qualitätswettbewerb unter den sozialstaatlichen Leistungserbringern ist politisch, fiskalisch und im Sinne der Selbstbestimmung der Leistungsberechtigten gewünscht, solange er nicht in einen reinen Preiswettbewerb und in Lohndumping ausartet, was teilweise schon der Fall ist. Hier ist der deutsche Sozialgesetzgeber aufgerufen, den Wettbewerb der sozialen Dienste in allen Bereichen so zu organisieren, dass nicht nur ein transparentes und diskriminierungsfreies Zulassungsverfahren gewährleistet wird, sondern auch eine auskömmliche Personalausstattung einschließlich der Anerkennung von Tariflöhnen durch die Kostenträger.

Auch im momentan dominierenden sogenannten Sachleistungsprinzip oder Sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis,²¹ d.h. wenn die Pflegedienste oder Krankenhäuser direkt von den Kostenträgern zugelassen und finanziert werden, besteht Wettbewerb. Die Kostenträger können sich eine Übersicht über die Qualität und die Entgelthöhen der verschiedenen Einrichtungen verschaffen und sind nicht zur Übernahme unverhältnismäßig hoher und unwirtschaftlicher Kosten verpflichtet.²² Im Wesentlichen besteht jedoch ein Wettbewerb gegenüber dem Leistungsempfänger, der je nach gesundheitlicher Situation mehr oder weniger souveräne Auswahlentscheidungen trifft. Dabei muss er durch staatliche und öffentliche Vorkehrungen die Sicherheit haben, dass auch bei einer falschen oder nicht souveränen Wahl die Mindestbedingungen für eine gute Versorgung erfüllt werden. Wo es im Sozialsystem noch Mechanismen der „Belegung“ oder „Einweisung“ gibt, muss dies trägerneutral und diskriminierungsfrei geschehen und durch entsprechend gewichtige Wirtschaftlichkeitsgründe gerechtfertigt sein. Dies ist eine Frage des Sozialrechts und der Nichtdiskriminierung, nicht des europäischen Wettbewerbsrechts.

Mit den bestehenden wettbewerblichen Sozialsystemen entsteht aber keinesfalls ein freier „Markt“, sondern es gelten die sozialrechtlichen Prinzipien. So bilden sich Preise nicht automatisch nach Angebot und Nachfrage, und sie steigen auch nicht bei einer höheren Zahl von Nachfragern, also Leistungsberechtigten. Sehr wohl müssen Sicherungen für ein angemessenes PreisLeistungsverhältnis im System angelegt sein. Jedoch steht die Erfüllung grundrechtlicher und sozialrechtlicher Ansprüche und sozialpolitischer Ziele über dem Gebot der Sparsamkeit um jeden Preis. Ökonomisches Handeln bedeutet nach seiner sprachlichen Herkunft „gute Haushalterschaft“, nicht Unterfinanzierung notwendiger Leistungen. In der Regel beschreibt das deutsche Sozialrecht, unter welchen Bedingungen soziale Dienste von der Jugendhilfe über die Pflegeheime bis zu den Krankenhäusern eine Versorgungszulassung erhalten.²³ Alle Anbieter können somit diskriminierungsfrei in die Leistungssysteme einsteigen. Wo es eine vor allem aus Gründen des wirtschaftlichen Ressourceneinsatzes bedarfsorientierte Planung gibt, haben die zuständigen Behörden die Pflicht, diskriminierungsfrei zu handeln. Als potentieller Krankenhausträger kann man durch den Kauf bzw. die Übernahme von Einrichtungen, welche im Krankenhausplan²⁴ vorgesehen sind, in das System einsteigen. Die EU-Instrumentarien sind hier oft unpassend.

Eine jährliche Vergabe von Krankenhausleistungen pro Landkreis ist weder wirtschaftlich sinnvoll noch gegenüber den Patienten, Krankenhausträgern und Mitarbeitenden tragbar. Wo es die Beschränkung auf freie Träger gibt, muss der Gesetzgeber den Ausschluss der Privaten sachlich begründen können.²⁵ Er kann darüber hinaus Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen, Nachweispflichten und Kontrollen sowie sonstige Regeln der Wirtschaftlichkeit etablieren und hat dies weithin getan.²⁶

Für Deutschland ist behutsam zu prüfen, ob nicht herkömmliche sozialstaatliche Mittel das Ziel besser verwirklichen. Vergabe heißt zunächst, dem Bürger die Auswahlentscheidung hinsichtlich der Anbieter aus der Hand zu nehmen und diese obrigkeitlich und für den Bürger verbindlich zu entscheiden. Für den Autofahrer macht es keinen Unterschied, welches Unternehmen nach Vergabe eine Straße gebaut hat. Für den Bürger ist es aber erheblich, unter welchen Konzeptionen, Weltanschauungen, Qualitäten von Beratung, Qualifizierung, Krankenbehandlung und Pflege er wählen kann.²⁷ In jedem

19 Vgl. § 75 II SGB XII: „Zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe sollen die Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Vereinbarungen nach Absatz 3 sind nur mit Trägern von Einrichtungen abzuschließen, die insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit und der Sicherstellung der Grundsätze des § 9 Abs. 1 zur Erbringung der Leistungen geeignet sind. Sind Einrichtungen vorhanden, die in gleichem Maße geeignet sind, hat der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen vorrangig mit Trägern abzuschließen, deren Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Träger.“

20 Z.B. § 9 I S. 1 SGB IX: „Bei der Entscheidung über die Leistungen und bei der Ausführung der Leistungen zur Teilhabe wird berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten entsprochen.“

21 Z.B. *Brünner*, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 20-41.

22 § 84 II S. 4-7 SGB XI: „Die Pflegesätze müssen einem Pflegeheim bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Überschüsse verbleiben dem Pflegeheim; Verluste sind von ihm zu tragen. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität ist zu beachten. Bei der Bemessung der Pflegesätze einer Pflegeeinrichtung können die Pflegesätze derjenigen Pflegeeinrichtungen, die nach Art und Größe sowie hinsichtlich der in Absatz 5 genannten Leistungs- und Qualitätsmerkmale im Wesentlichen gleichartig sind, angemessen berücksichtigt werden.“

23 Für Pflegeeinrichtungen § 73 SGB XI.

24 *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, 2010, Krankenhausplanung, § 4, S. 61 ff.

25 Das Sozialgesetzbuch hat keine einheitliche Begrifflichkeit. So ist umstritten, ob § 75 SGB VIII auch privatgewerbliche Dienste als Träger zulässt, da von „freier“ Jugendhilfe, nicht etwa von „freigemeinnützigen“ und „privaten“ Trägern die Rede ist, wie an anderen Stellen des Sozialgesetzbuchs. Die Unterscheidung ist dennoch nicht unwichtig, da es ein Unterschied ist, ob öffentliche Gelder an Organisationen fließen, die dem Gemeinwohl verpflichtet sind oder öffentliche Gelder als private Gewinne ausschütten und so dem System entziehen.

26 § 70 ff. SGB V macht Qualitätsvorgaben für die Krankenbehandlung, aus der wiederum Pflichten der Krankenhäuser zur Etablierung und Zertifizierung von Qualitätsentwicklungssystemen bzw. entsprechenden regelmäßigen Qualitätsberichten folgen. Rahmenverträge nach § 75 SGB XI regeln den Zugang von Prüfern zu den Pflegeeinrichtungen, § 84 SGB XI bestimmt, dass in Entgeltverträgen mit Pflegeheimen auch die wesentlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmale zu vereinbaren sind, etc.

27 Zumindest muss jedoch untersucht werden, wie das Vergabeinstrumentarium den Sozialstaatsprinzipien anzupassen ist. Das Wahlrecht und der Wettbewerb sind dann bedroht, wenn zunehmend Vergabeverfahren etwa im Bereich der Arbeitsverwaltung eingesetzt und sogar sozialrechtlich normiert werden.

Fall ist die sozialstaatliche Leistungserbringung kein „Auftragsverhältnis“, wie es das europäische Vergaberecht zwingend voraussetzt, sondern vom Gesetz als „Zusammenarbeit“ definiert.²⁸ Im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips handeln soziale Dienste nicht im „Auftrag“ des Staates, sondern unter den von ihm gesetzten Rahmenbedingungen aus eigenem Recht und aus eigenem Auftrag, was insbesondere kirchliche Träger betrifft.²⁹ Wer die Leistungserbringer für Auftragnehmer hält, verstößt auch gegen das Prinzip der Trägervielfalt sowie die konzeptionelle Autonomie der Träger und deren Grundrechte. Nach § 17 SGB I ist die „Selbständigkeit der freien Träger in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten“. Die freien Träger nehmen auch dann „eigene Aufgaben“ wahr, wenn sie bei der Erbringung von Leistungen mit den Sozialleistungsträgern zusammenarbeiten und über diese Zusammenarbeit Verträge schließen.³⁰

(Der Beitrag wird im nächsten Heft fortgesetzt.)

Dr. Robert Schütz*/Nadine John von Zydowitz**

Voraussetzungen für die Vergütung von Organen gemeinnütziger Körperschaften

I. Einleitung

In den vergangenen beiden Jahren hat das BMF insgesamt vier Schreiben bezüglich der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Vergütung von Vorständen gemeinnütziger Vereine veröffentlicht.¹ Voraussetzung für deren Vergütung ist danach, dass die Vergütung durch eine Satzungsregelung ausdrücklich zugelassen und der Höhe nach angemessen ist. Nachfolgend ist zunächst die Entwicklung darzustellen, die zur Veröffentlichung der vier Schreiben geführt hat (II.). Zudem sind die gemeinnützigkeits- und zivilrechtlichen Gründe für die geforderte ausdrückliche Satzungsregelung bei gemeinnützigen Vereinen darzustellen (III. und IV. 1.). Zu klären ist auch, unter welchen Voraussetzungen gemeinnützige Stiftungen, GmbHs und Aktiengesellschaften Vergütungen an ihre Organe zahlen dürfen (IV. 2. und 3.). Schließlich ist darzulegen, welche Satzungsregelungen eine Vergütung zulassen und in welchen Fällen die Satzung zu ergänzen ist (V.).

II. Entwicklung

Auslöser für die BMF-Schreiben war ein, aus Sicht der gemeinnützigen Organisationen und der bei ihnen Tätigen, erfreuliches Ereignis. So wurde durch das Gesetz zur Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements² mit Wirkung ab dem 1.1.2007 in § 3 Nr. 26a EStG ein sogenannter Ehrenamtsfreibetrag bzw. eine Ehrenamtspauschale aufgenommen. Danach bleiben Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten im Dienst oder Auftrag einer nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbegünstigten Körperschaft bis zur Höhe von insgesamt 500,00 EUR im Jahr einkommensteuerfrei. Der Ehrenamtsfreibetrag sollte für nebenberuflich in gemeinnützigen Körperschaften tätige Personen eine finanzielle Entlastung bringen und so einen steuerlichen Anreiz für bürgerschaftliches Engagement im gemeinnützigen Sektor setzen. Seitdem haben gemeinnützige Organisationen die Einführung des Steuerfreibetrags häufig zum Anlass genommen, ihren Vorstandsmitgliedern pauschale Aufwands- und Tätigkeitsvergütungen zu zahlen.

In seinem Schreiben vom 25.11.2008 wies das BMF zutreffenderweise darauf hin, dass eine gemeinnützige Körperschaft mit der Zahlung von Vergütungen an Vorstandsmitglieder gegen das Gebot der Selbstlosigkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO ver-

28 § 17 SGB I S. 1-3: „Die Leistungsträger sind verpflichtet, darauf hinzuwirken, daß 1. jeder Berechtigte die ihm zustehenden Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und zügig erhält, 2. die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen, 3. der Zugang zu den Sozialleistungen möglichst einfach gestaltet wird, insbesondere durch Verwendung allgemein verständlicher Antragsvordrucke.“

29 Z.B. § 5 Abs 1, 2 SGB XII: „Die Stellung der Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege als Träger eigener sozialer Aufgaben und ihre Tätigkeit zur Erfüllung dieser Aufgaben werden durch dieses Buch nicht berührt. Sie achten auf deren Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben.“

30 Neumann/Nielandt/Philipp, Rechtsgutachten im Auftrag Diakonisches Werk der EKD und Deutscher Caritas Verband „Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?“, Baden-Baden, 2004.

stößt, wenn deren Satzung die ehrenamtliche (unentgeltliche) Tätigkeit des Vorstands vorsieht. Bei einer entsprechenden Satzungsklausel solle lediglich der Ersatz der tatsächlich entstandenen Aufwendungen (z.B. Telefongespräche und Fahrtkosten) gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig sein. Der Einzelnachweis entsprechender Aufwendungen sei dabei dann nicht erforderlich, wenn die Pauschale den tatsächlichen Aufwand offensichtlich nicht übersteige. Gemeinnützigkeitsschädlich sei es jedoch, wenn durch die pauschalen Zahlungen auch Zeitaufwand abgedeckt werde. Laut BMF-Schreiben sollte die Zahlung von pauschalem Aufwandsersatz und von Vergütungen allerdings dann unschädlich sein, wenn die Satzung keine ehrenamtliche oder unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vorsieht.

Gleichzeitig räumte das BMF eine Übergangsregelung ein, nach welcher steuerbegünstigte Körperschaften, deren Satzung eine ehrenamtliche oder unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vorschreibt und die trotzdem bereits pauschale Zahlungen bis zur Höhe von insgesamt 500,00 EUR geleistet hatten, ihre Satzung bis zum 31.3.2009 ändern können, ohne den Verlust ihres Gemeinnützigkeitsstatus befürchten zu müssen.

In der Folgezeit wurde sich das BMF bewusst, dass seine Aussage im Schreiben vom 25.11.2008,³ die Zahlungen von Tätigkeitsvergütungen an Vorstandsmitglieder seien grundsätzlich gemeinnützigkeitsrechtlich unschädlich, sofern die Satzung keine ehrenamtliche oder unentgeltliche Tätigkeit vorschreibe, zumindest für Vereine unzutreffend ist. Mit Schreiben vom 22.4.2009⁴ erklärte das BMF daher pauschale Aufwandsentschädigungen oder sonstige Vergütungen für Vereinsvorstände

* Der Autor ist Rechtsanwalt/Steuerberater und Partner der Sozietät Esche Schümann Commichau, Hamburg.

** Die Autorin ist Steuerberaterin und Mitarbeiterin der Sozietät Esche Schümann Commichau, Hamburg.

1 BMF, Schreiben v. 22.4.2009, DB 2009, S. 987; BMF, Schreiben v. 14.10.2009, DB 2009, 2352 (zur Veröffentlichung im BStBl. I vorgehen); BMF, Schreiben v. 25.11.2008, BStBl. I 2008, S. 985 ff.; BMF, Schreiben v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, S. 445.

2 BGBl. I 2007, S. 2332.

3 BMF, Schreiben v. 25.11.2008 (Fn. 1), S. 986, Tz. 8.

4 BMF, Schreiben v. 22.4.2009 (Fn. 1).

auch dann für gemeinnützigkeitsschädlich, wenn die Satzung nicht ausdrücklich die Bezahlung des Vorstands erlaubt.

Das Erfordernis einer ausdrücklichen Satzungsregelung bei Vereinen als Voraussetzung für Tätigkeitsvergütungen bestätigte das BMF durch Schreiben vom 14.10.2009.⁵ Danach sollen Tätigkeitsvergütungen an Vereinsvorstände nur dann zulässig sein, wenn dies durch bzw. aufgrund einer Satzungsregelung ausdrücklich vorgesehen ist. Ein Verein, der in seiner Satzung nicht ausdrücklich die Bezahlung des Vorstands regelt und dennoch Tätigkeitsvergütungen an den Vorstand zahlt, verstößt danach gegen das Gebot der Selbstlosigkeit. Darüber hinaus wies das BMF darauf hin, dass die gemeinnützigkeitsrechtlich erforderliche Satzungsklausel nach § 4 der Mustersatzung in der Anlage 1 zu § 60 AO („Es darf keine Person ... durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden“) keine satzungsmäßige Zulassung von Tätigkeitsvergütungen an Vorstandsmitglieder darstellt. Zudem stellte das BMF fest, dass eine Vergütung auch dann anzunehmen ist, wenn sie nach der Auszahlung an den Verein zurückgespendet oder durch Verzicht auf einen entstandenen Vergütungsanspruch an den Verein gespendet wird. Schließlich verlängerte das BMF die Frist für Satzungsänderungen, die Tätigkeitsvergütungen zulassen, bis zum 31.12.2010. Die negativen Folgen für den Gemeinnützigkeitsstatus des Vereins können laut BMF auch dadurch vermieden werden, dass der Vorstand bis zum 31.12.2010 beschließt, künftig auf Tätigkeitsvergütungen zu verzichten.

III. Gemeinnützigkeitsrechtliche Aspekte

Steuerbegünstigte Körperschaften entsprechen grundsätzlich nur dann dem gemeinnützigkeitsrechtlichen Gebot der Selbstlosigkeit, wenn sie ihre Mittel nur für die satzungsmäßigen, d.h. steuerbegünstigten Zwecke, verwenden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 AO). Steuerbegünstigte Körperschaften dürfen daher ihren Mitgliedern oder Gesellschaftern „keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaften“ zukommen lassen (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 AO). Ferner ist eine Begünstigung von Personen durch „Ausgaben, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen“ untersagt (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 AO). Voraussetzung für die gemeinnützigkeitsrechtliche Zulässigkeit von Zahlungen an Vorstände gemeinnütziger Körperschaften ist folglich, dass diese einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf die Zahlung haben. Zahlungen an Vorstandsmitglieder, die rechtlich nicht geschuldet werden, stellen bei Mitgliedern gemeinnützigkeitsschädliche Zuwendungen im Sinne des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO, bei sonstigen Personen gemeinnützigkeitsschädliche Begünstigungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO dar.⁶

Weitere Voraussetzung für die gemeinnützigkeitsrechtliche Zulässigkeit von Vergütungen ist nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO, dass diese der Höhe nach angemessen, d.h. nicht unverhältnismäßig hoch sind. Entscheidend ist hierbei, dass die gezahlte Vergütung im Hinblick auf die aufgewendete Zeit und Qualifikation des Vorstandsmitglieds marktüblich ist.⁷

IV. Zivilrechtliche Aspekte

Setzen Zahlungen an die Vorstände steuerbegünstigter Körperschaften einen zivilrechtlichen Anspruch voraus, so erfordert die Vergütung von Vorständen einen zivilrechtlichen Vergütungsanspruch. Zivilrechtliche Grundlage für den Vergütungsanspruch ist dabei regelmäßig der Anstellungsvertrag zwischen der steuerbegünstigten Körperschaft und dem Vorstand. Sofern eine Vergütung erfolgen soll, handelt es sich beim Anstellungsvertrag um einen Dienstvertrag in der Form des Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß §§ 611 ff., 675 BGB.⁸

Der Anstellungsvertrag bedarf keiner Form, so dass ein schuldrechtlicher Vergütungsanspruch des Vorstandes auch konkludent begründet werden kann. Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung zudem als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.⁹

Für die Feststellung, ob im Einzelfall ein schuldrechtlicher Vergütungsanspruch besteht, sind neben dem ausdrücklich oder konkludent Vereinbarten auch die gesetzlichen und satzungsmäßigen Regelungen zu berücksichtigen. Hierbei ist zwischen Vereinen, Stiftungen und Kapitalgesellschaften zu unterscheiden.

1. Vereine

Nach § 27 Abs. 3 BGB gelten für die Geschäftsführung des Vereinsvorstands die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB entsprechend. § 670 BGB bestimmt dabei, dass der Beauftragte, d.h. hier der Vorstand, lediglich einen Anspruch auf Ersatz seiner zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemachten und erforderlichen Aufwendungen verlangen darf. Insofern sieht das Auftrags- und damit das Vereinsrecht als gesetzlichen Regelfall die unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vor. Nach dem in § 40 BGB normierten Satzungs vorbehalt findet § 27 Abs. 3 i.V.m. § 670 BGB und damit der Grundsatz der unentgeltlichen Tätigkeit des Vereinsvorstands nur dann keine Anwendung, sofern die Satzung ausdrücklich etwas anderes bestimmt.¹⁰

Insofern stellt das BMF im Schreiben vom 14.10.2009¹¹ zutreffend fest, dass die Zahlung einer Tätigkeitsvergütung an den Vorstand zivilrechtlich und damit gemeinnützigkeitsrechtlich nur dann zulässig ist, wenn die Vergütung in der Satzung ausdrücklich zugelassen ist. Zuzustimmen ist auch der Feststellung des BMF, dass allein die im Hinblick auf § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO in die Satzung aufzunehmende Standardklausel: „Es darf keine Person...durch unverhältnismäßig hohe Vergütung begünstigt werden“ keine hinreichende satzungsmäßige Grundlage für Tätigkeitsvergütungen an Vereinsvorstände darstellt.

2. Stiftungen

Die §§ 27 Abs. 3 und 670 BGB und damit der Grundsatz der unentgeltlichen Tätigkeit des Vorstands gelten nach § 86 BGB für Stiftungen entsprechend. § 27 Abs. 3 BGB und der Grundsatz der unentgeltlichen Tätigkeit sollen jedoch nach dem Wortlaut von § 86 BGB für Stiftungen nur gelten, soweit sich nicht aus der Verfassung der Stiftung etwas anderes ergibt. Entscheidend für die Zulässigkeit der Vergütung von Vorständen sind nach § 86 BGB folglich zunächst die Bestimmungen in der Stiftungssatzung.

5 BMF, Schreiben v. 14.10.2009 (Fn. 1).

6 Buchna, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 9. Aufl. 2008, S. 146; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2008, § 5 Rn. 63.

7 Hüttemann, Ehrenamt, Organvergütung und Gemeinnützigkeit, DB 2009, 1205, 1206.

8 Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 1222; Zöllner/Noack, Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 35 Rn. 172.

9 Reichert (Fn. 8), Rn. 1220.

10 BGH, Beschl. v. 3.12.2007 – II ZR 22/07, ZIP 2008, 923 = DB 2008, 813 mit Urteilsbesprechung in BLS Non Profit Law News Nr. 2/2008, S. 12 ff.; BGH, Urt. v. 14.12.1987 – II ZR 53/87, ZIP 1988, 706 ff.; Reichert (Fn. 8), Rn. 1228; Hüttemann (Fn. 7), 1206.

11 BMF, Schreiben v. 14.10.2009 (Fn. 1).

Sofern die Stiftungssatzung die unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vorsieht, ist die Vergütung des Stiftungsvorstands satzungswidrig und damit unzulässig. Gleiches wird regelmäßig gelten, wenn die Satzung die ehrenamtliche Tätigkeit des Vorstands vorsieht. Zwar hat der BFH in seinem Beschluss vom 8.8.2001¹² festgestellt, dass eine als ehrenamtlich bezeichnete Tätigkeit nicht stets eine unentgeltliche sein muss. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass beide Begriffe in der Praxis synonym verstanden werden.¹³ Insofern kommt auch das BMF im Schreiben vom 22.4.2009¹⁴ zu dem Ergebnis, dass Satzungsbestimmungen über eine ehrenamtliche bzw. unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands dieselben Folgen für die gemeinnützigkeitsrechtliche Beurteilung der Vergütung haben.

Sofern die Satzung weder die unentgeltliche oder ehrenamtliche Tätigkeit des Vorstands noch eine Vergütung des Vorstands ausdrücklich vorsieht, entscheidet entsprechend § 86 BGB die Auslegung der Stiftungssatzung, ob die Vergütung der Vorstandsmitglieder zivilrechtlich und damit auch gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig ist.

Enthält die Satzung keine Hinweise zur Vergütung und kommt auch die Auslegung des Stiftungsgeschäfts nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, kann nach überwiegender Auffassung in der Literatur das Anstellungsorgan nach pflichtgemäßem Ermessen über den Abschluss eines Anstellungsvertrags und damit die Vergütung des Vorstandsmitglieds entscheiden.¹⁵ Je nach Art und Umfang der Stiftungstätigkeit und damit der Vorstandstätigkeit soll danach zumindest bei operativ tätigen Stiftungen oder bei Förderstiftungen mit größerem Stiftungsvermögen angesichts des erhöhten Arbeitsaufwandes regelmäßig eine Vergütung des Vorstands zulässig sein. Begründet wird diese Auffassung insbesondere mit dem Umstand, dass das Stiftungsrecht mangels Verweisung in § 86 BGB den vereinsrechtlichen Satzungsvorbehalt des § 40 BGB nicht kennt.¹⁶

Für diese Auffassung spricht die Auslegung des Verweises auf § 27 Abs. 3 BGB und damit den Grundsatz der unentgeltlichen Tätigkeit in § 86 BGB. Nach § 86 Satz 1 BGB findet § 27 Abs. 3 BGB nur insoweit Anwendung, als sich nicht aus der Verfassung etwas anderes ergibt. § 86 BGB verzichtet folglich auf den ausdrücklichen Satzungsvorbehalt in § 40 BGB. Vielmehr soll es für die Vergütung des Stiftungsvorstands genügen, dass sich aus der Verfassung der Stiftung etwas anderes ergibt. Sofern jedoch der Umfang der satzungsmäßigen Zwecke und Projekte und damit der Umfang der erforderlichen Tätigkeiten des Vorstands im jeweiligen Fall eine Vergütung rechtfertigt, kann sich aus der Umschreibung der Aufgaben des Vorstands in der Satzung die Rechtfertigung für dessen Vergütung aus der Satzung ergeben.

Diese Auffassung befürwortete auch das BMF im Schreiben vom 25.11.2008,¹⁷ indem es unter Ziffer 8 darauf hinwies, dass die Zahlung von Vergütungen an Vorstandsmitglieder grundsätzlich unschädlich für die Gemeinnützigkeit ist, wenn die Satzung keine ehrenamtliche oder unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vorschreibt. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das BMF in seinem Schreiben vom 14.10.2009¹⁸ ausdrücklich erklärte, seine Ausführungen in den drei bisherigen diesbezüglichen Schreiben einschließlich der Nr. 8 des Schreibens vom 25.11.2008 ersetzen zu wollen. Insofern ist nicht auszuschließen, dass die Finanzverwaltung die bei Vereinen geforderte Satzungsbestimmung bezüglich der Vergütung von Vorständen auch auf Stiftungen anwendet.

3. Kapitalgesellschaften

Bei Kapitalgesellschaften setzt eine Vergütung des Geschäftsführers bzw. des Vorstands keine ausdrückliche Sat-

zungsbestimmung voraus. Weder das GmbHG noch das AktG verweisen für das Anstellungsverhältnis ihrer geschäftsführenden Organe auf das Auftragsrecht und sehen daher auch nicht deren unentgeltliche Tätigkeit als gesetzlichen Regelfall vor. Zu berücksichtigen ist bei gemeinnützigen Kapitalgesellschaften jedoch, dass z.B. dem GmbH-Geschäftsführer allein aufgrund der Bestellung zum Geschäftsführer noch kein Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit zusteht. Es wird zwar angenommen, dass der Geschäftsführer einer gewerblich tätigen GmbH, der nicht gleichzeitig dividendenberechtigter Gesellschafter ist, üblicherweise gegen Entgelt tätig wird und daher selbst bei Fehlen einer Vergütungsvereinbarung gemäß § 612 BGB einen Anspruch auf Vergütung hat.¹⁹ Dies soll bei gemeinnützig tätigen GmbHs jedoch nicht zwingend der Fall sein.²⁰

Angesichts dessen ist gemeinnützigen Kapitalgesellschaften zu empfehlen, die Details des Anstellungsvertrages und damit insbesondere auch die entgeltliche bzw. unentgeltliche Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans in einer schriftlichen Vereinbarung zu regeln. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Vergütungsvereinbarung ist jedoch auch bei Kapitalgesellschaften, dass die Satzung nicht die unentgeltliche bzw. ehrenamtliche Tätigkeit des Geschäftsführers bzw. des Vorstands vorsieht.

Eine Besonderheit sieht schließlich § 113 AktG für die Vergütung von Aufsichtsräten einer Aktiengesellschaft vor. Deren Vergütung muss entweder in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt werden.²¹

V. Übliche Satzungsbestimmungen

Die Praxis zeigt, dass insbesondere Vereins- und Stiftungssatzungen in der Vergangenheit häufig nur unzureichende bzw. widersprüchliche Bestimmungen bezüglich einer etwaigen Vergütung der Vorstände enthielten. Insofern muss oftmals durch Auslegung ermittelt werden, ob die Satzung bereits eine hinreichende Bestimmung bezüglich der Vergütung des Vorstands enthält.

Sofern Satzungen lediglich einen Auslagenersatz bzw. Aufwendungsersatz vorsehen, stellt dies zumindest bei Vereinen keine hinreichende Satzungsgrundlage für die Bezahlung einer (pauschalen) Vergütung des Vorstands dar. Der Begriff des Aufwendungsersatzes ist hierbei entsprechend dem in § 670 BGB verwendeten Begriff auszulegen. Danach sind Aufwendungen Vermögensopfer, die der Beauftragte zum Zweck der Ausführung des Auftrags macht sowie solche, die sich als notwendige Folge der Ausführungen ergeben. Nicht zu den Auslagen bzw. den Aufwendungen gehören danach die eigene Arbeitsleistung bzw. der dadurch unter Umständen entgangene Verdienst sowie die normale Abnutzung von Sachen infolge der Tätigkeit.²²

12 BFH, Beschl. v. 8.8.2001 – I B 40/01, BFH-NV 2001, 1536, 1538.

13 Reichert (Fn. 8), Rn. 1222.

14 BMF, Schreiben v. 22.4.2009 (Fn. 1).

15 Hüttemann (Fn. 7), S. 1207; Lunk/Rawert, Bestellung, Abberufung, Anstellung und Kündigung von Stiftungsvorständen, Non Profit Law Year Book 2001, S. 91.

16 Hüttemann (Fn. 7), S. 1207.

17 BMF, Schreiben v. 25.11.2008 (Fn. 1), S. 986, Tz. 8.

18 BMF, Schreiben v. 14.10.2009 (Fn. 1).

19 Zöllner/Noack (Fn. 8), § 35 Rn. 63; Kleindieck, Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 17. Aufl. 2009, Anh. zu § 6 Rn. 31.

20 Zöllner/Noack (Fn. 8), § 35 Rn. 63.

21 Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 113 Rn. 1.

22 BGH, Beschl. v. 3.12.2007 (Fn. 10); BGH, Urt. v. 14.12.1987 (Fn. 10); Sprau, Palandt-BGB, 69. Auflage 2010, § 670 Rn. 3; Reichert (Fn. 8), Rn. 1225.

Auch der Begriff der Aufwandsentschädigung stellt keine hinreichende Satzungsgrundlage für die Vergütung von Vorständen dar. Als Aufwandsentschädigung wird grundsätzlich die Zahlung eines Geldbetrages verlangt, durch den der Anspruch auf Aufwendungsersatz pauschal abgegolten wird. So sieht etwa § 1835a Abs. 1 BGB vor, dass ein Vormund in Fällen, in denen ihm keine Vergütung zusteht, zur Abgeltung seines Anspruchs auf Aufwendungsersatz als Aufwandsentschädigung einen bestimmten pauschalen Geldbetrag verlangen kann. Eine über den Aufwendungsersatz hinausgehende Vergütung beinhaltet die Aufwandsentschädigung in diesem Fall jedoch nicht.²³ Dementsprechend sieht das BMF im Schreiben vom 14.10.2009²⁴ vor, dass bei pauschalen Zahlungen der Einzelnachweis der zu erstattenden Auslagen dann nicht erforderlich ist, wenn die Pauschalen den tatsächlichen Aufwand offensichtlich nicht übersteigen.

Sehen Satzungen demgegenüber neben oder anstelle des Aufwendungsersatzes bzw. der Aufwandsentschädigung Sitzungsgelder vor, so kann für den mit den Sitzungen verbundenen Zeitaufwand eine angemessene Vergütung vereinbart und gezahlt werden. Gleiches gilt, wenn die Satzung den Abschluss von Dienstverträgen bzw. Arbeitsverträgen vorsieht. Nach § 612 Abs. 1 BGB wird bei Dienstverträgen eine Vergütung immer dann geschuldet, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dementsprechend ist nach § 611 BGB die Vergütung zwingender Bestandteil eines Dienst- bzw. Arbeitsvertrages und unterscheidet diesen vom Auftragsvertrag.²⁵

VI. Zusammenfassung

Vereinsrechtlich ist die Vergütung von Vereinsvorständen nach der BGH-Rechtsprechung nur zulässig, wenn die jeweilige Satzung die Vergütung ausdrücklich erlaubt. In Übereinstimmung mit den zivilrechtlichen Vorgaben haben die beiden BMF-Schreiben vom 22.4.2009 und 14.10.2009 deutlich gemacht, dass die Zulässigkeit der Vergütung von Vereinsvorständen auch gemeinnützigkeitsrechtlich von einer ausdrücklichen Satzungsregelung abhängig ist. Vereine, die ihre Vorstände in der

Vergangenheit ohne ausdrückliche Satzungsklausel vergütet haben und diese auch zukünftig vergüten wollen, sind daher gehalten, bis zum 31.12.2010 die Änderung ihrer Satzung und Aufnahme einer Vergütungsklausel zu beschließen. Zu berücksichtigen ist, dass dabei auch die in älteren Satzungen oftmals nur unzureichend enthaltenen gemeinnützigkeitsrechtlichen Standardklauseln den nunmehr in der Anlage 1 zu § 60 Abs. 1 Satz 2 AO gesetzlich vorgeschriebenen Musterformulierungen anzupassen sind.

Unbeantwortet bleibt durch die BMF-Schreiben, ob auch die Vergütung von Stiftungsvorständen eine ausdrückliche Regelung in der Satzung voraussetzt. Hiergegen spricht, dass nach § 86 BGB die gesetzlichen Bestimmungen des Auftragsrechts nur dann auf den Stiftungsvorstand anwendbar sind, wenn sich aus der Verfassung der Stiftung nichts anderes ergibt. Einen ausdrücklichen Satzungsvorbehalt wie in § 40 BGB sieht das Stiftungsrecht hier nicht vor. Insofern sollte es genügen, dass der Umfang der satzungsmässigen Aufgaben des Vorstands eine angemessene Vergütung rechtfertigt und die Stiftungssatzung keine unentgeltliche bzw. ehrenamtliche Vorstandstätigkeit vorsieht. Im Zweifel sollten Stiftungen ebenfalls bis zum 31.12.2010 eine entsprechende Änderung ihrer Satzung beschließen oder mit dem für sie zuständigen Finanzamt verbindlich abgestimmt haben, dass eine Ergänzung der Satzung im jeweiligen Fall nicht erforderlich ist.

Für gemeinnützige Kapitalgesellschaften besteht weder gesellschafts- noch gemeinnützigkeitsrechtlich ein Zwang, die Vergütung ihrer Geschäftsführer bzw. Vorstände in der Satzung vorzusehen. Jedoch sollten die beteiligten Organe der Kapitalgesellschaft die Vergütung in einem schriftlichen Anstellungsvertrag vereinbaren, um das Bestehen des Vergütungsanspruchs auch gegenüber der Finanzverwaltung dokumentieren zu können.

²³ Diederichsen, Palandt-BGB, 69. Aufl. 2010, § 1835a Rn. 2.

²⁴ BMF, Schreiben v. 14.10.2009 (Fn. 1).

²⁵ Weidenkaff, Palandt-BGB, 69. Auflage 2010, § 612 Rn. 1.

Prof. Dr. Thomas Koller*

Die Schweiz in der internationalen Konkurrenz der Vereinsstandorte – Hinweis auf eine bevorstehende Änderung des schweizerischen Vereinssteuerrechts

Steuerrechtliche Fragen bilden einen wichtigen Aspekt im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen. Dies gilt auch für die internationale Konkurrenz von Vereinsstandorten. Nachfolgend soll kurz auf eine vom Parlament in die Wege geleitete Änderung des schweizerischen Vereinssteuerrechts eingegangen werden, die möglicherweise Auswirkungen auf die internationale Attraktivität der Schweiz als Vereinsstandort haben könnte.¹

I. Das geltende Vereinssteuerrecht

Gemeinnützige Vereine sind in der Schweiz von der Steuerpflicht befreit.² Gemeinnützigkeit setzt eine *Förderung des Allgemeininteresses* und *Uneigennützigkeit* voraus.³ Die Verfolgung von *Selbsthilfzwecken*, wie sie für viele Vereine (z.B. für Sportvereine) typisch ist, gilt nicht als gemeinnützig.⁴ Gemeinnützigkeitsschädlich ist auch eine unternehmerische Zweckverfolgung, es sei denn, einem Geschäftsbetrieb komme nur die Funktion eines Hilfsbetriebes zu. Ist ein Verein nicht gemeinnützig, so unterliegt er in der Schweiz grundsätzlich der

* Der Autor ist Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der [Universität Bern](#). Er bittet die deutschen Leserinnen und Leser um Verständnis dafür, dass er bei gewissen Formulierungen seinen sprachregionalen Gewohnheiten treu geblieben ist.

- 1 Die Ausführungen beschränken sich auf das Vereinssteuerrecht. Vereinszivilrechtliche Standortvor- und -nachteile werden bewusst ausgeblendet.
- 2 Art. 56 lit. g des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14.12.1990 (DBG; SR 642.11); Art. 23 Abs. 1 Buchst. f des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14.12.1990 (StHG; SR 642.14).
- 3 Vgl. dazu einlässlich etwa Koller, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in der Schweiz, in: Walz/von Auer/von Hippel (Hrsg.), Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, 2007, S. 441 ff.
- 4 Näheres dazu z.B. bei Koller, Die neuere Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zur Gemeinnützigkeitsschädlichkeit eines zu engen Destinatärkreises, npOR 2009, 87 ff.

Steuerpflicht,⁵ d.h. er hat auf seinem Reingewinn die Gewinnsteuer⁶ und auf der Ebene der Kantone und Gemeinden zusätzlich auf dem Eigenkapital die Kapitalsteuer⁷ zu entrichten. Dabei werden die Mitgliederbeiträge nicht zum steuerbaren Gewinn gerechnet. Im Gegenzug kann der Verein zwar die zur Erzielung von steuerbaren Erträgen erforderlichen Aufwendungen in vollem Umfang abziehen, andere Aufwendungen – wie allgemeine Verwaltungskosten oder Ausgaben für die Verfolgung des Vereinszwecks – jedoch nur insoweit, als sie die Mitgliederbeiträge übersteigen.⁸ Auf Bundesebene beträgt die Gewinnsteuer der Vereine 4,25% des Reingewinns, wobei Gewinne unter 5.000 Franken nicht besteuert werden.⁹ Die Steuersätze sowie allfällige Freibeträge für die kantonalen und kommunalen (Vereins-) Steuern werden von den Kantonen festgesetzt.¹⁰

Kleinere Vereine haben aufgrund dieser Bestimmungen in der Praxis kaum je oder nur sehr niedrige Steuern auf dem Reingewinn zu entrichten, und auch die kantonale und kommunale Kapitalsteuer dürfte in aller Regel nicht stark ins Gewicht fallen. Anders verhält es sich bei größeren Vereinen (vor allem wenn sie einen wirtschaftlichen Betrieb führen) oder bei kleinen und mittleren Vereinen, die aufgrund besonderer Aktivitäten zusätzlich zu ihren Mitgliederbeiträgen Einkünfte generieren, so etwa mit der Durchführung von Flohmärkten, Lottos¹¹ etc. Aber auch solche Vereine sind letztlich steuerlich recht gut gestellt, weil die Regelung, wonach die zur Erzielung der steuerbaren Erträge erforderlichen Aufwendungen in vollem Umfang steuerwirksam abgezogen werden können, grundsätzlich zu einer – unter Umständen bedeutenden – fiskalischen Entlastung der Vereine führt.¹²

II. Die vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Änderung

Diese zurückhaltende Besteuerung nicht gemeinnütziger Vereine genügt indessen den Eidgenössischen Räten nicht mehr. Mit einer sogenannten Motion haben die beiden Kammern des Schweizer Parlaments die Regierung beauftragt, „die Möglichkeit zu prüfen und die nötigen Gesetzesänderungen vorzuschlagen, sodass Vereine ... ganz oder bis zu einem bestimmten Betrag steuerbefreit werden, wenn sie ihre Erträge und Vermögensmittel ausschließlich für ideelle Zwecke, namentlich für Jugend- und Nachwuchsförderung, verwenden“.¹³ Die Annahme dieser Motion erfolgte gegen den ausdrücklichen Antrag der Regierung und der nationalrätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-NR).¹⁴

1. Gründe

Begründet wurde die Motion von ihrem Urheber (Ständerat *Alex Kuprecht*) damit, Vereine würden wichtige Aufgaben im Dienste der Allgemeinheit wahrnehmen, das kulturelle Leben fördern und auf vielfältige Weise wichtige Beiträge für die ganze Gesellschaft leisten. Es sei störend, dass solche Vereine steuerpflichtig seien, während internationale Organisationen und Verbände in der Schweiz Steuerfreiheit genießen würden. Noch drastischer meinte ein anderer Parlamentarier, die FIFA sei steuerbefreit, obwohl sie ihre Mittel nicht nur für sportliche Zwecke einsetze, sondern auch für „... die Förderung des Wohlergehens älterer Herren in luxuriösen Lebensumständen“; Vereine aber, welche dafür sorgen, dass in der Freizeit Sinnvolles geschehe, seien steuerpflichtig.¹⁵ Gegen die angestrebte Steuerbefreiung wurde im Wesentlichen angeführt, nicht gemeinnützige Vereine würden typischerweise der Selbsthilfe dienen.¹⁶ Zudem stelle das Kriterium der Gemeinnützigkeit eine sinnvolle Abgrenzung dar, während der Begriff des ideellen Zwecks vage sei und zu großen Abgrenzungsproblemen führen werde. Eine Steuerbefreiung sei immer dann gerechtfertigt, wenn die gemeinnützige Jugendarbeit deutlich im Vordergrund

stehe.¹⁷ Es sei aber nicht sinnvoll, die Rechtsform des Vereins zu bevorzugen und alle Vereine mit nichtwirtschaftlicher Zwecksetzung von der Besteuerung auszunehmen.¹⁸

2. Verfahrensgang

Als Nächstes muss nun die Landesregierung eine entsprechende Gesetzesvorlage ausarbeiten, die dem Parlament unterbreitet wird. Wie diese Vorlage im Einzelnen aussehen und wann sie vorgelegt wird, lässt sich zurzeit (Ende April 2010) nicht sagen.

3. Auswirkungen

Es wird sich weisen müssen, inwieweit die geplante Steuerbefreiung von sämtlichen Vereinen mit ideellen Zwecken den Vereinsstandort Schweiz im internationalen Wettbewerb stärken wird. Die *Motion Kuprecht* hat erklärtermaßen die steuerliche Entlastung von kleinen lokalen Vereinen wie Sportvereinen, Jassclubs¹⁹ etc. im Auge, von Vereinen also, die nicht (oder nur am Rande) im Allgemeininteresse tätig sind, sondern primär Selbsthilfeszwecke verfolgen. *Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass auch international tätige Organisationen mit großen wirtschaftlichen Betrieben in den Genuss der neuen Regelung kommen oder diese zumindest beanspruchen könnten* (es sei denn, die Steuerbefreiung würde nur für einen bestimmten, eher niedrigen Ertrag gewährt). Schwierigkeiten in der Abgrenzung, wann solche Organisationen ihre Mittel ausschließlich für ideelle Zwecke verwenden, dürften dann allerdings – wie von der WAK-NR befürchtet – vorprogrammiert sein. Immerhin würden so im Ergebnis solche Vereine den internationalen Sportverbänden mit Sitz in der Schweiz (wie z.B. der FIFA oder der UEFA) gleichgestellt, die heute schon *in extensiver Auslegung des Gemeinnützigkeitsbegriffes* von den direkten Steuern befreit sind.²⁰

5 Art. 49 Abs. 1 Buchst. b DBG; Art. 20 StHG.

6 Art. 57 ff. DBG; Art. 24 ff. StHG.

7 Art. 29 ff. StHG.

8 Art. 66 Abs. 1 und 2 DBG; Art. 26 Abs. 1 und 2 StHG.

9 Art. 71 DBG.

10 Art. 1 Abs. 3 StHG.

11 Die Durchführung von Zahlenlotos (mit Naturalgewinnen) ist in der Schweiz bei (Sport-) Vereinen sehr beliebt und kann bei guter Organisation zu beachtlichen Reingewinnen führen.

12 *Lutz*, in: Zweifel/Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2. Aufl. 2008, Art. 66 DBG Rn. 8, m.w.N.

13 *Motion von Ständerat Alex Kuprecht*, eingereicht am 20.3.2009 (Geschäftsnummer 09.3343); vom Ständerat angenommen am 27.5.2009, vom Nationalrat am 15.3.2010.

14 *Antwort des Bundesrates* vom 13.5.2009; *Bericht der WAK-NR* vom 6.10.2009.

15 *Votum von Ständerat Bruno Frick* vom 27.5.2009.

16 *Antwort des Bundesrates* vom 13.5.12009 (Fn. 14).

17 *Bericht der WAK-NR* vom 6.10.2009 (Fn. 14).

18 *Votum von Bundesrat Hans-Rudolf Merz* vom 15.3.2010 im Nationalrat.

19 Jass ist ein in der Schweiz beliebtes Kartenspiel.

20 Vgl. dazu das *Rundschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung* über die Steuerbefreiung von internationalen Sportverbänden vom 12.12.2008. Dem ersten Absatz dieses Rundschreibens lässt sich mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, was im Grunde längst allgemein bekannt ist: Die Befreiung dieser Organisationen von der Steuerpflicht ist standortpolitisch motiviert, d.h. sie dient dazu, den Sitz dieser Verbände in der Schweiz zu halten.

Praxisforum

Dr. Anna Katharina Gollan*/Julia Meuter**

Rechtliche Grundlagen des Projekttransfers

I. Einleitung

Die Verbreitung bewährter Projekte ist im gemeinnützigen Sektor oftmals eine Chance, auf effektive und effiziente Weise eine größere Wirkung zu erzielen. Indem Projekte flächendeckend ausgeweitet werden, können mehr Menschen von ihnen profitieren. Das Rad wird nicht immer wieder neu erfunden, sondern vorhandenes Wissen genutzt. Dadurch werden zum einen wertvolle Ressourcen, die für die Entwicklung neuer Projekte notwendig sind, eingespart. Zum anderen können auf diese Weise Projekte noch einmal neu beleuchtet und ggf. optimiert werden.

Neben einer Reihe von Chancen bringt die Verbreitung von Projekten aber auch Herausforderungen und Risiken mit sich. Gerade aus rechtlicher und steuerlicher Sicht bedarf es vor dem Projekttransfer einer Absicherung, um den Transfer erfolgreich durchzuführen. Im Folgenden werden die größten Herausforderungen sowie die wichtigsten Maßnahmen, um diesen zu begegnen, beleuchtet.¹

II. Methoden des Projekttransfers

Ein Projekt kann auf unterschiedliche Weise verbreitet werden. Den verschiedenen Arten des Projekttransfers ist gemein, dass eine Organisation – der Projektgeber – ein Projekt entwickelt und es allein oder mit Hilfe anderer Organisationen – den Projektnehmern – an weiteren Standorten verbreitet. Generell kann zwischen den nachfolgenden Methoden unterschieden werden.² In der Praxis haben sich auch Mischformen bewährt.

Offene Verbreitung

Bei der offenen Verbreitung gibt der Projektgeber Informationen über das Projekt und seine wichtigsten Arbeitsprozesse in Form eines Handbuchs und/oder Schulungen an unabhängige Organisationen weiter, die das Projekt vor Ort umsetzen.

Beispiel für die offene Verbreitung ist das Projekt „Heroes“, das von dem Berliner Strohalm e.V. nach dem Vorbild des Sharaf Heroes-Projekts der schwedischen Organisation Fryhuset durchgeführt wird.³ Beim Aufbau des Projekts erhielten die Berliner vor Ort Unterstützung von der schwedischen Projektleiterin, die ihre Erfahrungen, die sie mit dem Ursprungsprojekt gemacht hat, weitergab.

Häufig findet nach der anfänglichen Übergabe keine weitere oder nur eine lockere Kooperation statt. Idealerweise entwickeln sich bei der offenen Verbreitung auch Netzwerke, die aber nicht immer vertraglich festgehalten werden müssen. So erlaubt die offene Verbreitung als die am leichtesten umzusetzende Transfermethode eine schnelle und flächendeckende Verbreitung eines Projekts. Der Projektgeber sollte sich bei dieser Methode allerdings vor unkontrollierter Nachahmung schützen und Möglichkeiten suchen, den Projekttransfer systematisch und gezielt zu gestalten, etwa indem er seine Projektmarke schützt.

Social Franchising

Ähnlich dem kommerziellen Pendant wird beim Social Franchising ein schlüsselfertiges Konzept an schon bestehende oder für die Durchführung des Projekts neu gegründete lokale Organisationen weitergegeben.

Beispiel für Social Franchising ist das Projekt „Notinsel“ der Karlsruher Stiftung Hänsel und Gretel. Die Stiftung stellt lokalen Partnern Projektmaterial (Musterbriefe, Aufkleber etc.) zur Verfügung, diese zahlen einen jährlichen Beitrag.⁴

Wie bei der offenen Verbreitung führen die Projektnehmer das Projekt eigenständig durch. Jedoch unterliegt die Projektumsetzung vertraglich geregelten Standards, die festlegen, wie das Projekt umzusetzen ist, sowie einem engen Austausch und einer klaren Arbeitsteilung zwischen Projektgeber und -nehmer. Aufgrund eines gegenüber der offenen Verbreitung erhöhten Umsetzungsaufwands auf Seiten des Projektgebers ist der Transfer allerdings mit mehr Vorbereitungsaufwand verbunden.

Filialisierung

Während bei der offenen Verbreitung und dem Social Franchising die Projektumsetzung vor Ort durch eigenständig agierende Organisationen stattfindet, bleibt der Projektgeber bei der Filialisierung Träger der transferierten Projekte. Die Umsetzung erfolgt entweder mit Hilfe von rechtlich selbstständigen, aber weisungsabhängigen Hilfspersonen (§ 57 AO) vor Ort, beispielsweise Ministerien, Schulen oder gemeinnützigen Einrich-

* Die Autorin ist Rechtsanwältin in der Sozietät P+P Pöllath + Partners, Berlin.

** Die Autorin ist Projektleiterin „Effektⁿ – Methoden erfolgreichen Projekttransfers“ im Bundesverband Deutscher Stiftungen.

1 Die Darstellung basiert auf der Publikation *Richter/Gollan, Auf der sicheren Seite. Rechtliche Grundlagen von Projekttransfer*, 2010. Die Publikation wurde im Rahmen des Projekts „Effektⁿ – Methoden erfolgreichen Projekttransfers“ entwickelt. Dabei handelt es sich um ein Gemeinschaftsprojekt der Bertelsmann Stiftung und des Bundesverbands Deutscher Stiftungen. Weitere Informationen unter www.soziale-investoren.de und www.stiftungen.org/projekttransfer.

2 Zu den unterschiedlichen Formen des Projekttransfers siehe auch die Broschüre „Nachmachen erwünscht – Methoden erfolgreichen Projekttransfers“. Weitere Informationen unter www.soziale-investoren.de und www.stiftungen.org/projekttransfer.

3 Vgl. zum Projekt Heroes www.strohalm-ev.de/heroesprojekt/Kinder/24/ sowie die Broschüre „Nachmachen erwünscht – Methoden erfolgreichen Projekttransfers“, S. 19, mit weiteren Beispielen zur offenen Verbreitung unter www.soziale-investoren.de und www.stiftungen.org/projekttransfer.

4 Vgl. zum Projekt Notinsel auch www.notinsel.de sowie die Broschüren „Nachmachen erwünscht – Methoden erfolgreichen Projekttransfers“, S. 31, unter www.soziale-investoren.de und „Social Franchising – Eine Methode zur systematischen Vervielfältigung gemeinnütziger Projekte“ mit weiteren Beispielen zum Social Franchising und unter www.stiftungen.org/projekttransfer.

tungen. Alternativ kann der Projektgeber eigene Filialen oder Tochtergesellschaften gründen, die das Projekt dann vor Ort umsetzen.

Beispiel für Projekttransfer durch Filialisierung ist der „nestwärme e.V.“ aus Trier. Der Verein leitet zentral die bundesweit vertretenen nestwärme Standorte.⁵

Diese Transfermethode erlaubt der Projekt gebenden Organisation am meisten Kontrolle darüber, wie das Projekt umgesetzt wird. Allerdings bedeutet dies auch einen erhöhten Arbeits- und Verwaltungsaufwand und kann den flächendeckenden Transfer verlangsamen. Zudem kann eine zentralisierte Administration des Projekts dazu führen, dass notwendige Anpassungen an lokale Gegebenheiten nicht ausreichend bedacht werden.

III. Herausforderungen und Risiken des Projekttransfers

Für die Projekt gebende als auch die nehmende Organisation können – grundsätzlich bei allen Transfermethoden – Risiken entstehen, die es rechtlich abzusichern gilt.

Verlust der Gemeinnützigkeit

Gerade beim Social Franchising und der Filialisierung kann sich das Tätigkeitsprofil des Projektgebers durch den Transfer verändern. Aufgrund der zunehmend erforderlichen Koordinierung der Projektnehmer bzw. Filialen, erfüllt der Projektgeber ggf. seinen eigentlichen gemeinnützigen Zweck nicht mehr selbst, sondern ist vorwiegend administrativ tätig. Es kann dann zu einem Konflikt mit dem Gebot der Unmittelbarkeit kommen (§ 57 AO).

Auch beim Projektnehmer kann die Gemeinnützigkeit gefährdet sein, wenn z.B. das übernommene Projekt nicht dem eigenen Satzungszweck entspricht, so dass das Gebot der Ausschließlichkeit verletzt ist (§ 56 AO).

Verletzt einer der Partner gemeinnützigkeitsrechtliche Vorgaben, so kann dies zum Verlust seiner Gemeinnützigkeit für den laufenden Veranlagungszeitraum und schlimmstenfalls sogar zur Nachversteuerung für die letzten zehn Jahre führen (§ 63 Abs. 3, 61 Abs. 2 AO; AEAO Nr. 6 bis Nr. 8 zu § 61).

Weitere finanzielle Risiken

Vor allem beim Social Franchising können vertragliche Verpflichtungen des Projektgebers, beispielsweise zur wissenschaftlichen Begleitung und laufenden Weiterentwicklung des Projekts, zu erhöhten Ausgaben und somit zu finanziellen Risiken führen. Zudem besteht die Gefahr, dass steuerliche Auswirkungen des Projekttransfers nicht ausreichend bedacht wurden: Beinhaltet der Transfer etwa die entgeltliche Weitergabe von Materialien oder das Angebot entgeltlicher Dienstleistungen, so kann hierin unter Umständen eine voll steuerpflichtige Einkunftserzielung im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb liegen (§§ 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 KStG; 14 AO). Wurde die Steuerpflicht nicht im Vorfeld bedacht, so kann sich der Projekttransfer als nicht finanzierbar erweisen.

Für den Projektnehmer können ebenfalls finanzielle Risiken entstehen, z.B. durch vertraglich festgelegte finanzielle Verpflichtungen, wie etwa eine jährliche Lizenzgebühr oder eine festgelegte gebührenpflichtige Mindestabnahme von Materialien zur Umsetzung und Öffentlichkeitsarbeit des Projekts, aber auch durch verwaltungsintensive Berichtspflichten gegenüber dem Projektgeber.

Haftungsrisiko

Die Parteien können unter Umständen für Handlungen in Anspruch genommen werden, die aus der Sphäre des anderen

Projektpartners stammen, etwa, wenn nach außen nicht deutlich wird, wer verantwortlicher Träger des Projekts ist. Diese Gefahr besteht vor allem beim Social Franchising.

Risiko des Reputationsverlusts

Hält der Projektnehmer bestimmte vom Projektgeber vorgegebene Qualitätsstandards nicht ein, so kann dies dazu führen, dass auch der Ruf des Ursprungsprojekts darunter leidet. Denn oftmals ist für Außenstehende nicht gleich erkennbar, wer hinter dem Projekt steht – gerade wenn das Projekt an mehreren Orten unter gleichem Namen und Logo operiert. Missmanagement einer Organisation im Zusammenhang mit der Umsetzung eines Projekts kann also dazu führen, dass die anderen Projektpartner in der Öffentlichkeit damit in Verbindung gebracht werden. Je weniger vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Kontrollrechte der Projektgeber hat, desto höher ist das Reputationsrisiko, so dass dieses vor allem bei der offenen Verbreitung bedacht werden sollte.

Risiko der Inkonsistenz der transferierten Projekte

Wenn die Umsetzung des Projekts an unterschiedlichen Orten nach sehr unterschiedlichen Standards verläuft, was vor allem bei einer unsystematischen offenen Verbreitung der Fall sein kann, können viele positive Effekte des Projekttransfers nicht erzielt werden, z.B. gemeinsame Nutzung von Know-how, gemeinsame Presse- und Öffentlichkeitsarbeit etc. Zudem kann in der Zielgruppe Verunsicherung über den Inhalt des Projekts entstehen.

Risiko der Überregulierung und des Verlusts eigener Gestaltungsmöglichkeiten

Während eine zu hohe Flexibilität in der Umsetzung des Projekts zu einem Reputationsrisiko und einer Veränderung des Projekts führen kann, besteht bei einer hohen Standardisierung – etwa durch einen Social Franchising-Vertrag oder im Rahmen der Filialisierung – das Risiko einer Überregulierung. Sowohl Projektgeber als auch -nehmer haben in der Regel ein Interesse daran, das Projekt örtlichen oder organisationsinternen Bedürfnissen anzupassen. Eine zu starre Regelung des Projekttransfers kann indessen notwendige oder wünschenswerte Anpassungen oder Erweiterungen des Projekts und damit ggf. seine Fortentwicklung erschweren.

Risiko der „Enteignung“ bei Beendigung des Transfers

Oftmals wird – insbesondere beim Social Franchising – vor dem Transfer in einer Wettbewerbsklausel vereinbart, dass der Projektnehmer bei Beendigung nicht in Konkurrenz mit dem Projektgeber oder anderen Projektnehmern tritt. Dadurch besteht die Gefahr, dass er in dem Feld, in dem er vorher lange Zeit tätig war, nicht mehr aktiv sein darf. Hat er sich durch die Einstellung von spezialisierten Mitarbeitern, die Anmietung entsprechender Räumlichkeiten etc. langfristig auf den Projekttransfer eingestellt und wird dieser innerhalb sehr kurzer Zeit und für den Projektnehmer überraschend beendet, so kann er auf die neue Situation unter Umständen nicht schnell genug reagieren.

IV. Rechtliche Absicherung des Projekttransfers

Viele der oben genannten Risiken können minimiert werden, indem sich Projektgeber und -nehmer bereits im Vorfeld des

⁵ Vgl. zum nestwärme e.V. auch www.nestwaerme.de sowie die Broschüre „Nachmachen erwünscht – Methoden erfolgreichen Projekttransfers“, S. 24 f. mit weiteren Beispielen zur Filialisierung unter www.soziale-investoren.de und www.stiftungen.org/projekttransfer.

Transfers rechtlich absichern. Insbesondere folgende Maßnahmen können helfen, den Projekttransfer erfolgreich durchzuführen.

Wahl der Transfermethode

Jede Transfermethode bringt ihre eigenen Chancen und Risiken mit sich, die im Einzelnen auch von den Rechtsformen der Beteiligten, der individuellen Ausgestaltung und von dem Projekt abhängen. Die rechtlichen und steuerlichen Auswirkungen im Einzelfall lassen sich beispielsweise durch entsprechende Abstimmungsprozesse mit Behörden, vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Regelungen oder Eintragung von Markenrechten steuern.

Wahl der Rechtsform der Projektnehmer

Die Rechtsform des Projektnehmers kann bereits gesellschaftsrechtliche Kontroll- und Einflussbefugnisse ermöglichen oder ausschließen und damit insbesondere die Risiken des Reputationsverlusts und der Inkonsistenz eines Projekts mindern. Gründet eine Organisation zur Verbreitung eines Projekts zum Beispiel eine gemeinnützige GmbH, so hat sie als Gesellschafterin Einflussrechte (vgl. §§ 37 Abs. 1, 46 GmbHG) und damit ein gewisses Maß an Kontrolle darüber, wie das Projekt umgesetzt wird. Bei der Verbreitung durch Stiftungen kann dem Projektgeber oder -nehmer, soweit zulässig, ein Sitz im Kuratorium des Partners angeboten werden, um ihm Information, Einfluss oder Kontrolle zu ermöglichen. Eine Verbreitung durch einen Verein wird häufig bei einer Verbreitung über mehrstöckige Strukturen gewählt, wie beispielsweise einer Bundes-, Landes und lokalen Ebene. Ein Dachverband kann dabei als Projektgeber fungieren, während ein lokaler Verein Projektnehmer wird. Die Mitgliedschaft im Dachverband kann z.B. an die Verpflichtung, bestimmte Standards einzuhalten, geknüpft sein.

Schutz der Urheber- und Markenrechte

Vor allem bei der offenen Verbreitung fehlt es dem Projektgeber oftmals an ausreichendem Schutz vor schlechten Kopien. Aber auch bei anderen Transfermethoden kann es Nachahmer geben, die dann ggf. in Konkurrenz um Drittmittel oder Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit treten oder im schlimmsten Falle sogar den Ruf des Ursprungsprojekts negativ beeinflussen können. Zwar können Bestandteile eines Projekts – etwa Projekthandbücher, Formulare und anderes eigens für das Projekt erstelltes Material – auch ohne das Zutun des Projektgebers urheberrechtlichen Schutz genießen (vgl. § 2 UrhG). Jedenfalls der Markenschutz bedarf aber im Vorfeld fast aller Fälle des Projekttransfers eines aktiven Tätigwerdens des Projektgebers durch Anmeldung einer Marke. Für den Schutz auf nationaler Ebene ist das Deutsche Marken- und Patentamt zuständig (vgl. § 3 Abs. 1, 4 Nr. 1, 32 ff. MarkenG)⁶. Mit der Eintragung der Marke erwirbt der Projektgeber das alleinige Recht, die Marke für die geschützten Waren und/oder Dienstleistungen zu benutzen (vgl. §§ 14 Abs. 1 MarkenG). Alle bestehenden Marken, wie etwa der Schutz des Projekt-Namens oder des Logos bzw. einer Wort-Bild-Marke, sollten im Projekttransfervertrag genannt sein. An ihnen wird der Projektgeber dem Projektnehmer in der Regel eine Lizenz einräumen (vgl. § 30 MarkenG).

Interne und externe Abstimmungen

Bevor ein Projekttransfer durchgeführt werden kann, ist es wichtig, zu klären, inwieweit das Vorhaben innerhalb der Organisation und extern, z.B. mit Behörden abgestimmt werden muss.

Interne Beschlüsse können Geschäftsführung und Vorstand vor den Konsequenzen eigenmächtigen Handelns schützen. Denn nicht immer kann ein Projektpartner bzw. sein Vorstand oder Geschäftsführer ganz frei und unabhängig entscheiden, ob er an

einem Projekttransfer teilnimmt. So können die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag zum Beispiel vorsehen, dass vor Aufnahme eines neuen Programms oder Projekts ein Beschluss der Mitgliederversammlung eines Vereins, die Entscheidung eines Stiftungskuratoriums oder ein Beschluss der Gesellschafterversammlung einer GmbH herbeizuführen ist. Eine interne Abstimmung ist aber auch deshalb wichtig, weil es auf lange Sicht gesehen essentiell ist, dass die gesamte Organisation – inklusive Gremien – hinter dem Vorhaben steht.

Neben internen Beschlüssen können Abstimmungen mit Behörden erforderlich sein bzw. helfen, Risiken zu minimieren. So kann sich bei Stiftungen die vorherige Einbeziehung der Aufsichtsbehörde empfehlen, um zu klären, ob der Projekttransfer nach deren Auffassung der Satzung entspricht bzw. um erforderlichenfalls die Anpassung der Satzung zu erreichen. Mit dem Finanzamt sollte jeder der Projektpartner vorab klären, inwieweit der Projekttransfer steuerliche Konsequenzen hat oder gar die Gemeinnützigkeit gefährdet. Dies kann etwa im Rahmen der Einholung einer verbindlichen Auskunft bei der Finanzbehörde erfolgen (vgl. § 89 AO). Dabei ist es wichtig, den gesamten Sachverhalt, also alle geplanten Elemente des Projekttransfers darzulegen, zum Beispiel durch Einreichung des Entwurfs eines Projekttransfer-Vertrags.

Projekttransfer-Vertrag

Obwohl die Partner vielen Risiken bereits durch die oben genannten rechtlichen und steuerlichen Absicherungen vorbeugen können, ist es oftmals empfehlenswert, den Projekttransfer daneben auch vertraglich – möglichst schriftlich – abzusichern. Vor allem bei einer größeren Anzahl von Projektnehmern können vertragliche Standards die einheitliche Umsetzung der lokalen Projekte gewährleisten und einer Inkonsistenz der Projektverbreitung entgegenwirken. Neben einer detaillierten Beschreibung des Projekts sollte der Vertrag die Rechte und Pflichten des Projektgebers und -nehmers, wie zum Beispiel eine Lizenz einräumung, finanzielle und ideelle Beiträge, Aufgaben zur Unterstützung der Projektnehmer beinhalten. Weitere Inhalte sind häufig Regelungen über das Vertragsgebiet, über die Zuständigkeit für Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit sowie zu gegenseitigen Informations- und Berichtspflichten. Klauseln über die Vertragsbeendigung sowie nachwirkende Vertraulichkeitspflichten runden den Vertrag ab und ermöglichen – wenn nötig – einen geregelten Rückzug aus dem Projekttransfer.

Ein Vertrag ersetzt allerdings nicht die Kommunikation zwischen den Transferpartnern. Auch ein regelmäßiger Austausch und die Arbeit auf einer vertrauensvollen Basis sind für einen erfolgreichen Projekttransfer enorm wichtig.

V. Fazit

Der systematische Projekttransfer nimmt im gemeinnützigen Sektor eine immer wichtigere Rolle ein. Er bietet die Chance, Spenden und andere Mittel der beteiligten gemeinnützigen Organisationen wirkungsvoll und effizient einzusetzen und von den Erfahrungen der Projektpartner zu profitieren. Rechtlich kann der Projekttransfer sehr unterschiedlich ausgestaltet werden und von einer lockeren Kooperation im Wege der offenen Verbreitung über eine partnerschaftliche vertragliche Regelung des Social Franchising bis hin zu einer stark zentralistisch geprägten Filialisierung sehr individuell ausgestaltet werden. Viele tatsächliche, rechtliche und steuerliche Risiken lassen sich bei einem systematischen Projekttransfer durch Maßnahmen im Vorfeld minimieren, um sicherzustellen, dass der Transfer eines erfolgreichen Projekts seinerseits ein Erfolg wird.

⁶ Siehe auch die Downloads und Hinweise unter www.dpma.de/marke/anmeldung/index.html.

Prof. Dr. Thomas Koller*

Aus dem schweizerischen Steuerrecht:

Ein Entscheid über die Steuerbefreiung einer Stiftung wegen Gemeinnützigkeit hat keinen „vorwiegend politischen Charakter“ und ist daher von der verfassungsmäßigen Rechtsweggarantie nicht ausgeschlossen

Gemäß Art. 29a BV¹ hat in der Schweiz jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können indessen durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschließen. Eine solche Ausnahme findet sich z.B. in Art. 86 Abs. 3 BGG.² Gemäß Art. 86 Abs. 2 BGG müssen die Kantone als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich *richterliche Behörden* vorsehen. Diese Bestimmung dient der Umsetzung der verfassungsmäßigen *Rechtsweggarantie* i.S.v. Art. 29a BV. Ausnahmsweise können aber die Kantone gestützt auf Art. 86 Abs. 3 BGG für *Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter* anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen.

In einem Ende letzten Jahres ergangenen Entscheid³ musste sich das Schweizerische Bundesgericht zur Frage äussern, ob ein (kantonal) Entscheid über die Befreiung einer gemeinnützigen Stiftung von der (kantonalen) Erbschaftssteuer innerkantonal letztinstanzlich von einem *Gericht* gefällt werden muss oder ob dazu stattdessen – wie in casu geschehen – die *kantonale Regierung* zuständig erklärt werden dürfe. In diesem Zusammenhang hatte es zu prüfen, ob ein derartiger Entscheid einen vorwiegend politischen Charakter habe.

Diese Frage hat das Bundesgericht klar verneint. Da Art. 86 Abs. 3 BGG den verfassungsmäßig garantierten Zugang zum Gericht derogiere, sei diese Bestimmung eng zu interpretieren. Es genüge daher nicht, dass eine Angelegenheit einen politischen Bezug habe. Vielmehr müsse der politische Aspekt unzweifelhaft im Vordergrund stehen und allfällig im Spiel stehende private Interessen klar zurückdrängen. Die Frage der Steuerbefreiung einer Stiftung wegen Gemeinnützigkeit sei zwar (auch) von politischem Interesse. Dieses politische Interesse sei aber im Verhältnis zum privaten Interesse der Stiftung an der Steuerbefreiung nur nebensächlich. Daher befinde man sich nicht in einer Situation, in welcher das politische Interesse überwiege. Dementsprechend hat, so das Bundesgericht, über die in Frage stehende Steuerbefreiung zuerst ein kantonales Gericht zu entscheiden, bevor sich das höchste Gericht mit der Angelegenheit materiell befassen kann.

Dem Urteil kann nur beigepliziert werden. Die Frage der Steuerbefreiung von gemeinnützigen Institutionen ist ohne weiteres *justiziabel*. Auf die Steuerbefreiung besteht ein *Rechtsanspruch*, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Für das Recht der direkten Steuern ist dies im Bundesrecht (auch für die kantonalen Steuern) ausdrücklich vorgesehen.⁵ Dasselbe muss aber auch für kantonale Erbschafts- und Schenkungssteuern gelten, die bundesrechtlich nicht geregelt sind. Soweit die entsprechenden kantonalen Gesetze Steuerbefreiungstatbestände kennen, ist die Steuerbefreiung in rechtsgleicher Weise stets zu gewähren, wenn ein Zuwendungsempfänger die maßgebenden Anforderungen erfüllt. *Fragen der subjektiven Steuerpflicht* sind genauso wie Probleme des Steuerobjekts, der Bemessungsgrundlagen, des Steuermaßes usw. *streng nach den gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen*.⁶ Ein *politisches Ermessen für das Gewähren oder Nichtgewähren der Steuerbefreiung besteht nicht*. In einem steuerrechtlichen Instanzenzug bilden Exekutivbehörden daher offenkundig einen Fremdkörper. Erst recht unhaltbar ist es, wenn sie *anstelle* der Judikative treten. Das hätte im erwähnten Urteil auch noch gesagt werden können.

* Der Autor ist Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der [Universität Bern](#).

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

2 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.6.2005 (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110).

3 Urteil des Bundesgerichts v. 14.12.2009 – 2C_99/2009, [BGE 136 I 42](#).

4 Vgl. dazu die Erwägungen 1.5.4 und 1.6. des erwähnten Urteils (Originalsprache französisch).

5 Art. 56 lit. g DGB (Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14.12.1990; [SR 642.11](#)); Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG (Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14.12.1990; [SR 642.14](#)).

6 So mit aller wünschenswerten Deutlichkeit *Blumenstein/Locher*, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl. 2002, S. 403.

npOR-Report

Esther Kindler*/Kerstin Meyer, LL.B.**/Christian Süß, LL.B.***

Stiftungsrecht

Schenkungssteuerpflicht einer Zuwendung an eine rechtsfähige Stiftung

Der BFH befasst sich in diesem Urteil mit der Schenkungssteuerpflicht der Zuwendung an eine Familienstiftung, deren alleiniger Begünstigter gleichzeitig auch der Zuwendende ist. Zum Vermögen der Familienstiftung, deren Zweck darin besteht, den Begünstigten durch die Gewährung von Wohnmöglichkeiten und Lebenserhaltungskosten in angemessener Weise zu versorgen, gehörte ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb, der jedoch erhebliche Verluste erwirtschaftete.

Der Stiftung wurden durch den Begünstigten 1 Mio. DM zugewendet, um den Hof als Wohnsitz zu erhalten. Streitig zwischen der Stiftung und dem zuständigen Finanzamt war, ob diese Zuwendung der Schenkungssteuer unterliegt.

Der Schenkungssteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden jede freiwillige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Dies setzt objektiv eine Vermögensverschiebung sowie subjektiv den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit voraus. Eine Vermögensverschiebung liegt bei einer Vermögensminderung auf Seiten des Zuwendenden und einer Vermögensmehrung des Bedachten vor. Eine solche Vermögensverschiebung ist nach dem BFH auch dann gegeben, wenn der Zuwendende der einzige Begünstigte der Stiftung ist. Bezüglich der Schenkungssteuerpflicht sei nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen, nach der das Vermögen des einzigen Begünstigten derart mit dem der Stiftung verschmilzt, dass seine Zuwendung an die Stiftung als eine Zuwendung an sich selbst erschiene. Eine Stiftung ist vielmehr eine mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattete juristische Person, die eine selbständige, nicht an Personen gebundene Vermögensmasse mit eigener Vermögenszuständigkeit bildet (§ 80 BGB).

BFH, Urt. v. 9.12.2009 – II R 22/08

Die Stiftung & Co. KG

Auch im Rahmen der Vermögens- und Unternehmensnachfolge ist die Stiftung ein Gestaltungsinstrument, das sich (auch) in Kombination mit anderen Gesellschaftsformen wachsender Beliebtheit erfreut. Jahn befasst sich in seinem Beitrag mit den Vorteilen der Stiftung & Co. KG, die die Eigenschaften der privatrechtlichen Stiftung mit denen der haftungsbeschränkten Kommanditgesellschaft kombiniert. Komplementärin ist bei der Stiftung & Co. KG eine privatrechtliche Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB. Ein Vorzug der Stiftung & Co. KG sei, dass sie sich leicht als übernahmefestes Konstrukt ausgestalten lasse, das bspw. die Erben nach dem Tod des Stifters weder veräußern noch zerschlagen könnten. Hierzu sei das Halten der KG-Beteiligung im Stiftungszweck der Stiftung zu verankern. Auch wäre die Stiftung als Geschäftsführungsorgan „ewig“ und eigne sich damit für langfristige Zweckbindungen des Vermögens.

Andreas Jahn, *Die Stiftung & Co. KG: Eine Alternative zur GmbH & Co. KG bei der Vermögens- und Unternehmensnachfolge?*, *GmbH-Steuerpraxis* 2010, S. 102-106.

Die European Foundation

Die Rechtszersplitterung im europäischen Stiftungssektor führt zu offenkundigen Hindernissen für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit: Es bestehen sowohl zivil- als auch steuerrechtliche Hürden, die Stiftungen die grenzüberschreitende Tätigkeit erschweren. Vor diesem Hintergrund entstand die Idee zur Schaffung einer Rechtsform auf europäischer Ebene, die diese Probleme überwinden und einen einheitlichen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Stiftungsprojekte innerhalb der EU bieten soll. Jakob und Studen differenzieren hier zwischen zwei grundsätzlichen Ansätzen in der Diskussion: der Schaffung eines von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unabhängigen, also genuin supranationalen Stiftungsrechts stehe die „Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner“ gegenüber, bei der die nationalen Stiftungsrechtsordnungen als Selbstbeschränkung der Europäischen Stiftung wirken. Die Autoren setzen sich mit der Rechtsfigur der European Foundation auseinander und beleuchten dabei nicht nur Fragen nach einer Rechtsgrundlage und dem Geltungsbereich, sondern insbesondere auch die steuerrechtliche Problematik und sprechen sich für die Einführung einer Nichtdiskriminierungsregelung aus, der zufolge die Europäische Stiftung in keinem Mitgliedstaat schlechter behandelt werden dürfte als nationale Stiftungen. Hierdurch würden Ungleichbehandlungen zwischen nationalen und Europäischen Stiftungen vermieden und dennoch die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten gewahrt.

Dominique Jakob/Goran Studen, *Die European Foundation*, *ZHR* 174 (2010), S. 62-107.

Stiftungen als Instrument des Vermögensschutzes

Stiftungen sind als Instrument des Vermögensschutzes vermehrt in der aktuellen Literatur diskutiert worden. Mit der Frage, wie ein Schutz von Vermögenswerten vor Haftung und einem sich daraus ergebenden Zugriff der Gläubiger durch Übertragung des Vermögens auf eine (inländische) Stiftung erreicht werden kann, setzen sich Werner und von Oertzen/Hosser in ihren Beiträgen auseinander. Aufgrund der aktuellen Entwicklungen in Bezug auf die liechtensteinische Stiftung ist hierbei die inländische Familienstiftung in den Fokus gerückt, mit der sich die vorliegenden Beiträge insbesondere auseinandersetzen. Beide Verfasser kommen in ihren Ausführungen zu dem Schluss, die inländische Familienstiftung sei ein taugliches Instrument der Asset Protection, mit dem sich das auf die Stiftung übertragene Vermögen verlässlich vor einem Zugriff der Gläubiger schützen lasse.

Rüdiger Werner, *Stiftungen als Instrument des Vermögensschutzes*, *ZErB* 2010, S. 104-111 und Christian von Oertzen/Marcus Hosser, *Asset Protection mit inländischen Familienstiftungen*, *ZEV* 2010, S. 168-174.

* Die Autorin ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Stiftungsrecht an der Bucerius Law School, Hamburg.

** Die Autorin ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Steuerrecht an der Bucerius Law School, Hamburg.

***Der Autor ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Steuerrecht der Bucerius Law School, Hamburg.

Vereinsrecht

Keine Schadenshaftung bei regelgerechtem Fußballspiel

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschied durch Zurückweisung der Revision, dass ein Schadensersatzanspruch eines Teilnehmers an einem sportlichen Wettkampfspiel gegen einen Mitspieler den Nachweis regelwidrigen Verhaltens voraussetzt. Verletzungen, die auch bei regelgerechtem Verhalten auftreten können, nehme jeder Spielteilnehmer in Kauf, weshalb es jedenfalls gegen das Verbot des treuwidrigen Selbstwiderspruchs verstoße, wenn der Geschädigte den Schädiger in Anspruch nehme. Der Kläger, Mitglied eines Fußballvereins, der sich während des Spiels beim Kampf um den Ball eine Fraktur zuzog, hat demnach keinen Anspruch gegenüber seinem Gegenspieler, da der Zweikampf um den Ball zum Wesen des Fußballspiels gehört und für sich genommen keinen Sorgfaltpflichtverstoß begründet. Auf die Rechtsprechung des BGH zur Haftungsfreistellung bei sportlichen Wettbewerben mit nicht unerheblichem Gefahrenpotential kommt es somit nicht an, da schon die Anspruchsvoraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB nicht erfüllt sind.

BGH, Urt. v. 27.10.2009 – VI ZR 296/08

Keine Ansprüche eines Vereinsmitglieds aus der gesetzlichen Unfallversicherung bei ehrenamtlichem Engagement

Das Sozialgericht Fulda hatte über die Frage zu entscheiden, ob ein Vereinsmitglied, das bei Vorbereitungen zum Vereinsfest verletzt wurde, Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung erhalten kann.

Der Kläger hatte als Helfer im Zusammenhang mit einem vom Verein veranstalteten Hoffest aufgrund seiner berufsbedingten Kenntnisse Elektroarbeiten vorgenommen und sich dabei verletzt. Die Beklagte lehnte Entschädigungsleistungen unter der Begründung ab, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung gestanden habe.

Das SG Fulda verneinte das Vorliegen eines Versicherungsfalles im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB VII mangels Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Zu unterscheiden sei zwischen Arbeitsleistungen, die nur auf Mitgliedspflichten beruhen und solchen, die außerhalb dieses Rahmens verrichtet wurden. Zwar schließt nach der ständigen Rechtsprechung des BSG die Mitgliedschaft in einem Verein die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht aus und ein Vereinsmitglied kann grundsätzlich nicht nur „als“, sondern auch „wie“ ein nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII Beschäftigter für den Verein tätig und nach § 2 Abs. 2 SGB VII versichert sein. Der Versicherungsschutz ist aber ausgeschlossen, wenn sich die Tätigkeit eines Vereinsmitgliedes lediglich als Ausfluss seiner Mitgliedschaft im Verein darstellt und aufgrund von Mitgliedspflichten im Rahmen des Vereinszwecks verrichtet wurde. Nach Auffassung des Gerichts wies die Tätigkeit des Klägers im Rahmen des Vereinsfestes keine Besonderheiten auf, die sie als versicherte Tätigkeit nach § 2 Abs. 2 SGB VII erscheinen ließ, sondern war eine Tätigkeit mitgliedschaftbezogenen Charakters, die ein Verein von jedem seiner Mitglieder erwarten kann und die von den Mitgliedern dieser Erwartung entsprechend auch verrichtet werden.

SG Fulda, Urt. v. 19.1.2010 – S 4 U 5/08

Steuerrecht

Leistungen gegen Entgelt an Vermieter altenbetreuer Wohnungen kein Betrieb der Wohlfahrtspflege oder Zweckbetrieb

Der BFH hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die entgeltliche Erbringung von Betreuungsleistungen durch einen eingetragenen Verein der freien Wohlfahrtspflege für eine vermietende KG an deren Mieter einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb darstellt.

Ein Betrieb der Wohlfahrtspflege nach § 66 AO liege schon deshalb nicht vor, weil der Kläger seine Leistungen entgegen § 66 Abs. 1 und 3 Satz 1 AO nicht unmittelbar gegenüber den in § 53 AO genannten Personen erbracht habe. Leistungsbeziehungen bestünden auch wirtschaftlich nur zwischen dem Verein und der KG einerseits sowie der KG und ihren Mietern andererseits. Überdies fehle es an einer „zum Wohle der Allgemeinheit ... ausgeübte[n] Sorge“ i.S.d. § 66 Abs. 2 AO. Auch ein Zweckbetrieb nach § 65 AO liege zum Einen deshalb nicht vor, weil der Geschäftsbetrieb nicht nur auf die selbstlose Unterstützung hilfsbedürftiger Personen gerichtet sei, da die Leistungen nicht direkt an sie erbracht würden. Zum anderen sei die Leistung zugleich auch auf die Unterstützung einer steuerpflichtigen Personengesellschaft gerichtet. Er gehe daher entgegen § 65 Nr. 2 AO über das hinaus, was zur Erreichung der Zwecke des Klägers erforderlich sei und wirke sich zudem entgegen § 65 Nr. 3 AO in vermeidbarer Weise auf den Wettbewerb aus. Nur wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb sich von der Verfolgung des steuerbegünstigten Zwecks nicht trennen ließe, sondern als das unentbehrliche und einzige Mittel zur Erreichung des steuerbegünstigten Zwecks anzusehen wäre, könne ein Zweckbetrieb in diesem Zusammenhang vorliegen.

BFH, Urt. v. 16.12.2009 – I R 49/08

Begriff der „sportlichen“ Veranstaltung nach § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG

Der Kläger, ein gemeinnütziger Verein, begehrte den Vorsteuerabzug aus der Errichtung einer Gymnastikhalle, in der er u.a. Pilates, Body Forming, Powergymnastik und Thai Boxing Aerobic anbot. Das Finanzamt versagte den Vorsteuerabzug, da die Sportveranstaltungen nach § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG steuerbefreit sind und damit der Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG ausgeschlossen sei. Das FG Köln kam beim Begriff der „sportlichen Veranstaltung“ zu einer eher weiten Definition.

Unter „sportlicher Veranstaltung“ im Sinne des § 4 Nr. 22 UStG sei eine organisatorische Maßnahme eines Sportvereins zu verstehen, die es aktiven Sportlern ermöglicht, Sport zu treiben. Eine bestimmte Organisationsform oder -struktur schreibe das Gesetz nicht vor. Die untere Grenze der sportlichen Veranstaltung sei erst unterschritten, wenn die Maßnahme nur eine Nutzungsüberlassung von Sportgegenständen bzw. -anlagen oder bloß eine konkrete Dienstleistung, wie z.B. die Beförderung zum Ort der sportlichen Betätigung oder ein spezielles Training für einzelne Sportler, zum Gegenstand habe. Unter Sport sei nicht allein die Vorbereitung auf einen Wettbewerb zu verstehen, sondern, entsprechend der auch vom BFH favorisierten Definition, eine allgemeine körperliche Ertüchtigung über das gewöhnliche Maß hinaus. Dabei dürfe die körperliche Ertüchtigung nicht nur ein Nebeneffekt sein.

Insoweit könne sich der den Vorsteuerabzug begehernde Steuerpflichtige auf die engere Regelung im deutschen Umsatzsteuerrecht berufen, da die weiter reichenden euro-

parechtlichen Vorgaben nach der Sechsten MwSt-Richtlinie 77/388/EWG nicht in die Vorschrift des § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG umgesetzt wurden.

FG Köln, Urt. v. 08.10.2009 – 10 K 3794/06

Steuerpflicht von „Big-Brother“-Preisgeldern

Wer als Gewinner aus einer „Big Brother“-Staffel des Fernsehsenders RTL II hervorgeht, muss das Preisgeld versteuern.

Zwar führe das bloße „Sich-Filmen-lassen“ noch nicht zu einer steuerbaren Leistung im Sinne des Einkommensteuergesetzes. Daneben verpflichtete sich der Kläger jedoch zu weiteren Tätigkeiten, wie die Mitwirkung an Spielfilmen, Foto-shootings, Interviews und Presseterminen. Dadurch werde die Grenze der nicht steuerbaren „Spieltätigkeit“ überschritten.

Spätestens jedoch mit der Annahme der vertraglich zugesicherten Gewinnsumme durch den Kläger habe dieser den objektiv gegebenen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und der Gewinnauszahlung als Realisierung der Gewinnchance subjektiv als Lohn für seine Leistung angenommen und diese damit der erwerbswirtschaftlichen Sphäre zugeordnet. Auf die Höhe der vertraglich zugesicherten Gewinnchance und die Frage der Unterbrechung der Kausalität zwischen Leistung und Gegenleistung durch das Dazwischentreten der allein über die Gewinnzuteilung entscheidenden Abstimmung durch das Fernsehpublikum komme es nicht an.

FG Köln, Urt. v. 29.10.2009 – 15 K 2917/06;

vgl. zum Thema umfassend Weitemeyer „Die Steuerpflicht von Preisgeldern und Auszeichnungen“ in Non Profit Law Yearbook 2009 (im Erscheinen), S. 7 ff.

Vorsteuerabzug bei Leistung in den ideellen Bereich

Die Umsatzsteuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein gemeinnütziger Verein sowohl für seinen unternehmerischen als auch für seinen nichtunternehmerischen Bereich aufwendet, kann entgegen der Ansicht des FG Sachsen nicht in voller Höhe als Vorsteuer geltend gemacht werden.

Das FG Sachsen entschied, dass bei einer eindeutigen Zuordnungsentscheidung des Unternehmers und bei gleichzeitiger mindestens 10%iger Verwendung im unternehmerischen Bereich ein voller Vorsteuerabzug möglich sei.

Dem steht jedoch die Ansicht des EuGH entgegen. In einem ähnlich gelagerten Fall entschied der EuGH, dass ein Wahlrecht zur Zuordnung des Leistungsbezugs zum Unternehmen in dem Fall nicht besteht, wenn die nichtunternehmerische Nutzung in Gestalt der Wahrnehmung allgemeiner Interessen erfolgt. Damit kommt ein Vorsteuerabzug nicht in Betracht.

FG Sachsen, Urt. v. 21.10.2009 – 8 K 1174/08

EuGH, Urt. v. 12.2.2009, C-515/07, Vereniging Noordelijke Land- en Tuinbouw Organisatie – VNLTO

Rechtsprechung

Vereinsrecht

Haftung des Vereinsvorstandes nach Eintritt der Insolvenzzreife

BGB § 42 Abs. 2; ZPO § 543 Abs. 2

1. Grundsätzliche Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kommt einer Rechtssache bezüglich einer vom Bundesgerichtshof bislang noch nicht entschiedenen, in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte jedoch einhellig beantworteten Rechtsfrage nicht zu, wenn die hierzu in der Literatur vertretenen abweichenden Meinungen vereinzelt geblieben und nicht oder nicht nachvollziehbar begründet sind.

2. Vereinsvorstände haften mangels gesetzlicher Grundlage nicht für masseschmälernde Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife des Vereins. § 42 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst eine solche Haftung nicht. Eine Haftung in Analogie zu §§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (= § 64 Satz 1 GmbHG n.F.), 93 Abs. 3 Nr. 6 i.V.m. 92 Abs. 3 AktG, 99 Abs. 2 i.V.m. 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG scheidet bereits deshalb aus, weil es in § 42 Abs. 2 BGB an der für eine Analogie erforderlichen „planwidrigen Regelungslücke“ fehlt.

BGH, Beschl. v. 8.2.2010 – II ZR 54/09

Vorinstanzen: LG Hamburg, Urt. v. 17.8.2007 – 310 O 431/06; OLG Hamburg, Urt. v. 5.2.2009 – 6 U 216/07 besprochen in npOR 2009, 46

Gründe:

[1] 1. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch ist die Zulassung der Revision zur Fortbildung des Rechts geboten.

[2] [...]

[4] bb) Danach hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung. Die Frage, ob Vereinsvorstände analog §§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (= § 64 Satz 1 GmbHG n.F.), 93 Abs. 3 Nr. 6 i.V.m. 92 Abs. 3 AktG, 99 Abs. 2 i.V.m. 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG für masseschmälernde Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife des Vereins haften, ist - jedenfalls jetzt - nicht mehr klärungsbedürftig, sondern nach dem geltenden Recht eindeutig zu beantworten.

Keine planwidrige Regelungslücke in § 42 Abs. 2 BGB

[5] Die vereinzelt in der Literatur (Passarge, ZInsO 2005, 176; ders. NZG 2008, 605; Wischemeyer, DZWIR 2005, 230; ihnen regelmäßig ohne eigene Begründung folgend MünchKommBGB/Reuter 5. Aufl. § 64 Rdn. 17; ebenso Werner, ZEV 2009, 366, 369 f.; Roth/Knof, KTS 2009, 173, 179 f.; Hirte, FS Werner, 222, 228 - letztere alle für Stiftungsvorstände) reklamierte „planwidrige“ Regelungslücke in § 42 Abs. 2 BGB besteht de lege lata offensichtlich nicht. Ihr angebliches Vorhandensein war auf der Grundlage des geltenden Rechts vom Gesetzgeber selbst spätestens schon widerlegt worden, als dieser - mit entsprechender Begründung (BT-Drucks. 16/6140 S. 55) - § 42 Abs. 2 BGB unverändert ließ, als § 15 a InsO geschaffen wurde (s. hierzu auch Haas/Goetsch in Beuthin/Gummert, MünchHdB GesR

Bd. 5, 3. Aufl. § 60 Rdn. 41); erst Recht ist die These von der „planwidrigen“ Regelungslücke unvertretbar geworden, als der Gesetzgeber seine gegenteiligen Vorstellungen durch das „Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereins- und Stiftungsvorständen“ vom 28. September 2009 (BGBl. I, 3161) zum Ausdruck gebracht hat: Der Gesetzgeber hält die ehrenamtliche Tätigkeit der Bevölkerung für das Gemeinwesen für unabdingbar, er will sie fördern und hat zu diesem Zweck als Reaktion auf die negativen Folgen der Haftungsrisiken ehrenamtlich tätiger Vereinsvorstände für die Entwicklung des bürgerschaftlichen Engagements in Deutschland mit diesem Gesetz Haftungserleichterungen geschaffen mit dem Ziel, die Haftungsrisiken der Vorstände auf ein zumutbares Maß zu begrenzen (BT-Drucks. 16/10120, S. 1, 6; BT-Drucks. 16/13537, S. 1). Auch wenn der durch das genannte Gesetz mit Wirkung ab 3. Oktober 2009 eingefügte § 31 a BGB die hier zugrunde liegende Haftungsproblematik nicht unmittelbar betrifft, so spricht doch der darin zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers eine eindeutige Sprache gegen eine Ausdehnung der Haftung von Vereinsvorständen (ebenso Klasen, BB 2009, 690; Hangebrauck, EWIR 2009, 699; Kunkel, jurisPR-HaGesR 8/2009 Anm. 3). Denn damit stünde die gesetzlich nicht fundierte Haftung für Masseschmälerungen - sie passt ohnehin schwerlich zur Struktur eines Vereins, der anders als GmbH oder Aktiengesellschaft keine Kapitalschutzregeln kennt - in einen unauflösbaren Wertungswiderspruch. Mit Recht wird deswegen de lege lata eine Massesicherungspflicht von Vereinsvorständen und eine Haftung für Masseschmälerungen im Schrifttum abgelehnt (vgl. Koza, DZWIR 2008, 98; Roth, EWIR 2009, 331; Umbeck, GWR 2009, 10; Kunkel aaO; Klasen aaO; Hangebrauck aaO; eine Analogie ebenfalls ablehnend Erman/H.P.Westermann, BGB 12. Aufl. § 42 Rdn. 6; Schwarz/Schöpflin in Bamberger/Roth, BGB-BeckOK § 42 Rdn. 9; Palandt/Ellenberger, BGB 69. Aufl. § 42 Rdn. 4; Haas/Goetsch in Beuthin/Gummert aaO).

[6] Diese klarstellende Wertentscheidung des Gesetzgebers konnte das Berufungsgericht bei seiner Zulassungsentscheidung, die vor dem 28. September 2009 ergangen ist, noch nicht berücksichtigen.

[7] Ob de lege ferenda eine Haftung für masseschmälernde Zahlungen nach Insolvenzreife, die allenfalls für sog. „großwirtschaftliche Vereine“ und Stiftungen ernsthaft diskutiert werden könnte, sinnvoll sein kann, hat der Senat nicht zu entscheiden.

[8] b) Der Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts scheidet schon deswegen aus, weil die Bejahung einer Analogie zu den gesetzlich geregelten, auf ganz andere Verhältnisse zugeschnittenen Fällen auf eine Rechtsfortbildung contra legem hinauslief.

Kausalitätsanforderungen

[9] c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt auch der Frage, auf welchen Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung hinsichtlich der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden bei dem Schadensersatzanspruch gemäß § 42 Abs. 2 BGB abzustellen ist, mangels Klärungsbedürftigkeit keine grundsätzliche Bedeutung zu: Es entspricht seit BGHZ 29, 100, 102 ff. ständiger Rechtsprechung und der einheitlichen Ansicht in der Literatur (s. insoweit nur Baumbach/Hueck, GmbHG 19. Aufl. § 64 Rdn. 132; MünchKommAktG/Spindler, 3. Aufl. § 92 Rdn. 47 jew. m.w.Nachw.), dass der Quotenschaden des Gläubigers danach zu berechnen ist, was er im Vergleich zu der tatsächlich erhaltenen Quote erhalten hätte, wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt worden wäre.

[10] 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

[11] a) Mangels Anspruchsgrundlage kommt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, eine Haftung der Beklagten für masseschmälernde Zahlungen nicht in Betracht.

[12] b) Soweit - was durchaus zweifelhaft erscheint - der Vortrag des Klägers sich überhaupt dahin auslegen lässt, dass er (auch) den Quotenschaden der Gläubiger gemäß § 42 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 92 Satz 1 InsO geltend gemacht hat, hat das Berufungsgericht auch diesen Anspruch mit der zutreffenden Begründung abgelehnt, dass der Kläger einen Quotenschaden in Höhe der Klageforderung schon nicht ansatzweise ordnungsgemäß dargelegt hat (s. dazu nur BGHZ 138, 211, 221).

Anmerkung der Redaktion: Mit inhaltsgleichem Beschluss (II ZR 156/09) hat der BGH am 8.2.2009 ebenso die Revision zum Urteil des OLG Karlsruhe (Urt.v. 19.6.2009 – 14 U 137/07, ZIP 2009, 1716-1718) abgewiesen.

Zuwendungswiderruf gemeinnütziger Verein

§ 47 Abs. 2 SGB X

OVG Sachsen, Urt. v. 20.1.2010 - 1 A 215/08

Tatbestand

[1] Der Kläger, ein gemeinnütziger Verein, wendet sich gegen zwei Bescheide des Beklagten mit denen dieser gewährte Zuwendungen teilweise widerrufen hat und die ausgezahlten Zuwendungsbeträge zurückfordert.

[2] Am 3.11.1995 und 1.3.1996 beantragte der Kläger jeweils eine Zuwendung. Mit dem jeweiligen Antrag reichte er zugleich einen Kosten- und Finanzierungsplan ein.

[3] Das Sächsische Landesamt für Familie und Soziales bewilligte auf diese Anträge Zuwendungen in Form einer Fehlbedarfsfinanzierung, mit Bescheid vom 29.2.1996 für die Maßnahme „...“ in N... in Höhe von 26.000,- DM sowie mit Bescheid vom 21.5.1996, geändert durch Bescheid vom 15.9.1996, für die Maßnahme „...“ in Höhe von 45.800,- DM. Die genannten Bescheide enthielten den Hinweis, dass die Mittel zweckgebunden und sie entsprechend dem Antrag und den beigefügten Anlagen für das Projekt bestimmt seien. Zudem enthielten sie jeweils unter der Überschrift „Nebenbestimmungen“ die Regelung:

[4] „I. Die beigefügten Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) sind Bestandteil dieses Bescheides.“

[5] Der Kläger legte dem Sächsischen Landesamt für Jugend und Soziales am 29.9.1997 jeweils den entsprechenden Verwendungsnachweis vor, den er auf Nachfrage des Beklagten mit Schreiben vom 8.11.1999 ergänzte. Für die Projekte 1. „...“ und 2. „...“ ergaben sich danach u.a. folgende Ausgaben:

[6] [...]

[7] Mit Bescheiden vom 14.1.2000 widerrief der Vertreter des Beklagten den Zuwendungsbescheid vom 29.2.1996 sowie den Zuwendungsbescheid vom 21.5.1996 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 15.9.1996 teilweise und forderte den Kläger zur Erstattung eines Betrages in Höhe von 2.000,- DM und 3.800,- DM auf. Zur Begründung nahm er Bezug auf § 47 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB X. Der Kläger habe Auflagen der Bescheide, insbesondere die Nr. 1.1. und Nr. 1.2 ANBest-P i.V.m. Nr. 8.2.3 und 8.3.2 nicht erfüllt. Er habe gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Nr. 1.1 ANBest-P) verstoßen. Es seien in mehreren Fällen vorhandene Einzelansätze des Kosten- und Finanzierungsplans um mehr als 20 % überschritten worden. Zwar seien Überschreitungen von mehr als 20 % auch dann zulässig, wenn der Zuwendungsempfänger diese aus Eigenmitteln trage. Da die genannten Überschreitungen nach dem Verwendungsnachweis aus Eigenmitteln fi-

nanziert worden seien, könnten sie gemäß Ziffer 1.2. ANBest-P (grundsätzlich) als zuwendungsfähig anerkannt werden. Dies gelte aber nicht, wenn - wie hier - dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 SächsHO) nicht mehr Rechnung getragen werde. Denn die angefallenen Umlage- und Verwaltungskosten hätten, wenn sie bekannt gewesen seien, zur Ablehnung des Zuwendungsantrags geführt. Dem Kläger seien diese Grundsätze auch bekannt gewesen. Ihm sei bereits im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine höhere Verwaltungsumlage (10 %) zugebilligt worden. Ausgaben, die nach Entscheidung der Bewilligungsbehörde nicht notwendig seien, dürfe der Zuwendungsempfänger nach dem Subsidiaritätsprinzip nicht leisten. Dies gelte auch für Ausgaben, die er zusätzlich aus Eigenmitteln aufbringe. Denn damit habe sich der maßgebliche Finanzierungsplan geändert.

[8] Am 15.2.2000 legte der Kläger gegen die Widerrufs- und Erstattungsbescheide vom 14.1.2000 jeweils Widerspruch ein. Diese wies das Sächsische Landesamt für Familie und Soziales mit Widerspruchsbescheiden vom 17.3.2000 zurück.

[9] Der Kläger hat am 19.4.2000 vor dem Verwaltungsgericht Klage erhoben und dort die Aufhebung der Widerrufs- und Rückforderungsbescheide des Sächsischen Landesamtes für Familie und Soziales beantragt.

[10] Das Verwaltungsgericht hat der Klage mit Urteil vom 23.1.2006 stattgegeben. Die angefochtenen Bescheide seien rechtswidrig. Zwar lägen die Voraussetzungen des § 47 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB X vor, der Widerruf sei aber gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 SGB X ausgeschlossen. Der Kläger habe Auflagen, mit denen die Zuwendungsbescheide verbunden gewesen seien, nicht erfüllt. Er habe gemäß Nr. 5.1.2. ANBest-P und gemäß Nr. 10 der Nebenbestimmungen der Zuwendungsbescheide die Pflicht gehabt, dem Sächsischen Landesamt für Familie und Soziales maßgebende Veränderungen der Finanzierungsgrundlagen mitzuteilen. Dies sei nicht geschehen. Der Kläger habe mehrfach Einzelansätze des jeweiligen Kosten- und Finanzierungsplans um mehr als 20 % überschritten und aus seinen Eigenmitteln finanziert. Damit liege eine Änderung der für die Bewilligung der Zuwendung maßgeblichen Umstände i. S. v. Nr. 5.1.2. ANBest-P sowie eine Änderung der maßgebenden Finanzierungsgrundlagen i. S. v. Nr. 10 der Nebenbestimmungen der beiden Zuwendungsbescheide vor. Eine Maßgeblichkeit sei anzunehmen, da eine Erhöhung der Eigenmittel nach Nr. 2.1 ANBest-P eine Ermäßigung der Zuwendung zur Folge haben könne. Eine Erhöhung der Eigenmittel könne des Weiteren die Annahme einer nicht zweckentsprechende Verwendung oder eine dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht mehr genügende Verwendung rechtfertigen. Letzteres sei hier jedoch nicht der Fall. Einer Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit betreffe, wie sich aus Nr. 1.1 ANBest-P ergebe, die Verwendung der gewährten Zuwendungen und damit die Art und Weise der Ausgaben. Er beziehe sich jedoch nicht auf die Herkunft der Mittel. Den Angaben des Klägers zufolge seien die eingesetzten Mittel zur Durchführung der Projekte verwendet worden. Sie hätten damit der Erreichung des Zuwendungszweckes gedient. Dass ein Subventionsempfänger im Nachhinein erhebliche weitere Eigenmittel aufbringe, könne allenfalls dafür sprechen, dass anfänglich kein Fehlbedarf oder ein geringerer Fehlbedarf vorgelegen habe, was eine nachträgliche Ermäßigung der Zuwendung gemäß Nr. 2.1 ANBest-P bzw. eine teilweise Rücknahme des Zuwendungsbescheides gemäß § 45 Abs. 1 SGB X begründen könne. Zur Gewährleistung des Subsidiaritätsprinzips und des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sei es deshalb sinnvoll, dem Subventionsempfänger Mitteilungspflichten

hinsichtlich der maßgebenden Finanzierungsgrundlagen aufzuerlegen. Gegen diese Mitteilungspflichten habe der Kläger verstoßen. Ein Widerruf wegen Nichterfüllung dieser Auflagen mit Wirkung für die Vergangenheit gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 SGB X komme jedoch nur in Betracht, wenn der Kläger auf den Bestand der Zuwendungsbescheide nicht habe vertrauen dürfen oder wenn sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an seinem Widerruf nicht schutzwürdig sei. Gemäß § 47 Abs. 2 Satz 3 SGB X sei das Vertrauen desjenigen, der durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt begünstigt werde, in der Regel schutzwürdig, wenn er die Leistungen verbraucht habe. Ein dem Vertrauensschutz entgegenstehendes Interesse der öffentlichen Hand sei hier nicht ersichtlich, da der Kläger die ihm gewährten Zuschüsse vollständig zweckentsprechend verwendet habe und der öffentlichen Hand auch kein Schaden entstanden sei. Der Kläger sei davon ausgegangen, dass die Überschreitung der Einzelansätze zulässig sei. Seine Auffassung werde von Nr. 1.2 der ANBest-P gestützt. Es habe zwar eine Änderung der Finanzierungsgrundlage vorgelegen. Diese habe jedoch nichts an den maßgebenden Finanzierungsgrundlagen geändert, weil eine solche Verfahrensweise gemäß Nr. 1.2 der ANBest-P zulässig gewesen sei.

[11] Auf den Antrag des Beklagten hat der Senat mit Beschluss vom 28.4.2008 - 1 B 418/06 - die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23.1.2006 zugelassen.

[12] Zur Begründung seiner Berufung trägt der Beklagte vor, dass die Widerrufs- und Erstattungsbescheide rechtmäßig seien. Die Voraussetzungen für einen Widerruf lägen vor. Ein solcher sei nicht gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 SGB X ausgeschlossen. Dem Kläger sei Vertrauensschutz nicht zuzusprechen. Er habe nicht davon ausgehen können, dass seine Verfahrensweise durch Nr. 1.2 der ANBest-P gedeckt sei. Diese Vorschrift sei vielmehr im Gesamtkontext der haushalts- und zuwendungsrechtlichen Vorgaben einzuordnen, insbesondere sei der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemäß § 7 SächsHO zu beachten gewesen. Dieser Grundsatz gelte nicht nur in Bezug auf die Verwendung der gewährten Zuwendung, sondern sei in jeder Phase des Zuwendungsverfahrens zugrunde zu legen. Zu berücksichtigen sei aber auch, dass ein öffentliches Interesse an einer gleichmäßigen und verbindlichen Zuwendungspraxis bestehe.

[13] Der Beklagte beantragt,

[14] das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 23. Januar 2006 - 7 K 650/00 - zu ändern und die Klage abzuweisen.

[15] Der Kläger beantragt,

[16] die Berufung zurückzuweisen.

[17] Er trägt vor, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei nicht zu beanstanden. Dessen Änderung hätte für ihn weitreichende Bedeutung. Der Beklagte habe weitere Zuwendungsbescheide teilweise widerrufen, so dass insgesamt mit Rückforderungen von 16.013,48 € rechnen müsse. Diese Beträge seien jedoch alle für Sozialprojekte verbraucht und mit zusätzlichen Eigenmitteln des Klägers finanziert worden. Er habe aufgrund der Regelung in Nr. 2.1 ANBest-P darauf vertrauen dürfen, dass er Kostensteigerungen aus Eigenmitteln finanzieren dürfe. Auch wenn eine Mitteilung nach Nr. 5.1.2 ANBest-P oder gemäß Nr. 10 veranlasst gewesen wäre, könne davon ausgegangen werden, dass der Vertreter des Beklagten derartige Anpassungen der Gesamtausgaben nicht beanstanden hätte bzw. nicht hätte beanstanden dürfen. Zudem seien die Bescheide nicht mit diesem Auflagenverstoß begründet worden. Er habe auch nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstoßen. Dieser Grundsatz betreffe nur die Verwendung nicht

aber die Herkunft der Zuwendungen. Der Vorstand des Klägers arbeite seit der Vereinsgründung im Jahre 1990 ehrenamtlich, er erhalte keinerlei Bezüge und auch keine Aufwandsentschädigung. Die verwendeten Eigenmittel stammten aus Spenden und Mitgliedsbeiträgen. Deshalb sei hervorzuheben, dass auch er sich einer sparsamen und verantwortungsvollen Umgehensweise mit diesen Mitteln verpflichtet fühle. Die gegenüber dem Finanzierungsplan von 10 % auf 15 % angehobene Verwaltungsumlage entspreche dem in diesem Bereich üblichen Wert und stehe mit Sparsamkeitsgrundsätzen in Einklang.

[18] Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten und den zugrunde liegenden Behördenvorgang Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

[19] Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben denn die Widerrufs- und Erstattungsbescheide vom 14.1.2000 sowie die Widerspruchsbescheide des Sächsischen Landesamtes für Familie und Soziales sind rechtswidrig (§ 113 Abs. 1 VwGO).

[20] Die in den Bescheiden festgesetzten Erstattungsbeträge in Höhe von 2.000,- DM und 3.800,- DM (§ 50 Abs. 1 SGB X) können nicht zurückgefordert werden. Die Voraussetzungen für einen teilweisen Widerruf der gewährten und ausgereichten Zuwendungen liegen nicht vor (§ 47 Abs. 2 Satz 1 SGB X). Nach § 50 Abs. 1 SGB X sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist. Die zuletzt genannte Voraussetzung ist erfüllt, denn der Beklagte hat die Zuwendungsbescheide vom 29.2.1996 und 21.5.1996, geändert durch Bescheid vom 15.9.1996, durch den (teilweisen) Widerruf mit Bescheiden vom 14.1.2000 (teilweise) aufgehoben.

[21] Der Widerruf der Zuwendungsbescheide vom 14.1.2000 gemäß § 47 Abs. 2 SGB X i. V. m. Nr. 8.3.2 ANBest-P ist jedoch nicht rechtmäßig. Gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 SGB X kann ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, der eine Geld- oder Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zweckes zuerkennt oder hierfür Voraussetzung ist, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden, wenn die Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird oder mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat. Bei den teilweise widerrufenen Bescheiden vom 29.2.1996 und 21.5.1996 (geändert durch Bescheid vom 15.9.1996) handelt es sich ohne Zweifel um begünstigende Verwaltungsakte, da mit diesen seitens des Beklagten Zuwendungen für die Maßnahmen „...“ in N... sowie „...“ bewilligt wurden.

[22] Vorliegend ist die Zuwendung jedoch weder entgegen dem Zweck der Zuwendung verwendet noch gegen eine Auflage des Zuwendungsbescheides verstoßen worden (§ 47 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB X, 8.3.2 ANBest-P i. V. m. § 32 Abs. 2 Nr. 4 SGB X)

[23] Nach Nr. 1. 1 Satz 1 darf die Zuwendung nur zur Erfüllung des Zweckes der Zuwendung verwendet werden. Zweck der Zuwendung war nach den jeweiligen Zuwendungsbescheiden die Verwendung der Zuwendung für das Projekt Beratungsstelle für erwerbslose Jugendliche und für das Projekt Erziehungsberatungsstelle. Der Kläger hat dabei die vom Beklagten geleistete Zuwendung für die Finanzierung der genannten Projekte verwandt und damit die ausgereichten Mittel zweckentsprechend eingesetzt.

[24] Ein Verstoß gegen Auflagen des Bescheids (§ 32 Abs. 2 Nr. 4 SGB X) liegt nicht vor. Bestandteil der Zuwendungsbescheide sind nach deren jeweiliger Nr. 1 der „Nebenbestimmungen“ auch die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen und Projektförderung (ANBest-P). Von deren Inhalt hatte der Kläger Kenntnis, da sie jeweils als Anlage zu den Zuwendungsbescheiden mit übersandt wurden.

[25] Der Kläger hat hier nicht gegen Nr. 1.1. Satz 2 ANBest-P verstoßen, wonach die Zuwendung wirtschaftlich und sparsam zu verwenden ist. Diese Vorschrift knüpft an den in § 7 SächsHO normierten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit an. Zwar ist mit dem Beklagten davon auszugehen, dass der Kläger danach grundsätzlich verpflichtet war, die Zuwendung wirtschaftlich und sparsam und auch entsprechend dem vorgelegten Finanzierungsplan zu verwenden. Mit der Erhöhung seiner Eigenmittel zur Begleichung der Kosten infolge Überschreitung der Einzelansätze seines Finanzierungsplans - zum Teil um mehr als 20 % - verstieß er aber nicht gegen diesen Grundsatz. Denn Nr. 1.2 der ANBest-P enthält gerade für diese Fallkonstellation spezielle Regelungen. Der Zuwendungsempfänger durfte dabei davon ausgehen, dass er bei Einhaltung dieser Regelungen dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bereits entspricht. Für diese Betrachtungsweise streitet, dass die speziellen Regelungen zu den Überschreitungen der Einzelansätze und des Gesamtergebnisses direkt im Anschluss an die Regelung zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Nr. 1.1 ANBest-P stehen, sie konkrete Fallkonstellationen bezeichnen und Einschränkungen vorsehen, so dass diese Bestimmungen vom Empfängerhorizont aus insoweit als abschließend zu verstehen sind. So bestimmt Nr. 1.2 Satz 2 ANBest-P grundsätzlich, dass der Finanzierungsplan, d. h. die in diesem aufgegliederte Berechnung der mit dem Zweck der Zuwendung zusammenhängenden Ausgaben mit einer Übersicht über die beabsichtigte Finanzierung, verbindlich ist. Diese Vorschrift stellt eine Konkretisierung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dar. Denn es soll bei den vorab kalkulierten Mitteln, nach denen sich die ausgereichte Zuwendungshöhe richtet, bleiben. Abweichungen sind, jedoch nur unter den konkret genannten Voraussetzungen der Nr. 1.2. Sätze 3 bis 5 ANBest-P, möglich. Danach dürfen die Einzelansätze um bis zu 20 % überschritten werden, soweit die Überschreitung durch entsprechende Einsparungen bei anderen Einzelansätzen der zuwendungsfähigen Ausgaben ausgeglichen werden (Nr. 1.2 Satz 3 ANBest-P). Dies betrifft Fallkonstellationen, in denen die Einzelansätze um nicht mehr als 20 % überschritten werden und das Gesamtergebnis des Finanzierungsplans durch verminderte Kosten an anderer Stelle oder durch Einsparungen unverändert bleibt. Auch diese Vorschrift entspricht dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, denn auch hier bleiben das Gesamtergebnis und die Zuwendungshöhe unverändert. Gleiches gilt für Nr. 1.2 Satz 4 ANBest-P. Diese regelt quasi im nächsten Schritt die Überschreitung der Einzelansätze um mehr als 20 %. Dass es sich um eine Spezialregelung handelt, wird bereits dadurch deutlich, dass die Überschreitung eines Einzelansatzes auf behördlichen Bedingungen oder Auflagen, insbesondere im Rahmen des baurechtlichen Verfahrens, beruhen muss. Aber auch hier darf das Gesamtergebnis nicht überschritten werden. Im nächsten und letzten Schritt enthält Nr. 1.2 ANBest-P dann noch für den Fall der Überschreitungen des Gesamtergebnisses und der Einzelansätzen (Nr. 1.2 Satz 5 ANBest-P) eine spezielle Regelung. Dort heißt es nämlich: „Im Übrigen sind Überschreitungen zulässig, wenn sie der Zuwendungsempfänger voll aus eigenen Mittel trägt.“ Die Vorschrift knüpft an die Sätze 4 und 5 der Nr. 1.2.

ANBest-P an und regelt als Letztes Überschreitungen der Einzelansätze und des Gesamtergebnisses. Dies wird durch die Verwendung der Begriffe „Im Übrigen“ und „Überschreitungen“ deutlich. Nach dem Empfängerhorizont ist die Vorschrift ebenfalls dahin zu verstehen, dass es zuwendungsrechtlich unschädlich ist, Einzelansätze um mehr als 20 % zu überschreiten, wenn der Zuwendungsempfänger die Mehrkosten, die dadurch für das Projekt entstehen, selbst aufbringt. Aus seiner Sicht entspricht diese Verfahrensweise zudem dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Denn die Überschreitungen sind aus Eigenmitteln aufzubringen, so dass dem Zuwendungsgeber keine zusätzlichen Kosten entstehen. Es bleibt bei dem aus seiner Sicht vom Regelungsgehalt auch umfassten und gewünschten Ziel, dass die nach dem Finanzierungsplan festgesetzte Zuwendungshöhe trotz der finanziellen Mehraufwendungen unverändert bleibt.

[26] Ein Auflagenverstoß liegt auch nicht in Bezug auf die Nr. 10 der Nebenbestimmungen der Zuwendungsbescheide i. V. m. Nr. 5.1.2 NBest-P vor. Zwar hat der Kläger keine Mitteilung von der Erhöhung der Eigenanteile und des zusätzlichen Eigenmitteleinsatzes gemacht. Er musste eine solche Mitteilung aber auch nicht machen. Denn er konnte aufgrund der speziellen Bestimmung in Nr. 1.2 Satz 5 ANBest-P davon ausgehen, dass es sich um keinen für die Bewilligung der Zuwendung maßgeblichen Umstand handelt.

[27] [...]

Stiftungsrecht

Beurteilung einer Stiftung als Familienstiftung

ErbStG 1997 § 1 Abs. 1 Nr. 4; ErbStG 2003 § 2 Abs. 2 S. 4

1. NV: Der Erhalt und die Pflege des Stiftungsvermögens stellen noch keinen Stiftungszweck dar. Besteht das Stiftungsvermögen im Wesentlichen aus einem Unternehmen und/oder Unternehmensbeteiligungen, spricht die vom Stifter beabsichtigte Sicherung des Unternehmens daher weder für noch gegen ein (wesentliches) Familieninteresse.

2. NV: Die Bezugsberechtigung von Familienangehörigen begründet auch dann ein wesentliches Familieninteresse, wenn sie an Voraussetzungen geknüpft ist, die im Dreißigjahreszeitraum nicht eingetreten sind, weil es an weiteren mit Rechtsansprüchen ausgestatteten Begünstigungen fehlt.

Orientierungssatz

1. NV: Ob eine Stiftung als Familienstiftung anzusehen ist, ist anhand des vom Stifter verfolgten Zwecks der Stiftung zu beurteilen, wie er ihn objektiv erkennbar in der Satzung zum Ausdruck gebracht hat.

2. NV: „Wesentlich“ im Interesse einer Familie errichtet ist eine Stiftung dann, wenn das Wesen der Stiftung nach der Satzung und ggf. dem Stiftungsgeschäft darin besteht, es der Familie zu ermöglichen, das Stiftungsvermögen, soweit es einer Nutzung zu privaten Zwecken zugänglich ist, zu nutzen und die Stiftungserträge aus dem gebundenen Vermögen an sich zu ziehen (vgl. BFH-Urteil vom 10.12.1997 II R 25/94).

3. Entgegen R 2 Abs. 2 Satz 4 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2003 kommt es für die Gewichtung der Spenden im Vergleich zu den Vorteilen für die Familienmitglieder nicht auf ein wie auch immer beschaffenes Verhältnis der tat-

sächlich ausgeschütteten Erträge an Familienmitglieder und familienfremde Empfänger an, sondern auf die Bezugsberechtigung.

BFH, Urt. v. 18.11.2009 – II R 46/07

Sachverhalt

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts, die am 12. Juni 1968 mit Sitz in A (Deutschland) von einem Unternehmer (Stifter) errichtet wurde. Vorstand der Klägerin waren der Stifter und nach seinem Tod im Jahre 1989 seine zweite Ehefrau. Die Aufsichtsbehörde sah die Klägerin als Familienstiftung an und übte daher nur eine eingeschränkte Stiftungsaufsicht aus. Die Klägerin bezeichnete sich in ihren Satzungen bis 1983 selbst als „Familienstiftung“.

Die mehrmals geänderte Satzung benannte als Stiftungszweck die Unterstützung des Stifters und seiner Ehefrau sowie ihres Sohnes (jeweils § 2 Abs. 1 der Satzung). Nach dem Tod der Ehefrau im Jahre 1981 und der Wiederverheiratung des Stifters bestimmte die Satzung ihn, seine zweite Ehefrau, seine Adoptivtochter sowie den Sohn seiner ersten Ehefrau zu Destinatären. Die Klägerin gewährte den Destinatären bis an deren Lebensende Ansprüche auf monatliche Geldzahlungen, soweit deren Einkünfte einen bestimmten Betrag unterschritten. Die näheren Voraussetzungen für die Zahlungen wurden bei jeder Satzungsänderung modifiziert, insbesondere die Beträge regelmäßig angehoben und zum Teil nachträglich dynamisch an die Beamtenbesoldung gekoppelt. Da die anderweitigen Einkünfte der Destinatäre – seit 1986 auch durch Zahlungen der ebenfalls vom Stifter errichteten B-Stiftung – nie hinter diesen Grenzbetrag zurückblieben, leistete die Klägerin seit ihrer Errichtung keine Zahlungen an die Destinatäre. Seit 1986 erlaubte die Satzung unter Berücksichtigung von Ausschüttungen an die Destinatäre Spenden an gemeinnützige Einrichtungen (§ 2 Abs. 6 der Satzung vom 10. Oktober 1986), die auch tatsächlich getätigt wurden.

Nachdem die Klägerin zunächst am 9. Juli 1968 mit einem Barvermögen von 300.000 DM ausgestattet worden war, gehörten ihr seit 1968 auch Unternehmensbeteiligungen. Am 9. Juli 1998 war sie zu 95 v.H. an der X-Verwaltungs-GmbH (Komplementär-GmbH) beteiligt, die einzige Komplementärin der Y-GmbH & Co. KG (Holding-KG) war. Zugleich war die Klägerin zu 80 v.H. Kommanditistin der Holding-KG. Die Holding-KG stand an der Spitze der verschiedenen Unternehmen der Unternehmensgruppe. Die Satzung vom 10. Oktober 1986 bezeichnete die „finanzielle Sicherung der Unternehmensgruppe“ als „besonderes Anliegen des Stifters, solange die Stiftung an der Unternehmensgruppe mit insgesamt mehr als 51 % beteiligt ist“ (§ 3 Abs. 2 der Satzung).

Die Klägerin konnte mit Beschluss des Vorstands aufgelöst werden (§ 9 der Satzungen von 1968 und 1969, seit dem 31. Dezember 1977 § 12 der Satzung). Die Satzungen von 1968 und 1969 ließen die Auflösung nur zu, wenn die Vermögensanlage u.a. bei der Unternehmensgruppe nicht mehr möglich war. Die Satzungen ab 1977 sprachen die Voraussetzungen einer Auflösung nicht mehr an. Anfallsberechtigt waren gemeinnützige Unternehmen, die in den Satzungen von 1968 und 1969 namentlich benannt waren und deren Auswahl in späteren Satzungen dem Vorstand vorbehalten war.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt -FA-) sah die Klägerin als Familienstiftung an und setzte gegen sie zuletzt mit Bescheid vom 8. Dezember 2003 Ersatzerbschaftsteuer

gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) in Höhe von ... DM (... €) fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, die Klägerin sei keine Familienstiftung i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Die finanzielle Sicherung der Unternehmensgruppe begründe keinen unmittelbaren bzw. keinen messbaren Vorteil der Familienangehörigen und genüge nicht den an ein Vermögensinteresse der Familie zu stellenden Anforderungen. Die Bezugsberechtigung der Familienmitglieder sei wegen deren eigener Einkünfte sowie deren Ansprüche gegen die B-Stiftung faktisch ausgeschlossen, so dass die Klägerin nicht wesentlich im Interesse der Familie errichtet worden sei. Die Vorentscheidung ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2008, 470 veröffentlicht.

Mit ihrer Revision rügt das FA Verletzung des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Das Merkmal „im Interesse einer Familie“ sei weit auszulegen und umfasse auch die finanzielle Sicherung der eigenen Unternehmensgruppe. Auch die Bezugsrechte der Destinatäre begründeten ein wesentliches Familieninteresse, wobei ohne Bedeutung sei, dass diese tatsächlich keine Zahlungen erhalten hätten.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Die Familienmitglieder seien nur formal als Bezugsberechtigte benannt worden, weil der Stifter bei der damaligen Genehmigungspraxis angenommen habe, nur dadurch eine Unternehmensstiftung errichten zu können.

Gründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung -FGO-). Die Klägerin ist entgegen der Auffassung des FG eine Familienstiftung i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG unterliegt der Erbschaftsteuer in Zeitabständen von je 30 Jahren das Vermögen einer Stiftung, sofern sie wesentlich im Interesse einer Familie oder bestimmter Familien errichtet ist (Familienstiftung).

Diese im Zuge der Erbschaftsteuerreform 1974 durch Gesetz vom 17. April 1974 eingeführte Ersatzerbschaftsteuer soll verhindern, dass in Familienstiftungen gebundenes Vermögen auf Generationen der Erbschaftsteuer entzogen wird (BTDrucks 7/1333, S. 3). Zu diesem Zweck fingiert der Steuertatbestand in Abständen von je 30 Jahren einen Generationenwechsel, bei dem der Erblasser zwei Kinder hinterlässt. Dementsprechend gewährt das Gesetz ausgehend vom Vermögen der Stiftung (§ 10 Abs. 1 Satz 6 ErbStG) den doppelten Freibetrag für Kinder und wendet die Steuersätze der Steuerklasse I mit dem Vmhundertersatz an, der für die Hälfte des steuerpflichtigen Vermögens gelten würde (§ 15 Abs. 2 Satz 3 ErbStG). Die Ersatzerbschaftsteuer ist verfassungsgemäß (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8. März 1983 2 BvL 27/81, BVerfGE 63, 312).

Voraussetzungen einer Familienstiftung

Ob eine Stiftung als Familienstiftung anzusehen ist, ist anhand des vom Stifter verfolgten Zwecks der Stiftung zu beurteilen, wie er ihn objektiv erkennbar in der Satzung zum Ausdruck gebracht hat. Die Bezeichnung durch den Stifter sowie die Einschätzung der Stiftungsaufsicht sind für die erbschaftsteuerrechtliche Beurteilung unerheblich.

Eine Stiftung ist im Interesse einer Familie errichtet, wenn sie den Vermögensinteressen einer Familie gewidmet ist (Urteil des Bundesfinanzhofs -BFH- vom 10. Dezember 1997 II R 25/94, BFHE 185, 58, BStBl II 1998, 114). Zu den weit zu fassenden Vermögensinteressen gehören nicht nur Bezugs- und Anfallsrechte, sondern alle unmittelbaren oder mittelbaren, nicht notwendig in Geld bezifferbaren Vermögensvorteile, die die begünstigte Familie aus dem Stiftungsvermögen zieht.

„Wesentlich“ im Interesse einer Familie errichtet ist eine Stiftung dann, wenn das Wesen der Stiftung nach der Satzung und ggf. dem Stiftungsgeschäft darin besteht, es der Familie zu ermöglichen, das Stiftungsvermögen, soweit es einer Nutzung zu privaten Zwecken zugänglich ist, zu nutzen und die Stiftungserträge aus dem gebundenen Vermögen an sich zu ziehen (BFH-Urteil in BFHE 185, 58, BStBl II 1998, 114).

Gewährt die Satzung nicht nur Familienmitgliedern, sondern auch Dritten Vermögensvorteile, ist eine wertende Gesamtschau aller Vermögensinteressen vorzunehmen. Abzustellen ist dabei jeweils auf den Dreißigjahreszeitraum (BFH-Urteil in BFHE 185, 58, BStBl II 1998, 114). Besteht das Stiftungsvermögen im Wesentlichen aus einem Unternehmen und/oder Unternehmensbeteiligungen, spricht der vom Stifter beabsichtigte Erhalt des Unternehmens weder für noch gegen ein (wesentliches) Familieninteresse. Denn der Erhalt und die Weiterentwicklung des Stiftungsvermögens stellen noch keinen Stiftungszweck dar (MünchKommBGB/Reuter, 5. Aufl. 2006, §§ 80, 81 Rz 95 f.; Pöllath/Richter, in Seifart/von Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 12 Rz 142, m.w.N.). Der Pflege des Stiftungsvermögens kann daher bei der Beurteilung des Stiftungszwecks keine entscheidende Bedeutung zukommen. Vorgaben des Stifters zum Stiftungsvermögen sind lediglich als Wiederholung des Motivs für die Errichtung der auf Dauer angelegten Stiftung oder als Bestimmung des Unternehmens als Einkunftsquelle (Dotationsquelle) und damit als Mittel zur eigentlichen Zweckerfüllung der Stiftung aufzufassen (vgl. zur Trennung von Vermögensanlage und Mittelverwendung: Pöllath/Richter, a.a.O., § 12 Rz 53, 142). Auch bei unternehmensbezogenen Stiftungen sind daher nur die ggf. verschiedenen Stiftungszwecke daraufhin zu prüfen, ob die Stiftung wesentlich dem Familieninteresse dient.

Ausgehend von diesen Grundsätzen war die Klägerin entgegen der Auffassung des FG zwischen dem Zeitpunkt der ersten Ausstattung mit Vermögen am 9. Juli 1968 und dem Entstehen der Ersatzerbschaftsteuer mit Ablauf des 9. Juli 1998 (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG) eine Familienstiftung i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG.

Bereits die Bezugsberechtigung der in den Satzungen bezeichneten Familienangehörigen prägt das Wesen der Klägerin als Familienstiftung. Die Unterstützung dieser namentlich benannten Angehörigen des Stifters ist der einzige in allen Satzungen ausdrücklich benannte Stiftungszweck. Die Satzung gewährt ausschließlich Familienmitgliedern als Ansprüche verfestigte Rechtspositionen. Der Annahme eines wesentlichen Familieninteresses steht nicht entgegen, dass im Streitfall die Bezugsberechtigung die Unterschreitung von Einkommengrenzen voraussetzte, die bei den Destinatären im Dreißigjahreszeitraum nicht eingetreten ist. Auf die Wahrscheinlichkeit, mit der die Destinatäre mit Unterstützungsleistungen rechnen konnten, kommt es nicht an. Zwar war damit der wirtschaftliche Gehalt der Bezugsberechtigung gering; dies relativiert sich aber im Hinblick auf die ohnehin schmale Zwecksetzung für die Klägerin, der es an einem weiteren mit Rechtsansprüchen ausgestatteten Begünstigten fehlt.

Kein Entgegenstehen weiterer Umstände

In Anbetracht der Bezugsberechtigung der Familienmitglieder fallen die gegen eine Familienstiftung sprechenden Umstände nicht entscheidend ins Gewicht.

Das gilt zunächst für die Spenden, die nach der Satzung von 1986 zugelassen und auch tatsächlich getätigt worden waren. Anders als bei der Bezugsberechtigung der Familienmitglieder räumte die Satzung nämlich nicht bestimmten Empfängern entsprechende Ansprüche ein, sondern stellte es in das Ermessen des Vorstands, ob, an wen und in welcher Höhe gespendet werden sollte. Zudem waren die Spenden ausdrücklich gegenüber der Sicherung der Familienmitglieder nachrangig. Entgegen R 2 Abs. 2 Satz 4 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2003 kommt es für die Gewichtung der Spenden im Vergleich zu den Vorteilen für die Familienmitglieder nicht auf ein wie auch immer beschaffenes Verhältnis der tatsächlich ausgeschütteten Erträge an Familienmitglieder und familienfremde Empfänger an, sondern auf die Bezugsberechtigung.

Auch die Anfallsberechtigung der gemeinnützigen Unternehmen stellt die Einordnung der Klägerin als Familienstiftung nicht in Frage. Die Satzungen enthielten von 1977 an keine Regelungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die Stiftung aufzulösen war. Hierüber hatten allein der Vorstand, also der Stifter und nach seinem Tod seine zweite Ehefrau, zu entscheiden; diesen war auch die Auswahl der gemeinnützigen Unternehmen vorbehalten. Im Übrigen deutete während des Dreißigjahreszeitraums nichts auf eine Auflösung der Klägerin hin.

Kein Entgegenstehen der Motive des Stifters

Der Beurteilung der Klägerin als Familienstiftung stehen die mit ihrer Errichtung etwa verbundenen Motive des Stifters nicht entgegen. Die Bezugsberechtigung der Familienmitglieder war ernstlich gewollt, um die Genehmigung der Stiftung zu erlangen. Dies wird auch durch die ständige Anpassung der Bezugsberechtigung an die geänderten familiären Verhältnisse und die mehrfache Heraussetzung der für die Destinatäre bestimmten Beträge deutlich.

Da das FG die Klägerin zu Unrecht nicht als Familienstiftung angesehen hat, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Der angefochtene Steuerbescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). Die auf die Aufhebung dieser Steuerfestsetzung gerichtete Klage war daher abzuweisen.

Steuerrecht

Zweckbetrieb und Marktverhaltensregelung

UWG (2008) § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11; AO § 65 Nr. 3

Steuerrechtliche Vorschriften stellen grundsätzlich keine Marktverhaltensregelungen dar. Ihre Verletzung kann auch nicht unter Zuhilfenahme des Vorsprungsgedankens als wettbewerbsrechtlich unlauter angesehen werden.

BGH, Urt. v. 2.12.2009 – I ZR 152/07

Sachverhalt

[1] Der Beklagte, ein gemeinnütziger Verband, der nach seiner Satzung die freie Wohlfahrtspflege und die Hilfeleistung für die Bevölkerung fördert, ist als Zweckbetrieb i.S. des § 65 AO steuerbegünstigt. Er bietet im Rahmen seiner Alten- und Behindertenarbeit auch Personenbeförderungen gegen Entgelt an.

[2] Der Kläger, ein Taxi- und Mietwagenunternehmer, hat behauptet, der Beklagte erbringe Beförderungsleistungen auch außerhalb seines Zweckbetriebs als eigenständige Dienstleistung. Er hat Rechnungen des Beklagten für Mietwagenfahrten

vorgelegt, bei denen seiner Ansicht nach der Beklagte keine über die reine Beförderung hinausgehenden Hilfeleistungen erbracht hatte. Der Umstand, dass in diesen Rechnungen keine Umsatzsteuer ausgewiesen sei, zeige, dass der Beklagte für seine außerhalb des Zweckbetriebs durchgeführten Krankenfahrten nicht die Steuern abführe, die die Mitbewerber zu zahlen hätten. Dadurch verschaffe sich der Beklagte zum Nachteil der Mitbewerber Vorteile im Wettbewerb. Das in § 65 Nr. 3 AO enthaltene Wettbewerbsverbot sei eine Marktverhaltensregelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG. Außerdem liege in dem Verhalten des Beklagten eine allgemeine Marktbehinderung.

[3] Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, Personen gegen Entgelt durch Verkehr mit Mietwagen zu befördern, ohne die auf diese Tätigkeit anfallenden Steuern, insbesondere Umsatz-, Körperschaft-, Vermögen- und Gewerbesteuer zu zahlen;

2. den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger vollständige Auskunft über sämtliche im Klageantrag zu 1 bezeichneten Beförderungen zu erteilen, und zwar unter Angabe der Wegstrecke, der Dauer der Beförderung, des Zeitpunkts, der Anzahl der Beförderungen und des Umsatzes insgesamt;

3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die im Klageantrag zu 1 bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

[4] Nach Ansicht des Beklagten liegen Fahrdienstleistungen für Menschen, die wegen Behinderung oder Alters hilfsbedürftig sind, innerhalb seines Zweckbetriebs. Für diese Fahrten habe er den ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7% und für Patientenfahrten, bei denen der Patient keine Hilfe benötigt habe, den seinerzeit geltenden Umsatzsteuersatz von 16% abgeführt. Die nach Ansicht des Klägers verletzten steuerrechtlichen Vorschriften stellten keine Marktverhaltensregelungen dar.

[5] Beide Vorinstanzen haben die Klage als unbegründet angesehen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe

[6] I. Das Berufungsgericht hat die Klage weder unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs noch unter dem einer allgemeinen Marktbehinderung für begründet erachtet und hierzu ausgeführt:

[7] Das Verhalten des Beklagten sei nicht nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unlauter. Zwar seien Krankenfahrten nicht als Zweckbetrieb im Bereich der Gesundheitspflege i.S. von § 65 Nr. 3 AO anzusehen. Auch schütze diese Vorschrift den potentiellen Wettbewerb, da sie den Wertungs- und Zielkonflikt zwischen der Förderung des Gemeinwohls und der Wettbewerbsneutralität des Steuerrechts regele und damit auch dem Schutz der mit Zweckbetrieben konkurrierenden nicht begünstigten Betriebe diene. Wenn kein Zweckbetrieb vorliege und sich die Nichtbesteuerung zum Nachteil der Mitbewerber auswirke, hätten diese gegenüber dem Finanzamt einen Anspruch auf Besteuerung der Körperschaft. Insoweit komme der Regelung des § 65 Nr. 3 AO eine drittschützende Wirkung zu.

Drittschützender Charakter des § 65 Nr. 3 AO

[8] Ungeachtet dieser Wettbewerbsrelevanz sei die genannte Vorschrift jedoch keine Marktverhaltensregelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG. Steuervorschriften bezweckten grundsätzlich nicht die Regelung des Marktverhaltens. Das gelte auch für der Wirtschaftslenkung dienende sogenannte Lenkungssteuern, sofern diese nicht ausnahmsweise unmittelbar den Schutz der

Verbraucher bezweckten. Die Vorschrift des § 65 Nr. 3 AO stelle zwar ein Lenkungsgesetz dar, das gemeinnützige wohltätige Betätigungen durch Anerkennung eines Steuervorteils fördern wolle. Die wettbewerbliche Relevanz liege in der unterschiedlichen Behandlung an sich gleichgelagerter wirtschaftlicher Betätigung. Der staatliche Eingriff in den Wettbewerb bestehe in der Schaffung eines wirtschaftlichen Sonderbereichs der Gemeinnützigkeit. Die Betätigung in diesem Bereich sei dem Eingriff erst nachgeordnet. Wer die Regeln der Steuerbegünstigung überschreite, verhalte sich nicht anders als derjenige, der im allgemeinen Wirtschaftsbereich Steuern hinterziehe. Der drittschützende Charakter der Vorschrift, der die Möglichkeit einer Konkurrentenklage vor dem Finanzgericht eröffne, ändere nichts daran, dass es bei der Vorschrift des § 65 Nr. 3 AO an der für die Bejahung eines Wettbewerbsverstößes erforderlichen spezifischen Marktbezogenheit fehle.

[9] Das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale einer allgemeinen Marktbehinderung habe der Kläger nicht hinreichend dargelegt. Vereinzelte Vorgänge reichten für die Annahme einer strukturellen Marktstörung nicht aus.

[10] II. Die Revision wendet sich gegen diese Beurteilung ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Klage, soweit sie auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG gestützt ist, mit Recht als unbegründet angesehen, weil die nach Ansicht des Klägers verletzte Bestimmung des § 65 Nr. 3 AO keine Marktverhaltensregelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG ist (dazu unten unter II 2 b). Seine Beurteilung, eine allgemeine Marktbehinderung sei nicht hinreichend dargelegt, lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Diese ist ferner nicht schon deshalb begründet, weil der Beklagte sich nach dem Vortrag des Klägers durch rechtswidriges Verhalten im Wettbewerb einen ungerechtfertigten Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern verschafft (dazu unten unter II 2 c). Da sich die Rechtslage schon unter dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung, in der dieses bis zum 7. Juli 2004 gegolten hat (UWG a.F.), ebenso dargestellt hat, sind auch der Schadensersatzfeststellungsanspruch sowie der seiner Durchsetzung dienende Auskunftsanspruch im vollen Umfang unbegründet (vgl. unten unter II 2 d).

[11] 1. Entgegen der Ansicht des Beklagten sind die gestellten Klageanträge i.S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt.

[12] [...]

[13] 2. Die Klage ist jedoch unbegründet, weil das vom Kläger beanstandete Verhalten des Beklagten weder im Hinblick auf einen von diesem begangenen Rechtsbruch noch nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel unlauter ist.

Wettbewerbswidriges Verhalten

[14] a) Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren des Klägers sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung anzuwenden, in der dieses Gesetz gemäß dem Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2949) seit dem 30. Dezember 2008 gilt (UWG 2008). Da der Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsfahrer gestützt ist, muss das beanstandete Verhalten des Beklagten allerdings auch schon zur Zeit seiner Begehung wettbewerbswidrig gewesen sein.

[15] Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, beanstandet der Kläger das Nichtabführen von Steuern auf Rechnungen, die der Beklagte in der Zeit zwischen dem 8. Januar 2004 und dem 8. Februar 2006 ausgestellt hat. Danach reichte es für den Unterlassungsanspruch des Klägers aus, wenn das beanstandete

Verhalten des Beklagten gegen § 4 Nr. 11 des am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen geänderten Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (UWG 2004) verstieß. Diese Bestimmung ist durch die UWG-Novelle 2008 nicht geändert worden. Ihrer Anwendung steht im Streitfall auch nicht entgegen, dass die mit der UWG-Novelle 2008 in das nationale Recht umgesetzte Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken keinen dieser Vorschrift vergleichbaren Unlauterkeitsstatbestand kennt. Die genannte Richtlinie betrifft nach ihrem Artikel 3 Absatz 1 allein den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Auf Marktverhaltensregelungen, die lediglich das Verhältnis zwischen Mitbewerbern betreffen, ist § 4 Nr. 11 UWG danach nach wie vor uneingeschränkt anwendbar (Köhler in Köhler/Bornkamm, 28. Aufl., § 4 Rdn. 11.6a; ders., GRUR 2008, 841, 848).

[16] Für die Frage, ob dem Kläger ein Schadensersatzanspruch und – zu dessen Durchsetzung – ein Auskunftsanspruch zusteht, kommt es auf das zum Zeitpunkt der im Einzelnen beanstandeten Handlungen jeweils geltende Recht an (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Ur. v. 16.7.2009 - I ZR 56/09, GRUR 2009, 1075 Tz. 14 = WRP 2009, 1377 - Betriebsbeobachtung, m.w.N.).

[17] b) Nach § 65 Nr. 3 AO liegt kein Zweckbetrieb vor, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist. Diese Bestimmung stellt keine Marktverhaltensregelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG dar. Es kann daher für die hier vorzunehmende wettbewerbsrechtliche Beurteilung dahinstehen, ob die fraglichen Krankenfahrten des Beklagten zur Erfüllung seiner gemeinnützigen Tätigkeit erforderlich waren und damit ein steuerbegünstigter Zweckbetrieb im Sinne dieser Vorschrift vorlag.

[18] aa) Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Die verletzte Norm muss daher jedenfalls auch die Funktion haben, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen (vgl. BGHZ 144, 255, 269 - Abgasemissionen). Es reicht nicht aus, dass die Vorschrift ein Verhalten betrifft, das dem Marktverhalten vorausgegangen ist oder ihm erst nachfolgt. Fällt der Gesetzesverstoß nicht mit dem Marktverhalten zusammen, ist eine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion der verletzten Norm erforderlich (vgl. BGHZ 144, 255, 267 f. - Abgasemissionen). Die Vorschrift muss das Marktverhalten außerdem im Interesse der Marktteilnehmer regeln. Dem Interesse der Mitbewerber dient eine Norm dann, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerbslichen Entfaltung schützt (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.35c).

Steuerliche Vorschriften grundsätzlich keine Marktverhaltensregelungen

[19] bb) Steuerrechtliche Vorschriften stellen grundsätzlich keine Marktverhaltensregelungen dar (OLG München GRUR 2004, 169, 170; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen: BGH, Beschl. v. 4.12.2003 - I ZR 140/03; OLG Oldenburg WRP 2007, 685, 687; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.39; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 63; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4 Rdn. 11/17; Link in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rdn. 192; Harte/Henning/v. Jagow, UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rdn. 43; v. Walter, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 200; Elskamp, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 206). Ihr Zweck beschränkt sich im Normalfall darauf, die Finanzierung des Gemeinwesens zu ermöglichen. Steuerrechtliche Vorschriften

regeln insoweit nicht das Marktverhalten, sondern lediglich das Verhältnis zwischen dem Hoheitsträger und dem Steuerpflichtigen (MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 63). Sie bezwecken grundsätzlich auch nicht den Schutz der Interessen der Marktteilnehmer. Für die Beurteilung, ob ein Verstoß i.S. des § 4 Nr. 11 UWG vorliegt, ist es daher unerheblich, ob sich ein Unternehmer durch das Hinterziehen von Steuern einen Vorsprung im Wettbewerb verschafft (Ohly in Piper/Ohly/Sosnitzer aaO § 4 Rdn. 11/17). Ebenso kann das Nichterheben einer Steuer bei einem Mitbewerber regelmäßig nicht als Wettbewerbsverstoß beanstandet werden (MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 63).

[20] cc) Die Frage, ob davon abweichend dem Zweck der Wirtschaftslenkung dienende sogenannte Lenkungssteuern Marktverhaltensregelungen darstellen, ist umstritten. Dies wird zum Teil bejaht, wenn sie – wie zum Beispiel die gemäß Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes junger Menschen vor Gefahren des Alkohol- und Tabakkonsums vom 23. Juli 2004 (BGBl. I, S. 1857) erhobene Sondersteuer auf alkoholhaltige Süßgetränke (Alkopops) – dem Schutz von Verbrauchern dienen (vgl. Wehlau/v. Walter, ZLR 2004, 645, 659 ff., 663; Link in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 4 Nr. 11 Rdn. 192; a.A. OLG Oldenburg WRP 2007, 685, 687; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.39; v. Walter aaO S. 202; Elskamp aaO S. 206) oder – wie etwa das Tabaksteuergesetz – der Sache nach Preisvorschriften darstellen (vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2004, 255; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.39 und 11.38; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 63 und 333; a.A. OLG Hamburg OLG-Rep 2006, 215). Als Marktverhaltensregelungen werden in der Literatur vereinzelt auch Bestimmungen angesehen, die die gewerblichen Betriebe der öffentlichen Hand zum Schutz privater Mitbewerber steuerlich wie diese behandeln (vgl. – zu § 2 Abs. 3 UStG – Haslinger, WRP 2004, 58, 60; dies., WRP 2007, 1412, 1416; a.A. OLG München GRUR 2004, 169, 170; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.39; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 63).

[21] dd) Die im Streitfall in Rede stehende Bestimmung des § 65 Nr. 3 AO bezweckt zwar auch den Schutz der Interessen der Mitbewerber des durch die Steuerleichterung begünstigten Unternehmens. Sie ist aber gleichwohl keine Marktverhaltensregelung, weil sie nicht bezweckt, die Lauterkeit des Marktverhaltens der Steuerpflichtigen zu gewährleisten.

[22] (1) Die Einbeziehung von Zweckbetrieben in die Steuervergünstigungen für gemeinnützige Körperschaften stellt bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Subventionierung dieser Betriebe dar. Die Bestimmung des § 65 Nr. 3 AO setzt dem Grenzen. Unternehmen, die zu nicht begünstigten Unternehmen in größerem Umfang als für die Erfüllung ihrer steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar in Wettbewerb treten, sollen von den Steuervergünstigungen ausgeschlossen sein. Diese Schranke dient nicht allein dem Allgemeininteresse an der Erhöhung des Steueraufkommens, sondern auch dem Interesse der steuerlich nicht begünstigten Konkurrenzbetriebe an einem steuerlich nicht manipulierten Wettbewerb (vgl. Bericht und Antrag des Finanzausschusses zum Entwurf einer Abgabenordnung, BT-Drucks. 7/4292, S. 21; BFHE 191, 434, 439 f.; Koenig in Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, § 65 Rdn. 9; Knobbe-Keuk, BB 1982, 385, 388). Sie ist Ausdruck der Wettbewerbsneutralität des Steuerrechts und hat drittschützenden Charakter (vgl. Wunsch, Die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO als Schutznorm zugunsten nicht begünstigter Konkurrenten gemeinnütziger Körperschaften, 2002, S. 127). Mitbewerbern kann aus § 65 Nr. 3 AO daher unter Umständen ein Anspruch gegen das Finanzamt auf Besteuerung eines zu Unrecht als Zweckbetrieb behan-

delten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erwachsen. Dieser Anspruch kann im Wege der Konkurrentenklage durchgesetzt werden (Knobbe-Keuk, BB 1982, 385, 389; Klein/Gersch, AO, 10. Aufl., § 65 Rdn. 8 m.w.N.).

[23] (2) Die Wettbewerbsbezogenheit einer Bestimmung ist jedoch nicht gleichzusetzen mit einer Marktbezogenheit i.S. des § 4 Nr. 11 UWG. Eine Marktbezogenheit im Sinne dieser Bestimmung liegt nur dann vor, wenn die Vorschrift, gegen die der Wettbewerber bei seinem geschäftlichen Handeln verstößt, eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion aufweist (st. Rspr.; vgl. BGHZ 150, 343, 347 – Elektroarbeiten; BGH, Urt. v. 29.6.2006 – I ZR 171/03, GRUR 2007, 162 Tz. 11 = WRP 2007, 177 – Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft; Urt. v. 26.2.2009 – I ZR 222/06, GRUR 2009, 883 Tz. 11 = WRP 2009, 1092 – MacDent). Daran fehlt es etwa dann, wenn eine Vorschrift lediglich bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten oder die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen soll (vgl. BGHZ 150, 343, 347 – Elektroarbeiten; BGH, Urt. v. 26.9.2002 – I ZR 293/99, GRUR 2003, 164, 166 = WRP 2003, 1182 – Altauverwertung).

[24] (3) Die Vorschrift des § 65 Nr. 3 AO soll verhindern, dass gemeinnützige Körperschaften auch dann Steuervergünstigungen erhalten, wenn sie außerhalb ihrer gemeinnützigen Tätigkeit in Wettbewerb mit gewerblich tätigen Steuerpflichtigen treten, die diese Steuervergünstigungen nicht bekommen. Sie befasst sich daher mit dem Zielkonflikt zwischen der grundsätzlich gebotenen Wettbewerbsneutralität der Besteuerung und der Förderung ideeller Zwecke (Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung, 10. Aufl., § 65 AO Rdn. 27) und dient insoweit dem von staatlichen Subventionen unbeeinflussten freien Wettbewerb. Zur Erreichung dieses Ziels erlegt sie den von ihr betroffenen Steuerpflichtigen jedoch keine Pflichten auf, die diese bei ihrem Marktauftritt zu erfüllen haben. Insbesondere bestimmt sie nicht, dass der Beklagte seine Beförderungsleistungen nur dann erbringen darf, wenn er seine dabei erzielten Umsätze und Einkünfte unter Beachtung dieser Bestimmung zur Umsatzsteuer anmeldet sowie in den von ihm nachfolgend gegebenenfalls auch abzugebenden Körperschaft- und Gewerbesteuererklärungen als zu versteuernde Einkünfte bzw. Erträge erklärt. Die insoweit dann quartals- oder monatsweise abzugebenden Umsatzsteuervoranmeldungen sowie die jahresweise abzugebenden Körperschaft- und Gewerbesteuererklärungen stehen zeitlich und sachlich außerhalb des für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung relevanten Sachverhalts. Soweit der Beklagte in ihnen in Bezug auf die Anwendung des § 65 Nr. 3 AO unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder die Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt, kann er sich deshalb zwar möglicherweise einer steuerrechtlichen Konkurrentenklage (vgl. oben unter II 2 c dd (1)) sowie – vorsätzliches oder leichtfertiges Verhalten vorausgesetzt – einer strafrechtlichen oder bußgeldmäßigen Ahndung aussetzen (vgl. §§ 370, 378 AO). Für eine wettbewerbsrechtliche Ahndung seines Verhaltens ist demgegenüber aber kein Raum (MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 54; Link in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 4 Nr. 11 Rdn. 73).

[25] c) Das nach den Ausführungen zu vorstehend II 2 b zwar möglicherweise steuerrechtlich zu beanstandende, aber nicht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß § 4 Nr. 11 UWG als wettbewerbswidrig zu beurteilende Verhalten des Beklagten verstößt auch nicht gegen das bis zur UWG-Novelle 2008 in § 3 UWG 2004 und seither in § 3 Abs. 1 UWG 2008 geregelte generelle Verbot unlauteren Handelns im Wettbewerb. Der Gesetzgeber hat mit dem Erlass des § 4 Nr. 11 UWG im Jahr

2004 zu erkennen gegeben, dass Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Rechtsnormen allein unter den besonderen Voraussetzungen dieser Vorschrift als unlauter anzusehen sind. Er hat sich dabei von der Erwägung leiten lassen, dass es nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts sein kann, alle nur denkbaren Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit geschäftlichen Handlungen (auch) lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren, sofern sie zu einem Vorsprung im Wettbewerb führen (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 4 Nr. 11 UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487 S. 19). Aus diesem Grund können Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, die keine Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sind, de lege lata auch nicht unter Zuhilfenahme des Vorsprungsgedankens über § 3 UWG 2004, § 3 Abs. 1 UWG 2008 als unlauter angesehen werden (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 3 Rdn. 65; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 31; Ullmann in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 3 Rdn. 21; Link in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 4 Nr. 11 Rdn. 11; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 24; Scherer, WRP 2006, 401, 404 f. und 406; Schaffert, Festschrift für Ullmann, 2006, S. 845, 849; v. Walter aaO S. 153 ff.; Böhler, Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand, 2009, S. 212; a.A. Sack, WRP 2004, 1307, 1315 f.; ders., WRP 2005, 531, 539 ff.; Glöckner, GRUR 2008, 960, 965 ff.; Elskamp aaO S. 223 ff.).

[26] d) Soweit der Kläger gemäß den Klageanträgen 2 und 3 Schadensersatz für vom Beklagten vor dem 8. Juli 2004 durchgeführte Fahrten begehrt, beurteilt sich die Haftung des Beklagten nach den Bestimmungen des bis zu diesem Zeitpunkt geltenden früheren Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG a.F.; vgl. oben unter II 2 a a.E.). Auch die insoweit daher noch anwendbare Bestimmung des § 1 UWG a.F. setzte jedoch die Verletzung einer Marktverhaltensregelung voraus und ließ es für die Bejahung der Wettbewerbswidrigkeit einer Verhaltensweise ebenfalls nicht genügen, dass sich der Handelnde durch die Verletzung einer Norm, die diese Voraussetzung nicht erfüllte, einen Vorsprung im Wettbewerb verschaffte (vgl. BGHZ 144, 255, 266 ff. - Abgasemissionen).

[27] III. Danach ist die Revision des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Andere Rechtsgebiete

Richtlinie 92/50 Art. 1 Buchst. a, 3 Abs. 2, 7 Abs. 1, 10, 14, 16, Anhang IA; Richtlinie 2004/18 Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d, 2, 7 Buchst. b, 22, 23 bis 55

1. Leitsatz: Die Bundesrepublik Deutschland hat im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen nach dem Submissionsmodell in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 10 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, aus Art. 22 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie verstoßen, dass sie keine Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Verfahrens zur Auftragsvergabe veröffentlicht hat.

EUGH, Urt. v. 29.4.2010 – C-160/08

Gründe

[1] Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) sowie gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, wie sie in den Art. 43 EG und 49 EG niedergelegt sind, verstoßen hat, dass sie Aufträge im Bereich öffentlicher Notfalltransportleistungen und qualifizierter Krankentransportleistungen (im Folgenden: öffentliche Krankentransportleistungen) nicht öffentlich ausgeschrieben bzw. nicht transparent vergeben hat und dass sie keine Bekanntmachungen über vergebene Aufträge veröffentlicht hat.

[...]

Sachverhalt

[18] Bei der Kommission gingen mehrere Beschwerden u. a. von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland ein, die mit der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen in diesem Mitgliedstaat in Zusammenhang standen.

[19] In Deutschland fällt die Organisation des Rettungsdienstes in die Zuständigkeit der Bundesländer.

[20] Rettungsdienstleistungen werden in den meisten Bundesländern nach dem „dualen System“ erbracht, das auch „Trennungsmodell“ genannt wird. Es beruht auf der Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Rettungsdienst, der etwa 70% aller Rettungsdienstleistungen ausmacht, und der Erbringung von Rettungsdienstleistungen aufgrund von Genehmigungen nach den einschlägigen Landesgesetzen, deren Anteil am Gesamtaufkommen dieser Dienstleistungen etwa 30% beträgt.

[21] Der öffentliche Rettungsdienst erfasst üblicherweise Notfalltransportleistungen und qualifizierte Krankentransportleistungen. Der Notfalltransport bezeichnet die Beförderung von lebensbedrohlich verletzten oder erkrankten Personen unter fachgerechter Betreuung mit Notarzt- oder Rettungswagen. Der qualifizierte Krankentransport besteht in der Beförderung von kranken, verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die keine Notfallpatienten sind, unter fachgerechter Betreuung mit Krankentransportwagen. Beide Arten von Leistungen stehen der Bevölkerung im gesamten betreffenden Gebiet im Allgemeinen rund um die Uhr zur Verfügung und schließen dabei häufig den Betrieb von ständig mit Personal und Einsatzfahrzeugen ausgestatteten Rettungswachen mit ein.

[22] Medizinische Dienstleistungen sind bei der Notfallrettung sowie in eingeschränktem Maße beim qualifizierten Krankentransport verfügbar. Allerdings finden die Mehrzahl der Notfalltransporteinsätze und alle Einsätze des qualifizierten Krankentransports ohne ärztliche Beteiligung statt. Medizinische Leistungen werden beim Notfalltransport hauptsächlich von Rettungssanitätern erbracht. Notarztleistungen werden üblicherweise über separate Verträge mit den Krankenhäusern geregelt.

[23] Im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes schließen die Gebietskörperschaften als Träger des Rettungsdienstes mit Leistungserbringern Verträge über die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit diesen Dienstleistungen. Die Vergütung der betreffenden Dienstleistungen erfolgt entweder unmittelbar durch den Auftraggeber nach dem sogenannten

„Submissionsmodell“, auf das allein sich die vorliegende Klage bezieht, oder durch die Erhebung von Entgelten durch den Auftragnehmer bei den Patienten bzw. den Krankenkassen nach dem sogenannten „Konzessionsmodell“.

[24] Die Urheber der an die Kommission gerichteten Beschwerden behaupteten, dass in Deutschland die Aufträge über öffentliche Krankentransportleistungen in der Regel nicht Gegenstand einer auf der Ebene der Europäischen Union veröffentlichten Ausschreibung seien und nicht transparent vergeben würden. Einige Beschwerdeführer trugen vor, dass in den Fällen, die zur Einreichung ihrer Beschwerde Anlass gegeben hätten, eine allgemeine Praxis in diesem Mitgliedstaat zum Ausdruck komme.

[25] Die Untersuchungen durch die Kommission ergaben, dass in den Jahren 2001 bis 2006 zur Beschaffung von Notfalltransport- bzw. qualifizierten Krankentransportleistungen lediglich dreizehn Vergabebekanntmachungen von elf verschiedenen Gebietskörperschaften im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften und im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden waren. In demselben Zeitraum sei auch die Anzahl von Bekanntmachungen der Ergebnisse einer Auftragsvergabe äußerst gering gewesen, da es hierzu nur zwei Veröffentlichungen gegeben habe.

[...]

Vorverfahren

[36] In einem Aufforderungsschreiben vom 10. April 2006 teilte die Kommission der Bundesrepublik Deutschland mit, sie könnte – bei der Vergabe von entgeltlichen Dienstleistungsverträgen über Rettungsdienstleistungen, bei denen Verkehrsleistungen im Sinne von Kategorie 2 bzw. 3 des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 überwögen, bis 31. Januar 2006 gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI dieser Richtlinie und, seit 1. Februar 2006, gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 dieser Richtlinie verstoßen haben und – bei der Vergabe von entgeltlichen Dienstleistungsverträgen über Rettungsdienstleistungen, bei denen medizinische Leistungen im Sinne von Kategorie 25 des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18 überwögen, bis 31. Januar 2006 gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie und seit 1. Februar 2006 gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie sowie jedenfalls gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, die in den Art. 43 EG und 49 EG niedergelegt seien, insbesondere gegen das von diesen Prinzipien umfasste Diskriminierungsverbot, verstoßen haben.

[37] Die Bundesrepublik Deutschland antwortete auf dieses Mahnschreiben mit Schreiben vom 10. Juli 2006, in dem sie u. a. geltend machte, dass der öffentliche Rettungsdienst öffentlich-rechtlich organisiert sei und dass seine Ausübung der hoheitlichen Betätigung des Staates zuzuordnen sei. Verträge über Krankentransportleistungen könnten daher nicht als öffentliche Dienstleistungsaufträge eingestuft werden.

[38] Da die Kommission diese Antwort nicht für zufriedenstellend hielt, übersandte sie der Bundesrepublik Deutschland am 15. Dezember 2006 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie an den im Mahnschreiben erhobenen Rügen unverändert festhielt und die Bundesrepublik aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um diese Zuwiderhandlung binnen zwei Monaten nach Eingang dieser Stellungnahme abzustellen.

[39] Da die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Antwortschreiben vom 22. Februar 2007 auf die mit Gründen versehene Stellungnahme an ihrer Auffassung festhielt, hat die Kommission beschlossen, die vorliegende Klage zu erheben.

[...]

Würdigung durch den Gerichtshof

[72] In Anbetracht der mit der Anwendung von Art. 45 Abs. 1 EG und von Art. 55 EG verbundenen Konsequenzen ist vorab zu prüfen, ob diese Bestimmungen im vorliegenden Fall tatsächlich anzuwenden sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Dezember 2007, Kommission/Italien, C-465/05, Slg. 2007, I-11091, Rn. 31).

– Zur Ausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG

[73] Nach Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG erstrecken sich die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

[74] Wie die Generalanwältin in Nr. 51 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, fallen solche Tätigkeiten auch nicht in den Anwendungsbereich von Richtlinien, die, wie die Richtlinien 92/50 und 2004/18, der Durchführung der Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr dienen.

[75] Es ist daher zu prüfen, ob die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Krankentransportleistungen den Tätigkeiten im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG zuzurechnen sind.

[76] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Art. 45 EG und 55 EG als Ausnahmen von den Grundregeln der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs so auszulegen sind, dass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die zu schützen diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten erlauben, unbedingt erforderlich ist (vgl. u. a. Urteile vom 15. März 1988, Kommission/Griechenland, 147/86, Slg. 1988, 1637, Rn. 7, vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Rn. 45, und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal, C-438/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 34).

[77] Nach ständiger Rechtsprechung muss bei der Beurteilung einer etwaigen Anwendung der in den Art. 45 EG und 55 EG vorgesehenen Ausnahmen berücksichtigt werden, dass die diesen Ausnahmen durch diese Artikel gezogenen Grenzen dem Unionsrecht unterfallen (vgl. insbesondere Urteile vom 21. Juni 1974, Reyners, 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 50, und Kommission/Portugal, Rn. 35).

[78] Nach gefestigter Rechtsprechung muss sich die in diesen Artikeln vorgesehene Ausnahmeregelung auf Tätigkeiten beschränken, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (vgl. Urteile Reyners, Rn. 45, vom 13. Juli 1993, Thijssen, C-42/92, Slg. 1993, I-4047, Rn. 8, und Kommission/Portugal, Rn. 36).

[79] Wie die Generalanwältin in Nr. 58 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, setzt diese Teilhabe eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen voraus.

[80] Im vorliegenden Fall ist vorab zu betonen, dass der Beitrag zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, zu dem jeder verpflichtet sein kann, insbesondere indem er einer Person in lebens- oder gesundheitsbedrohender Lage Hilfe leistet, für eine Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht ausreicht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien, C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Rn. 37, und Kommission/Italien, Rn. 38).

[81] Was das Recht der Erbringer von Krankentransportleistungen betrifft, auf Mittel wie Blaulicht oder Einsatzhorn sowie das ihnen durch die deutsche Straßenverkehrsordnung eingeräumte Vorfahrtsrecht zurückzugreifen, so kommt in ihnen zwar die vorrangige Bedeutung zum Ausdruck, die der nationale Gesetzgeber der Gesundheit der Bevölkerung gegenüber den allgemeinen Regeln des Straßenverkehrs beigemessen hat.

[82] Diese Rechte als solche können jedoch nicht als unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt betrachtet werden, da die betreffenden Leistungserbringer nicht mit vom allgemeinen Recht abweichenden Vorrechten oder Zwangsbefugnissen ausgestattet sind, um dessen Einhaltung zu gewährleisten, was, wie zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig ist, in die Zuständigkeit der Polizei- und Justizbehörden fällt (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Italien, Rn. 39, und Kommission/Portugal, Rn. 44).

[83] Ebenso wenig können Aspekte, wie sie von der Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf besondere organisatorische Befugnisse im Bereich der erbrachten Dienstleistungen, die Befugnis, bei Dritten Informationen einzuholen, oder den Einsatz anderer Fachdienste oder auch die Beteiligung an der Bestellung von Verwaltungsvollzugsbeamten im Zusammenhang mit den fraglichen Dienstleistungen angeführt worden sind, als Ausdruck einer hinreichend qualifizierten Wahrnehmung hoheitlicher bzw. vom allgemeinen Recht abweichender Befugnisse angesehen werden.

[84] Auch der gleichfalls von der Bundesrepublik Deutschland betonte Umstand, dass die Erbringung öffentlicher Krankentransportleistungen eine Zusammenarbeit mit den öffentlichen Stellen sowie mit Angehörigen der Berufsgruppen mit sich bringe, die, wie die Angehörigen der Polizeikräfte, mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet seien, stellt keinen Gesichtspunkt dar, durch den die Tätigkeit der Erbringung dieser Dienstleistungen mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden wäre (vgl. in diesem Sinne Urteil Reyners, Rn. 51).

[85] Gleiches gilt für den ebenfalls von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachten Umstand, dass die Verträge über die in Rede stehenden Dienstleistungsaufträge öffentlich-rechtlicher Natur seien und dass die betreffenden Tätigkeiten für Rechnung von Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausgeübt würden, die Träger des öffentlichen Rettungsdienstes seien (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Dezember 2007, Jundt, C-281/06, Slg. 2007, I-12231, Randnrn. 36 bis 39).

[86] Folglich ist festzustellen, dass die Art. 45 EG und 55 EG auf die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Tätigkeiten keine Anwendung finden.

[87] Daher ist zu prüfen, ob die von der Kommission behauptete Vertragsverletzung erwiesen ist.

Zu der von der Kommission behaupteten Vertragsverletzung

[88] Zunächst ist erstens darauf hinzuweisen, dass nach den Angaben, die die Kommission in ihren beim Gerichtshof eingereichten Schriftsätzen gemacht hat, die vorliegende Klage unter den in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden verschiedenen Arten der Erbringung öffentlicher Krankentransportleistungen auf das sogenannte „Submissionsmodell“ beschränkt ist, wonach der Leistungserbringer, dem der Auftrag erteilt wurde, unmittelbar von dem Auftraggeber, mit dem er den Vertrag geschlossen hat, oder von einer mit diesem Auftraggeber in Verbindung stehenden Finanzierungseinrichtung vergütet wird.

[89] Zweitens hat die Bundesrepublik Deutschland das Vorbringen der Kommission nicht bestritten, dass es sich bei den Gebietskörperschaften, die die einzelnen in der Klage bezeich-

neten Aufträge erteilt haben, um Auftraggeber im Sinne von Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 handelt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. November 2004, Kommission/Deutschland, C-126/03, Slg. 2004, I-11197, Rn. 18).

[90] Drittens kann der von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachte Umstand, dass die Verträge, mit denen diese Aufträge vergeben worden seien, dem öffentlichen Recht zuzurechnen seien, nicht verdecken, dass das von Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 verlangte vertragliche Element vorliegt. Vielmehr spricht er, wie die Kommission vorgetragen hat, für das Vorliegen dieses Elements (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a., C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Rn. 73).

[91] Die Schriftform und Entgeltlichkeit dieser Verträge werden von der Bundesrepublik Deutschland keineswegs in Abrede gestellt; sie widerspricht auch nicht den bezifferten Angaben der Kommission, wonach der jeweilige Wert der einzelnen in Rede stehenden Aufträge die in Art. 7 der Richtlinie 92/50 bzw. der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwerte deutlich übersteigt.

[92] Viertens ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch unstrittig, dass der Notfalltransport bzw. der qualifizierte Krankentransport, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, den Kategorien 2 bzw. 3 des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 und zugleich der Kategorie 25 des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18 zuzurechnen sind, so dass die Aufträge, die derartige Dienstleistungen zum Gegenstand haben, in den Anwendungsbereich von Art. 10 der Richtlinie 92/50 bzw. von Art. 22 der Richtlinie 2004/18 fallen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. September 1998, Tögel, C-76/97, Slg. 1998, I-5357, Rn. 40).

[93] Demgegenüber widerspricht die Bundesrepublik Deutschland bestimmten Tatsachenbehauptungen der Kommission. Sie tritt auch deren Vorbringen entgegen, dass diese Tatsachen eine allgemeine Praxis auf dem Gebiet der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen erkennen ließen.

Zu den Tatsachenbehauptungen

[94] Beruft sich die Kommission auf substantiierte Beschwerden, die wiederholte Verstöße gegen das Unionsrecht erkennen lassen, ist es nach ständiger Rechtsprechung Sache des betroffenen Mitgliedstaats, die in diesen Beschwerden behaupteten Tatsachen konkret zu widerlegen (vgl. Urteil vom 19. März 2009, Kommission/Griechenland, C-489/06, Slg. 2009, I-1797, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[95] Im vorliegenden Fall bestreitet die Bundesrepublik Deutschland nicht die Richtigkeit der von der Kommission vorgetragenen Tatsachen in Bezug auf den von der Stadt Magdeburg in Sachsen-Anhalt vergebenen Auftrag, den Auftrag im Zusammenhang mit dem Betrieb der Rettungswache von Witten-Herbede in Nordrhein-Westfalen sowie die von der Region Hannover und vom Landkreis Hameln-Pyrmont in Niedersachsen vergebenen Aufträge; die betreffenden Aufträge sind in den Randnrn. 27 und 29 bis 31 des vorliegenden Urteils erwähnt.

[96] Die Bundesrepublik tritt jedoch den Tatsachenbehauptungen der Kommission in Bezug auf die Aufträge entgegen, die von der Stadt Bonn, vom Landkreis Uelzen und von verschiedenen Gebietskörperschaften des Landes Sachsen vergeben wurden.

[97] Was zunächst den in Rn. 28 des vorliegenden Urteils erwähnten, von der Stadt Bonn vergebenen Auftrag betrifft, sind die Angaben der Bundesrepublik Deutschland zu den Gründen für den Ausschluss eines deutschen Bieters allerdings nicht geeignet, das von ihr nicht bestrittene Vorbringen der Kommission in Frage zu stellen, dass im Rahmen dieses Auftrags unionsrechtliche Vorschriften über die Transparenz im Bereich der öffentlichen Aufträge nicht eingehalten worden seien.

[98] In Bezug auf den vom Landkreis Uelzen vergebenen, in Rn. 32 des vorliegenden Urteils erwähnten Auftrag geht die von der Kommission erhobene Rüge, wie sich aus der Erörterung zwischen den Verfahrensbeteiligten vor dem Gerichtshof ergibt, dahin, dass der Gegenstand des im Jahr 1984 zwischen diesem Landkreis und dem DRK-Kreisverband geschlossenen Vertrags unter Missachtung des Unionsrechts über öffentliche Aufträge im Jahr 2004 auf den Betrieb der Rettungswache von Bad Bevensen ausgedehnt worden sei.

[99] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass eine Änderung des ursprünglichen Auftrags u. a. dann als wesentlich und somit als neue Auftragsvergabe im Sinne der Richtlinie 92/50 bzw. der Richtlinie 2004/18 angesehen werden kann, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Rn. 36).

[100] Im vorliegenden Fall geht aus den Angaben in der Akte hervor, dass sich der Wert des Auftrags über den Betrieb der Rettungswache von Bad Bevensen auf 673.719,92 Euro, also einen Betrag beläuft, der deutlich über den in Art. 7 der Richtlinien 92/50 und 2004/18 festgelegten Schwellenwerten liegt.

[101] Unter diesen Umständen ist die in Rn. 98 des vorliegenden Urteils genannte Vertragserweiterung, wie die Kommission geltend macht, als wesentliche Änderung des ursprünglichen Auftrags anzusehen, die eine Einhaltung der maßgebenden Vorschriften des Unionsrechts über öffentliche Aufträge erforderlich gemacht hätte.

[102] Was schließlich die im Land Sachsen vergebenen, in den Randnrn. 33 bis 35 des vorliegenden Urteils erwähnten Aufträge betrifft, ist der von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachte Umstand, dass der gerügte Verstoß mit Beendigung der zwischen 2002 und 2004 verlängerten Verträge und dem Inkrafttreten einer Neuregelung in diesem Bundesland im Januar 2005, mit der ein transparentes Verfahren zur Vergabe von Aufträgen über öffentliche Rettungsdienstleistungen eingeführt worden sei, nicht mehr vorliege, nicht geeignet, das von ihr nicht bestrittene Vorbringen der Kommission zu entkräften, dass diese Verträge unter Geltung der früheren Regelung ohne jede Transparenz auf Unionsebene mit Wirkung zum 31. Dezember 2008 verlängert worden seien.

[103] Daher hatte die von der Kommission hinsichtlich dieser verschiedenen Aufträge des Landes Sachsen dargestellte Lage bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist, dem für die Beurteilung des Vorliegens der behaupteten Vertragsverletzung maßgebenden Zeitpunkt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2009, Kommission/Spanien, C-562/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 23), d. h. am 16. Februar 2007, noch Bestand.

[104] Folglich sind sämtliche von der Kommission behaupteten Tatsachen als erwiesen anzusehen.

Zur behaupteten Praxis

[105] Die Bundesrepublik Deutschland wirft der Kommission vor, sich auf Einzelfälle zu berufen, um das Vorliegen einer allgemeinen Praxis der unionsrechtswidrigen Vergabe von Auf-

trägen über öffentliche Krankentransportleistungen geltend zu machen.

[106] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission beim Gerichtshof die Feststellung beantragen kann, dass ein Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegt, weil bei Behörden eines Mitgliedstaats eine diesem Recht entgegenstehende, anhand von Einzelfällen illustrierte allgemeine Praxis herrsche (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Oktober 2007, Kommission/Irland, C-248/05, Slg. 2007, I-9261, Rn. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[107] Die Feststellung einer behaupteten Vertragsverletzung auf der Grundlage einer in einem Mitgliedstaat bestehenden Verwaltungspraxis setzt allerdings einen hinreichend dokumentierten und detaillierten Nachweis der gerügten Praxis durch die Kommission voraus. Daraus muss sich ergeben, dass sich diese Verwaltungspraxis bis zu einem bestimmten Grad verfestigt hat und allgemein beachtet wird. Die Kommission kann sich hierfür nicht auf irgendeine Vermutung stützen (vgl. Urteile vom 7. Juni 2007, Kommission/Griechenland, C-156/04, Slg. 2007, I-4129, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 19. März 2009, Kommission/Griechenland, Rn. 48).

[108] Hat die Kommission genügend Anhaltspunkte dafür beigebracht, dass sich bei den Behörden des beklagten Mitgliedstaats eine wiederholt angewandte, fortbestehende Praxis herausgebildet hat, die gegen das Unionsrecht verstößt, muss dieser Mitgliedstaat die angeführten Tatsachen und deren Folgen substantiiert bestreiten (vgl. Urteile vom 26. April 2005, Kommission/Irland, C-494/01, Slg. 2005, I-3331, Rn. 47, und vom 25. Oktober 2007, Kommission/Irland, Rn. 69).

[109] Im vorliegenden Fall hat die Bundesrepublik Deutschland, wie aus den Randnrn. 95 bis 104 des vorliegenden Urteils hervorgeht, gegenüber den Tatsachenbehauptungen der Kommission betreffend wiederholte Verstöße gegen das Unionsrecht im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen nicht entkräften können. Sie hat auch nichts dafür vorgetragen, dass in diesen Bundesländern bei anderen nach dem Submissionsmodell vergebenen Aufträgen das Unionsrecht über öffentliche Aufträge eingehalten worden wäre.

[110] Vielmehr bestätigen, wie die Generalanwältin in Nr. 150 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, die Angaben der Kommission, denen die Bundesrepublik Deutschland nicht widersprochen hat und die die äußerst geringe Anzahl der Fälle bescheinigen, in denen ein Auftrag über öffentliche Krankentransportleistungen unter Einhaltung des Unionsrechts vergeben wurde, dass in den vier fraglichen Bundesländern eine Praxis herrscht, die über die von der Kommission mit dieser Klage vorgetragenen Einzelfälle hinausgeht.

[111] Demnach ist die von der Kommission behauptete Praxis hinsichtlich der Bundesländer Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen als erwiesen anzusehen.

[112] Daher ist zu prüfen, ob die von der Kommission behaupteten Verstöße gegen die Richtlinien 92/50 und 2004/18 sowie gegen die Art. 43 EG und 49 EG vorliegen.

Zu den Verstößen, die in der Nichteinhaltung der Richtlinien 92/50 und 2004/18 bestehen sollen, sowie gegen die Art. 43 EG und 49 EG

[113] Die Kommission trägt in ihrer Klage vor, dass in den Fällen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen, die dadurch gekennzeichnet seien, dass

der Wert der Verkehrsleistungen höher sei als derjenige der medizinischen Leistungen, die in Rede stehende Praxis gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 dieser Richtlinie verstoßen habe. Nach diesen einzelnen Abschnitten bzw. Bestimmungen obliege es dem Auftraggeber u. a., für die Zwecke der Vergabe des betreffenden Auftrags unionsweit eine Vergabebekanntmachung zu veröffentlichen und die Bekanntmachung der Ergebnisse der Vergabe dieses Auftrags sicherzustellen.

[114] In den Fällen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Wert der medizinischen Leistungen höher ist als derjenige der Verkehrsleistungen, hält die Kommission die in Rede stehende Praxis für einen Verstoß gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie. Diese Bestimmungen verpflichteten im Wesentlichen den Auftraggeber dazu, die Bekanntmachung der Ergebnisse der Vergabe des in Rede stehenden Auftrags sicherzustellen.

[115] Die Kommission erhebt ferner die Rüge eines Verstoßes gegen die Art. 43 EG und 49 EG, die, wie sich aus den Randnrn. 45 bis 47 und 52 des vorliegenden Urteils ergibt, allerdings nur zulässig ist, soweit sie die Vergabe von Aufträgen betrifft, die der in der vorstehenden Randnummer genannten Fallgruppe zuzurechnen sind.

[116] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG der Kommission obliegt, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen, indem sie dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefert, anhand deren er das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen kann, ohne dass sie sich dabei auf irgendwelche Vermutungen stützen kann (vgl. Urteil vom 29. Oktober 2009, Kommission/Finnland, C-246/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[117] Wie die Generalanwältin in Nr. 113 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist die Verpflichtung der Kommission zur genauen Festlegung des konkreten Gegenstands der behaupteten Vertragsverletzung unerlässlich dafür, dass der beklagte Mitgliedstaat richtig versteht, welche Maßnahmen im Fall der Feststellung dieser Vertragsverletzung von ihm verlangt werden, um die Vereinbarkeit der beanstandeten Lage mit dem Unionsrecht in vollem Umfang wiederherzustellen.

[118] Im vorliegenden Fall geht aus der Akte hervor, dass die Kommission nach dem Hinweis in der mit Gründen versehenen Stellungnahme darauf, dass sie nicht über hinreichende Informationen verfüge, um festzustellen, welche Dienstleistungen, Verkehrsleistungen oder medizinische Leistungen, bei den bezeichneten Aufträgen einen höheren Wert hätten, wie die Generalanwältin in Nr. 96 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, bewusst davon abgesehen hat, diesen Aspekt im Rahmen der vorliegenden Klage zu behandeln, ohne dass der Akte zu entnehmen wäre, dass diese Entscheidung durch eine mutmaßlich mangelnde Zusammenarbeit seitens der deutschen Behörden im Laufe des Vorverfahrens vorgegeben gewesen wäre.

[119] In ihrer Klageschrift hat sie nämlich ganz allgemein ausgeführt, dass sowohl bei Aufträgen über qualifizierte Krankentransportleistungen als auch bei solchen über Notfalltransportleistungen der Wert der medizinischen Leistungen erheblich sein könne und dass, da die streitigen Aufträge regelmäßig beide Arten von Leistungen zugleich umfassten, das Verhältnis

der jeweiligen Werte dieser Leistungen je nach Auftrag unterschiedlich sei, so dass sowohl Aufträge denkbar seien, die dadurch gekennzeichnet seien, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher sei als derjenige der medizinischen Leistungen, als auch solche, bei denen dies umgekehrt sei.

[120] Indem sie sich für eine auf diese Annahmen gestützte Vorgehensweise entschieden hat, hat sie bewusst auf den Nachweis verzichtet, dass die in Rede stehenden Aufträge oder zumindest einige von ihnen dadurch gekennzeichnet waren, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher war als der Wert der medizinischen Leistungen.

[121] Hinsichtlich der Richtlinien 92/50 und 2004/18 hat sie ihre Rügen vielmehr darauf konzentriert, dass, unabhängig von der in Art. 10 der Richtlinie 92/50 bzw. in Art. 22 der Richtlinie 2004/18 vorgenommenen rechtlichen Unterteilung, bei der Vergabe jedes einzelnen dieser Aufträge gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 verstoßen worden sei, weil die Ergebnisse der Vergabe dieser Aufträge nicht bekannt gemacht worden seien, was die Bundesrepublik Deutschland für keinen der genannten Aufträge bestritten hat.

[122] In einem solchen Zusammenhang, in dem mangels hinreichend konkreter Angaben der Kommission nicht ausgeschlossen werden kann, dass keiner der in der Klage bezeichneten Aufträge dadurch gekennzeichnet ist, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher ist als der Wert der medizinischen Leistungen, ist die Feststellung eines Verstoßes gegen die Richtlinien 92/50 und 2004/18 auf eine Verletzung von Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, von Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie zu beschränken, da diese Artikel auf jeden Fall auf Aufträge Anwendung finden, die, wie die hier in Rede stehenden, Verkehrsleistungen und zugleich medizinische Leistungen umfassen, und zwar unabhängig davon, in welchem Verhältnis die jeweiligen Werte dieser Dienstleistungen im Rahmen des betreffenden Auftrags zueinander stehen.

[123] Wie die Generalanwältin in Nr. 93 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, hat die Kommission nicht weiter versucht, nachzuweisen, dass die in ihrer Klage bezeichneten Aufträge oder zumindest einige von ihnen dadurch gekennzeichnet waren, dass der Wert der medizinischen Leistungen höher war als derjenige der Verkehrsleistungen. Unter diesen Umständen, unter denen mangels hinreichender konkreter Angaben nicht ausgeschlossen werden kann, dass keiner der in Rede stehenden Aufträge durch einen solchen überwiegenden Wert gekennzeichnet ist, ist der Gerichtshof nicht in der Lage, einen Verstoß gegen die Art. 43 EG und 49 EG festzustellen. Diese Schlussfolgerung gilt auch für die Frage, ob bei den von der Kommission bezeichneten Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse gegeben ist.

[124] Zu prüfen ist noch die Begründetheit des Vorbringens der Bundesrepublik Deutschland und des Königreichs der Niederlande betreffend den Rechtfertigungsgrund des Art. 86 Abs. 2 EG.

Zum Rechtfertigungsgrund des Art. 86 Abs. 2 EG

[125] In den Randnrn. 55 und 60 des Urteils Ambulanz Glöckner hat der Gerichtshof die Notfalltransportleistungen als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG eingestuft.

[126] Nach ständiger Rechtsprechung obliegt allerdings dem Mitgliedstaat, der sich auf Art. 86 Abs. 2 EG beruft, der Nachweis, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung erfüllt sind (vgl. u. a. Urteil vom 23. Oktober 1997, Kommission/Frankreich, C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 101).

[127] Im vorliegenden Fall hat die Bundesrepublik Deutschland betont, es sei erforderlich, im Bereich der Krankentransportleistungen eine Quersubventionierung zwischen nach Maßgabe der Bevölkerungsdichte eher profitablen und weniger profitablen Gebieten sicherzustellen. Sie hat auch die Bedeutung hervorgehoben, die einem ortsnahen Dienst und der Zusammenarbeit mit den anderen am Rettungsdienst beteiligten Dienststellen zukomme, was die Vorhaltung von ortsnahe und im Not- oder Katastrophenfall leicht zu mobilisierendem Personal voraussetze.

[128] Derartige Erwägungen könnten es zwar, wie die Kommission ausgeführt hat, rechtfertigen, dass der zuständige Auftraggeber zu speziellen Maßnahmen greift, die u. a. durch eine den Besonderheiten des zu versorgenden Gebiets angepasste Erhebung von Entgelten oder durch eine Verpflichtung zur Vorhaltung von ausreichenden menschlichen und technischen Mitteln an Ort und Stelle die Bereitstellung eines funktionsfähigen und im gesamten betreffenden Gebiet verfügbaren qualitativ hochstehenden Krankentransportdienstes unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen durch den Vertragspartner sicherstellen sollen.

[129] Sie erklären hingegen nicht, weshalb die Verpflichtung, die Bekanntmachung der Ergebnisse der Vergabe des betreffenden Auftrags zu gewährleisten, geeignet sein soll, die Erfüllung dieser Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verhindern.

[130] Folglich ist das auf Art. 86 Abs. 2 EG gestützte Vorbringen zurückzuweisen.

[131] Nach alledem ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen nach dem Submissionsmodell in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, aus Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie verstoßen hat, dass sie keine Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Verfahrens zur Auftragsvergabe veröffentlicht hat.

[132] Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

[...]

Anmerkung:

Die Vergabepflicht von Rettungsdienstleistungen im Submissionsmodell¹

Fallen Rettungsdienstleistungen, die in den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und im Freistaat Sachsen im Submissionsmodell vergeben werden, bereits deshalb aus dem Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts heraus, weil es sich um Tätigkeiten handelt, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind und daher weder die europarechtliche Niederlassungsfreiheit noch die Dienstleistungsfreiheit berühren (Art. 62, 51 AEUV²)? Gilt das EU-Vergaberecht deshalb nicht für solche Rettungsdienstleistungen, weil es sich um „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ handelt (Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV)? Ist das Vergaberegime der EU-Richtlinie 2004/18 umfassend oder nur hinsichtlich rudimentärer Verfahrensvorschriften anzuwenden?

Diese Fragen hat der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: „Gerichtshof“ oder „EuGH“) im Urteil vom 29.4.2010 über das Vertragsverletzungsverfahren Rs. C-160/08 (*Kommission ./. Deutschland*) teilweise entschieden und teilweise offengelassen.

1. Rettungsdienstleistungen in Deutschland

Rettungsdienstleistungen werden in den meisten Bundesländern der Bundesrepublik Deutschland nach dem „dualen System“ erbracht, das auch „Trennungsmodell“ genannt wird. Es beruht auf der Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Rettungsdienst, der etwa 70% aller Rettungsdienstleistungen ausmacht, und der Erbringung von Rettungsdienstleistungen aufgrund von Genehmigungen nach den einschlägigen Landesgesetzen.

Der öffentliche Rettungsdienst erfasst üblicherweise Notfalltransportleistungen und qualifizierte Krankentransportleistungen. Der Notfalltransport bezeichnet die Beförderung von lebensbedrohlich verletzten oder erkrankten Personen unter fachgerechter Betreuung mit Notarzt- oder Rettungswagen. Der qualifizierte Krankentransport besteht in der Beförderung von kranken, verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die keine Notfallpatienten sind, unter fachgerechter Betreuung mit Krankentransportwagen. Beide Arten von Leistungen stehen der Bevölkerung im gesamten betreffenden Gebiet im Allgemeinen rund um die Uhr zur Verfügung und schließen dabei häufig den Betrieb von ständig mit Personal und Einsatzfahrzeugen ausgestatteten Rettungswachen mit ein.

Medizinische Dienstleistungen sind bei der Notfallrettung sowie in eingeschränktem Maße beim qualifizierten Krankentransport verfügbar. Allerdings finden die Mehrzahl der Notfalltransporteinsätze und alle Einsätze des qualifizierten Krankentransports ohne ärztliche Beteiligung statt. Medizinische Leistungen werden beim Notfalltransport hauptsächlich von Rettungssanitätern erbracht. Notarztleistungen werden üblicherweise über separate Verträge mit den Krankenhäusern geregelt.

Im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes schließen die Gebietskörperschaften als Träger des Rettungsdienstes mit Leistungserbringern Verträge über die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit diesen Dienstleistungen. Die Vergütung der betreffenden Dienstleistungen erfolgt entweder unmittelbar durch den Auftraggeber nach dem sogenannten „Submissionsmodell“ oder durch die Erhebung von Entgelten durch den Auftragnehmer bei den Patienten bzw. den Krankenkassen nach dem sogenannten „Konzessionsmodell“.³

2. Gegenstand des EuGH-Urteils vom 29.4.2010

Gegenstand des EuGH-Urteils war ausschließlich die Vergabepaxis im Submissionsmodell, und zwar in den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt sowie im Freistaat Sachsen.⁴ Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 258 AEUV) hatte die EU-Kommission den Gerichtshof angerufen, weil sie der Meinung war, dass Deutschland mit der Vergabepaxis in den genannten Ländern gegen die Verpflichtung zur Anwendung der EU-Vergaberichtlinien verstoßen habe. Die Kommission hatte festgestellt, dass Gebietskörperschaften in diesen Ländern Aufträge über Rettungsdienstleistungen mit mehrjähriger Vertragsdauer und einem Volumen von jeweils mehreren Millionen EUR vergeben hatten, ohne dass die Durchführung der Vergabeverfahren zuvor bekannt gemacht worden war und ohne dass das Ergebnis der Vergabeverfahren nachträglich bekannt gemacht wurde.⁵

1 EuGH, Urt. v. 29.4.2010 – C-160/08, *Kommission ./. Deutschland*; in diesem Heft, S. 57.

2 Artikel 62, 51 (ex-Artikel 55 und 51 EGV) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in der konsolidierten Fassung abgedruckt in ABIEU Nr. C 83/47 v. 30.3.2010.

3 Urteil (Fn. 1), Rn. 20-23.

4 Urteil (Fn. 1), Rn. 26, 52 und 88.

5 Urteil (Fn. 1), Rn. 26-35.

Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell, das im Freistaat Bayern praktiziert wird, ist Gegenstand eines beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsersuchens des OLG München, das am 20.9.2009 beim Gerichtshof eingereicht wurde.⁶ In diesem Vorabentscheidungsverfahren stehen die Schlussanträge des Generalanwalts noch aus, so dass über den Zeitpunkt eines Urteils nur spekuliert werden kann. Das ausstehende Urteil des EuGH ist von Bedeutung, weil darin die im Sachverhalt der Rechtssache *Kommission ./. Deutschland* nicht angelegte Frage beantwortet werden soll, ob und unter welchen Umständen die Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell deshalb nicht in den Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien fällt, weil es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags (wie in der Rechtssache *Kommission ./. Deutschland*) handelt, sondern um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession.⁷

3. Rettungsdienstleistungen nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden

Der EuGH setzt sich ausführlich mit dem Einwand Deutschlands auseinander, ein Verstoß gegen die EU-Vergaberichtlinien scheidet aus, weil es sich bei Rettungsdienstleistungen, die in den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und im Freistaat Sachsen vergeben werden, um Tätigkeiten handele, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind und daher weder die europarechtliche Niederlassungsfreiheit noch die Dienstleistungsfreiheit berühren (Art. 62, 51 AEUV).

In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung stellt der EuGH hohe Anforderungen an die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und verlangt, dass die Erbringer der Rettungsdienstleistungen hierzu nicht nur mit bestimmten Vorrechten ausgestattet sind, die der Allgemeinheit nicht zustehen (Gebrauch von Blaulicht und Einsatzhorn sowie Vorfahrtsrecht⁸), sondern auch in eigener Person Zwangsbefugnisse besitzen, um diese Vorrechte durchzusetzen.⁹ Wie Deutschland einräumen musste, fällt die Durchsetzung der Sonderrechte der Rettungsdienste jedoch in die Zuständigkeit der Polizei- und Justizbehörden.

Der EuGH gelangt daher zum überzeugenden Ergebnis, dass die in Frage stehenden Rettungsdienste nicht unter die Bereichsausnahme der Art. 62, 51 AEUV fallen.¹⁰

Der Gerichtshof konnte sich in dieser Frage mit einer Entscheidung leichttun. Im Urteil vom 1.12.2008 hatte der Bundesgerichtshof für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Freistaat Sachsen bereits entschieden, dass es auf die Frage, ob diese Rettungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme nach Art. 62, 51 AEUV fallen, aus seiner Sicht nicht ankommt. Denn jedenfalls das deutsche Vergaberegime im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB), so der BGH in seiner ausführlichen Begründung, nehme die Vergabe von Rettungsdienstleistungen der fraglichen Art nicht von seiner Anwendung aus.¹¹

4. Anwendung des EU-Vergaberechts verhindert nicht Erfüllung der Rettungsdienstleistungen

Zum Einwand Deutschlands, dass die Vergabe von Rettungsdienstleistungen deshalb nicht dem EU-Vergaberecht unterfalle, weil es sich um „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ handele, deren Erfüllung bei Anwendung des EU-Vergaberechts verhindert würde (Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV), konnte der Gerichtshof offenlassen, ob er in Fortführung seiner Rechtsprechung in der Rechtssache *Ambulanz Glöckner*¹² auch in den vorliegend zu beurteilenden

Rettungsdienstleistungen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erkennt.¹³ Denn Deutschland war seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen, um zu erklären, weshalb, selbst wenn es sich um derartige Dienstleistungen handelte, deren Erfüllung verhindert würde, wenn das EU-Vergaberecht angewendet wird.¹⁴

5. EU-Vergaberichtlinien umfassend anwendbar?

Die für die Praxis entscheidende Frage, ob und in welchem Umfang die EU-Vergaberichtlinie 2004/18 bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Submissionsmodell zu beachten ist, beantwortet der EuGH nur zum Teil.

Zurecht unproblematisch stellt der Gerichtshof fest, dass

- es sich bei den Vergabestellen um Gebietskörperschaften und damit *per se* um öffentliche Auftraggeber handelt, die die EU-Vergaberichtlinien zu beachten haben;¹⁵
- im Hinblick auf die Form der Beauftragung, nämlich durch schriftlichen Vertrag mit dem Leistungserbringer, es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts keine Rolle spielt, ob der Vertrag dem privaten oder öffentlichen Recht des Mitgliedstaates unterliegt;¹⁶
- an der Entgeltlichkeit und damit Vergabepflichtigkeit der vergebenen Aufträge im vorliegend entschiedenen Submissionsmodell kein Zweifel besteht, weil der Leistungserbringer unmittelbar von dem Auftraggeber (oder einer mit dem Auftraggeber in Verbindung stehenden Finanzierungseinrichtung) vergütet wird;¹⁷ und dass
- angesichts der festgestellten Auftragswerte in Höhe von jeweils mehreren Millionen EUR der Schwellenwert¹⁸ zur Anwendung der EU-Vergaberichtlinien deutlich überschritten ist.¹⁹

Soweit damit geklärt war, dass die EU-Vergaberichtlinien anwendbar sind, musste der EuGH noch klären, ob die Vergaberichtlinien umfassend anzuwenden sind oder nur hinsichtlich einzelner, eher technischer als den Bieterwettbewerb schützender Bestimmungen.

Nach Artikel 22 der Richtlinie 2004/18 sind die Vergaberichtlinien bei Aufträgen, die wie im vorliegend entschiedenen Fall sowohl sogenannte vorrangige Dienstleistungen wie Transportleistungen (nach Anhang II Teil A, Kategorien 2 und 3, der Richtlinie 2004/18) als auch sogenannte nachrangige Dienst-

6 EuGH, Rs. C-274/09, zitiert nach www.curia.europa.eu.

7 Grundlegend zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und -konzession EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-206/08, *Eurawasser*, EuZW 2009, 810, m. Anm. *Hübner*, EuZW 2009, 814; Rettungsdienstleistungen werden im Submissionsmodell im Freistaat Sachsen als (vergabepflichtiger) öffentlicher Auftrag und nicht als (eingeschränkt vergabepflichtige) Dienstleistungskonzession vergeben: BGH, VergabeR 2009, 156, 160, Rn. 25 = BGHZ 179, 84, 92 f.

8 Urteil (Fn. 1), Rn. 78-81.

9 Urteil (Fn. 1), Rn. 82.

10 Urteil (Fn. 1), Rn. 86.

11 BGH, VergabeR 2009, 156, 158 ff., Rn. 20 ff. = BGHZ 179, 84, 89 ff.

12 EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner ./. Landkreis Südwestpfalz*, Rn. 55 und 60, zitiert nach www.curia.europa.eu.

13 Urteil (Fn. 1), Rn. 127 f.

14 Urteil (Fn. 1), Rn. 129.

15 Urteil (Fn. 1), Rn. 89.

16 Urteil (Fn. 1), Rn. 90.

17 Urteil (Fn. 1), Rn. 88, 91.

18 193.000,00 EUR (netto ohne Umsatzsteuer) seit 1.1.2010 gemäß Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 vom 30.11.2009, ABIEU Nr. L 314/64 v. 1.12.2009.

19 Urteil (Fn. 1), Rn. 91.

leistungen wie medizinische Versorgungsleistungen (nach Anhang II Teil B, Kategorie 25, der Richtlinie 2004/18) umfassen, nämlich nur dann umfassend anzuwenden, wenn der Wert der vorrangigen Dienstleistungen (hier: der Transportleistungen) höher ist als der Wert der nachrangigen Dienstleistungen (hier: der medizinischen Leistungen).

Sind die Wertverhältnisse bei gemischten Dienstleistungsaufträgen anders, überwiegt also z.B. der Wert der medizinischen Leistungen den Wert der Transportleistungen, muss lediglich die Bestimmung der Vergaberichtlinie 2004/18 über technische Spezifikationen²⁰ und die Bestimmung über eine nachträgliche Bekanntgabe des Vergabeergebnisses²¹ beachtet werden.

Da die Kommission nach den Feststellungen des Gerichtshofes nicht nachgewiesen hatte, dass bei wenigstens einzelnen der in Frage stehenden Aufträge der Wert der Transportleistungen den Wert der medizinischen Leistungen überstieg, sah sich der EuGH nicht im Stande, einen Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntmachung eines bevorstehenden Vergabeverfahrens vor der Auftragserteilung festzustellen.²²

Der EuGH musste sich daher darauf beschränken festzustellen, dass gegen die (stets im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien bestehende) Pflicht zur nachträglichen Bekanntmachung des Vergabeergebnisses verstoßen wurde.²³

6. Ergebnis

In den durch das EuGH-Urteil vom 29.4.2010 entschiedenen Fällen wird es aufgrund nachlässiger Sachverhaltsaufklärung im Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission nicht möglich sein, dass die Kommission die Beendigung oder gar Rückabwicklung der Rettungsdienstvergaben verlangen kann.

Für die Praxis der Rettungsdienstvergabe im Submissionsmodell bedeutet das Urteil in allen anderen Fällen jedoch keinen Freifahrtschein. Im Gegenteil. Der Gerichtshof hat die grundsätzliche Anwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinie 2004/18 festgestellt und war nur aus prozessualen Gründen des Einzelfalls gehindert, den von der Kommission behaupteten Verstoß gegen die Pflicht zur umfassenden Anwendung der Vergaberichtlinie, insbesondere zur EU-weiten Bekanntmachung eines transparenten und dem Bieterwettbewerb geöffneten Vergabeverfahrens vor Auftragsvergabe, zu bestätigen. Denn nach den Feststellungen des Gerichtshofes ist es nicht fernliegend anzunehmen, dass der Wert der Transportleistungen den Wert der medizinischen Leistungen im Gesamtpaket der

zu vergebenden Rettungsdienstleistungen übersteigen kann.²⁴ In dem vom BGH entschiedenen Fall der Vergabe sächsischer Rettungsdienstleistungen verhielt es sich allerdings offenbar anders, so dass nur die ex-post Bekanntmachung verlangt gewesen wäre – zuwenig somit, um Interessenten am Auftrag eine faire Chance auf Beteiligung am Vergabeverfahren zu gewähren.²⁵

Gebietskörperschaften, die sich mit dem Gedanken tragen, Rettungsdienstleistungen im Submissionsmodell aususchreiben oder bestehende Verträge auf zusätzliche Rettungsdienstleistungen auszudehnen²⁶ oder zu verlängern²⁷ sind daher gut beraten, im ersten Schritt sorgfältig die Wertanteile der zu vergebenden vorrangigen (Transport-) und nachrangigen (medizinischen) Leistungen zu ermitteln. Sodann ist bei der Gestaltung der Vergabeunterlagen wie stets zu empfehlen, dass der Wunsch nach hochwertigen, bedarfsnahen Dienstleistungen auch deutlichen Niederschlag in der Formulierung der Leistungsanforderungen (z.B. Abdeckung weiter Gebiete, Vorhalten von Notfallpersonal für Katastrophen; hinreichender Anteil fließend deutsch sprechenden Notfallpersonals) und in der Formulierung der Eignungskriterien (z.B. Referenzen) und Zuschlagskriterien (z.B. nicht nur Preis, sondern auch Emissionswerte der eingesetzten Fahrzeuge; Ausbildungsniveau des eingesetzten Personals; garantierte Reaktionszeit o.ä.) findet.

Dr. Alexander Hübner, RA und Partner bei Haver & Mailänder, Stuttgart

²⁰ Artikel 23 der Richtlinie 2004/18.

²¹ Artikel 35 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18.

²² Urteil (Fn. 1), Rn. 120.

²³ Urteil (Fn. 1), Rn. 122.

²⁴ Urteil (Fn. 1), Rn. 22.

²⁵ BGH, VergabeR 2009, 156, 160, Rn. 26 = BGHZ 179, 84, 93.

²⁶ Vgl. Urteil (Fn. 1), Rn. 98 f.

²⁷ Vgl. Urteil (Fn. 1), Rn. 102.

Verwaltungsanweisungen

Steuerbegünstigte Zwecke (§ 10b EStG); Anwendung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Januar 2009 in der Rechtsache C-318/07 „Persche“

BMF, Schreiben v. 6.4.2010 – IV C 4 – S 2223/07/0005, DOK 2010/0210938

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil vom 27. Januar 2009 in der Rechtssache C-318/07 „Persche“ zur steuerlichen Abziehbarkeit von Spenden an eine gemeinnützige Organisation in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gemäß § 10b Absatz 1 und Absatz 1a Einkommensteuergesetz Folgendes entschieden:

1. Macht ein Steuerpflichtiger in einem Mitgliedstaat die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden an Einrichtungen geltend, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig und dort als gemeinnützig anerkannt sind, fallen solche Spenden auch dann unter die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr, wenn es sich um Sachspenden in Form von Gegenständen des täglichen Gebrauchs handelt.

2. Artikel 56 EG steht der Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, wonach bei Spenden an als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen nur Spenden an im Inland ansässige Einrichtungen von der Steuer abgezogen werden können, ohne jede Möglichkeit für den Spender, nachzuweisen, dass eine Spende an eine Einrichtung, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, die nach dieser Regelung geltenden Voraussetzungen für die Gewährung einer solchen Vergünstigung erfüllt.

Der Bundesfinanzhof, der den EuGH mit Beschluss vom 3. Mai 2007 angerufen hatte, hat daraufhin in dem Nachfolgeverfahren X R 46/05 das Urteil am 27. Mai 2009 verkündet.

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt Folgendes:

Die Urteile werden bis zur Verkündung einer gesetzlichen Neuregelung aufgrund dieses BMF-Schreibens in allen noch nicht bestandskräftig veranlagten Fällen angewendet.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass das EuGH-Urteil ausschließlich Spenden in einen anderen Staat der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums betrifft und demgemäß auch nur insoweit anzuwenden ist. Weitere Voraussetzung ist, dass diese Staaten gegenseitig zwischenstaatliche Amtshilfe¹ im Bereich der Steuerfestsetzung und gegenseitig Unterstützung bei der zwischenstaatlichen Beitreibung² von Steuerforderungen leisten.

Aufgrund des Ergebnisses der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder ist beabsichtigt, die Modalitäten der Nachweiserbringung für die Berechtigung zum Spendenabzug in einem weiteren BMF-Schreiben zu regeln. Grundlage dafür werden vor allem die Aussagen des EuGH in dem Urteil „Persche“ sein, die sich der BFH in seinem Urteil vom 27. Mai 2009 vollinhaltlich zu Eigen gemacht hat. Der BFH führt aus:

„Der EuGH-Entscheidung entsprechend hat der Steuerpflichtige unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, auch Spenden an eine Einrichtung, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, abzuziehen. Das ist der Fall, wenn die begünstigte Einrichtung die Voraussetzungen der nationalen Rechtsvorschriften (also die Voraussetzungen der §§ 51 bis 68 AO) für die Gewährung von Steuervergünstigungen erfüllt (EuGH-Urteil). Können Spenden an eine Einrichtung eines anderen Mitgliedstaats als gemeinnützig anerkannt werden, was die nationalen Stellen des Mitgliedstaats des Steuerpflichtigen einschließlich der Gerichte zu beurteilen haben, kann der Abzug nicht allein aus dem Grund verwehrt werden, dass die Einrichtung nicht im Inland ansässig ist (EuGH-Urteil). Die beteiligten Steuerbehörden können vom Steuerpflichtigen alle Belege verlangen, die ihnen für die Beurteilung der Frage notwendig erscheinen, ob die Voraussetzungen für die Abziehbarkeit der Ausgaben nach den einschlägigen Rechtsvorschriften erfüllt sind und der verlangte Abzug dementsprechend gewährt werden kann (EuGH-Urteil). Es ist Sache der zuständigen nationalen Behörden einschließlich der Gerichte zu überprüfen, ob der Nachweis für die Einhaltung der von diesem Mitgliedstaat für die Gewährung der fraglichen Steuervergünstigung aufgestellten Voraussetzungen gemäß den Regeln des nationalen Rechts erbracht worden ist (EuGH-Urteil). Erweist sich die Nachprüfung der von dem Steuerpflichtigen vorgelegten Auskünfte als schwierig, insbesondere wegen der in Artikel 8 der Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19. Dezember 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten und indirekten Steuern (ABIEG 1977, Nummer L 336, Seite 15) in der durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge (ABIEG 1994, Nummer C 241, Seite 21, und ABIEG 1995, Nummer L 1, Seite 1) geänderten Fassung vorgesehenen Grenzen des Auskunfts-austauschs, sind die Finanzbehörden nicht daran gehindert, bei Nichtvorlage der Nachweise, die sie für die zutreffende Steuerfestsetzung als erforderlich ansehen, den beantragten Steuerabzug zu verweigern (EuGH).“

Zusätzlich weise ich auf das

- BMF-Schreiben „Merkblatt zur zwischenstaatlichen Amtshilfe durch Auskunfts-austausch in Steuersachen“ vom 25. Januar 2006 - IV B 1 - S 1320 - 11/06 - BStBl I 2006, Seite 26 und das

• BMF-Schreiben „Merkblatt zur zwischenstaatlichen Amtshilfe bei der Steuererhebung (Beitreibung)“ vom 19. Januar 2004 - IV B 4 - S 1320 - 1/04 - BStBl I Seite 66 hin.

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

Umsatzsteuerliche Behandlung der entgeltlichen Verpflegung von Lehrern und Schülern durch Schulfördervereine; Auswirkungen des BFH-Urteils vom 12. 2. 2009, V R 47/07

OFD Frankfurt, Verf. v. 22.1.2010 – S 7181 A – 4 – St 112

1. Auswirkungen des BFH Urteils vom 12.2.2009, V R 47/07

Der BFH hat mit Urteil vom 12.2.2009, V R 47/07, BStBl. II 2009, 677, DStRE 2009, 871 entschieden, dass Umsätze aus der entgeltlichen Verpflegung von Lehrern und Schülern einer Ganztagschule durch einen privaten Förderverein weder nach dem UStG noch nach Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 77/388/EWG (ab 1.1.2007: Art. 132 Abs. 1 Buchst. i MwSt-SystRL) umsatzsteuerfrei sind. Mit diesem Urteil bestätigt der BFH die Ansicht der Finanzverwaltung, wonach die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 23 UStG im Urteilsfall nicht anwendbar ist.

Das Urteil betraf einen nicht gemeinnützigen Förderverein von Eltern in einem Gymnasium in Niedersachsen, der Schüler und Lehrer in einer Cafeteria (ausschließlich) mit Speisen und Getränken versorgt.

Nach dem UStG gibt es zwei Regelungen, die eine Umsatzsteuerbefreiung bei der Verpflegung von Lehrern und Schülern – unter bestimmten Voraussetzungen – dennoch ermöglichen können.

2. Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 23 UStG

Die Befreiungsvorschrift des § 4 Nr. 23 UStG soll Einrichtungen im Bereich der Jugend- und Ausbildung zu Gute kommen und ist dadurch gekennzeichnet, dass Jugendliche (Personen bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres § 4 Nr. 23 Satz 2 UStG) zu Erziehungs-, Ausbildungs- oder Fortbildungszwecken bei sich aufgenommen werden und im Rahmen dieses Unternehmens auf Grund der Aufnahme Leistungen der Beherbergung, Beköstigung und Naturalleistungen anfallen. Von der Befreiungsvorschrift ebenfalls umfasst sind die o.g.

1 „Amtshilfe ist der Auskunfts-austausch im Sinne oder entsprechend der Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19.12.1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern und der Mehrwertsteuer (ABl. L 336 vom 27.12.1977, S. 15), die zuletzt durch die Richtlinie 2006/98/EG des Rates vom 20.11.2006 (ABl. L 363 vom 20.12.2006, S. 129) geändert worden ist; einschließlich der in diesem Zusammenhang anzuwendenden Durchführungsbestimmungen in den für den jeweiligen Veranlagungszeitraum geltenden Fassungen oder eines entsprechenden Nachfolgerechtsaktes.

2 „Beitreibung“ ist die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen im Sinne oder entsprechend der Richtlinie 2008/55/EG des Rates vom 26.5.2008 über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Abgaben, Zölle, Steuern und sonstige Maßnahmen (ABl. L 150 vom 10.6.2008, S. 28) einschließlich der in diesem Zusammenhang anzuwendenden Durchführungsbestimmungen in den für den jeweiligen Veranlagungszeitraum geltenden Fassungen oder eines entsprechenden Nachfolgerechtsaktes.

Leistungen, die an die bei der Erziehung Ausbildung oder Fortbildung der Jugendlichen tätigen Personen (i.d.R. Lehrer) ausgeführt werden.

Die Gewährung von Beherbergung, Beköstigung und Naturalleistungen ist nur dann nach § 4 Nr. 23 UStG steuerfrei wenn dem Unternehmer selbst die Erziehung, Ausbildung oder Fortbildung der aufgenommenen Jugendlichen obliegen. Er muss die Erziehungs-, Ausbildungs- oder Fortbildungszwecke zwar nicht allein verfolgen, es reicht aber auch nicht aus, dass sie lediglich von einem Dritten verfolgt werden (vgl. BFH v. 28.9.2006, V R 57/05, BStBl. II 2007, 846, DStRE 2007, 371; und v. 28.9.2000, V R 26/99, BStBl. II 2001, 691, DStRE 2000, 1334, jeweils m.w.N.).

Dies ist jedoch bei der Beköstigung von Lehrern und Schülern an einer Schule durch einen privaten Förderverein nicht der Fall, weil dieser weder die Jugendlichen bei sich aufgenommen hat, noch durch die Verabreichung von Speisen und Getränken selbst eine Erziehungs- oder Ausbildungsleistung erbringt.

Beispiel 1:

Ein Schulförderverein übernimmt die Essenzubereitung und -ausgabe. Daneben werden keine weiteren Leistungen erbracht. (Dieser Sachverhalt lag der Entscheidung des BFH in dessen Urteil vom 12.2.2009, V R 47/07, a.a.O., zu Grunde).

Die Verpflegungsleistung ist steuerbar und steuerpflichtig, da der Verein allein mit der Bewirtung der Schüler diese nicht zur Erziehung oder Ausbildung i.S.v. § 4 Nr. 23 UStG bei sich aufnimmt.

Geht hingegen die Leistung des Fördervereins über die bloße Verabreichung von Speisen und Getränken hinaus, werden also die Jugendlichen zu Erziehungs-, Ausbildungs- oder Fortbildungszwecken aufgenommen und hierdurch z.B. auch Erziehungsaufgaben übernommen, sind die Leistungen nach § 4 Nr. 23 UStG steuerfrei.

Die Erziehungs-, Ausbildungs- und Fortbildungszwecke umfassen nicht nur den beruflichen Bereich, sondern die gesamte geistige, sittliche und körperliche Erziehung und Fortbildung von Jugendlichen. Hierzu gehört u.a. auch die sportliche Erziehung (vgl. Abschn. 117 Abs. 4 Sätze 1 und 2 UStR).

Beispiel 2:

Ein Schulförderverein übernimmt die Essenzubereitung und -ausgabe. Zudem bietet der Verein den verpflegten Schülern Betreuung und Hausaufgabenhilfe.

Da der Verein die Schüler für Erziehungs- und Ausbildungszwecke bei sich aufnimmt, sind die Umsätze aus der Essensausgabe gemäß § 4 Nr. 23 UStG von der Umsatzsteuer befreit.

Beispiel 3:

Wie Beispiel 1. An einem Nachmittag gibt es zusätzlich für einige Schüler ein Angebot, bei dem die Schüler selber kochen und so Grundlagen der gesunden Ernährung kennenlernen.

Dieses Angebot führt nicht dazu, dass die Verpflegungsleistung insgesamt als steuerfrei angesehen werden kann, da durch diese mit der Essensausgabe nicht zusammenhängende Maßnahme noch keine gemäß § 4 Nr. 23 UStG erforderliche Aufnahme zu Erziehungs- oder Ausbildungszwecken vorliegt.

Wird für das zusätzliche Angebot ein gesondertes Entgelt verlangt, ist diese Leistung jedoch nach § 4 Nr. 23 UStG von der Umsatzsteuer befreit.

3. Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 18 UStG

Eine Umsatzsteuerbefreiung der Verpflegungsleistungen der Schulfördervereine kann sich auch aus § 4 Nr. 18 UStG ergeben. Für die Anwendung dieser Vorschrift ist allerdings Voraussetzung, dass der Schulförderverein einem Wohlfahrtsverband als Mitglied angeschlossen ist und die übrigen Voraussetzungen

des § 4 Nr. 18 UStG erfüllt. Die amtlich anerkannten Verbände der freien Wohlfahrtspflege sind in § 23 UStDV abschließend aufgeführt.

Auch bei einer nur mittelbaren Mitgliedschaft kann die Steuerbefreiung in Betracht kommen. Als mittelbare Mitgliedschaft ist die Mitgliedschaft bei einer der freien Wohlfahrtspflege dienenden Körperschaft oder Personenvereinigung anzusehen, die ihrerseits einem amtlich anerkannten Wohlfahrtsverband als Mitglied angeschlossen ist (vgl. Abschn. 103 Abs. 4 Sätze 2 und 3 UStR).

Eine der übrigen Voraussetzungen des § 4 Nr. 18 UStG ist, gemäß Satz 1 Buchst. a der Vorschrift, dass der Förderverein ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen (und somit steuerbegünstigten) Zwecken dienen muss, wobei für Schulfördervereine nur Ersteres in Betracht kommen wird.

4. Schulfördervereine, für die eine Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 18 oder Nr. 23 UStG nicht in Betracht kommt

Sofern ein Schulförderverein nicht die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 18 oder Nr. 23 UStG erfüllt, ist für dessen umsatzsteuerliche Behandlung u. a. zu beachten, ob dieser als gemeinnützig anerkannt wurde.

Hinsichtlich allgemeiner Fragen zur Gemeinnützigkeit wird auf die Inhalte in der KSt-Kartei zu § 5 Fach H hingewiesen.

4.1 Gemeinnützige Schulfördervereine ohne Umsatzsteuerbefreiung

Sofern der Schulförderverein als gemeinnützig anerkannt ist (vgl auch 4.) sind folgende Ausführungen zu beachten.

Beispiel 4:

Ein Schulförderverein ist zwar als gemeinnützig anerkannt, jedoch keinem Wohlfahrtsverband als Mitglied angeschlossen. Über die Essensausgabe hinausgehende Leistungen werden von dem Förderverein nicht angeboten.

Die Leistungen des Schulfördervereins im Rahmen der Essensausgabe sind umsatzsteuerpflichtig; eine Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 18 oder Nr. 23 UStG kommt nicht in Betracht.

Die Verpflegung von Lehrern und Schülern durch einen gemeinnützigen Schulförderverein kann nach einem Beschluss der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder als steuerbegünstigter Zweckbetrieb nach § 66 AO unter den dort genannten Voraussetzungen anzusehen sein (sog. „besonderer Zweckbetrieb“). Bei Schülerinnen und Schülern wird hierbei die wirtschaftliche Hilfsbedürftigkeit i. S. des § 53 AO unterstellt.

Sofern kein besonderer Zweckbetrieb nach § 66 AO gegeben ist, ist das Vorliegen eines Zweckbetriebs nach den allgemeinen Regelungen des § 65 AO zu prüfen. Ein Zweckbetrieb nach § 65 AO setzt voraus, dass die Voraussetzungen des § 65 Nr. 1 - 3 AO kumulativ erfüllt sind.

Ein Zweckbetrieb kann jedoch nur vorliegen, wenn die geförderten steuerbegünstigten Zwecke auch in der eigenen Satzung als Satzungszweck festgelegt wurden. Die Verfolgung begünstigter Zwecke, die nicht satzungsmäßige Zwecke des Fördervereins sind, reicht nicht aus (vgl. AEAO zu § 65, Nr. 2).

Die Satzung könnte beispielsweise lauten:

„Zweck des Vereins ist die Förderung des Wohlfahrtswesens. Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch die Zubereitung und Ausgabe von Mahlzeiten an der Muster-Schule.“

Für sämtliche Leistungen der Zweckbetriebe gemeinnütziger Schulfördervereine kommt der ermäßigte Steuersatz von 7% zur Anwendung (§ 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG).

Auf die Möglichkeiten der Kleinunternehmerregelung nach § 19 UStG und der Vorsteuerpauschalierung gemäß § 23a UStG bei gemeinnützigen Körperschaften wird hingewiesen.

Beispiel 5:

Ein gemeinnütziger Schulförderverein gibt Getränke und von ihm zubereitetes Essen aus. Die jährlichen Einnahmen (Umsatz) betragen 32 100 €.

Es entsteht Umsatzsteuer von 2 100 € (32 100 €: 1,07 × 7%).

Der Steuersatz beträgt wegen § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG auch dann 7%, wenn es sich bei der Essensabgabe um eine sonstige Leistung im Darreichungsbereich handelt, da nach dieser Vorschrift alle Leistungen des Zweckbetriebs dem ermäßigten Steuersatz unterliegen.

4.2 Nicht gemeinnützige Schulfördervereine ohne Umsatzsteuerbefreiung

Für Schulfördervereine, die nicht als gemeinnützig anerkannt sind und nicht unter § 4 Nr. 18 oder Nr. 23 UStG fallen, ist zu prüfen, ob es sich bei der Verpflegung von Lehrern und Schülern um eine Lieferung von Essen (ermäßigter Steuersatz von 7% – § 12 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. Anl. 2 UStG) oder um eine sonstige Leistung im Darreichungsbereich (Regelsteuersatz von 19%) handelt.

Auf die Möglichkeit der Kleinunternehmerregelung nach § 19 UStG wird hingewiesen.

Beispiel 6:

Ein Schulförderverein gibt Getränke und von ihm zubereitetes Essen aus. Die jährlichen Einnahmen (Umsatz) betragen 16 000 €.

Die Umsatzsteuer wird nach § 19 Abs. 1 UStG nicht erhoben. Maßgebend für die Anwendung der Kleinunternehmerregelung ist eine Umsatzgrenze von nicht mehr als 17 500 € im Vorjahr und voraussichtlich nicht mehr 50 000 € im laufenden Kalenderjahr (§ 19 Abs. 1 Satz 1).

5. Zuschüsse der Kommunen an Schulfördervereine

Zahlt der Schulträger an den Förderverein einen Zuschuss für die Essensausgabe, kann dieser Zuschuss umsatzsteuerlich ein zusätzliches Entgelt oder ein echter, nicht der Umsatzsteuer unterliegender Zuschuss sein.

Echte Zuschüsse liegen vor, wenn die Zahlungen nicht auf Grund eines Leistungsaustauschverhältnisses erbracht werden. Das ist der Fall, wenn die Zahlungen nicht an bestimmte Umsätze anknüpfen, sondern unabhängig von einer bestimmten Leistung gewährt werden, weil sie in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung bzw. im überwiegend öffentlich-rechtlichen Interesse entrichtet werden (vgl. auch Abschn. 150 Abs. 7 UStR).

Beispiel 7:

Der Schulförderverein beschäftigt eigenes Personal. Damit die Essenskosten für die Schüler nicht zu hoch sind, gewährt die Stadt (Schulträger) einen jährlichen Zuschuss für die Personalkosten von 20 000 €.

Bei der Zahlung der Stadt handelt es sich um einen sog. echten Zuschuss. Dieser unterliegt nicht der Umsatzsteuer.

Beispiel 8:

Der Schulförderverein verkauft das Essen an die Schüler für 2,00 €. Von der Stadt (Schulträger) erhält es für jedes verkaufte Essen einen Zuschuss von 0,80 €. Bei der Essensabgabe handelt es sich um eine sonstige Leistung im Darreichungsbereich. Die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung werden von dem Schulförderverein nicht erfüllt.

Bemessungsgrundlage für den Essensverkauf ist das Entgelt abzgl. der Umsatzsteuer. Dieses umfasst den von den Schülern geleisteten Betrag von 2,00 € und den (unechten) Zuschuss der Stadt von 0,80 € (= 2,80 €).

- Die Bemessungsgrundlage beträgt 100/107 von 2,80 € = 2,62 €, die Umsatzsteuer 7% = 0,18 € sofern die Leistungen von einem Zweckbetrieb eines gemeinnützigen Fördervereins ausgeführt werden.
- Die Bemessungsgrundlage beträgt 100/119 von 2,80 € = 2,35 €, die Umsatzsteuer 19% = 0,45 €, sofern der Förderverein nicht als gemeinnützig anerkannt ist.

Besteuerung von Zahlungen und Aufwandsentschädigungen an Schiedsrichter und Schiedsrichter-Assistenten für die Leitung von Fußballspielen

Bayerisches Landesamt für Steuern, Verfügung v. 15.1.2010, Az. S 2257.2.1-5/3 St 32

Die Frage nach der Besteuerung von Zahlungen und Aufwandsentschädigungen an Schiedsrichter und Schiedsrichter-Assistenten für die Leitung von Fußballspielen wurde bundeseinheitlich mit folgendem Ergebnis abgestimmt:

Zahlungen und Aufwandsentschädigungen an Schiedsrichter und ihre Assistenten sind grundsätzlich als sonstige Einkünfte (§ 22 Nr. 3 EStG) zu erfassen, wenn ihr Einsatz ausschließlich auf nationaler Ebene vom Verband (DFB einschließlich der Landes- und Regionalverbände) bestimmt wird. Schiedsrichter und Schiedsrichter-Assistenten, die darüber hinaus auch international für die UEFA oder die FIFA oder in anderen ausländischen Ligen (z. B. Stars-League-Katar) eingesetzt werden, erzielen hingegen aus ihrer gesamten Schiedsrichtertätigkeit Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG).

Werden Schiedsrichter auch für Werbezwecke tätig, erzielen sie insoweit ebenfalls Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

Für die Einkünftequalifikation sind aus den vorgenannten Gründen die Verhältnisse des Einzelfalls zu berücksichtigen.

(aus FMS vom 08.01.2010, 31/32/34 – S 2257 – 031 – 53 043/09)

Rezensionen

Handbuch Vereins- und Verbandsrecht

Von *Bernhard Reichert*. Köln, Luchterhand 2010. 1488 S., 119,- EUR, ISBN: 978-3-472-07570-7.

Das Handbuch Vereins- und Verbandsrecht von *Bernhard Reichert* unter der Mitwirkung von *Wolfgang Boochs* (Regierungsdirektor im Finanzamt Neuss) und *Jörg Dauernheim* (Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht und Insolvenzrecht) war bereits häufiger Gegenstand von Rezensionen und gilt zu Recht als der Klassiker im Vereins- und Verbandsrecht. Es liegt nunmehr in der 12., vollständig überarbeiteten Auflage vor. Der zweijährige Abstand zur Voraufgabe und insbesondere die Neuregelung zum 1.9.2009 durch das „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, welche nicht nur die familienrechtlichen, sondern auch die Vorschriften des Verfahrens in vereinsrechtlichen Angelegenheiten wesentlich geändert hat, haben diese Neuauflage notwendig gemacht.

Das Werk ist dabei seiner bewährten Struktur treu geblieben und setzt den Schwerpunkt im privaten Vereinsrecht (knapp über 1.000 Seiten). Daran schließt sich die Abhandlung über das öffentliche Vereinsrecht mit Fragen des Verbandsverfahrens sowie der Grundrechtsfähigkeit von Vereinen an. In einem weiteren Kapitel wendet sich das Handbuch dem Verein im internationalen Privatrecht zu, bevor das Buch sich in den weiteren Abschnitten den steuerrechtlichen Fragen von Vereinen und Verbänden annimmt. Ein besonderer Schwerpunkt liegt bei den steuerlichen Gegebenheiten rund um Sportvereine. Abgerundet wird das Werk schließlich durch einen Abschnitt über typische Hinterziehungshandlungen bei Sportvereinen.

Zu allen Abschnitten des Buches lässt sich erneut wieder das Kompliment der systematischen und strukturierten Abhandlung von Themen aussprechen. Besonders erfreulich ist, dass trotz der umfassenden Überarbeitung des Werkes das Buch unwesentlich im Seitenumfang zugenommen hat, was nicht bei jeder Neuauflage von rechtswissenschaftlichen Handbüchern der Fall ist. Zudem verfügt das Werk über ein systematisches Stichwortverzeichnis, wobei hier leider auch Kritik zu üben ist. Zwar ist es inhaltlich sehr strukturiert gegliedert und erleichtert so die Benutzung des rund 1.400 Seiten starken Handbuchs. Jedoch führen die angegebenen Randnummern im Stichwortverzeichnis nicht immer zum gewünschten Stichwort im Text. Beispielsweise ist die Gemeinnützigkeit mit den Randnummern 6507 ff. im Stichwortverzeichnis angegeben. Dahinter stehen im Text aber die Ausführungen zum Bestandsschutz bei der Überführung der DDR-Vereine in das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Damit das Handbuch auch in Zukunft leicht benutzbar ist, wäre eine vollständige Überarbeitung des Stichwortverzeichnisses wünschenswert.

Dieser Kritikpunkt darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei den inhaltlichen Ausführungen des Werkes weiterhin um ein sehr feinsinniges Buch handelt, in dem jeder ratsuchende Praktiker, gleich ob Notar, Rechtsanwalt, Steuerberater oder im Verein Tätiger, die entsprechenden Antworten auf seine Fragen erhält. Neben der Neuregelung durch das FamFG wurde nunmehr auch die strafrechtliche Verantwortung des Vorstandes, die Haftungsverhältnisse im Vereinssportbereich, neuere Entwicklungen im Datenschutz sowie die Haftung des Vereins (einschließlich des Vorstandes) vertiefend dargestellt. Zu den Ausführungen der Haftung des Vereinsvorstandes ist jedoch einschränkend anzumerken, dass das Werk leider nicht die Änderung durch das „Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Ver-

einsvorständen“, welches Ende September 2009 in Kraft getreten ist, umfassend behandelt. Es findet sich lediglich ein Hinweis auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung von § 31a BGB, nicht aber das endgültige Gesetz, so wie es nunmehr in Kraft getreten ist. Dies ist sicherlich dem Umstand geschuldet, dass die Arbeiten an dem Buch im August 2009 abgeschlossen wurden. Es wäre jedoch wünschenswert gewesen, wenn die Neuauflage nicht nur das Inkrafttreten des FamFG abgewartet, sondern auch die weiteren Änderungen eingearbeitet hätte. Allerdings darf man hierbei auch nicht vergessen, dass es sich bei den gesetzgeberischen Änderungen keinesfalls um neue bahnbrechende Regelungen handelt. Wenn auch teilweise in der öffentlichen Diskussion die jüngsten Reformen im Vereinsrecht außerordentlich gelobt wurden, wird häufig dabei vergessen, dass sich die Änderungen allein auf das Innenverhältnis im Verein beschränken. Darüber hinaus ergeben sich aus dem neuen Gesetz lediglich Vorteile für Vorstände, nicht aber für weitere im Verein ehrenamtlich tätige Personen. Die umfangreiche Aufnahme der in Kraft getretenen Gesetze einschließlich des ebenfalls in Kraft getretenen Gesetzes zur elektronischen Anmeldung im Vereinsregister, welches im Werk lediglich in der Entwurfsfassung berücksichtigt wurde, hätte das Handbuch sicherlich stärker abgerundet und die Notwendigkeit einer weiteren Neuauflage etwas nach hinten verschoben.

So lange man um diese Einschränkungen, die sich aber notwendigerweise aus dem Wandel des Rechts für jedes juristische Fachbuch ergeben, weiß, wird man mit der Anschaffung dieses Buches keine Enttäuschung erleben. Ganz im Gegenteil: Das Vereins- und Verbandsrecht von *Reichert* ist inhaltlich ein Spitzenwerk, welches es geschafft hat, über die Jahre sämtliche relevanten Facetten des Vereins- und Verbandsrechts zu durchdringen und so einen führenden Platz unter den Fachbüchern für dieses Rechtsgebiet zu erarbeiten. Wer immer im Vereins- und Verbandsrecht tätig ist und umfassende Antworten auf seine Fragen sucht, sollte stets das Handbuch Vereins- und Verbandsrecht zu Rate ziehen.

RA Dr. Nils Krause, LL.M. (Durham), Hamburg

(Fortsetzung von Seite VI)

III. Haftung des Stiftungsvorstands, § 31a BGB

Die neue Regelung des § 31a BGB zur Haftungsmilderung ehrenamtlicher Vereinsvorstände, die nach § 86 BGB auch auf Stiftungsvorstände anwendbar ist, wirft eine Fülle von Fragen auf, denen Prof. Dr. Arnd Arnold, Universität Kiel, nachging. Erfasst sind neben Vereinen aufgrund der Verweisung in § 86 BGB auch rechtsfähige Stiftungen. Neben dem Vorstand ist die Haftungsbeschränkung nach überwiegend vertretener Auffassung auch analog auf die Mitglieder eines erweiterten Vorstands oder eines Präsidiums anwendbar, nicht jedoch auf andere Ehrenamtliche. In den Genuss der Haftungserleichterungen gelangen die erfassten Personen nur, wenn sie im Jahr eine Vergütung oder eine pauschale Aufwandsentschädigung von maximal 500 EUR erhalten. Lediglich ein tatsächlich bestehender höherer Aufwand bleibt im Rahmen der Norm unbeachtlich. Folge der neuen Vorschrift ist im Rahmen der Innenhaftung eine Haftungsbegrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, § 31a Abs. 1 BGB. Gegenüber der Haftung nach außen besteht nach § 31a Abs. 2 BGB ein Freistellungsanspruch gegenüber der Stiftung. Arnold machte deutlich, dass mit dieser Regelung die besonders bedrohliche Haftung wegen nicht abgeführter Steuern und Sozialabgaben sowie in der Insolvenz nicht beschränkt werden könne, da in diesen Fällen ein Rückgriff auf die vermögenslose Stiftung sinnlos ist. Will die Stiftung ihre Vorstände durch den Abschluss von D & O-Versicherungen absichern, plädierte Arnold entsprechend § 93 Abs. 2 S. 3 AktG für die Vereinbarung eines Selbstbehalts von 10%, um die verhaltenslenkende Funktion der Haftung nicht gänzlich aufzugeben.

Prof. Dr. Ulrich Burgard vertrat im Anschluss an den Vortrag die These, die Vorschrift über die Haftungsbeschränkung ehrenamtlicher Vorstände sei durch die Stiftungssatzung abdingbar, so dass weiterhin eine volle Haftung der Stiftungsvorstände bestehen könne. Ob man dies einem Umkehrschluss zur mangelnden Verweisung in § 86 BGB auf § 40 BGB entnehmen könne oder umgekehrt der Umkehrschluss aus § 86 S. 1 2. Hs. BGB abweichende Regelungen ausschließe, wurde kontrovers diskutiert. Prof. Dr. Olaf Werner wies ergänzend darauf hin, dass die Haftungserleichterung eher schädlich sei, wenn die Stiftung eine D & O-Versicherung abgeschlossen habe und diese mangels Haftung des Vorstands den Schaden nicht ersetze. Insofern sei die auf Seiten des Bundesjustizministeriums favorisierte Versicherungslösung vorzugswürdig gewesen. Einig war man sich darüber, dass die Vereinbarung eines über der Grenze von 500 EUR liegenden Entgelts ein wirksames, wenn auch unter Umständen für kleine Stiftungen teures Mittel sei, um der Haftungsbeschränkung zu entgehen.

IV. Befugnisse der Rechtsaufsicht der Landesbehörden über die Rechnungslegung von Stiftungen

Abschließend wurde auf der Grundlage eines Problemaufrisses durch Rechtsanwalt Dr. Marcus Arndt, Kiel, der Umfang der Prüfungsbefugnisse der Landesaufsichtsbehörden in Bezug auf das Stiftungsvermögen beraten. Hintergrund sind vermehrt Anordnungen eines kostenpflichtigen Wirtschaftsprüferstatuts, die bei kleineren Stiftungen schnell die Verwaltungskosten explodieren lassen. Arndt wies darauf hin, dass die angeordneten Maßnahmen im Ermessen der Behörde stehen, das unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes pflichtgemäß ausgeübt werden muss. Dass die fehlende personelle Ausstattung der Stiftungsaufsicht mit fachlich geschulten Mitarbeitern die Einschaltung von externen Fachleuten auf Kosten der Stiftung erforderlich machen könnte, wurde durch das prominent besetzte Podium verneint. Ministerialrat Dr. Wulf Buer-

mann, Ministerium des Innern und für Sport, Rheinland-Pfalz, sowie Leitender Regierungsdirektor Jakob Nicolai, Abteilungsleiter in der Justizbehörde Hamburg, stellten die Praxis in ihren Zuständigkeitsbereichen dar und betonten, dass die Anordnung eines Wirtschaftsprüferstatuts ultima ratio bleibe. Dr. Markus Heuel vom Deutschen Stiftungszentrum in Essen sprach sich für die Abschaffung der Doppelprüfungen durch die Finanzbehörden und die Stiftungsbehörden aus, was in der Diskussion unterschiedlich bewertet wurde. Harald Spiegel, Rechtsanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer aus München, befürwortete die Einführung gestaffelter Prüfungspflichten für Stiftungen entsprechend ihrer Größe angelehnt an die neuen Regelungen des BilMoG im HGB für Unternehmen, so dass kleinere Stiftungen nur eine einfache Vermögensaufstellung zu erstellen hätten. Zudem solle bei der Erstellung der Rechnungslegung durch einen Steuerberater nur in Ausnahmefällen eine externe Überprüfung stattfinden. Entsprechende Vorstöße im Rahmen der Reform des Bayerischen Stiftungsgesetzes seien bedauerlicherweise gescheitert.

Insgesamt zeigten die zur Diskussion gestellten stiftungsrechtlichen Themen einen großen Bedarf nach gründlicher Erörterung, die bei der Abendveranstaltung im Bucerius Kunst Forum vertieft wurde und beim 12. Gesprächskreis Stiftungszivilrecht im nächsten Jahr am 3. und 4. März 2011 fortgeführt werden wird.

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

1. Zürcher Stiftungsrechtstag

Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa

An der Universität Zürich fand am 16. April 2010 auf Einladung des Zentrums für Stiftungsrecht der 1. Zürcher Stiftungsrechtstag statt. Mehr als 150 Teilnehmer aus vier verschiedenen Ländern folgten der Einladung und diskutierten mit den vierzehn Referenten über die Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa. Dieses Generalthema wurde in drei Themenblöcken behandelt: Mit-, Zu- und Dachstiftungsmodelle als Zukunft des Stiftungswesens; das Schweizer Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa und die Zukunft privater Vermögensperpetuierung in der Schweiz.

Nach einer kurzen Einführung von Prof. Dr. Dominique Jakob, dem Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht, eröffnete Prof. Dr. Peter Rawert den Vortragsreigen mit seinem Referat zum Stiftungsbegriff und den Rechtsproblemen der Zustiftung. Rawert und der Veranstalter überraschten das Publikum durch die Art der Vortragspräsentation: Aufgrund der totalen Flugraumsperre in Folge des Vulkanausbruchs auf Island konnte Rawert nicht persönlich anwesend sein, was den Veranstalter zu der spontanen und sehr innovativen Idee veranlasste, Rawert per Internet live zuzuschalten. In seinem Vortrag bekräftigte Rawert die von ihm bereits mehrfach geäußerte Auffassung, dass Zustiftungen als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren sind und erörterte – basierend auf diesem Befund –, ob und unter welchen Voraussetzungen Zustiftungen von einer Stiftung angenommen werden können. Im Anschluss daran widmete sich Rawert den Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten, nämlich ob und inwieweit die empfangende Stiftung einen Zustifter in die Stiftungsorganisation einbinden kann. Goran Studen, Doktorand an der Universität Zürich, setzte sich in seinem Vortrag mit dem Phänomen der Dachstiftung auseinander. Die anschließende Diskussion, die durch zwei Impulsreferate von François Geinoz und Dr. Dr. Thomas Sprecher eingeleitet wurde, hat eindrucksvoll gezeigt, dass Dachstiftungen ein äußerst interessantes Regelungsmodell darstellen. Die einzelnen Diskussionsbeiträge

ge haben aber deutlich gemacht, dass viele damit verbundene Probleme und vor allem deren Lösungen noch im Dunkeln liegen. Und so konnte die Veranstaltung diese neuartigen Denkansätze einem internationalen Fachpublikum präsentieren und damit einen wichtigen Beitrag zur Rechtsentwicklung leisten.

Der zweite Themenblock setzte sich mit dem schweizerischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht im Lichte der europäischen Entwicklungen auseinander. Prof. Dr. *Birgit Weitemeyer* widmete ihren Vortrag der Entwicklung des europäischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht. Dabei standen die Möglichkeiten der Spendenfreizügigkeit in Europa sowie die möglichen Vorteile der European Foundation im Vordergrund. Die dogmatisch reizvolle und praktisch so relevante Frage der Sitzverlegung von Stiftungen in die Schweiz und innerhalb Europas warf Dr. *Harold Grüninger* in seinem Beitrag auf. Dabei wurden aus dem Blickwinkel des schweizerischen Rechts die Sitzverlegung in die Schweiz, die Hineinverschmelzung in die Schweiz und vor allem auch der Wegzug aus der Schweiz aus zivil- und steuerrechtlicher Hinsicht diskutiert. Die Podiumsdiskussion, die abermals von zwei Impulsreferaten (Prof. Dr. *Georg von Schnurbein* und Dr. *Bernd Ebersold*) eingeleitet wurde, und die zahlreichen Wortmeldungen aus dem Publikum zeigten auch für diesen Themenblock, dass die Referenten aktuelle und für die Praxis sehr relevante Themen präsentierten.

Aus einem ganz anderen Blickwinkel näherte sich der dritte Themenblock dem Stiftungsrecht: Dieser war der Zukunft privatnütziger Vermögensperpetuierung in der Schweiz und der damit verbundenen Frage gewidmet, inwieweit sich auch Stiftungen für diese Zwecke instrumentalisieren lassen. Prof. Dr. *Susanne Kalss* referierte zu den Perspektiven der Privatstiftung in Österreich und im Fürstentum Liechtenstein. *Kalss* zeigte auf, dass sich Privatstiftungen in Österreich und in Liechtenstein auch als Instrumente der Vermögensperpetuierung zu privatnützigen oder eigennützigen Zwecken einsetzen lassen. Gerade die Zulassung eines solchen Rechtsinstrumentariums erfordere es auch, ausreichende Möglichkeiten zur Kontrolle des Stiftungsvermögens zu schaffen; gerade aber für die Kontrolle durch die Begünstigten besteht nach zwei aktuellen Entscheidungen des österreichischen OGH erhebliche Rechtsunsicherheit. Dr. *Nedim Peter Vogt* sprach sich in seinem Referat gegen die Kodifizierung eines Trust-Rechts für die Schweiz aus. Er führte aus, dass Trusts bereits maßgeblich das schweizerische Wirtschaftsleben beeinflussen, eine Kodifizierung aber nicht möglich sei, weil die Übernahme einer jahrhundertlang gelebten Tradition und Rechtsprechung nicht gewährleistet werden könne. In dem letzten Referat diskutierte *Sprecher* die finale Frage, ob in der Schweiz ein neues Vehikel zur privatnützigen Vermögensperpetuierung erforderlich sei. Auch dieser Themenblock wurde durch eine Podiumsdiskussion, mit Einleitungsvoten von Dr. *Jochen Ettinger* und Dr. *Manuel Liatowitsch*, geschlossen. Die Tagung fand bei einer Abendveranstaltung im Turm der Universität einen stimmungsvollen Ausklang über den Dächern von Zürich.

Assoz. Prof. Dr. *Johannes Zollner*

Workshop mit der Deutschen Bank

Chancen und Risiken für Stiftungen

Am 22.4.2010 lud die Deutsche Bank AG gemeinsam mit dem Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit Organisationen im Rahmen der Veranstaltungen für die stiftungsrechtliche Praxis zu einem Workshop mit dem Thema „Chancen und Risiken für Stiftungen“ an die Bucerius Law School nach Hamburg ein.

Angeregt durch die Vorträge wurde unter den etwa 100 Teilnehmern intensiv und fachkundig über die Chancen und Risiken von Stiftungen nach der Krise diskutiert, insbesondere unter den Aspekten der Nachhaltigkeit und Risikoversorge.

Nach einer Begrüßung durch die Direktorin des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit Organisationen, Prof. Dr. *Birgit Weitemeyer*, führten *Arndt Funken*, Managing Director, Leiter Philanthropical Wealth bei der Deutschen Bank AG, Frankfurt am Main, sowie Prof. Dr. *Michael Göring*, Vorstandsvorsitzender der ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, Hamburg, in das Thema ein.

Funken erörterte die spürbaren Auswirkungen der Wirtschaftskrise auf Stiftungen und ging insbesondere darauf ein, dass Stiftungen zum Erhalt einer Rendite, die zu einer effektiven Stiftungsarbeit ausreicht, derzeit fast zwangsläufig Risiken eingehen müssen.

Prof. Dr. *Göring* unterstrich ebenfalls die schwerwiegenden Folgen der Weltlage für die Vermögensverwaltung, zeigte aber gleichzeitig auf, dass Stiftungen aus der Krise auch gelernt haben, welchen hohen Wert Transparenz, Fungibilität, Bescheidenheit und Gelassenheit im Zusammenhang mit Vermögensanlagen haben.

Björn Jesch, Leiter Portfoliomanagement Deutschland, Private Wealth Management, Deutsche Bank AG, Frankfurt am Main, sprach in seinem anschaulichen Vortrag über das Risikomanagement für Stiftungsvermögen und hielt ein Plädoyer für den aktiv gemanagten Fond.

Anhand von Darstellungen der Schwankungsintensität an den Märkten mit einem 10-Jahres Chart-Dax und der Zinslage verdeutlichte *Jesch* nicht nur den Begriff „Risiko“, sondern ging auch auf den Konflikt der Stiftungen ein, ihr Vermögen sicherheitsorientiert anzulegen, gleichwohl aber eine große Rendite zu erzielen. *Jesch* stellte zwei Methoden der Deutschen Bank für ein vernünftiges Portfoliomanagement vor, die beiden vorgenannten Kriterien gerecht werden sollen. Die erste Methode ist ein Portfolio mit verschiedenen Asset Allocations. Durch eine geschickte Zuweisung verschiedener Asset-Klassen sei es hierdurch sogar möglich, eine Erhöhung des Risikos zu vermeiden, selbst wenn zur Steigerung der Rentabilität anteilig riskante Asset-Klassen eingemischt werden.

Als zweite Methode stellte *Jesch* das Trendfolge-System vor, welches auf Teilfonds, basierend auf Aktien und Alternativen Investments, unter Einbeziehung und Beimischung verschiedener chancenorientierter Anlageklassen beruht.

In der anschließenden Diskussion wurde *Jesch* neben dem Mittel zur Vorhersehbarkeit von Risiko und Rendite beim Portfoliomanagement auch auf die Praktikabilität der Methoden für kleinere Stiftungen gefragt. Je größer das Vermögen, desto individueller sei auch das Portfoliomanagement, so *Jesch*, allerdings sei es standardisiert auch auf kleinere Stiftungen anwendbar.

Christian Wriedt, Vorstandsvorsitzender der Körber-Stiftung, Hamburg, referierte über „Risikomanagement für die Stiftungsverwaltung – Wie strukturiert man eine gute Foundation Governance?“. Foundation Governance ist die Frage nach Sicherungsmaßnahmen zum Erhalt des Stiftungszwecks und der zur Verfügung stehenden Mittel, wobei der Schwerpunkt des Vortrags auf Letztgenanntem lag. Nach *Wriedt* hat „die Kapitalerhaltung Vorrang vor der Zweckerfüllung“ und so sieht er die Bildung von Reserven zur bedingungslosen Kapital- und Kaufkraftreicherung einer Stiftung als wesentliches Ziel. Interessant war der Einblick in die Foundation Governance der Körber-Stiftung. Instrument der Stiftung zur Verwaltung ihres Vermögens ist die Anlage in verschiedenen Segmenten. Die so genannte

Master-KAG besteht aus einem Masterfonds in dem sich fünf verschiedene Segmente befinden, bestehend aus Aktien (drei Segmente), Renten und Liquidität (jeweils ein Segment). Vorteile dieser Masterfonds sind neben nur einer Bilanzposition und den dadurch geringeren Prüfungskosten auch, dass die Absetzung für Abnutzungen (AfA) eines Segments durch ein anderes aufgefangen wird, ein einfacher Managerwechsel möglich ist sowie keine Hebung stiller Reserven stattfindet. Wesentlicher Nachteil sind die hohen Kosten, die solche Masterfonds mit sich bringen, wodurch auch schnell deutlich wurde, dass nicht jede Stiftung, sondern nur diejenigen, mit immenser Kapitalausstattung in der Lage sind, anhand dieses Systems rentabel ihr Vermögen zu verwalten.

Wie auch die beiden Redner zuvor mahnte *Wriedt*, bei der Vermögensverwaltung stets den gesunden Menschenverstand walten zu lassen.

Rolf D. Häbler, Director Business Development, oekom research AG, München, verschaffte mit seinem Vortrag „Nachhaltigkeit in der Vermögensanlage“ einen aufschlussreichen Einblick in die Arbeit einer Rating-Agentur hinsichtlich nachhaltiger Kapitalanlagen.

Nachhaltigkeit, d.h. die soziale, ethische und ökologische Performance der Anlageobjekte, ist nach *Häbler* mittlerweile als viertes Anlagekriterium neben die drei klassischen (Rendite, Risiko und Liquidität) getreten.

Die oekom research AG erstellt anhand des zu Grunde liegenden Nachhaltigkeitskonzepts und Kriterien ihres Kunden Nachhaltigkeitsberichte durch Ausschluss von Unternehmen, die in kontroversen Geschäftsfeldern tätig sind, sogenannte „sin stocks“, oder Mindeststandards nicht genügen und durch Auswahl von Unternehmen, die innerhalb ihrer Branche zu den Vorreitern bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien gehören, sogenannte „Best-in-Class-Unternehmen“.

Häbler entkräftete in seinem Vortrag die Vorbehalte von Stiftungen gegen nachhaltige Kapitalanlagen. Nicht nur, dass zahlreiche Studien zeigen, dass es keinen systematischen Performancenachteil gibt, es gebe sogar eine doppelte Dividende, da sich durch die Berücksichtigung von ausgewählten sozialen und umweltbezogenen Kriterien der Stiftungszweck aktiv fördern und gleichzeitig Reputationsrisiken vermeiden lassen. Die Nutzung von Nachhaltigkeitskriterien führe auch nicht zwangsläufig zu einer radikalen Veränderung im Portfolio.

Ekkehard Thümler, CSI Heidelberg, Projektleiter „Strategies for Impact“, stellte die aktuellen Forschungsergebnisse aus europäischen Fallstudien zu Stiftungsstrategien mit großer gesellschaftlicher nachhaltiger Wirkung vor. Hierzu erläuterte er anhand von Beispielen zunächst die Bedeutung von Nachhaltigkeit, auf was sich die Nachhaltigkeit beziehen muss und wie Stiftungen diese erreichen. Um Nachhaltigkeit definieren zu können, müsse man zunächst die Vorfrage stellen, was überhaupt „angepackt“ werden soll, um feststellen zu können, ob dies nachhaltig geschieht. Nach *Thümler* geht es im günstigsten Fall um die Nachhaltigkeit sozialer Wirkung. In seiner Studie wurde untersucht, wie es gelingt, nachhaltig soziale Wirkung zu erzielen. Nach *Thümler* muss die goldene Regel für die Stiftungstätigkeit lauten, sich grundsätzlich langfristig in den gewählten Projekten zu betätigen.

Am Ende seines Vortrags stellte er die These auf, dass „Wissen wichtiger als Geld [ist]“ und die erfolgreichsten Fälle nachhaltiger Stiftungstätigkeit damit nicht die teuersten Projekte seien.

An der abschließenden Podiumsdiskussion nahmen neben den Referenten auch Dr. *Hermann Falk*, *Melanie Stöhr* und *Peer Paulsen* teil, die vor Beginn der Diskussion die Möglichkeit eines kurzen Statements hatten.

Dr. *Hermann Falk*, Mitglied der Geschäftsleitung, Bundesverband Deutscher Stiftungen, Berlin, wies auf die „Ganzheitlichkeit des Stiftungsmanagements“ hin, also den Aufbau eines schlüssigen Gesamtkonzepts, in dem Stiftungen neben der Verwendung der Mittel für den Stiftungszweck auch schon eine Vermögensanlage im Sinne des Stifters bestreiten könnten.

Melanie Stöhr, Geschäftsführender Vorstand, Umweltstiftung Greenpeace, Hamburg, plädierte dafür, durch die Aufnahme von „Socially Responsible Investment (SRI)“ in den Stiftungszweck auch die Geldanlagen dem Satzungszweck zu unterstellen und berichtete von den Erfahrungen der Umweltstiftung Greenpeace mit diesem Verfahren.

Peer Paulsen, Managing Director, Head of Financial Engineering Group, Deutsche Bank AG, Private Wealth Management, Hamburg, stellte das in Deutschland erste „db Microfinance-Invest“ Konzept vor („Hilfe zur Selbsthilfe“), welches philanthropische und ökonomische Aspekte kombiniert und damit sowohl aus Investorensicht und aus Sicht der Entwicklungs- und Schwellenländer einen Mehrwert schaffen soll.

Angeregt durch einen Wortbeitrag von *Dirk C. Schoch*, Sutar-Stiftung, Hamburg, diskutierte das Podium über die Fachkenntnis ehrenamtlicher Stiftungsvorstände hinsichtlich vernünftiger Vermögensanlage. Diskutiert wurde, ob die Beratungstätigkeit der Bank das Wissen der meist ehrenamtlichen Vorstände erweitern, oder ob diese selbst wirtschaftswissenschaftliche Vorkenntnisse aufweisen müssen. *Falk* berichtete aus einer Studie des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen, dass Stiftungen mit schlechten Kenntnissen über Vermögensanlage auch weniger zufrieden mit ihrer Bankberatung sind, als diejenigen mit guten Kenntnissen. *Stöhr* sah es als selbstverständliche Aufgabe der Vorstände, sich mit dem Thema der Vermögensanlage auseinanderzusetzen, wenn man mit anvertrauten Geldern agiert.

In der Diskussion äußerte Dr. *Klaus Neuhoff*, Institut für Stiftung und Gemeinwohl, Witten, Bedenken dahingehend, dass mit der Entscheidung zur nachhaltigen Vermögensanlage der Organe faktisch eine Umwandlung der Stiftung in eine „operating foundation“ stattfindet, die den Stifterwillen streng dogmatisch umformuliert.

Als Erkenntnis stand am Ende des Workshops, dass sich die Vermögensanlage im Wandel befindet: das Kapital muss nicht länger ausschließlich nach Rentabilitätskriterien angelegt werden, um es anschließend ethisch auszugeben. Bereits bei der Vermögensanlage kann man ethische Kriterien einfließen lassen und mittelbar den Stiftungszweck verfolgen.

Esther Kindler

npOR-Dokumentation

Stiftungsrecht

BVerwG, Urt. v. 26.11.2009 – 2 C 15/08, Überführung einer Hochschule in die Trägerschaft einer Stiftung

OLG Frankfurt, Urt. v. 13.11.2009 – 2 U 76/09, Außerordentliche Kündigung wegen Spendenbetrugs

VGH Mannheim, Urt. v. 8.5.2009 – 1 S 2859/06, Status einer Stiftung

Andrick, Bernd, Das Öffentliche Recht - Garant eines leistungsfähigen Stiftungswesens, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 31

Andrick, Bernd, Der Weg zum modernisierten Stiftungsprivatrecht, ZAP 2009, 5

Arnold, Nikolaus, Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter, Der Gesellschafter 2009, 348

Augsten, Ursula/Walter, Ronny, Zur Neuregelung der Haftung von Mitgliedern von Vereins- und Stiftungsvorständen, DStZ 2010, 148

Brouwer, Tobias, Zum Erfordernis einer Satzungserlaubnis für Organvergütungen bei steuerbefreiten Berufsverbänden, BB 2010, 865–870

Burgard, Ulrich, Firmenrechtliche Fragen bei Verein und Stiftung, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 190

Dölken, Clemens, Sub specie aeternitatis ... Der Ewigkeitscharakter von Stiftungen, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 365

Graf Strachwitz, Rupert, Die Legitimitätskrise des Stiftungswesens im 18. Jahrhundert, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 372

Jakob, Dominique/Studen, Goran, Die European Foundation, ZHR 174 (2010), 62

Jahn, Andreas, Die Stiftung & Co. KG: Eine Alternative zur GmbH & Co. KG bei der Vermögens- und Unternehmensnachfolge?, GmbH-Steuerpraxis 2010, 102

Hemmelrath, Alexander, Vergleich deutscher und österreichischer Familienstiftung nach Abschaffung der österreichischen Erbschaftsteuer, in: v. Bar/Hellwege/Mössner/Winkeljohann (Hrsg.), Gedächtnisschrift Malte Schindhelm, 2009, S. 333

Hirte, Heribert, Stiftung und Insolvenz, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 222

Hoffmann, Jakob, Beschlussmängel in der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts, in: Hoffmann/Schubert (Hrsg.), Festgabe Peter Kreuz, 2009, S. 29

Hügel, Stefan, Der gestiftete Verein, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 179

Hüttemann, Rainer, Gemeinnützige Stiftungen in der Nachfolgeplanung, in: v. Bar/Hellwege/Mössner/Winkeljohann (Hrsg.), Gedächtnisschrift Malte Schindhelm, 2009, S. 377

Hüttemann, Rainer, Stiftungsgeschäft und Vermögensausstattung, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 85

Jakob, Dominique, Siftterrechte zwischen Privatautonomie und Trennungsprinzip. Möglichkeiten und Konsequenzen der Einflussnahme des Stifters auf seine Stiftung unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen des schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Rechts, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 101

Joussen, Jacob, Vertragsänderungen und die Beteiligung der Mitarbeitervertretung in Stiftungen unter Geltung des kirchlichen Arbeitsrechts, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 346

Kilian, Michael, Die österreichischen Arbeitsstiftungen, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 316

Kirca, Cigdem/Aydin, Ramazan, Stiftungsvermögen und diesbezügliche Rechtsgeschäfte unter der Geltung des neuen türkischen Stiftungsgesetzes vom 20.2.2008, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 306

Leible, Stefan, Die Stiftung im Internationalen Privatrecht, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 256

Mummenhoff, Winfried, Zustiftungen zu katholischen Sammelstiftungen, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 333

Muscheler, Karlheinz, Die Verbrauchsstiftung, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 129

Neuhoff, Klaus, Die operative Stiftung und ihr Vermögen, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 146

Nissel, Reinhard, Stiftungsrechtliche Gesetzgebung - Spiegelbild des Stiftungswesens?, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 45

Oetker, Hartmut, Zusammenführung von Stiftungen und Gesamtrechtsnachfolge - eine Herausforderung an Gesetzgeber und Rechtswissenschaft, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 207

Otte, Gerhard, Eine oktroyierte Stiftungssatzung - oder: Ist die Stiftungsaufsicht bei den Verwaltungsbehörden gut aufgehoben?, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 75

Rawert, Peter, Die juristische Person des Privatrechts als Stiftungsvorstand, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 119

Saenger, Ingo, Stiftungskörperschaften - Anspruch und Wirklichkeit, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 165

Schauer, Martin, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, ZEuP 2010, 338

Schmidt, Karsten, Schuldrecht: Keine Schenkung bei unentgeltlicher Zuwendung von Stiftungsleistungen. BGH, Urt. v. 7.10.2009 – Xa ZR 8/08, NJW 2010, 234 = NZG 2009, 1433, m. Anm. Passarge, NZG 2009, 1421, JuS 2010, 160

Schmidt, Wolf, Der Stiftungsbericht, in: ROTE SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 1/2010

Seidel, Karsten, Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht. Aktuelle Beratungsaspekte, ErbStB 2009, 187

Spickhoff, Andreas, Zum Internationalen Privatrecht der Stiftungen, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 241

v. Oertzen, Christian, Asset Protection mit inländischen Familienstiftungen, ZEV 2010, 168

Volkholz, Torsten, Die Vermögensausstattung und der Schutz des Vermögens von rechtsfähigen Stiftungen und Stiftungs-GmbHs, in: Hoffmann, Jakob/Schubert, Claudia (Hrsg.), Entwicklungen im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Festgabe Peter Kreuz, 2009

Weidlich, Dietmar/Dittmer, Jana, Noch weitgehend unbekannt: Die Kombination von Stiftung und Behindertentestament, ZStV 2010, 68

Weitemeyer, Birgit, Die Zukunft des Stiftungsrechts in Europa, in: Saenger/Bayer/Koch/Körber (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 288

Werner, Rüdiger/Hosser, Marcus, Stiftungen als Instrument des Vermögensschutzes, ZErB 2010, 104

Winheller, Stefan, Nonprofit-Organisationen in Deutschland und in den USA. Historische Wurzeln der Nonprofit-Sektoren in Deutschland und den USA, ZStV 2010, 41

Zehentmeier, Ursula, Die Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung - Zivil- und steuerrechtliche Fragen bei der Satzungsgestaltung, NWB 2009, 3583

Zehentmeier, Ursula, Satzung einer rechtsfähigen gemeinnützigen Stiftung, NWB 2009, 3594

Vereinsrecht

BGH, Urt. v. 24.10.2009 – VI ZR 296/08, Schadenshaftung Fußballspiel

OLG Köln, Urt. v. 28.9.2009 – 2 Wx 36/09, Eintragung eines Vereins als Unterstützungskasse

OLG Stuttgart, Urt. v. 13.11.2009 – 8 W 445/09, Löschung einer unzulässigen Eintragung im Vereinsregister – Übergangsrecht

OVG Sachsen, Urt. v. 20.1.2010 – 1 A 215/08, Zuwendungswiderurf gemeinnütziger Verein

FG Münster, Urt. v. 6.10.2009 – 15 K 1318/05 U, Leistungsaustausch bei Mitgliedsbeiträgen

LG Mönchengladbach, Urt. v. 7.4.2009 – 5 T 96/06, Zulässigkeit geografischer Zusätze bei Vereinsnamen

SG Fulda, Urt. v. 19.1.2010 - S 4 U 5/08, Vereinsmitglied, gesetzliche Unfallversicherung

Eichenhofer, Eberhard, Ehrenamt im Recht, in: Saenger/Bayer/Koch/Körber, (Hrsg.): Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 60

Kliebisch, René, Die Vereinsvorstandshaftung in Insolvenzfällen: Quo Vadis?, ZStV 2010, 48

Orth, Jan F., Entlastung ehrenamtlicher Vereinsvorstände durch § 31a BGB, SpuRt 2010, 2

Vieweg, Klaus, Zur Europäisierung des Vereins- und Verbandsrechts, in: Saenger/Bayer/Koch/Körber (Hrsg.), Festschrift Olaf Werner, 2009, S. 275

Wörle-Himmel, Christof/Endres, Markus, Neue gesetzliche Regelungen im Vereinsrecht, DStR 2010, 759

Steuerrecht

EuGH, Urt. v. 29.10.2009 – C-246/08, Mehrwertsteuerbefreiung für Rechtshilfeleistungen öffentlicher Büros

EuGH, Urt. v. 28.1.2010 – C-473/08, Umfang der Umsatzsteuerbefreiung für selbständige Lehrer, DStRE 2010, 256

EuGH, Urt. v. 22.4.2010 – C-510/08, Verminderte Freibeträge für Schenkungen zwischen Gebietsfremden unionsrechtswidrig, DStR 2010, 861

BFH, Urt. v. 17.2.2010 – I R 2/08, Arbeitsteiliges Zusammenwirken mehrerer steuerbefreiter Körperschaften

BFH, Urt. v. 17.8.2008 – XI R 23/08, Voraussetzungen für die Umsatzsteuerbefreiung und Vorsteuerabzug bei langfristiger Vermietung eines Turnhallegebäudes an einen Verein

BFH, Urt. v. 11.3.2009 – XI R 71/07, Option zur Steuerpflicht einer Sporthallenvermietung, Vorsteuerabzug bei Überlassung von Sportanlagen an einen Betreiber

BFH, Urt. v. 3.6.2009 – XI R 34/08, Besteuerung des Zwischenhandels mit Eintrittskarten als eine sonstige Leistung am Sitzort des Leistenden

BFH, Urt. v. 20.8.2009 – V R 21/08, Vermietung eines Seniorenheims samt Inventar als einheitliche Leistung - Voraussetzungen einer Gesamtleistung - Ausschluss des Vorsteuerabzugs

BFH, Urt. v. 18.11.2009 – II R 46/07, Ersatzerbschaftsteuer bei Familienstiftung - Beurteilung einer Stiftung als Familienstiftung

BFH, Beschl. v. 7.12.2009 – XI B 52/09, Bewirtung keine Nebenleistung zur steuerfreien Theaterleistung

BFH, Urt. v. 9.12.2009 – II R 22/08, Schenkungsteuerpflicht bei Zustiftung an eine (Familien-)Stiftung,

BFH, Urt. v. 16.12.2009 – I R 49/08, Leistungen gegen Entgelt an Vermieter altenbetreuter Wohnungen kein Betrieb der Wohlfahrtspflege oder Zweckbetrieb, DStR 2010, 599

BFH, Urt. v. 18.2.2010 – V R 28/08, Steuerfreie Leistungen eines Orchestermitglieds gegenüber seinem Orchester – Befreiung nach § 4 Nr. 20 Buchst. a Satz 2 UStG

BGH, Urt. v. 7.10.2009 – Xa ZR 8/08, Keine Schenkung bei entgeltlicher Zuwendung

FG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.10.2009 – 11 K 4308/08, Besteuerung der Auszahlung von Schweizer Pensionskasse (Sammelstiftung)

VG Saarland, Urt. v. 24.11.2009 – 11 K 1927/08, Berücksichtigung des Übungsleiterfreibetrags bei Einkommensberechnung

FG Köln, Urt. v. 8.10.2009 – 10 K 3794/06, Begriff der Sportveranstaltung

FG Köln, Urt. v. 29.10.2009 - 15 K 2917/06, Preisgeld aus Teilnahme an Big Brother als sonstige Einkünfte

FG Münster, Urt. v. 16.2.2009 – 10 K 4647/07 F, Steuerpflicht von Preisgeldern

FG Niedersachsen, Urt. v. 16.6.2009 – 15 K 30331/06, Keine Steuerbegünstigung bei Durchlaufspende an natürliche Person

FG Niedersachsen, Urt. v. 14.1.2010 – 5 K 162/09, Steuerfreiheit von Betreuungsvereinen

FG Niedersachsen, Urt. v. 22.3.2010 – 16 K 11189/08, Stromerzeugung von Kirchengemeinde ist Betrieb gewerblicher Art

FG Sachsen, Urt. v. 21.10.2009 – 8 K 1174/08, Vorsteuerabzug trotz Leistung in den ideellen Bereich

Becker, Alexander, Der Wegfall des gemeinnützigkeitsrechtlichen Status – Eine Bestandsaufnahme und Hilfestellung für die Praxis, DStR 2010, 953

Böhme, Klaus, Die Umsatzsteuerbefreiung der Krankenhäuser ab 1. Januar 2009, DStZ 2010, 295

Fritsche, Patrick, Steuerbegünstigter Abzug von Zuwendungen an gemeinnützige Einrichtungen im EU-Ausland, ELR 2009, 63

Halaczinsky, Raymond, Erbschaftsteuer und Spenden, UVR 2010, 85

Hidien, Jürgen W./Möllenbeck, Claus, Spenden an gemeinnützige Institutionen in EU-Mitgliedstaaten sind steuerlich abzugsfähig, PISTB 2009, 124

Hüttemann, Rainer, Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Spendenabzugs – Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften, IStR 2010, 118

Janssen, Bernhard, Verdeckte Gewinnausschüttung und Spendenabzug, DStZ 2010, 170

Kahlert, Günter/Eversberg, Horst, Insolvenz und Gemeinnützigkeit, ZIP 2010, 260

Leippe, Bernd, Das BMF-Anwendungsschreiben zum steuerlichen Querverbund aus der Sicht der kommunalen Praxis, DStZ 2010, 106

Lippross, Otto-Gerd, Umsatzsteuerrechtliche Folgen der Verlagerung gemeindlicher Dienstleistungen der Daseinsvorsorge auf kommunale Eigengesellschaften – Zugleich Besprechung des BFH-Urteils vom 18.6.2009 – V R 4/08, UR 2010, 214

Maier, Thomas, Steuerliche Behandlung kommunaler Stadt- und Mehrzweckhallen, DStR 2010, 198

Meier, Norbert, Der Begriff des „Dauerverlustgeschäfts“ i.S.d. § 8 Abs. 7 S. 2 KStG, FR 2010, 168

Muth, Jochen J., Steuerhinterziehungsbekämpfung und Gemeinnützigkeit im Ausland, StuB 2010, 21

Paintner, Thomas/Melchior, Jürgen, Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben, DStR 2010, 625

Philipowski, Rüdiger, Unterrichtsleistungen eines Privatlehrers sind steuerfrei, aber unter welchen Voraussetzungen?, UR 2010, 161

Ronge, Eleonore/Freiherr von und zu Franckenstein, Georg, Umsatzsteuerrechtliche Behandlung der Verpachtung von Pflegeheimen, UR 2010, 246

Schiffers, Joachim, Abgrenzung des Betriebs gewerblicher Art vom hoheitlichen Bereich am Beispiel des Schulschwimmens in einem kommunalen Bad, DStZ 2009, 819

Schiffers, Joachim, BMF vom 12.11.2009 zum kommunalen Quer-verbund nach dem JStG 2009 – Übergangsregelung, DStZ 2010, 119

Schiffers, Joachim, Kriterien zur Abgrenzung hoheitlicher von wirtschaftlichen Tätigkeiten einer juristischen Person des öffentlichen Rechts nach dem BMF-Schreiben vom 11.12.2009, DStZ 2010, 122

Schlegel, Gerwin/Tillmanns, Jochen-Lutz, Das Ausgliederungsmodell zur Vermeidung gewerblicher Einkünfte von medizinischen Praxisgemeinschaften, DStZ 2010, 287

Schulz-Nieswandt, Frank, The dynamics of European definition policy of health and social services as services of general (economic) interest, ZöGU 2010, 31

Strahl, Martin, Wirtschaftliche Tätigkeiten der öffentlichen Hand. Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 12.11.2009, DStR 2010, 193

Thieme, Hauke, Neueste EuGH-Rechtsprechung zur Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand - Anmerkung zu den EuGH-Urteilen vom 4.6.2009 - C-102/08 sowie vom 16.9.2008 - C-288/07, BB 2009, 1900

Unger, Sebastian, Mittelbeschaffung und Mittelverwendung gemeinnütziger Körperschaften, DStZ 2010, 141

Unger, Sebastian, Steuerbegünstigung grenzüberschreitender Gemeinnützigkeit im Binnenmarkt - Vorgaben des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts im Lichte der unionalen Grundfreiheiten, DStZ 2010, 154

Volkman, Thorsten/Wittke, Simon, NPO 2.0 - Internetspendenportale, virtuelle Marktplätze und Online-Fördernetzwerke auf dem Prüfstand des Gemeinnützigkeitsrechts, BB 2010, 859

Wagner, Jürgen, Entwicklungen im liechtensteinischen Wirtschafts- und Steuerrecht, RIW 2010, 105

Widmann, Werner, Beschränkung auf Teilentgelte schließt die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht aus – Zum EuGH-Urteil vom 29.10.2009 in der Rechtssache C-246/08 – Kommission/Finnland, UR 2010, 221

Andere Rechtsgebiete

EuGH, Urt. v. 29.4.2010 – C-160/08, Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats – Veröffentlichungspflicht der Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen nach dem Submissionsmodell

BGH, Urt. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08, Rettungsdienste Vergabeverfahren

BGH, Urt. v. 18.9.2009 – V ZR 2/09, Nichtigkeit Vereinbarung Infrastrukturbeitrag

BFH, Urt. v. 23.9.2009 – IV R 14/07, Genossenschaftsanteile als gewillkürtes Betriebsvermögen

BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 209/08, Ansprüche der Genossenschaftsmitglieder bei Insolvenzverschleppung

OVG Münster, Urt. v. 29.9.2009 – 8 A 2086/08, GEZ-Befreiung einer Jugendmusikschule

Bastuck, Burkhard, Rechtliche Strukturen von Konzerthäusern, NJW 2010, 709

Degener, Theresia, Die UN-Behindertenrechtskonvention. Grundlage für eine neue inklusive Menschenrechtstheorie, Vereinte Nationen 2010, 57

Keßler, Jürgen/Herzberg, Anja, Zur gesetzlichen und statuarischen Geltung der „Business Judgement Rule“ im Genossenschaftsrecht, BB 2010, 907

Kornblum, Udo, Die UG hat die Ltd. überholt, GmbHR 2010, S. R53
Küting, Karlheinz/Strauß, Marc, „Die Wahrheit liegt auf dem Platz“ - oder etwa nicht? Zur (Konzern-)Rechnungslegungs- und Offenlegungspflicht im Profifußball, DB 2010, 793

Loschelder, Michael, Die Dauerleihgabe. Ein in der Museumspraxis gängiger, rechtlich aber unscharfer und weitgehend ungeklärter Begriff, NJW 2010, 705

Pelz, Christian, Sponsoring - zwischen Marketing und Korruption, LMuR 2009, 50

Trautner, Wolfgang E./Schäffer, Sarina, Privat - und doch öffentlicher Auftraggeber? Zur Anwendung des Vergaberechts auf private Ersatzschulen, VergabeR 2010, 172

Fachliteratur

Fundaciones y Derecho Administrativo. Juan-Cruz Alli Turrillas. Marcial Pons 2010. 504 S., 54,- EUR, ISBN 978-8-497-8703-4.

The book "Foundations and Administrative Law" is prefaced by *Francisco González Navarro*, Professor of Administrative Law and retired Magistrate of the High Court of Spain. It consists of 434 pages, plus 22 of bibliography, divided in five chapters. The first examines the historical construction of the institution of the "foundation" in Spain; special attention is paid to the appearance of its "legal status" and the disappearance of the *mainmort* (familiar in ecclesiastic perpetuities) and expropriation processes in Spain during the 19th century. The second chapter studies the construction of the abstract concept at the end of the 19th century in the doctrine, laws and jurisprudence. Particular focus is made on two questions: the appearance of the notion of "foundation-(commercial) company", on the one hand, and on the other the present situation of coexistence between a general legal system and seventeen regional systems in the quasi-federal territorial distribution in Spain. The third chapter looks at the dilemma that the foundation suffers as a result of the public-private debate, which has always existed regarding its purpose, structure and activities, and in particular due to clearly demonstrated public interventions in it. The fourth chapter goes into detail on how the presence of public power can have an enormous effect on the nature of the "business" of the foundation, its external consequences, and the nature of its patrimony and the activity of its patrons. Under such an "administrativised" perspective it is reasonable that the fifth chapter should study what the so-called "public foundations". That is, the novel and particular figure of foundations created, sustained and, somehow, reconfigured by public power. As a result of the content of the previous chapters, the conclusion is that they should be rejected for several (and very deep-seated) reasons.

Juan-Cruz Alli Turrillas



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 2/2010

ISSN 1868-3762

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: Prof. Dr. Michael Göring
Amtsgericht Hamburg, HRB 75325
Redaktionelle Gesamtverantwortung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Redaktion:

Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen,
Bucerius Law School, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg. Telefon: (040) 30706-270.
Telefax: (040) 30706-275. Email: Redaktion@npor.de. npoR im Internet: www.npor.de.
Schriftleitung: Dr. Gregor Roth; Redaktion: Janne Seelig (geschäftsführend),
Esther Kindler, Kerstin Meyer, Christian Süß. Assistenz: Julia Theele.
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 auch als Druckversion kostenpflichtig beziehen. Die Herstellung erfolgt als Print-on-Demand. Der Bezug wird ausschließlich über den Buchhandel erfolgen.

Empfehlen Sie diesen Mailedienst 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, Kerstin Meyer (LL.B.)

Druck der Printversion (ISSN 1868-3770):

LASERLINE Digitales Druckzentrum Bucec & Co. Berlin KG, Scheringstraße 1, 13355 Berlin, <http://www.laser-line.de>

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

Heft 2/2010 – ISSN 1868-3762