



www.npoR.de Heft 2/2011 Seiten 37–72

npoR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

Aufsätze

- Die Sozialversicherungspflicht von Stiftungsvorständen (*Dr. Burkhard Küstermann*) S. 37
Zeitgemäße Neubelebung der Sammlungsgesetze der Länder (*Prof. Dr. Marcus Arndt*) S. 41

Praxisforum

- Wehret den Anfängen! – Der Angriff auf die Stiftungswelt (*Stefan Winheller*) S. 48

npoR-Report

- npoR-Report Stiftungsrecht, Vereinsrecht und Steuerrecht (*Julian Albrecht/Esther Kindler/Christian Süß*) S. 50

Rechtsprechung

- KG Berlin: Betrieb einer Kindertagesstätte als wirtschaftliche Betätigung S. 53
VG Karlsruhe: Zur Gewerbebeanmeldung einer unselbstständigen Stiftung
(mit Anmerkungen *Prof. Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt* und *Prof. Dr. Peter Rawert*) S. 54
BFH: Zuwendungen in den Vermögensstock einer durch Erbeinsetzung von Todes wegen
errichteten Stiftung keine Sonderausgabe des Erblassers S. 59
EuGH: Unterscheidung zwischen „öffentlichem Dienstleistungsauftrag“ und „Dienstleistungskonzession“
(mit Anmerkung *Dr. Alexander Hübner*) S. 61

Verwaltungsanweisungen

- BMF: Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Opfer der Erd- und Seebebenkatastrophe
in Japan im März 2011 S. 69
BMF: Verwendung der verbindlichen Muster für Zuwendungsbestätigungen nach
dem BMF-Schreiben vom 13. Dezember 2007 S. 71



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 2/2011

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)
Julian Albrecht, LL.B.
Dr. Christine Franzius
Esther Kindler, dipl. iur.
Christian Süß, LL.B.

DAS INSTITUT WIRD GEFÖRDERT DURCH DIE Deutsche Bank 

Titelbild:

Das Titelbild zeigt einen Kirschbaum vor dem Auditorium der Bucerius Law School. Das Bäumchen wurde 2006 in Gedenken an Prof. Dr. W. Rainer Walz, Direktor des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen von 2002-2006, auf Initiative des Stifters Dr. Hansgeorg Jehner gepflanzt. Herr Walz hatte zu Studenienzeiten 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 (Ausgaben 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 gemeinnützige GmbH

Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

Geschäftsführer: Dr. Hariolf Wenzler, Benedikt Landgrebe (Stellvertreter)
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), Julian Albrecht, Dr. Christine Franzius, Esther Kindler, Christian Süß. Assistenz: Julia Theele.
Tel.: 040-30706-274
Fax: 040-30706-275
E-Mail: Redaktion@npoR.de



Liebe Leserinnen und Leser,

die Herausforderungen aktueller Stiftungsarbeit sind mannigfaltig. Social Business und Entrepreneurship stellen die hergebrachten Fördermaximen von Stiftungen auf den Prüfstand. Venture Capital Fonds bündeln als Alternative zu Stiftungen große Privatvermögen für soziale und ökologische Zwecke. Erfolgsmessungen à la Phineo zwingen den Sektor dazu, stärker als bislang die Frage nach einem „Social Return on Investment“ zu beantworten. Kein Wunder, dass diese Themen im Mai auf dem diesjährigen Stiftungstag des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen in Stuttgart in vielen Foren diskutiert worden sind.

Die ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius hat sich in dem Jahr ihres 40. Bestehens diesen Fragen anlässlich einer Feierstunde auf Einladung des Bundespräsidenten Christian Wulff gestellt. Insbesondere die Projekte der ZEIT-Stiftung zur Förderung von Immigranten wurden kontrovers innerhalb eines interessant besetzten Panels diskutiert. In der Bewertung des Erreichten war man sich am Ende erstaunlich einig. Soziale Förderung ist erfolgreich, wenn einzelne Personen den jungen Immigranten persönliche Wertschätzung entgegenbringen. Vor allem fachlich exzellente Lehrer können als Förderer, Förderer und Vorbild viel bewirken – ihre gesellschaftliche Aufgabe kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Das Programm „Mehr Immigranten werden Lehrer“ hat hier bereits viel geleistet.

In Zeiten niedriger Zinsen und durchaus fühlbarer Inflation sowie einer hohen Volatilität früher vermeintlich mündelsicherer Anlagen wie Staatsanleihen (siehe den Beitrag von Frank Kamp in diesem Heft S. IV) wird auch für die Vermögensanlage von Stiftungen ein professionelles Controlling immer wichtiger. Ein modernes Risikomanagement in Stiftungen muss aber auch Gefahren in der Projektsteuerung umfassen sowie für die Schaffung einer sinnvollen Foundation Governance sorgen. Und besonders deutsche Stiftungen müssen sich auch heute noch ihrer eigenen Vergangenheit vergewissern und kritische Nachfragen gefallen lassen, ob ihre Stifter dem Nationalsozialismus nahe standen, wie es jüngst der Alfred Toepfer Stiftung aus Hamburg durch die Universität Oxford vorgeworfen worden ist. Man hat sich für die weitere Zusammenarbeit ausgesprochen, da die Stiftung ihre Vergangenheit vorbildhaft aufgearbeitet habe.

Wir freuen uns daher sehr, dass Herr Prof. Dr. Michael Göring, Vorstandsvorsitzender der ZEIT-Stiftung, die programmatische Hamburger Rede auf den diesjährigen 11. Hamburger Tagen des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts am 4. November 2011 übernehmen und die aktuellen Herausforderungen für ein zeitgemäßes Risikomanagement von Stiftungen herausarbeiten wird. Neben der Beschäftigung mit dem zunehmenden Phänomen der unselbstständigen Stiftungen sowie dem bewährten und vielfältigen gemeinnützigkeitsrechtlichen Schwerpunkt am Sonnabend werden wir uns auf der Tagung im Schwerpunkt den Non-Profit-Organisationen als Sozialunternehmen im europäischen Wettbewerb, dem neuartigen Ansatzpunkt der Leverage Philanthropy sowie den Rechtsproblemen der Social Entrepreneurs und ihrer Förderer widmen. In der Hoffnung, dass wir auch in diesem Jahr ein interessantes Programm für Sie zusammengestellt haben und recht viele von Ihnen im November in Hamburg begrüßen dürfen, grüßt Sie

Ihre

Birgit Weitzger

Aufsätze

<i>Dr. Burkhard Küstermann</i> Die Sozialversicherungspflicht von Stiftungsvorständen	S. 37
<i>Prof. Dr. Marcus Arndt</i> Zeitgemäße Neubelebung der Sammlungsgesetze der Länder	S. 41

Praxisforum

<i>Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA)</i> Wehret den Anfängen! – Der Angriff auf die Stiftungswelt	S. 48
--	-------

npOR-Report

<i>Julian Albrecht, LL.B./Esther Kindler (dipl. iur.)/Christian Süß, LL.B.</i> npOR-Report Vereinsrecht, Stiftungsrecht, Steuerrecht	S. 50
---	-------

Rechtsprechung

Vereinsrecht

Betrieb einer Kindertagesstätte als wirtschaftliche Betätigung (<i>KG Berlin, Beschl. v. 18.1.2011 – 25 W 14/10</i>)	S. 53
---	-------

Stiftungsrecht

Zur Gewerbeanmeldung einer unselbstständigen Stiftung (<i>VG Karlsruhe, Ur. v. 23.9.2010 – 6 K 59/09</i>)	S. 54
Anmerkung <i>Prof. Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt</i>	S. 56
Anmerkung <i>Prof. Dr. Peter Rawert, LL.M. (Exeter)</i>	S. 57

Steuerrecht

Zuwendungen in den Vermögensstock einer durch Erbeinsetzung von Todes wegen errichteten Stiftung keine Sonderausgabe des Erblassers (<i>BFH, Beschl. v. 12.10.2010 – I R 59/09</i>)	S. 59
---	-------

Andere Rechtsgebiete

Unterscheidung zwischen „öffentlichem Dienstleistungsauftrag“ und „Dienstleistungskonzession“ (<i>EuGH, Ur. v. 10.3.2011 – C-274/09</i>)	S. 61
Anmerkung <i>Dr. Alexander Hübner</i>	S. 66

Verwaltungsanweisungen

Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Opfer der Erd- und Seebebenkatastrophe in Japan im März 2011 (<i>BMF, Schr. v. 24.3.2011 – IV C 4 - S 2223/07/0015 :005</i>)	S. 69
Steuerlicher Spendenabzug (§ 10b EStG); Verwendung der verbindlichen Muster für Zuwendungsbestätigungen nach dem BMF-Schreiben vom 13. Dezember 2007 (<i>BMF, Schr. v. 4.5.2011 – IV C 4 - S 2223/07/0018 :004</i>)	S. 71

Rubriken

npOR-Aktuell	S. III
Von den Finanzmärkten	
<i>Frank Kamp</i> Zurück zur mündelsicheren Anlage oder hinein in die Schwellenländer?	S. IV
Veranstaltungshinweise	S. V
Veranstaltungsberichte	
50. Münchner Steuerfachtagung	S. V
Workshop „Nachhaltigkeit in der Stiftungspraxis“	S. V
Symposium „Einfach Gerech – ein Mehrwert- steuersatz – Meilensteine zu einem einfachen und transparenten Steuersystem“	S. XI
Deutscher Stiftungstag 2011	S. XI
npOR-Dokumentation	S. XII
Fachliteratur	S. XV

npOR-Aktuell

Gesetzgebung

Bundesfreiwilligendienst In seiner Sitzung vom 15.4.2011 hat der Bundesrat das am 24.3.2011 im Bundestag beschlossene Gesetz zum Bundesfreiwilligendienst gebilligt (BR-Drs. 165/11). Das Gesetz kann damit zum 1.7.2011 in Kraft treten.

Servicestelle Bürgerschaftliches Engagement

Im Zuge der Gründung der Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit hat die Bundesregierung die Einrichtung einer Servicestelle Bürgerschaftliches Engagement beschlossen. Aus der Antwort der Bundesregierung (BT-Drs. 17/5164) auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/4956) geht hervor, dass die Servicestelle als eigenständige gemeinnützige GmbH in 100-Prozent-Besitz des Bundes gegründet werden soll und ihre Arbeit voraussichtlich Anfang 2012 in Bonn aufnehmen wird. Mit der neuen Servicestelle würden verschiedene Ziele verfolgt, darunter die Mobilisierung von bürgerschaftlichem Engagement, eine höhere Wirksamkeit der Entwicklungszusammenarbeit von Zivilgesellschaft und Kommunen in Deutschland und in den Partnerländern und schließlich die Bündelung und Harmonisierung von bisher organisatorisch zersplitterten Dienstleistungen und Verwaltungsverfahren.

Gesetzentwurf zur Förderung ehrenamtlicher Tätigkeit

Am 18.3.2011 hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf zur Förderung ehrenamtlicher Tätigkeit beschlossen (BR-Drs. 41/11). Ziel des Gesetzes ist, Menschen, die sich in Vereinen ehrenamtlich engagieren, vor Haftungsrisiken besser als bisher zu schützen. Gegenüber dem Verein sieht der Entwurf im BGB eine Beschränkung der Haftung ehrenamtlich tätiger Vereinsmitglieder auf Fälle grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Schadensverursachung vor. Entsteht der Schaden einem Dritten, soll das Vereinsmitglied Freistellung vom Verein verlangen können.

Rechtsprechung

Schenkungsteuer bei Übertragung von Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung auf eine von ihr gegründete Stiftung des bürgerlichen Rechts

Die Übertragung von Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung auf eine von ihr gegründete rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts unterliegt unabhängig von den damit verfolgten Zielen und den der neuen Stiftung nach ihrer Satzung obliegenden Aufgaben der Schenkungsteuer, soweit nicht eine Steuerbefreiung eingreift.

BFH, Urt. v. 13.4.2011 – II R 45/09

Finanzverwaltung

Steuerbegünstigte Zwecke (§ 10b EStG); Anwendung des Urteils in der Rechtssache „Persche“ Für die Feststellung, ob der ausländische Zuwendungsempfänger die Voraussetzungen des § 10b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EStG

erfüllt, gelten die für die Gewährung der Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG maßgebenden Grundsätze entsprechend. Den Nachweis, dass der ausländische Zuwendungsempfänger die deutschen gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben erfüllt, hat der inländische Spender gegenüber dem für ihn zuständigen Finanzamt durch Vorlage geeigneter Belege zu erbringen (§ 90 Abs. 2 AO).

BMF, Schr. v. 16.5.2011 – IV C 4 – S 2223/07/0005 :008 (DOK 2011/0381377)

Selbstversorgungseinrichtungen nach § 68 Nr. 2

AO Bei Selbstversorgungsbetrieben im Sinne von § 68 Nr. 2 Buchst. b AO, die bereits am 1.1.2010 bestanden haben, sollen bis einschließlich des Veranlagungszeitraums 2012 keine nachteiligen Folgen aus dem BFH-Urteil vom 29.1.2009 – V R 46/06 gezogen werden.

BMF, Schr. v. 12.4.2011 – IV C 4 – S 0187/09/10005 :001 (DOK 2011/0304726)

Veranstalten von Galopprennen und Betrieb eines Totalisators

Das Urteil des BFH v. 22.4.2009 – I R 15/07, wonach das Veranstalten von Trabrennen ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb sein kann, der mit dem Betrieb eines Totalisators einen einheitlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bilde, ist über den entschiedenen Einzelfall hinaus allgemein anzuwenden. Für Körperschaften, die am 27.5.2009 bereits bestanden haben und als steuerbegünstigt anerkannt waren, sind die Urteilsgrundsätze jedoch erst für nach dem 31.12.2011 beginnende Veranlagungszeiträume anzuwenden.

BMF, Schr. v. 4.5.2011 – IV C 4 – S 0171/07/0011 :001 (DOK 2011/0360668)

Mitteilungen

Kommunikationspreis KOMPASS: Jetzt Stiftungen vorschlagen oder selbst bewerben!

Erfolgreiche Stiftungsarbeit braucht gute Kommunikation. Deshalb würdigt der Bundesverband Deutscher Stiftungen herausragende Kommunikationsarbeit mit dem Preis KOMPASS. Bewerben können sich Stiftungen in drei Kategorien: mit dem Gesamtauftritt ihrer Stiftung, der Kommunikation zu einem bestimmten Projekt und einer einzelnen Kommunikationsmaßnahme. Ein Sonderpreis wird für den besten Internetauftritt vergeben.

Eine unabhängige Jury aus Stiftungsvertretern, Kommunikationsexperten und Journalisten bewertet die eingereichten Bewerbungen unter anderem nach der Qualität der Kommunikationsarbeit, nach Ergebnis, Kreativität und Transparenz. Geachtet wird auch auf das Verhältnis von Mitteleinsatz und Wirkung.

Die Preisverleihung findet am 10. November 2011 im Jüdischen Museum in Berlin statt. Mit dem Preis möchte der Bundesverband Deutscher Stiftungen nicht nur erfolgreiche Stiftungsarbeit würdigen, sondern auch Beispiele guter Stiftungskommunikation bekannt machen und den Stiftungsgedanken weiter in

die Öffentlichkeit tragen. Gefördert wird der KOMPASS von der Privatbank Sal. Oppenheim jr. & Cie., der NEXIA DEUTSCHLAND GmbH und von Molthan van Loon.

Bewerbungsschluss ist der 22. August. Ausführliche Informationen und die Bewerbungsunterlagen gibt es im Internet auf www.stiftungen.org/kompass und bei Projektleiterin Nina Leseberg, Telefon (030) 89 79 47 - 74, E-Mail nina.leseberg@stiftungen.org. Alle Bewerber lädt der Bundesverband zur Teilnahme an einem Kommunikationsseminar in Kooperation mit der Deutschen StiftungsAkademie im Frühjahr 2012 ein.

Vereins- und Stiftungsstatut im Europäischen Parlament Mit einer Schriftlichen Erklärung (WD 84/2010) hat das Europäische Parlament die Kommission aufgefordert, konkrete Vorschläge zur Einführung eines Europäischen Genos-

senschafts-, Stiftungs- und Vereinsstatuts zu machen. Das [European Foundation Center](#) (efc) hat diese Erklärung ausdrücklich begrüßt.

Erfolgreiche Anleiheplatzierung im Entry Standard Die SeniVita gemeinnützige GmbH, die auf dem Gebiet der Altenpflege sowie der Kinder- und Behindertenhilfe tätig ist, platzierte als erste gemeinnützige Gesellschaft erfolgreich eine Anleihe am deutschen Kapitalmarkt. Die Anleihe (WKN: A1K-Q3C) mit einer Verzinsung von 6,5%, fünf Jahren Laufzeit und einem „A-“ Rating der Creditreform wird seit dem 17.5.2011 im Entry Standard der deutschen Börse gehandelt. Aus Sicht der Emittentin war der Gang an den Kapitalmarkt ein Erfolg. Das gesamte Zeichnungsvolumen in Höhe von 15 Mio. EUR konnte bei den überwiegend privaten Anlegern untergebracht werden. Die SeniVita gemeinnützige GmbH will sich mit der Anleihe Liquidität zum weiteren organischen Wachstum verschaffen.

Von den Finanzmärkten

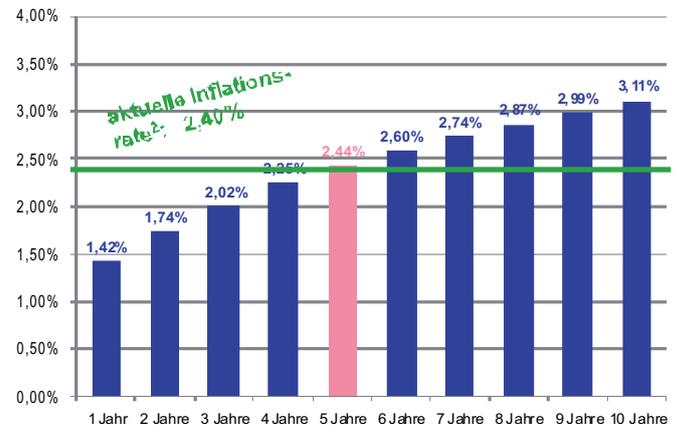
Zurück zur mündelsicheren Anlage oder hinein in die Schwellenländer?

So lange ist es noch nicht her, da war die Vorgabe nach „Mündelsicherheit“ eine zentrale Anforderung für die Anlage von Stiftungsvermögen. Bis Mitte der 90er Jahre wurde dies zuletzt noch explizit im Bayerischen Landesstiftungsgesetz vorgeschrieben. Und gerade die Bayern sind es, die heute – in dieser Deutlichkeit bisher als einziges Bundesland – das Kapitalerhaltungsgebot als einen geforderten „realen Werterhalt“ auslegen.

Viele Stiftungen haben sich bereits vor Jahren von der reinen mündelsicheren Anlage gelöst. Teilweise aus blanker Ertragsnotwendigkeit, oftmals aber auch basierend auf den Erkenntnissen der „Modernen Portfolio-Theorie“ nach Markowitz¹. Diese besagt – vereinfacht dargestellt –, dass ein breit gestreutes, diversifiziertes Anlagenportfolio ein günstigeres Rendite-/Risikoprofil aufweist als ein einseitiges, z.B. ausschließlich in mündelsicheren Rentenwerten angelegtes Depot. Im Wesentlichen gründet diese Erkenntnis auf der Korrelation von Risiken.

Stiftungen, die dies in der Praxis umsetzten, konnten lange Zeit die Früchte aus diesen Strategien ernten. Doch gerade die letzte Finanzkrise führte die Erkenntnisse von Markowitz & Co. scheinbar ad absurdum: Stabile Korrelationen waren mit einem Schlag passé. (Fast) alle Anlageklassen brachen zur gleichen Zeit dramatisch ein, Diversifikation zeigte keine Wirkung. Effiziente und liquide Kapitalmärkte – so sieht es die Theorie vor – gab es zeitweise nicht mehr, wie nicht nur der illiquide Rentenmarkt in 2008 eindrucksvoll zeigte. Der Glaube an die „Normalverteilung von Renditen“ wich inzwischen der Erkenntnis so genannter „Fat Tails“ (selten eintretende Extremrisiken, die aber allein im letzten Jahrzehnt entgegen aller Theorie dreimal auftraten!). Und vermeintlich „risikolose Zinsen“, z.B. bei Staatsanleihen, waren spätestens seit Griechenland, Irland Portugal & Co. immer seltener aufzufinden. Nicht wenige Stiftungen wurden von einem oder gleich mehreren dieser Ereignisse unangenehm überrascht.

Doch nach diesen Erfahrungen nun ein „zurück in die mündelsichere Anlage“ zu propagieren käme nicht nur dem „Kind mit dem Bade auszuschütten“ gleich, sondern würde Stiftungen womöglich vor ein anderes, ebenso schwerwiegendes Problem stellen. Die Renditen dieser Anlagen bewegen sich derzeit im Bereich von etwa 1% bis 4%, je nach



Bonität und Restlaufzeit. Und das bei einer aktuellen Inflationsrate von 2,4%². Der Ertrag von deutschen Bundesanleihen bis zu einer Restlaufzeit von etwa 5 Jahren (aktuelle Rendite Bund 5 Jahre 2,44%; Stand 20.05.2011) wird demnach zurzeit vollständig von der Inflation aufgezehrt (siehe Grafik). Selbst das Ergebnis einer 10jährigen Bundesanleihe (3,11%; Stand 20.5.2011) liegt nur knapp darüber. Und dabei ist noch völlig außer Acht gelassen, dass gemäß der Abgabenordnung nur maximal ein Drittel der Erträge aus der Vermögensverwaltung (abzüglich Kosten) in eine so genannte „Freie Rücklage“ dotiert werden können. Eine Anlage aus-

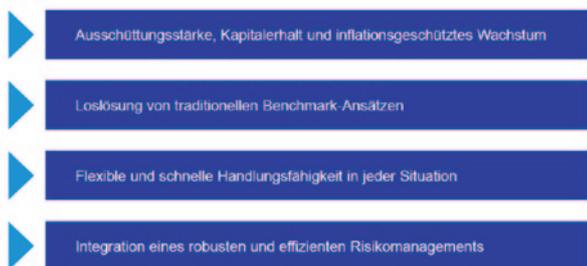
1 Harry M. Markowitz Portfolio Selection Theory, Journal of Finance, Vol. 7 (1952), S. 77-91; 1990 ausgezeichnet mit dem Nobelpreis für Ökonomie.

2 Inflationsrate für Deutschland im April 2011 (Quelle: Statistisches Bundesamt).

schließlich in festverzinsliche, mündelsichere Wertpapiere kommt aus Stiftungssicht demnach einer „realen Kapitalvernichtung“ gleich und würde – bei konsequenter Auslegung – z.B. in Bayern gegen geltendes Stiftungsrecht verstoßen. Aber auch sonst wäre dies der langfristigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Stiftung abträglich. Es gibt daher bereits Stimmen, die aus einer solchen Anlagepolitik sogar einen möglichen Haftungstatbestand für Stiftungsverstände ableiten (vgl. „Stiftung aktuell“, K. Jan Schiffer; Mai 2011).

Daher sollten Stiftungen auch weiterhin – frei nach Markowitz – „nicht alle Eier in ein Nest legen“, sondern neben einem soliden, bonitätsmäßig hochwertigen Anleihenportfolio weitere Anlageklassen – auch solche mit singular betrachtet höheren Risiken, wie z.B. Aktien – berücksichtigen. Eine ausgewogene Vermögensallokation bleibt also nach wie vor der entscheidende Faktor für eine nachhaltige und erfolgreiche Stiftungsanlage. Aber: das Wissen über die gestiegene und dauerhaft hohe Volatilität erfordert flexible Strategien und (falls erforderlich) eine schnelle Umsetzungsgeschwindigkeit. Darüber hinaus sind neue und innovative Methoden im Risikomanagement erforderlich.

Aus den Erkenntnissen der Finanzkrise leiten sich demnach klare Anforderungen für den zukünftigen Investmentansatz für Stiftungen ab:



Mit Blick auf Titel dieses Beitrags sind dabei auch Anlagen in den Schwellenländern (sog. Emerging Markets) ein Kernelement einer zeitgemäßen Stiftungsallokation. Höheres Wirtschaftswachstum bei erheblich geringerer Verschuldung als in den entwickelten Ländern, der weiter steigende Anteil am weltweiten Wirtschaftswachstum sowie die deutlich steigende Marktkapitalisierung sind nur einige Gründe, die für ein Investment in diesen Regionen sprechen.

Alles in allem werden die Herausforderungen für Stiftungsverantwortliche zukünftig nicht geringer. Ganz im Gegenteil! Setzen Sie sich also frühzeitig mit diesen Herausforderungen auseinander und suchen Sie – ggf. mit Unterstützung Ihrer Hausbank oder externer Berater – nach angemessenen Lösungswegen für Ihre Stiftung.

Frank Kamp
Deutsche Bank AG
Leiter Philanthropical Wealth Advisory

Veranstaltungshinweise

Getidos Forschungssommer

Termin: 25.-29. Juli 2011
Thema: Unternehmerisch und verantwortlich wirken? Forschung an der Schnittstelle von Corporate Social Responsibility und Social Entrepreneurship
Veranstalter: GETIDOS
Ort: Chorin
Kontakt: jana.gebauer@ioew.de; <http://www.getidos.net>

ConSozial 2011

Termin: 2.-3. November 2011
Thema: Soziale Nachhaltigkeit im Fokus
Veranstalter: Bayerisches Sozialministerium
Ort: Nürnberg
Kontakt: <http://www.consozial.de>

11. Hamburger Tage des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts

Termin: 4.-5. November 2011
Veranstalter: Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen – Prof. Dr. Birgit Weitemeyer
Ort: Bucerius Law School, Hamburg
Kontakt: julia.theele@law-school.de
<http://www.hamburger-tage.org>

Veranstaltungsberichte

50. Münchner Steuerfachtagung

„Ein fünfzigstes Jubiläum darf gefeiert, zumindest aber muss es gewürdigt werden. Vor allem dann, wenn es das fünfzigste Jubiläum einer Vereinigung ist, die in besonderem Maße gemeinnützig ist, weil sie sich mit dem Steuerrecht beschäftigt.“ So eröffnete Prof. Dr. *Moris Lehner* von der Ludwig-Maximilians-Universität in München die Jubiläumsveranstaltung der Münchner Steuerfachtagung.

Auf der zweitägigen Veranstaltung am 16. und 17. März 2011 wurden in hochkarätiger Besetzung vor über 800 Teilnehmern aktuelle steuerrechtliche Themen dargestellt und diskutiert.

Auch das Gemeinnützigkeitsrecht war Thema der Tagung. So ging *Karin Heger*, Richterin am Bundesfinanzhof, auf aktuelle Fragen im Bereich des Gemeinnützigkeitsrechts ein. Der Schwerpunkt lag auf drei Themen. Zunächst beleuchtete *Heger* den zunehmenden Einfluss des Europarechts auf das nationale Gemeinnützigkeitsrecht. Insbesondere ging sie dabei der Frage nach, ob die Steuerbefreiung bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten in §§ 65 ff. AO gegen das europarechtliche Beihilfenverbot in Art. 107 AEUV, unter das auch Steuerbefreiungen fallen können, verstößt. Sie kam dabei zu dem Schluss, dass jedenfalls gegen die in § 65 AO enthaltene allgemeine Steuerbefreiung von Zweckbetrieben keine europarechtlichen Bedenken bestünden. Anders gestalte sich dies bei den in §§ 66 ff. AO geregelten besonderen Zweckbetrieben. Denn diese seien zum Teil erst nach Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur EU ohne Genehmigung der EU-Kommission geschaffen oder jedenfalls wesentlich verändert worden. Daher sei es möglich, dass diese Steuerbefreiungen einem Durchführungsverbot unterliegen, so dass dann die Steuerbefreiungen nicht angewandt werden dürften. Diese Frage sei jedoch bisher ungeklärt.

Daneben ging sie der Frage nach, inwieweit Verluste, die eine gemeinnützige Organisation im Bereich ihrer nicht steuerbegünstigten wirtschaftlichen Tätigkeiten oder der Vermögensverwaltung erleidet, als Verstoß gegen das Mittelverwendungsgebot zu beurteilen seien. Sie sprach sich dafür aus, hier auf den Zeitpunkt der Investitionsentscheidung abzustellen. Sei zu

diesem Zeitpunkt voraussichtlich mit Gewinnen zu rechnen gewesen, sei das Mittelverwendungsverbot nicht verletzt, es handle sich vielmehr um ein gemeinnützigkeitsrechtlich erlaubtes Verhalten. Die Körperschaft sei jedoch verpflichtet, ihre wirtschaftliche oder vermögensverwaltende Tätigkeit einzustellen, sobald absehbar sei, dass auch künftig nur noch Verluste erzielt werden können.

Zuletzt widmete sich *Heger* dem Zusammenwirken mehrerer gemeinnütziger Organisationen zur Erfüllung ihrer satzungsgemäßen Aufgaben. Sie erläuterte vor dem Hintergrund der jüngeren BFH-Rechtsprechung die Folgerungen, die sich hieraus ergeben. So sei die Überlassung von Arbeitskräften zur Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke zwar gemeinnützigkeitsrechtlich erlaubt. Da damit aber nicht eigene satzungsmäßige Zwecke der das Personal überlassenden Körperschaft verwirklicht würden, sei die entgeltliche Überlassung von Arbeitskräften bei dieser Organisation nicht steuerbefreit. Dagegen könne die Tätigkeit als Subunternehmer für eine andere steuerbefreite Organisation steuerbefreit sein, wenn damit zugleich eigene satzungsmäßige Zwecke verfolgt und so die Voraussetzungen für einen Zweckbetrieb erfüllt würden. Auch beim Zusammenwirken mehrerer steuerbefreiter Körperschaften auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage bei gleichzeitiger Verwirklichung eigener satzungsmäßiger Zwecke sei die wirtschaftliche Tätigkeit jeder Körperschaft steuerbefreit.

Insgesamt wurde die Münchner Steuerfachtagung auch zu ihrer fünfzigsten Jubiläumsveranstaltung ihrem Anspruch gerecht, personelle und fachliche Pluralität frei von einseitiger Interessenvertretung zu bieten und ein Zentrum der fachlichen Begegnungen für alle mit der Anwendung und der Ausgestaltung des Steuerrechts befassten Berufs- und Amtsträger zu sein.

Christian Süß

Workshop „Nachhaltigkeit in der Stiftungspraxis“

Am 7. April 2011 veranstaltete das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen der Bucerius Law School, Hamburg, gemeinsam mit der Deutschen Bank AG einen Workshop zum Thema „Nachhaltigkeit in der Stiftungspraxis“. Die Fertigstellung der ehemaligen Türme „Soll und Haben“ zu den „Greentowers“ im Februar 2011 bot Anlass, den Workshop in diesem Jahr in Frankfurt am Main in der Zentrale der Deutsche Bank AG stattfinden zu lassen. Geschlossen machte sich das Institut für Stiftungsrecht gemeinsam mit Dr. *Hariolf Wenzler*, Geschäftsführer der Bucerius Law School, auf den Weg.

Nach der Begrüßung durch *Arndt P. Funken*, Managing Director, Head Corporate & Philanthropical Wealth, Deutsche Bank AG, sowie Prof. Dr. *Birgit Weittemeyer*, Direktorin des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, erläuterte Prof. *Holger Hagge*, Global Head of Building & Workplace Development, Deutsche Bank

AG, den Umbau der Deutschen Bank-Unternehmenszentrale zum sogenannten „Green-Building“. Anhand einer anschaulichen Präsentation erörterte er das Modernisierungskonzept der Taunusanlage. Ziel und Ergebnis der umfangreichen Umbaumaßnahmen war die architektonische Neugestaltung nach ökologischen Gesichtspunkten (sogenannter „Green-Building“-Ansatz) mittels ökologischer Nachhaltigkeitskriterien, so dass der Energieverbrauch auf 55% des bisherigen Verbrauchs gesenkt werden konnte. Neben neuester Technik sind die Gebäude mit den Arbeiten verschiedener Künstler ausgestattet, wobei die „Sphäre“ von *Mario Bellini*, eine weltkugelförmige Konstruktion aus etwa 30 Tonnen Stahl als neuer Mittelpunkt des Foyers, wohl am eindrucksstärksten ist. Für ihren Einsatz wurde die Deutsche Bank mit einer Leadership in Energy & Environmental Design Zertifizierung (LEED Zertifizierung) sowie mit dem Deutschen Gütesiegel für Nachhaltiges Bauen (DGNB Zertifikat) ausgezeichnet.

Im Anschluss stellte Prof. Dr. *Johannes Hoffmann*, Projektgruppe Ethisch-Ökologisches Rating, Kelkheim, „Chancen und Grenzen des ethischen Investments am Beispiel des Hohenheimer Leitfadens“ vor. Gemeinsam mit einer Expertengruppe hat *Hoffmann* als einer der ersten in Deutschland einen umfassenden Kriterienkatalog für eine nachhaltige Geldanlage erarbeitet. Berücksichtigt werden ökonomische, ökologische, soziale und kulturelle Aspekte. Um die Auswahl für Geldanleger praktikabel zu machen, werden nach dem Prinzip „Best in Class“ diejenigen Anlageobjekte ausgewählt, welche die Kriterien am besten erfüllen.

B. Stephan Baldin, Vorstand der Aachener Stiftung Kathy Beys, sprach über „Strategische Stiftungspositionierung und Projekte der Nachhaltigkeit“. Eingangs stellte *Baldin* „Indenland“, eines der regionalen Projekte der Stiftung vor. Im Rheinischen Braunkohlerevier müssen nach ressourcenintensivem Abbau der Kohle mehrere zehntausend Hektar Tagebaufläche rekultiviert werden. Die Arbeit der Stiftung besteht seit 1999 darin, eine nachhaltige Landschaftsgestaltung durch konkrete Gestaltungs- und Präsentationselemente aufzuzeigen. Eine nachhaltige Landschaftsgestaltung mit Wasser sieht die Stiftung darin, das Restloch des Tagebaus „Inden II“, der als erster beendet wird, nicht nach geltender Braunkohleplanung

zu verfüllen, sondern als Restsee „Wasserlandschaft Inden“ verbleiben zu lassen. Mittels mehrerer Zeichnungen innerhalb eines Koordinatenkreuzes mit den Achsen „Allgemeinheit -> Entscheider“ und „Regional -> National“ verdeutlichte *Baldin* den Strategieansatz der Stiftung bei ihren Projekten, das Denken in Nachhaltigkeitskategorien in wirtschaftliche Prozesse umzusetzen und positive Änderungen der Entwicklung zu bewirken. Der Schwerpunkt liegt dabei darauf, den Ressourcenverbrauch zu reduzieren mit dem Grundgedanken,



zu reduzieren mit dem Grundgedanken,

DIE JAHRESTAGUNG DES DRITTEN SEKTORS RECHT, MANAGEMENT UND STEUERN - ANPASSUNGSBEDARF ODER STAGNATION?

Bescheinigung nach §15 FAO für die steuerrechtlichen Teilveranstaltungen



11. HAMBURGER TAGE DES STIFTUNGS- UND NON-PROFIT-RECHTS

Institut für Stiftungsrecht und das
Recht der Non-Profit-Organisationen
Bucerius Law School, Hamburg
04./05. November 2011

Beirat des Instituts:

Arndt P. Funken, Deutsche Bank AG, Frankfurt/M.; *Prof. Dr. Rainer Hüttemann*, Institut für Steuerrecht, Universität Bonn; *Prof. Dr. Thomas Koller*, Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Universität Bern; *Prof. Dr. Karl-Heinz Paqué*, Lehrstuhl für Internationale Wirtschaft, Universität Magdeburg; *Prof. Dr. Peter Rawert*, LL.M. (Exeter), Notariat Ballindamm, Hamburg; *Prof. Dr. Dieter Reuter*, Kiel; *Dr. Andreas Richter*, LL.M. (Yale), P + P Pöllath + Partners, Berlin; *Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt*, Bucerius Law School, Hamburg.

Ehrenmitglied:

Rolf Hunck, Senior Executive Consultant, Deutsche Bank AG, Hamburg.

www.hamburger-tage.org

WISSENSCHAFTLICHE LEITUNG

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

THEMENSCHWERPUNKTE:

Nicht rechtsfähige Stiftungen – Neueste Entwicklungen in Theorie und Praxis
Brauchen wir „Grundsätze guter Treuhandstiftungen“?
Vermögensverwaltung für nicht rechtsfähige Stiftungen und Genehmigungspflicht
Vergaberecht nach der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie und die Berücksichtigung sozialer/ökologischer Faktoren
Leverage Philanthropy – Social Venture Capital
Das Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrecht – notwendiges Regelwerk oder unnötige Behinderung des Dritten Sektors?
Bilanzierung für eine Erfolgsrechnung spendensammelnder Organisationen nach dem neuen IDW-Standard
Das Jonglieren mit den Rechtsformen in der Praxis von Social Entrepreneurs
Aktuelle Entwicklungen des Gemeinnützigkeitsrechts aus der Sicht der Finanzverwaltung
Aktuelle Rechtsprechung des BFH zum Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht
Deutsche und Europäische Umsatzsteuer für NPOs

REFERENTEN

Sabine Bätzing-Lichtenthäler, MdB, Mitglied der SPD-Bundestagsfraktion; *Prof. Dr. Martin Burgi*, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht, Ruhr-Universität Bochum; *Prof. Dr. Reiner-Peter Doll*, Hochschule Heilbronn; *Dr. Hermann Falk*, Bundesverband Deutscher Stiftungen, Berlin; *Dr. Daniel J. Fischer*, Balzer Kühne Lang, Bonn; *Prof. Dr. Hans Fleisch*, Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V., Berlin; *Prof. Dr. Michael Göring*, ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, Hamburg; *Ingo Graffe*, Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mainz; *Rainer Höll*, Ashoka Deutschland gGmbH, München; *Prof. Dr. Rainer Hüttemann*, Institut für Steuerrecht, Universität Bonn; *Dr. Sebastian Käßlinger*, P+P Pöllath + Partners, Berlin; *Prof. Dr. Thomas Küffner*, Küffner Maunz Langer Zugmaier, München; *Dr. Markus Märten*, Richter am Bundesfinanzhof, München; *Prof. Dr. Peter Rawert*, LL.M. (Exeter), Notariat Ballindamm, Hamburg; *Dr. Stephan Schauhoff*, Flick Gocke Schaumburg, Bonn; *Dr. Ambros Schindler*, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft e.V., Essen; *Johanna von Hammerstein*, BürgerStiftung Hamburg.

RECHT, MANAGEMENT UND STEUERN - ANPASSUNGSBEDARF ODER STAGNATION?

11. HAMBURGER TAGE DES STIFTUNGS- UND NON-PROFIT-RECHTS

04./05. November 2011

Bucerius Law School, Hamburg

Preis: € 790,- (USt.-frei). Vorzugspreis für Mitglieder der Verbände/Organisationen des Dritten Sektors: € 650,- (USt.-frei). Frühbucherrabatt: 10% bei Buchung bis 09.10.2011.

Teilnehmer – Sie treffen

Vorstände, Geschäftsführer und Kuratoriumsmitglieder aus dem gesamten Non-Profit-Sektor (u.a. die Abteilungen Vermögensverwaltung, Finanzen und Rechnungswesen, Steuern/Recht); Vertreter der Banken und Sparkassen; Steuerberater; Wirtschaftsprüfer; Rechtsanwälte; Notare.

Beirat der Hamburger Tage:

Prof. Dr. Hans Fleisch, Bundesverband Deutscher Stiftungen, Berlin; Willibald Geueke, VENRO - Verband Entwicklungspolitik Deutscher Nichtregierungsorganisationen, Bonn; Dr. Holger Niese, Deutscher Olympischer Sportbund, Frankfurt/M.; Dr. Helmut Röscheisen, Deutscher Naturschutzring, Bonn; Dr. Ambros Schindler, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft e.V., Essen; Dr. Wolfgang Teske, Diakonisches Werk der EKD, Stuttgart; Dr. Gerhard Timm, Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V., Berlin; Burkhard Wilke, Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen, Berlin; Olaf Zimmermann, Deutscher Kulturrat, Berlin.

Stimmen der Teilnehmer 2010:

„Guter, kompakter Überblick über wesentliche Themen“

„Volltreffer! Abwechslungsreiches Programm, sehr interessante, breite Themensetzung; gute Mischung aus Praxis und Wissenschaft“

„Ausgewogene Mischung zwischen Theorie und Praxis“

„Herzlichen Dank für diese Veranstaltung, die mir sowohl Mehrwert für meine tägliche Arbeit, als auch wertvolle Kontakte beschert hat.“

„Die Veranstaltung ist eine gute Mischung aus Behandlung der Vielfalt der Themen „in die Breite“ und der Erörterung „in die Tiefe“. Sehr gut!“

1. TAG: FREITAG, DEN 04.11.2011

08.30 – 09.00 Uhr Teilnehmerregistrierung und Begrüßungskaffee

09.00 – 09.10 Uhr Eröffnung der Hamburger Tage des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

09.10 – 09.45 Uhr Hamburger Rede: Herausforderungen aktueller Stiftungsarbeit – Risikomanagement in Stiftungen

Prof. Dr. Michael Göring, Vorstandsvorsitzender der ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, Hamburg

09.45 – 10.00 Uhr Diskussion

I. Themenblock – Stiftungsrecht

Diskussionsleitung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

10.00 – 10.30 Uhr Nicht rechtsfähige Stiftungen - Neueste Entwicklungen in Theorie und Praxis (Rechtsfähigkeit, natürliche Personen als Treuhänder)

Prof. Dr. Peter Rawert, LL.M. (Exeter), Notar, Notariat Ballindamm, Hamburg

10.30 – 11.00 Uhr Diskussion

11.00 – 11.45 Uhr Kaffeepause

11.45 – 12.15 Uhr Brauchen wir „Grundsätze guter Treuhandstiftungen“?

Dr. Hermann Falk, Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V., Berlin

12.15 – 12.45 Uhr Vermögensverwaltung für nicht rechtsfähige Stiftungen und Genehmigungspflicht

Dr. Daniel J. Fischer, Rechtsanwalt, Balzer Kühne Lang, Bonn

12.45 – 13.15 Uhr Diskussion mit dem Podium: Dr. Ambros Schindler, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft e.V., Essen; Johanna von Hammerstein, Bürgerstiftung Hamburg

13.15 – 14.15 Uhr Gemeinsames Mittagessen (Gelegenheit zur Führung durch die Bucerius Law School)



npOR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

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

Aufsätze

*Dr. Burkhard Küstermann, LL.M.**

Die Sozialversicherungspflicht von Stiftungsvorständen

– **Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des SG Dresden vom 30.3.2010 – S 39 KR 206/07 –**

In einer aktuellen Entscheidung hat das Sozialgericht Dresden bestätigt, dass Vorstände von Stiftungen der Sozialversicherungspflicht unterliegen können.¹ Die Frage, ob ein für die Versicherungspflicht erforderliches abhängiges Beschäftigungsverhältnis besteht, beurteilt das Gericht anhand verschiedener Anhaltspunkte (insbesondere Zuständigkeitsverteilung zwischen Vorstand und einem zweiten Organ, umfassende Beaufsichtigung des Stiftungsvorstands durch ein zweites Organ, Unternehmerrisiko des Vorstands).² Von Bedeutung ist das Urteil, das in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung steht, weil sich das Entstehen der Sozialversicherungspflicht nur begrenzt gestalten lässt und daher bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Stiftung mitbedacht werden sollte.

I. Die Entscheidung des Sozialgerichts Dresden

Die Beteiligten des sozialgerichtlichen Verfahrens stritten über die Versicherungspflicht des Vorstandsmitglieds einer kirchlichen Stiftung bürgerlichen Rechts. Die Stiftung verfügte über zwei Organe (Vorstand und Stiftungsrat). Der Vorstand vertrat die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich und war gegenüber dem Stiftungsrat berichtspflichtig. Er war für die Geschäftsführung der Stiftung verantwortlich, bedurfte allerdings zur Vornahme bestimmter Geschäfte, z.B. solcher, die Verpflichtungen von mehr als 150.000 EUR begründeten, der Zustimmung des Stiftungsrates.

Kläger waren die Stiftung sowie eines ihrer beiden Vorstandsmitglieder. Beklagte war die zuständige Einzugsstelle. Das klagende Vorstandsmitglied ging keiner anderen Tätigkeit nach. Es war ausschließlich für die Stiftung tätig und bezog hierfür eine jährliche Vergütung in Höhe von 75.000 EUR in zwölf gleichen Raten. Sein Jahresurlaub betrug 31 Tage pro Jahr. Es war nur eine ordentliche Kündigung möglich.

Auf Antrag hin hatte die Beklagte durch Bescheid gegenüber den Klägern festgestellt, dass für das klagende Vorstandsmitglied Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung bestehe. Hiergegen wandten sich die Kläger und reichten nach erfolglosem Durchlaufen des Widerspruchsverfahrens Klage beim Sozialgericht ein. Ihr Ziel war es festzustellen, dass für das Vorstandsmitglied keine Sozialversicherungspflicht bestehe, da es an einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis fehle. Der Vorstand sei – ohne Zuweisung eines abgeschlossenen Aufgabenbereichs – für die Stiftung insgesamt verantwortlich. Er könne zudem seine Tätigkeit in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und Art der Beschäftigung frei gestalten. Dem Stiftungsrat komme lediglich eine kontrollierende und beratende Funktion zu, so dass die Tätigkeit des Vorstands im Wesentlichen von jeder Weisung frei sei.

Die *Beklagte* vertrat die Auffassung, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Stiftung vorliege, da dem Vorstand ein fest umgrenzter Geschäftsbereich innerhalb der wirtschaftlichen Bedeutung der Stiftung zugewiesen sei, er seine Arbeiten im Verwaltungs- und Organisationsbereich der Stiftung verrichte und damit in den Betrieb der Stiftung eingegliedert sei. Zudem erhalte er ein regelmäßiges Entgelt, welches eine Aufwandsentschädigung übersteige. Zwar sei der Vorstand in der Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zur Stiftung frei und keinen Weisungen unterworfen. Wichtige Entscheidungen könne er aber nicht ohne die Zustimmung des Stiftungsrates treffen.

Das *Sozialgericht* hat die Auffassung der Beklagten bestätigt und die Klagen abgewiesen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Leiter der Initiative Bürgerstiftungen im Bundesverband Deutscher Stiftungen.

1 SG Dresden, Urt. v. 30.3.2010 – S 39 KR 206/07.

2 Vgl. im Einzelnen unter II.

II. Vorstandstätigkeit als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung

1. Abgrenzung von selbstständiger und nichtselbstständiger Tätigkeit

Gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung, soziale Pflegeversicherung und Arbeitslosenversicherung begründen eine Versicherungspflicht für Beschäftigte.³ Beschäftigung ist die *nichtselbstständige Arbeit*, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Entscheidendes Kriterium für die Rechtsprechung ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber.⁴ Anhaltspunkte hierfür sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Demgegenüber liegt kein Beschäftigungsverhältnis sondern eine *selbstständige Tätigkeit* vor, wenn die Arbeit wesensmäßig durch das eigene Unternehmerrisiko, durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, durch die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie durch die im Wesentlichen freie Gestaltung der Arbeitszeit gekennzeichnet ist.⁵

Die *Abgrenzung* von selbstständiger und nichtselbstständiger Beschäftigung hängt vom *Gesamtbild der Tätigkeit* und der beruflichen Stellung ab.⁶ Die vom Gesetzgeber selbst benannten Hauptkriterien (i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV) stellen insofern ausdrücklich lediglich „Anhaltspunkte“ dar, aus deren Vorhandensein oder Fehlen nicht zwingend eine bestimmte Wertung abgeleitet werden kann.⁷ So hat etwa das Sozialgericht Dresden – neben den noch zu erörternden Aspekten – auch darauf abgestellt, dass dem Vorstandsmitglied ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub von 31 Arbeitstagen gerechnet auf eine 5-Tage-Woche zustand und im Vorstandsvertrag eine Kündigungsfrist vereinbart worden war.⁸

2. Gesamtbild der Tätigkeit bei Stiftungsvorständen

a) Tätigkeit nach Weisung und Eingliederung in die Arbeitsorganisation (§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV)

Die *Weisungsgebundenheit* wird dadurch begründet, dass der Arbeitgeber Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung bestimmen kann. Ausmaß und Ausprägung des Weisungsrechts hängen von der geschuldeten Tätigkeit ab.⁹ Die *Eingliederung in eine Arbeitsorganisation* zeigt sich insbesondere an den betriebsorganisatorischen Zusammenhängen, in die eine bestimmte Tätigkeit gestellt ist. Entscheidend ist, ob die tätig werdende Person als Glied eines fremden Betriebes zu betrachten ist.¹⁰

Die Weisungsgebundenheit einer Tätigkeit ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie durch ein hohes Maß an Eigenverantwortung geprägt wird. Die Weisungen, die dem Erwerbstätigen zur Erfüllung der gestellten Aufgaben erteilt werden, sind für gewöhnlich umso geringer, je höher dessen Qualifikation ist.¹¹ Vielfach ist es gerade Aufgabe des Beauftragten, eigenständig Unternehmenskonzepte zu entwickeln, Aufgaben für sich und andere zu definieren oder deren besondere Sach- und Fachkunde einzusetzen, so dass es sogar gänzlich an der Erteilung konkreter Aufträge fehlt. Daher kann bei *Diensten höherer Art* das Weisungsrecht „zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein, ohne die persönliche Abhängigkeit zu berühren.¹² Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Die abhängige Beschäftigung manifestiert sich dann in der Eingliederung des Versicherten in den Betrieb.¹³

Aufgrund der hohen Verantwortung verbunden mit einer entsprechenden Qualifikation, ist die *Tätigkeit von Stiftungsvorständen* in aller Regel als Dienst höherer Art anzusehen. Auch das Sozialgericht Dresden hat in seiner Entscheidung die entsprechenden Grundsätze zur Beurteilung der Abhängigkeit des klagenden Stiftungsvorstands herangezogen.

aa) Stiftung mit Vorstand und kontrollierendem Organ

Verfügt die Stiftung – wie in dem vom Sozialgericht Dresden zu entscheidenden Fall – neben dem Vorstand über ein *zweites Organ*, das den Vorstand sachgerecht kontrollieren soll, so ist dies ein wichtiger Hinweis auf die Weisungsgebundenheit der Vorstandsmitglieder und deren Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Ausschlaggebend sind die *satzungsmäßigen Rechte und Zuständigkeiten*, die dem kontrollierenden Organ eingeräumt sind (insbes.: Berufung und Abberufung der Vorstandsmitglieder; Abschluss, Änderung und Kündigung der Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder; Entlastung des Vorstands; Verabschiedung der Geschäftsordnung des Vorstands; Zustimmungspflicht für wesentliche Geschäfte; Genehmigung von Nebentätigkeiten der Vorstandsmitglieder, etc.). Ist es das kontrollierende Organ, das in wesentlichen Punkten die Ordnung der Stiftung bestimmt, so ist der Vorstand in der Regel in eine vorgegebene Ordnung eingegliedert. Unter dieser Voraussetzung können die Vorstandsmitglieder in ihrer Tätigkeit auch dann einer umfassenden Beaufsichtigung durch das zweite Organ unterliegen, wenn dieses dem Vorstand *keine konkreten Arbeitsanweisungen* erteilt und erteilen darf. Dass das zweite Organ nicht berechtigt ist, in die unmittelbare Geschäftsführung einzugreifen, muss insofern nicht ausschlaggebend sein. Ebenso wenig kann allein aus dem Umstand, dass das zweite Organ bislang nie die Zustimmung zu einem zustimmungspflichtigen Geschäft verweigert hat, geschlossen werden, es wolle von seinen rechtlichen Befugnissen gegenüber dem Vorstand auch künftig keinen Gebrauch machen und diesem völlig freie Hand lassen.¹⁴

3 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V hinsichtlich der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI hinsichtlich der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI hinsichtlich der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und §§ 24 Abs. 1, 5 Abs. 1 SGB III hinsichtlich der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung.

4 Vgl. z.B. BSG, Urte. v. 4.6.1998 – B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400, § 7 Nr. 13 m.w.N.

5 Vgl. Lüdtkke, LPK-SGB IV, 2. Aufl. 2007, § 7 Rn. 8; Marschner, Kreikebohm-SGB IV, 2008, § 7 Rn. 5.

6 Vgl. Marschner (Fn. 5), § 7 Rn. 5.

7 Weitere Kriterien für eine Beschäftigung können z.B. sein: Abschluss eines „Arbeitsvertrages“, Zeitkontrollen, Arbeitsplatz in den Räumen des Auftraggebers, feste Arbeitszeit, feste gleichbleibende Vergütung etc.; vgl. z.B. die Auflistung bei Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage, jurisPK-SGB IV, 2006, § 7 Rn. 88 ff.

8 Dabei wurde die lange Kündigungsfrist von einem Jahr zum Kalenderjahresende als – auch in herausgehobenen Angestelltenpositionen in der freien Wirtschaft – durchaus üblich angesehen.

9 Vgl. Lüdtkke (Fn. 5), § 7 Rn. 8; Marschner (Fn. 5), § 7 Rn. 5; BSG, Urte. v. 18.12.2001 – B 12 KR 8/01 R, SozR 3-2400, § 7 Nr. 19.

10 Vgl. Marschner (Fn. 5), § 7 Rn. 8.

11 Vgl. hierzu BSG, Urte. v. 17.10.1969 – 3 RK 67/66, BB 1969, 1481; BSG, Urte. v. 14.5.1981 – 12 RK 11/80, BB 1981, 1581; BayLSG, Urte. v. 14.12.2001 – L 4 KR 147/99, HVBG-INFO 2002, 3324.

12 BSG, Urte. v. 6.3.2003 – B 11 AL 25/02 R, SozR 4-2400, § 7 Nr. 1.

13 BSG, Urte. v. 24.9.1992 – 7 RAR 12/92, SozR 3-4100, § 168 Nr. 8; BSG, Urte. v. 3.2.1994 – 12 RK 84/92, SozR 3-2940, § 3 Nr. 2 S. 9.

14 So BSG, Urte. v. 19.6.2001 – B 12 KR 44/00 R, SozR 3-2400, § 7 Nr. 18 für einen Vereinsvorstand.

bb) Stiftung mit nur einem Organ

Verfügt die Stiftung nur über ein einziges Organ oder hat das zweite Gremium lediglich Beratungsfunktion, so ist der Vorstand in seiner Arbeit nicht weisungsgebunden. Es ist dann anhand anderer Anhaltspunkte zu prüfen, ob seine Tätigkeit als nichtselbstständig zu qualifizieren ist. Ein Hinweis hierfür kann sein, ob der Vorstand ausschließlich und regelmäßig oder nur gelegentlich und in geringem zeitlichen Umfang für die Stiftung tätig ist.

b) Organstellung

Wichtiger Anhaltspunkt für die Qualifizierung ihrer Tätigkeit als sozialversicherungspflichtig ist die Art und der Umfang der den Stiftungsvorständen übertragenen Aufgaben.¹⁵ Ist das Vorstandsamt allein mit *repräsentativen Funktionen* verbunden, erschöpft sich die Zuständigkeit des Stiftungsvorstands in seiner Organstellung als solcher sowie der gesetzlichen Außenvertretung und ist die Erledigung der laufenden Geschäfte leitenden Angestellten übertragen, so fehlt es in der Regel an einer nichtselbstständigen Tätigkeit. Die geleistete Arbeit ist in diesen Fällen nicht Ausfluss einer abhängigen Beschäftigung sondern der stiftungsrechtlichen Organstellung.¹⁶

Ist dem Stiftungsvorstand hingegen – wie in dem vom Sozialgericht Dresden zu entscheidenden Fall – auch die *Erledigung der laufenden Geschäfte*, insbesondere die kaufmännische Leitung der Stiftung übertragen, so besteht neben dem stiftungsrechtlichen Bestellungsakt regelmäßig auch ein Dienstverhältnis zwischen Stiftung und Vorstand.¹⁷ Der Stiftungsvorstand nimmt dann Verwaltungsfunktionen wahr, die auch dem allgemeinen Erwerbsleben zugänglich sind. Dies spricht für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses.¹⁸ Der Umstand, dass das Vorstandsmitglied in dieser Funktion zugleich Einfluss auf die Willensbildung des eigenen Vertragspartners nehmen kann, rechtfertigt ebenso wenig eine andere Beurteilung wie dessen umfassende Zuständigkeit für alle Bereiche der Stiftung.¹⁹

c) Entgelt

Ob die Entgeltlichkeit notwendiges Merkmal des Beschäftigungs- wie des Arbeitsverhältnisses ist (i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV), ist umstritten.²⁰ Der Versicherungsschutz in den einzelnen Versicherungszweigen setzt allerdings regelmäßig die Entgeltlichkeit der Beschäftigung voraus. Sie kennzeichnet die sozialrechtlich erhebliche Beschäftigung im Regelfall.²¹

Vielfach erhalten Vorstandsmitglieder von Stiftungen für ihren Einsatz eine *finanzielle Entschädigung*. Vom Charakter her kann es sich dabei um eine Würdigung der geleisteten Tätigkeit ebenso handeln wie um eine Aufwandsentschädigung für getätigte Geld- oder Sachaufwendungen oder um eine Entschädigung für die geleistete Arbeit. Nach der für die gesamte Sozialversicherung gültigen gesetzlichen Definition zählen als *Arbeitsentgelt* alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Steuerfreie Aufwandsentschädigungen und die im Einkommensteuerrecht genannten steuerfreien Ehrenamts- und Übungsleiterpauschalen (§ 3 Nr. 26 und 26a EStG) gelten demgegenüber ausdrücklich nicht als Arbeitsentgelt (§ 14 Abs. 1 S. 3 SGB IV).²²

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung bietet die Frage nach dem *Vergütungsrisiko* einen Anhaltspunkt: Der Selbstständige wird

regelmäßig nur dann bezahlt, wenn der versprochene Erfolg eintritt oder die zugesagte Dienstleistung erbracht wird. Eine feste, gleichbleibende Vergütung, die ohne Rücksicht auf den Arbeitserfolg gezahlt wird, spricht hingegen für eine abhängige Beschäftigung.²³

In dem vom Sozialgericht Dresden zu entscheidenden Fall hatte das Vorstandsmitglied Anspruch auf die Zahlung von zwölf gleich hohen Raten. Die Verbuchung der Vergütung erfolgte ausdrücklich als Gehalt. Aufwendungen und Auslagen einschließlich Reise- und Bewirtungskosten wurden gesondert erstattet. Bei Krankheit wurde die Vergütung für eine Dauer von sechs Monaten fortgezahlt. All dies sprach für das Bestehen einer abhängigen Beschäftigung.

d) Unternehmerrisiko

Das eigene *Unternehmerrisiko* als Abgrenzungskriterium zwischen selbstständiger und nichtselbstständiger Beschäftigung ist gerade bei Diensten höherer Art von wesentlicher Bedeutung. Allein aus dem Umstand, dass die betreffende Person die Geschicke des Unternehmens im Wesentlichen eigenständig lenkt und damit organisatorisch auf der „Unternehmerseite“ steht, kann nicht auf eine fehlende Eingliederung und damit eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden.²⁴ All dies bleibt fremdbestimmt, solange es fremden Interessen dient und sich als Teil einer fremden Arbeitsorganisation darstellt. Maßgebend bleibt in derartigen Fällen, ob die betreffende Person hierfür auch *eigenes Kapital* oder auch *eigene Arbeitskraft* mit dem *Risiko ihres Verlustes* einsetzt. Für eine selbstständige Tätigkeit ist ein Risiko erforderlich, das über das Risiko, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen, hinausgeht. Vielmehr muss der Erfolg des Einsatzes sächlicher oder persönlicher Mit-

15 Die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, wonach u.a. die gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person nicht als deren Arbeitnehmer gelten, beschränkt sich auf das ArbGG und hat keine Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht.

16 BSG, Urt. v. 22.8.1973 – 12 RK 27/72, USK 73123, 476; *Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage* (Fn. 7), § 7 Rn. 92.

17 Vgl. *Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage* (Fn. 7), § 7 Rn. 93; z. B. ein „Geschäftsführervertrag“, vgl. BSG, Urt. v. 30.11.1978 – 12 RK 33/76, SozR 2200, § 165 Nr. 32 (Verbandsvorsteher eines Wasserverbandes); BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 57/82, SozR 2200, § 165 Nr. 73 (Vorstandsmitglied eines Vereins).

18 Vgl. BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 57/82, SozR 2200, § 165 Nr. 73 (Vorstand eines bürgerlich-rechtlichen Vereins); BSG, Urt. v. 21.2.1990 – 12 RK 47/87, SozR 3-2940, § 3 Nr. 1 (Vorstand einer Genossenschaft).

19 Vgl. BSG, Urt. v. 30.11.1978 – 12 RK 33/76, SozR 2200, § 165 Nr. 32.

20 Vgl. *Lüdtkke* (Fn. 5), § 7 Rn. 8; BSG, Urt. v. 4.12.1997 – 12 RK 3/97, BSGE 81, 231, 239; a. A. *Merten*, GK-SGB IV, § 7 Rn. 18 m.w.N.

21 Vgl. § 25 Abs. 1 SGB III; § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI; § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI.

22 Ausschlaggebend ist demnach im Übrigen allein die *Funktion*, die im Einzelfall mit der Entschädigung verbunden ist. Zuwendungen an das Vorstandsmitglied einer Stiftung stellen Arbeitsentgelte dar, wenn sie von ihrer Funktion her eine *Vergütung* für die geleistete Arbeit sind. Wird lediglich der tatsächliche Sach- oder Geldaufwand ersetzt, so wird dem bürgerschaftlich Engagierten kein Entgelt gezahlt. Geht jedoch die geleistete Entschädigung über den bloßen Ersatz des entstandenen Aufwandes hinaus, so ist sie nach einem abstrakten Maßstab als Arbeitsentgelt zu qualifizieren. Dabei ist die Bezeichnung als „Aufwandsentschädigung“ sowie die Form der Zuwendung (z.B. pauschale Abgeltung oder Sachleistung) ebenso wenig entscheidend für die Qualifikation wie die Angemessenheit des Entgelts.

23 *Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage* (Fn. 7), § 7 Rn. 90.

24 *Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage* (Fn. 7), § 7 Rn. 90.

tel ungewiss sein.²⁵ Die selbstständig tätige Person muss das Unternehmerrisiko zumindest in erheblichem Umfang selbst mittragen.

Vielfach werden Stiftungsvorstände – wie auch in dem vom Sozialgericht Dresden entschiedenen Fall – eine regelmäßige Vergütung erzielen, ohne dabei ein eigenes wirtschaftliches Risiko zu tragen. Das Risiko der Geschäftshandlungen der Vorstandsmitglieder trägt in aller Regel die Stiftung. Der Umstand allein, dass den Beschäftigten eine Haftung für schuldhaftes Verhalten trifft, begründet noch kein Unternehmerrisiko, da auch Arbeitnehmer einer Haftung für schuldhaftes Verhalten unterliegen.²⁶ Auch eine vollständige Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB stellt nur einen Anhaltspunkt für eine selbstständige Tätigkeit dar.

3. Vergleich zur Aktiengesellschaft und zur GmbH

Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft sind generell keine Beschäftigten (vgl. § 1 S. 4 SGB VI, § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III). Als Ausnahmeregelung sind die Bestimmungen eng auszulegen. Zudem sind die Regelungen allein auf die Rechtsform bezogen, so dass auch für eine entsprechende Anwendung allein die Vergleichbarkeit der Rechtsform, nicht aber die tatsächliche Vergleichbarkeit ausschlaggebend ist. Nach ständiger Rechtsprechung, der sich auch das Sozialgericht Dresden angeschlossen hat, kommt eine analoge Anwendung daher nur in wenigen Fällen in Betracht.²⁷ Eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen auf Stiftungsvorstände ist abzulehnen. Die Unterscheidung in typisierender Betrachtungsweise ist auch gerechtfertigt, da sich Aktiengesellschaften in Größe und Bedeutung typischerweise von anderen Unternehmen unterscheiden.

Sind *Geschäftsführer einer GmbH* nicht an deren Stammkapital beteiligt, so sind sie grundsätzlich abhängig Beschäftigte der GmbH und in der Konsequenz sozialversicherungspflichtig.²⁸ Der Vergleich mit einem GmbH-Geschäftsführer führt somit ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung der Sozialversicherungspflicht von Stiftungsvorständen.

III. Folgen einer Fehlbeurteilung

Verkennt der Arbeitgeber unzutreffend das Bestehen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung, so kann dies erhebliche finanzielle Belastungen nach sich ziehen: Der Arbeitgeber *hat gegen den Beschäftigten einen Anspruch* auf den von diesem zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, wobei der Anspruch nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden kann. Ist der Abzug unterblieben, so darf er grundsätzlich nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden (vgl. § 28g S. 3 SGB IV). Dies kann dazu führen, dass der Arbeitgeber – insbesondere dann, wenn das Vertragsverhältnis zwischenzeitlich beendet worden ist – sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerbeiträge aufzukommen hat.

Nachzahlungspflichten verjähren frühestens nach vier Jahren (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren sogar erst nach dreißig Jahren (§ 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Bedingter Vorsatz ist ausreichend. Dieser liegt nach der bekannten Definition vor, wenn der Beitragsschuldner seine Beitragspflicht auch nur für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat.²⁹

Besteht Unsicherheit darüber, ob die Stiftungsvorstände der Sozialversicherungspflicht unterliegen oder nicht, so empfiehlt es sich daher, ein *Statusfeststellungsverfahren* durchzuführen

(vgl. § 7a SGB IV). Im Rahmen dieses Verfahrens stellt die Deutsche Rentenversicherung verbindlich fest, ob Sozialversicherungspflicht besteht.

IV. Fazit

Die Entscheidung des Sozialgerichts Dresden steht in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Sozialversicherungspflicht von Organen juristischer Personen. Da sich die Entstehung der Sozialversicherungspflicht nur begrenzt gestalten lässt, sollte sie bereits im Zeitpunkt der Stiftungserrichtung bedacht und sorgfältig geprüft werden, um Nachzahlungspflichten zu vermeiden. Die bloße Vertragsgestaltung mit dem Stiftungsvorstand ist zumindest nicht ausreichend, um die Sozialversicherungspflicht zu umgehen. Ausschlaggebend sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse.³⁰ Insbesondere dann, wenn ein zweites Organ nach der Stiftungssatzung den Vorstand sachgerecht kontrollieren soll, wird regelmäßig eine Pflicht zur Sozialversicherung entstehen.

25 BSG, Urt. v. 24.9.1981 – 12 RK 43/79, SozR 2200, § 165 Nr. 63 S. 87; *Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage* (Fn. 7), § 7 Rn. 90.

26 BSG, Urt. v. 18.11.1980 – 12 RK 76/79, SozR 2200, § 165 Nr. 61 S. 74; BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 57/82, SozR 2200, § 165 Nr. 73 S. 116 (Haftung des Vorstands oder Geschäftsführers).

27 Die Vorschrift findet Anwendung auf Vorstände von Aktiengesellschaften, stellvertretende Vorstände und Vorstandsvorsitzende großer Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Vgl. auch BSG, Urt. v. 19.6.2001 – B 12 KR 44/00 R, SozR 3-2400, § 7 Nr. 18; BSG, Urt. v. 21.2.1990 – 12 RK 47/87, SozR 3-2940, § 3 Nr. 1.

28 BSG, Urt. v. 24.6.1982 – 12 RK 45/80, USK 82160, S. 728 (für GmbH); BSG, Urt. v. 8.12.1987 – 7 Rar 25/86, USK 8710, S. 826; BSG, Urt. v. 19.6.2001 – B 12 KR 44/00 R, SozR 3-2400, § 7 Nr. 18.

29 BSG, Urt. v. 21.6.1990 – 12 RK 13/89, DB 1992, 2090.

30 BSG, Urt. v. 1.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74, SozR 2200, § 1227 Nr. 8.

Prof. Dr. Marcus Arndt*

Zeitgemäße Neubelebung der Sammlungsgesetze der Länder

I. Begriff und Gegenstand der Sammlungsgesetze

Sammlungsgesetze sind Landesgesetze, die als Sonderordnungsrecht den Bereich der Spendensammlungen regeln. Der Spendenbegriff umfasst nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die unentgeltliche Austeilung oder Darreichung. Er umschließt damit großzügige Gaben für milde Zwecke, mithin etwas, was zur Hilfe, Unterstützung, Förderung einer Sache oder Person geleistet wird.¹ Der Regelungsgegenstand der Sammlungsgesetze erfasst in sachlicher Hinsicht Spendensammlungen, wobei die Spenden in Form von Geld, Sachen oder geldwerten Leistungen bestehen können.² Darüber hinaus berücksichtigen die Sammlungsgesetze räumliche Anknüpfungspunkte. Sammlungen auf Straßen und Plätzen, in Gast- und Schankwirtschaften oder anderen jedermann zugänglichen Räumen, sogenannte Straßensammlungen und Sammlungen von Haus zu Haus – Haussammlungen – unterfallen einer Erlaubnis- oder zumindest Anzeigepflicht.³ Zahlreiche Sammlungsgesetze sehen zudem Überwachungsmöglichkeiten für nicht erlaubnispflichtige Sammlungen durch Spendenbriefe, öffentliche Aufrufe und das Aufstellen von Sammlungsbehältern vor, die von behördlichen Auskunftsrechten bis hin zum Sammlungsverbot reichen.⁴

II. Rechtslage in den einzelnen Bundesländern

Ursprünglich existierten Sammlungsgesetze in allen Bundesländern. Die Sammlungsgesetze der alten Bundesländer datieren vom Ende der sechziger bzw. Anfang der siebziger Jahre,⁵ die Sammlungsgesetze der neuen Bundesländer aus der Mitte der neunziger Jahre.⁶ Vor etwa dreizehn Jahren setzte bundesweit ein Trend ein, der zu einer Aufhebung vieler Sammlungsgesetze geführt hat, so dass heute in mehr als der Hälfte der Bundesländer keine Sammlungsgesetze mehr existieren. Bereits Ende der neunziger Jahre wurden die ersten Sammlungsgesetze aufgehoben, in Nordrhein-Westfalen zum 1.1.1998 und in Sachsen-Anhalt zum 1.8.1999. Das Berliner Sammlungsgesetz wurde zum 1.1.2004 aufgehoben,⁷ das Bremische Sammlungsgesetz zum 1.4.2005,⁸ ebenfalls im Jahre 2005 das Hamburger Sammlungsgesetz.⁹ In Brandenburg trat das Sammlungsgesetz zum 1.8.2006 außer Kraft.¹⁰

In Niedersachsen war zunächst geplant, das Erlaubnisverfahren ab 2007 übergangsweise durch ein bloßes Anzeigeverfahren zu ersetzen und das Sammlungsgesetz erst im Laufe des Jahres 2010 gänzlich außer Kraft treten zu lassen.¹¹ Weil die Erfahrungen in den Ländern, die ihre Sammlungsgesetze bereits abgeschafft hatten, positiv seien, entschied sich der Landesgesetzgeber gegen eine solche Zwischenlösung und hob das Niedersächsische Sammlungsgesetz zum 1.1.2007 auf.¹²

Zuletzt wurden das Bayerische Sammlungsgesetz zum 1.1.2008,¹³ das Schleswig-Holsteinische Sammlungsgesetz zum 1.1.2009¹⁴ und das Sächsische Sammlungsgesetz zum 28.12.2009 aufgehoben.¹⁵ Schließlich ist das hessische Sammlungsgesetz zum 1.1.2010 außer Kraft getreten.

Allein in den Bundesländern Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland und Thüringen gelten somit noch Sammlungsgesetze.

III. Für die Abschaffung der Sammlungsgesetze angeführte Gründe

Die Gründe für die Abschaffung der Sammlungsgesetze sind unterschiedlich oder werden mit uneinheitlichem Gewicht betont. Es werden der Bedeutungsverlust der Vorschriften

(unter 1.), Entbürokratisierungsbemühungen (unter 2.), Einsparmöglichkeiten und Funktionsbetrachtungen (unter 3.), die Mündigkeit und Eigenverantwortung des Bürgers (unter 4.), die Stärkung der Wohlfahrtsverbände (unter 5.) sowie ausreichende anderweitige Informationsmöglichkeiten (unter 6.) als Gründe für die Abschaffung genannt.

1. Bedeutungsverlust der Sammlungsgesetze

Es wird ausgeführt, die Sammlungsgesetze hätten durch die Entwicklung des Spendenmarkts in den letzten Jahren an Bedeutung verloren. So seien neben den vom präventiven Verbot der Sammlungsgesetze erfassten Haus- und Straßensammlungen eine Vielzahl nicht regulierter Formen des Fundraisings entstanden, etwa TV-Werbung, Öffentlichkeitsarbeit durch

* Der Verfasser ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner in der Rechtsanwaltskanzlei WEISSELEDER EWER in Kiel und Honorarprofessor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 BVerfG, Kammerbeschl. v. 14.8.1992 – 2 BvR 1463/91, NJW 1993, 1253, 1254.

2 Hierzu etwa § 1 Abs. 1 des Sammlungsgesetzes für Baden-Württemberg v. 13.1.1969 i.d.F.v. 19.3.1996.

3 Vgl. § 1 Abs. 1 des Sammlungsgesetzes für Baden-Württemberg v. 13.1.1969 i.d.F.v. 19.3.1996.

4 Entsprechende Regelungen bestehen bzw. bestanden zumindest in den Sammlungsgesetzen der Länder Baden-Württemberg, Brandenburg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen.

5 So das Sammlungsgesetz für Baden-Württemberg v. 13.1.1969 (GBl. S. 1), das Bayerische Sammlungsgesetz v. 1.8.1963 (neugefasst 1.1.1983), das Sammlungsgesetz Berlin v. 23.1.1973 (GVBl. S. 394), das Bremische Sammlungsgesetz v. 12.9.1967, das Hessische Sammlungsgesetz v. 27.5.1969 (GVBl. I S. 71), das Niedersächsische Sammlungsgesetz v. 8.7.1969 (Nds. GVBl. S. 144), das Sammlungsgesetz für Rheinland-Pfalz v. 5.3.1970 (GVBl. 1970, S. 93) und das Schleswig-Holsteinische Sammlungsgesetz v. 10.12.1969 (GVBl. 1969, S. 276).

6 So das Sammlungsgesetz des Landes Brandenburg v. 3.6.1994 (GVBl. I 1994, 194), das Sammlungsgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 17.6.1996 (GVBl. M-V 1996, S. 266), das Sächsische Sammlungsgesetz v. 5.11.1996 (SächsGVBl. 1996, S. 446) und das Thüringer Sammlungsgesetz v. 8.6.1995 (GVBl. 1995, S. 197).

7 Art. IV des Ersten Gesetzes zur Rechtsvereinfachung und Entbürokratisierung v. 17.12.2003 – (GVBl. Nr. 47 v. 31.12.2003).

8 Vgl. Pressemitteilung des Senats v. 29.4.2005, einsehbar unter: <http://www.senatspressestelle.bremen.de/detail.php?id=14266>.

9 Art. 4 des Gesetzes zur Deregulierung des Landesrechts v. 1.9.2005 (HmbGVBl. S. 377).

10 Artikel 22 Nr. 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 23 Abs. 1 S. 3 des Ersten Gesetzes zum Abbau von bürokratischen Hemmnissen im Land Brandenburg (Erstes Bürokratieabbaugesetz – 1. BbgBAG) v. 28.6.2006 (BbgGVBl. I, S. 74).

11 Siehe dazu die Ausführungen im Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Niedersächsischen Sammlungsgesetzes, Niedersächsischer Landtag, Drs. 15/3180 v. 28.9.2006, S. 4.

12 Gesetz zur Aufhebung des Niedersächsischen Sammlungsgesetzes v. 8.12.2006 (NdsGVBl. 2006, S. 583).

13 Gesetz zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes v. 10.12.2007 (GVBl. S. 901).

14 § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 des Gesetzes zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz v. 14.1.2008 (GVBl. 2008, S. 72).

15 Vgl. Art. 9 des Gesetzes zur Umsetzung der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie v. 28.12.2009 (SächsGVBl. 2009, S. 438).

spektakuläre Aktionen, Telefonmarketing und Internet, in die der Großteil des privaten Spendenaufkommens fließt.¹⁶ So stünden einem bundesweiten Spendenaufkommen von rund 2,6 Milliarden EUR im Jahre 2004¹⁷ lediglich ca. 26 Mio. EUR Erträge durch die von der Regierung der Oberpfalz erlaubten landesweiten Haus- und Straßensammlungen in 2004 gegenüber.¹⁸ Die von der Stadt Kiel geprüften Sammelerlöse lagen sogar nur im vierstelligen Bereich.¹⁹ Schließlich würde die Rechtsprechung seit langem eingeführte Auslegungen der Sammlungsgesetze zunehmend in Frage stellen. So werde etwa der in Bayern langjährig geübten Verwaltungspraxis, die Vorweihnachtszeit von landesweiten Sammlungen freizuhalten, die gesetzliche Grundlage abgesprochen.²⁰

2. Entbürokratisierung

Weiter wurden Sammlungsgesetze mit dem politischen Ziel abgeschafft, eine möglichst weitgehende Deregulierung zu fördern.²¹ Gerade wegen des Bedeutungsverlustes der Sammlungsgesetze müsse nun den Deregulierungsbemühungen Vorrang zukommen.²² Entsprechend wurde die Aufhebung von Sammlungsgesetzen nachträglich als politischer Erfolg bewertet. So wurde etwa in Sachsen die Aufhebung „zweier kompletter Gesetze“ (von denen eines das Sammlungsgesetz war) als wesentlicher Fortschritt im Bemühen um weitgehende Deregulierung dargestellt.²³

3. Einsparpotential und Funktionsbeschränkung der Ordnungsbehörden

Des Weiteren führe die Abschaffung der Sammlungsgesetze zu einer Entlastung der Verwaltung und damit zu Einsparungen.²⁴ In Schleswig-Holstein könnten durch die Abschaffung des Sammlungsgesetzes 0,2 Stellen und damit Haushaltsmittel in Höhe von jährlich 16.000 EUR eingespart werden.²⁵

Überdies verlange auch eine funktionale Betrachtung Einsparungen in diesem Bereich der Ordnungsverwaltung. Die gesetzlichen Regelungen – insbesondere die Vorschriften über die Erteilung sammlungsrechtlicher Erlaubnisse und über die Koordinierung der Sammlungstermine – dienen zwar dazu, das Vertrauen der Bürger in ordnungsgemäße Sammlungen zu stärken. Aufgabe der Ordnungsbehörden sei aber die Gefahrenabwehr. Für die Stärkung des Vertrauens der Spender seien hingegen die sammelnden Organisationen selbst verantwortlich.²⁶

4. Stärkung des mündigen Bürgers und Subsidiaritätserwägungen

Die Abschaffung von Sammlungsgesetzen wurde weiter damit gerechtfertigt, dass man der Mündigkeit des Bürgers hierdurch eher Rechnung trage. Die Bürger seien selbst in der Lage, den Sammlungszweck zu bewerten und eine eigenverantwortliche Entscheidung über dessen Unterstützung zu treffen.²⁷ Staatlicher Schutz sei subsidiär und müsse dahinter zurücktreten. Nur wenn dem Bürger ein effektiver Rechtsschutz nicht möglich sei, komme die behördliche Gefahrenabwehr zum Zuge.²⁸ Zudem gebiete auch die Ehrlichkeit des Staates gegenüber dem Bürger, diesem die Entscheidung über die Spende zu überlassen. Der Staat solle beim Bürger nicht den falschen Eindruck erwecken, mit der Erteilung einer Sammlungsgenehmigung sei die Seriosität des Sammlungsträgers effektiv geprüft worden und es werde nach Durchführung der Sammlung die zweckentsprechende Verwendung des Sammlungsertrags durch behördliche Kontrolle umfassend sichergestellt. Eine vollstän-

dige Prüfung der Seriosität jeder einzelnen der bundesweit 20.000 konkurrierenden Sammlungsorganisationen und der Bonität der Sammlungen sei – schon mangels des erforderlichen Personals bei Staat und Gemeinden – nicht machbar gewesen.²⁹

16 Gesetzentwurf zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes, Bayerischer Landtag, Drs. 15/8371 v. 19.6.2007, S. 3; Schleswig-Holsteinischer Landtag, Gesetzentwurf der Landesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, Drs. 16/1617 v. 25.9.2007, S. 2.

17 Der Spiegel 49/2004, S. 60 ff., bundesweite Schätzung von Emnid.

18 Gesetzentwurf zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes (Fn. 16), S. 3.

19 Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz, Drs. 16/1617 v. 25.9.2007, S. 8.

20 Gesetzentwurf zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes (Fn. 16), S. 3.

21 Gesetzentwurf zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes (Fn. 16), S. 1; Mitteilung der Senatspressestelle Bremen – Der Senator für Inneres und Sport – v. 29.4.2005 (veröffentlicht unter www.senatspressestelle.bremen.de); Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 2, 6.

22 Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 6.

23 Rede des Herrn Staatsministers *Geert Mackenroth* in der Kabinettspresskonferenz zum Thema „Bürokratieabbau“ am 20.6.2006, www.justiz.sachsen.de/download/RedeKabinettspresskonferenz.pdf.

24 Pressemitteilung der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 28.6.2005; Gesetzentwurf zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes (Fn. 16), S. 3.

25 Redebeitrag des Landtagsabgeordneten *Günther Hildebrand* (FDP) in der 69. Sitzung v. 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69, S. 5001.

26 Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 8.

27 Mitteilung der Senatspressestelle Bremen – Der Senator für Inneres und Sport – vom 29.4.2005; Redebeitrag des Landtagsabgeordneten *Werner Kalinka* (CDU) in der 69. Sitzung v. 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69, S. 4999; Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 6.

28 Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 6 f.; Redebeitrag des Landtagsabgeordneten *Werner Kalinka* (CDU) in der 69. Sitzung v. 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69.

29 *Söldner*, Zur Rechtslage nach Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes, KommunalPraxis Bayern 2008, 340; ebenfalls zum Gesichtspunkt der lediglich formalen Anwendung der Sammlungsgesetze: Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Gefahrenabwehr in Nordrhein-Westfalen Jahresbericht 2006, S. 77.

5. Stärkung der Wohlfahrtsverbände

Zugunsten der Abschaffung werden auch die Interessen der sammelnden Organisationen angeführt. Danach würden die Sammlungsträger durch die Aufhebung der Sammlungsgesetze finanziell und organisatorisch entlastet.³⁰ Die Entlastung liege darin, dass der durch die Antragstellung verursachte Aufwand entfalle.

6. Bestehen anderweitiger Informationsmöglichkeiten

Schließlich werden Möglichkeiten der Bürger genannt, sich auch nach Wegfall der Sammlungsgesetze über die Seriosität der Sammelträger zu informieren. Spendenwillige Bürger hätten etwa die Möglichkeit, sich beim Deutschen Zentralinstitut für soziale Fragen (DZI) oder dem Deutschen Spendenrat über die Seriosität der jeweiligen Sammlungsträger zu erkundigen.³¹

IV. Zuordnung von Positionen zu politischen Gruppierungen oder Interessenvertretern

Die Positionen für beziehungsweise gegen die Abschaffung der Sammlungsgesetze bieten ein insgesamt uneinheitliches Bild. Keiner Position lassen sich „typische Vertreter“ zuordnen.

So ist beispielsweise das Bayerische Sammlungsgesetz unter der CSU-Regierung gegen den Widerstand der Sozialdemokraten aufgehoben worden.³² Demgegenüber hat Nordrhein-Westfalen das Sammlungsgesetz zu Zeiten der rot-grünen Landesregierung abgeschafft. In Schleswig-Holstein wurde die Aufhebung des Sammlungsgesetzes von Seiten der regierenden Koalition aus CDU und SPD favorisiert, die oppositionelle FDP forderte sogar die schnellere Aufhebung des Sammlungsgesetzes. Lediglich der in der Opposition befindliche Südschleswigsche Wählerverband (SSW) erhob Bedenken gegenüber einer Abschaffung.³³

V. Situation nach Abschaffung der Sammlungsgesetze

Die mit der Abschaffung von Sammlungsgesetzen entstandene Rechtslage (unter 1.) hat zu erheblicher Kritik geführt (unter 2.) und ist als unbefriedigend zu bewerten (unter 3.)

1. Rechtslage nach Abschaffung der Sammlungsgesetze

Je nach Umfang der Kontroll- und Eingriffsbefugnisse in den jeweiligen Sammlungsgesetzen äußert sich ihr Wegfall von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich. Allgemein lässt sich zusammenfassen, dass mit dem Wegfall der Erlaubnis- oder auch nur Anzeigepflichten in erster Linie die präventiven Überwachungsmöglichkeiten der Ordnungsbehörden bei Straßen- und Haussammlungen entfallen sind. Der Verwaltung wird die Möglichkeit genommen, sich vor der Sammlung ein Bild über den Sammlungsträger zu machen und möglichen von der Sammlung ausgehenden Gefahren im Voraus durch Versagung der Erlaubnis oder durch die Erteilung von Auflagen oder sonstigen Nebenbestimmungen zu begegnen. Daneben entfallen – sofern entsprechende Regelungen vorhanden waren – die behördlichen Möglichkeiten, bei Sammlungen durch Spendenbriefe und öffentliche Aufrufe Auskunftsansprüche geltend zu machen und gegebenenfalls auf Grundlage eines speziellen Maßnahmenkataloges einzugreifen.

An die Stelle des in den Sammlungsgesetzen enthaltenen speziellen Instrumentariums treten die allgemeinen Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts, namentlich die polizeirechtliche Generalklausel, nach der Polizei und Ordnungsbehörden beim Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit nach pflichtgemäßem Ermessen einzuschreiten berechtigt sind. Diese Eingriffsmöglichkeiten sind bei unangekündigten Sammlungen regelmäßig auf ein reaktives Tätigwerden der Ordnungsverwaltung im Einzelfall beschränkt.

Eine präventive Kontrollmöglichkeit besteht nur noch dort, wo Erlaubnisvorbehalte in anderen, nicht auf Sammlungen bezogenen Vorschriften enthalten sind. Sollen aus Anlass von Sammlungen Behälter oder Informationsstände auf öffentlichen Wegen aufgestellt werden, kann hierfür eine Sondernutzungserlaubnis nach dem Straßen- und Wegerecht erforderlich sein. Finden Verkaufsaktionen statt, deren Erlöse nicht gänzlich dem wohltätigen Zweck zukommen, kommen Erlaubnispflichten aus dem Gewerbe- beziehungsweise Gaststättenrecht in Betracht. Findet im Zuge der Sammlung eine Tombola statt, kann eine Glücksspielrechtliche Genehmigung erforderlich sein.³⁴ Durch diese Genehmigungsvorbehalte wird aber nicht vor den Gefahren einer Sammlung geschützt. So wird beim Antrag auf Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis nur geprüft, ob die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt wird, nicht aber, ob der Veranstalter Gewähr für die zweckentsprechende Verwendung der Mittel bietet.

Den Finanzbehörden kommt schließlich durch die Anerkennung- bzw. Aberkennungsmöglichkeit der Gemeinnützigkeit und der damit verbundenen Gewährung bzw. dem Entzug steuerlicher Privilegien eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sammlungsträger zu.

Missbrauchen unseriöse Sammler die Spendenbereitschaft der Bürger, hat dies auch strafrechtliche Bedeutung. Der Bundesgerichtshof hat mit Blick auf den Betrugstatbestand (§ 263 StGB) klargestellt, dass die Annahme einer täuschungs- und irrumsbedingten Schädigung nicht schon deshalb entfällt, weil sich die Getäuschten der nachteiligen Wirkung ihrer Verfügung auf ihr Vermögen (durch Mitgliedsbeiträge bzw. Spenden) bewusst seien.³⁵ Die bewusste Vermögensseinbuße soll vielmehr durch Erreichen eines bestimmten, nicht vermögensrechtlichen Zwecks ausgeglichen werden. Werde dieser Zweck verfehlt, so werde der Betrogene auch wirtschaftlich zu einer unvernünftigen Ausgabe veranlasst, die auf der Täuschung beruhe.

Überdies greift der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB ein, wenn der Spendensammler den Sammlungserlös nicht an den Sammlungsträger weiterleitet, sondern in der eigenen Tasche verschwinden lässt.³⁶

Eine gewisse Kontrolle der Sammlungsträger wird durch unabhängige Institutionen ausgeübt. Hier ist zum einen das Deutsche Zentralinstitut für soziale Fragen (DZI) in Berlin zu nennen, ein unabhängiges wissenschaftliches Dokumentationszentrum in der Rechtsform einer Stiftung des bürgerlichen Rechts, hinter welcher der Senat von Berlin, das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, der Deutsche Industrie- und Handelskammertag, der Deutsche Städtetag und die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V. als Stiftungsträger stehen. Ziel des DZI ist es, den Spendenmarkt übersichtlicher zu gestalten und das Vertrauen sowie die Hilfs-

30 Redebeitrag des Innenministers Dr. Ralf Stegner (SPD) in der 69. Sitzung vom 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69, S. 4998.

31 Dazu im Einzelnen unter V.1.

32 Vgl. Darstellung der CSU-Landtagsfraktion unter http://www.csu-landtag.de/www/druckversion/themen_124.asp.

33 Zu den im Einzelnen vertretenen Standpunkten: Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69 v. 10.10.2007, S. 4998-5004.

34 Vgl. die bisherige Regelung in § 4 des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, siehe hierzu aber: EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08, NVwZ 2010, 477.34

35 Vgl. BGH, Urt. v. 10.11.1994 – 4 StR 331/94, NJW 1995, 539.

36 Vgl. Fischer, Strafrecht, 55. Aufl. 2008, § 266 Rn. 46 ff.

bereitschaft der Bürger zu erhalten. Dazu verleiht das DZI als Orientierungshilfe das sogenannte DZI Spenden-Siegel an sammelnde Organisationen.³⁷

Vergleichbare Einflüsse gehen vom Deutschen Spendenrat e.V. mit Sitz in Frankfurt am Main aus, der 1993 als Interessenvertretung spendensammelnder gemeinnütziger Organisationen nach den Vorbildern des Deutschen Werberats und des Deutschen Presserats gegründet wurde.³⁸ Die Ziele des Deutschen Spendenrates e.V. bestehen in der Wahrung der ethischen Grundsätze des Spendenwesens, der Schaffung von Transparenz und der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Verwendung der Spendengelder.³⁹ Zur Umsetzung dieser Zielsetzungen setzt der Deutsche Spendenrat e.V. auf die freiwillige Selbstkontrolle seiner Mitglieder. Die Mitgliedsorganisationen müssen eine Selbstverpflichtungserklärung unterzeichnen, in der sie sich verpflichten, die Anerkennung ihrer Gemeinnützigkeit nach den §§ 52 ff. AO anzugeben sowie auf bestimmte Arten der Werbung zu verzichten. Weiter haben sich die Mitgliedsorganisationen zur Beachtung des Verbraucherschutzes und zum Unterlassen des Handels mit Spenderdaten zu verpflichten.⁴⁰

2. Kritik an der Abschaffung der Sammlungsgesetze

Die Abschaffung der Sammlungsgesetze blieb nicht ohne öffentliche Kritik. So kritisierte der stellvertretende Fraktionsvorsitzende der BayernSPD Landtagsfraktion, Dr. *Thomas Beyer*, die Abschaffung des Sammlungsgesetzes und den damit einhergehenden Koordinationsverlust für die traditionellen Frühjahrs- und Herbstsammlungen der Wohlfahrtsverbände.⁴¹ Vertreter der Jungen Union bemängelten die Abschaffung des Sammlungsgesetzes in Nordrhein-Westfalen mit der Begründung, dass unseriöse Spendensammler nunmehr ein leichteres Spiel hätten.⁴² In Schleswig-Holstein wiesen Vertreter des SSW in ähnlicher Form darauf hin, dass nach Abschaffung des Sammlungsgesetzes eine ordnungsgemäße Verwendung des gesammelten Spenderlöses nicht mehr gewährleistet sei.⁴³

Freie Wohlfahrtsorganisationen befürchten durch die Abschaffung der Sammlungsgesetze einen erheblichen Rückgang an Spenden für die soziale Arbeit vor Ort. Es werde bereitwilliger gespendet, wenn der Staat als Garant dahinter stehe. Das Sammlungsrecht diene den Wohltätigkeitsverbänden als eine Art Gütesiegel.⁴⁴ Mit der Abschaffung der Sammlungsgesetze gehe die Aufgabe, die Sammlungstermine zu koordinieren, auf die sammelnden Organisationen über. Während die Verwaltung punktuell entlastet würde, müssten die Sammlungsträger diese Aufgabe mit hohem personellem und finanziellem Aufwand übernehmen.⁴⁵

Erhebliche Kritik an der Abschaffung der Sammlungsgesetze übten auch diejenigen Institutionen, die nach der Vorstellung manches Gesetzgebers die Funktion der Sammlungsgesetze übernehmen sollten, nämlich der Deutsche Spendenrat e.V. und das DZI. Der Deutsche Spendenrat e.V. begrüßt die Abschaffung des Sammlungsgesetzes nicht etwa als Entbürokratisierungsmaßnahme, sondern fordert vielmehr die – besonders auf Kontrolle der Buchführung und der Mittelverwendung ausgerichtete – gesetzliche Fixierung einheitlicher Standards, an denen sich jeder Spendensammler messen lassen müsse, da der Bürger nur auf diese Weise den Organisationen vertrauen könne und eine effektive Kontrolle möglich sei.⁴⁶

Das DZI beklagt die Erosion der Sammlungsgesetze, mit deren Fortgang der Staat den öffentlichen Raum über kurz oder lang unseriösen Akteuren überlasse und damit das Ansehen des Spendensektors im Ganzen schädige.⁴⁷

3. Bewertung der Situation nach Abschaffung der Sammlungsgesetze

Die Situation nach Abschaffung der Sammlungsgesetze ist unbefriedigend. Die Regelungen boten und bieten ein wirksames Instrumentarium. Auch wenn die präventiven Wirkungen der Sammlungsgesetze auf Haus- und Straßensammlungen beschränkt sind, können die Vorschriften nicht als bedeutungslos bezeichnet werden. Die Reaktion der Sammlungsträger auf die Abschaffung der Sammlungsgesetze zeigt, dass Haus- und Straßensammlungen trotz der neuen technischen Möglichkeiten, die Rundfunk, Internet und Telefon bieten, noch immer wichtige Einnahmequellen sind, die oft für örtliche Hilfsangebote genutzt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Spendenaufkommen bei Haus- und Straßensammlungen im Vergleich zu medial gestützten Sammlungen gering ausfällt. Das Bekanntwerden einer unseriösen Sammlung bewirkt Vertrauensschäden, unabhängig von der Höhe des entstandenen materiellen Schadens. Dem Maß an Vertrauensverlust korrespondiert eher das Maß der Zweckverfehlung.

Auch die für die Abschaffung der Sammlungsgesetze zum Teil in Anspruch genommene Mündigkeit des Bürgers⁴⁸ schützt nicht vor den Gefahren unkontrollierter Sammlungen. Auch der mündige Bürger kann bei einer unvorbereiteten Ansprache an der Haustür oder auf der Straße die Seriosität einer Sammlung nicht belastbar überprüfen. Gerade dem mündigen Bürger bleibt in dieser Situation nur die Möglichkeit, im Zweifel nicht zu spenden, wenn er sicher gehen will, keinem Schwindel aufzusitzen.

Die von Sammlungen ausgehenden Gefahren werden auch durch zivilrechtliche Instrumentarien nur bedingt ausgeglichen. So ist unklar, ob das zivilrechtliche Widerrufsrecht, das früher im Haustürwiderrufgesetz geregelt war und seit dem 1.1.2002 in den §§ 312 ff., 355 ff. BGB enthalten ist, auch Fördermitgliedschaften erfasst.⁴⁹ Die Widerrufsvorschriften des BGB helfen je-

37 Vgl. zu den Einzelheiten DZI (Hrsg.), DZI Spenden-Siegel – Leitlinien für die Vergabe des DZI Spenden-Siegels, Berlin 2010, <http://www.dzi.de/downloads/DZI-Spenden-Siegel-Leitlinien-2010.pdf>.

38 <http://www.spendenrat.de/index.php?id=7,48,0,0,1,0>.

39 <http://www.spendenrat.de/index.php?id=8,25,0,0,1,0>.

40 <http://www.spendenrat.de/index.php?selbstverpflichtungserklaerung>.

41 Pressemitteilung der BayernSPD v. 26.6.2007.

42 POLITEIA 231 (Juni 2003) Platz für schwarze Schafe.

43 Redebeitrag der Landtagsabgeordneten *Spoorendonk* (SSW) in der 69. Sitzung v. 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69, S. 5003.

44 Mitteilung des Evangelischen Presseverbands für Bayern (epv) v. 12.6.2006.

45 Diakonisches Werk Bayern e.V., Standpunkte, Argumente und Informationen aus der bayerischen Diakonie, Ausgabe 2/2006.

46 Pressemitteilung des Deutschen Spendenrats e.V. v. 12.3.2008.

47 http://www.dzi.de/pm_1206.htm.

48 Mitteilung der Senatspressestelle Bremen – Der Senator für Inneres und Sport – vom 29.4.2005; Redebeitrag des Landtagsabgeordneten *Werner Kalinka* (CDU) in der 69. Sitzung v. 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69, S. 4999; Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 6.

49 Dafür: *Thüsing*, Staudinger-BGB, Bearbeitung 2005, § 312 Rn. 29; dagegen mit Ausnahme von Fällen, in denen die Mitgliedschaft den Mitgliedern Ansprüche auf bestimmte Leistungen vermittelt: *Saenger*, Erman-BGB, 12. Aufl. 2008, § 312 Rn. 23; zu leistungsvermittelnden Mitgliedschaften vgl. auch OLG München, Urt. v. 18.5.1995 – 29 U 6014/94, NJW-RR 1996, 263 f.

denfalls schon unter Praktikabilitätsgründen nicht im Fall der sofort erbrachten Geldspende weiter, bei der das gespendete Geld unmittelbar in der Sammeldose verschwindet.

Darüber hinaus ist die Zertifizierung durch das DZI Spenden-Siegel lückenhaft. Sie erfasst ihrer Konzeption nach nur überörtlich tätige Sammlungsträger und trifft über regionale Sammlungsträger keine Aussage.⁵⁰

Die fehlende staatliche Koordinierung der Sammlungstermine machen den Bürger in Zeiten kumulierender Sammlungen spendenmüde. Bemühungen etwa der Wohlfahrtsverbände, Sammlungstermine zu koordinieren, dürften einen erheblichen Aufwand verursachen und wären auf das Koordinieren nur solcher Spendenträger beschränkt, die sich dem freiwillig unterwerfen.

Strafrechtliche Ermittlungsverfahren können erst eingeleitet werden, wenn sich Gefahren konkretisiert haben und auch nur dann, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gemäß § 152 Abs. 2 StPO es möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt. Bloße Vermutungen rechtfertigen es hingegen nicht, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten.⁵¹ Die Schwelle zur Strafverfolgung wird deshalb oft nicht erreicht.

Auch die Möglichkeiten des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts reichen nicht aus, um unseriöse Spendensammler effektiv zu stoppen. Polizeirechtliche Maßnahmen aufgrund der polizeirechtlichen Generalklausel sind reaktiv ausgestaltet, sie setzen eine Gefahr beziehungsweise eine Störung der öffentlichen Sicherheit voraus.⁵² Unlauteres Verhalten von Spendensammlern muss den Ordnungsbehörden erst einmal bekannt werden, bevor sie einschreiten können. Ein reaktives Eingreifen ist folglich nur dann möglich, wenn „das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist“, die unseriösen Spendensammler sich also bereits betätigt haben. In einem gewissen Rahmen sind zwar sogenannte Gefahrerforschungseingriffe beim Vorliegen eines Gefahrenverdachts möglich. Diese kommen in Betracht, wenn nach dem Urteil eines fähigen und sachkundigen Beamten Anlass für die Annahme einer möglichen Gefahr oder Störung besteht, ohne weitere Ermittlungen jedoch nicht erkennbar wird, ob wirklich eine Gefahr oder Störung vorliegt. Sie bestehen aus vorläufigen Maßnahmen, die auf die Feststellung der Gefahr oder Störung abzielen.⁵³ Auch hierfür benötigt die Ordnungsbehörde aber zunächst Informationen über die bevorstehende Sammlung.

Auch Steuerungsmöglichkeiten durch die Finanzbehörden können die nach Abschaffung der Sammlungsgesetze entstandene Lücke nicht schließen. Die Finanzbehörden können einem Sammlungsträger zwar die Gemeinnützigkeit aberkennen und ihm damit Steuervergünstigungen gemäß §§ 51 ff. AO nehmen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Sammlungsträger zuvor als gemeinnützig anerkannt war, was gerade bei unseriösen Spendensammlern oft nicht der Fall ist. Nach Wegfallen der Sammlungsgesetze unterliegen die Einnahmen aus den Spendensammlungen keinerlei Kontrollen, so dass den Finanzbehörden zudem eine sichere Besteuerungsgrundlage fehlt.

Demgegenüber erscheint der mit der Aufhebung von Sammlungsgesetzen beabsichtigte Entbürokratisierungseffekt⁵⁴ überbewertet zu sein. Wie das Beispiel Schleswig-Holstein zeigt, sind die durch die Abschaffung des Sammlungsgesetzes erzielten Einsparungen mit veranschlagten 0,2 Stellen und Haushaltsmitteln in Höhe von jährlich 16.000 EUR⁵⁵ gering. Es wäre zu untersuchen, ob hierdurch verursachte Einbußen beim Spendenaufkommen nicht durch öffentliche Haushaltsmittel in entsprechender Höhe aufgefangen werden müssen, weil zuvor durch Spenden kompensierte Missstände jetzt zum Gegenstand öffentlicher Aufgaben werden.

VI. Zur Frage entgegenstehenden Europarechts

Teilweise wird angenommen, die Sammlungsgesetze seien aus europarechtlichen Gründen aufzuheben, weil der Fortbestand der darin geregelten präventiven Verbote mit Erlaubnisvorbehalt der Regelung in Art. 9 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) vom 12.12.2006 (im Folgenden auch: DLR) zuwider laufe.⁵⁶ Diese Sichtweise überzeugt nicht. Zum einen überdehnt sie den Anwendungsbereich der DLR (unter 1.). Zum zweiten wären die in den Sammlungsgesetzen enthaltenen präventiven Verbote mit Erlaubnisvorbehalt zulässige Einschränkungen von Art. 9 Abs. 1 DLR, denn sie würden die Anforderungen aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) bis c) DLR erfüllen (unter 2.).

1. Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie

Die in den Sammlungsgesetzen geregelten Verbote mit Erlaubnisvorbehalt werden vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht erfasst. Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ist beschränkt auf Dienstleistungen, die für eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden.⁵⁷ Diese Voraussetzung wird beim Sammeln von Spenden nicht erfüllt, wenn der Sammlungsträger die Sammlung selbst durchführt.⁵⁸ Um Entgelt zu sein, fehlt es der Spende am Gegenseitigkeitsbezug, denn die auf Straßen und an der Haustür gesammelte Spende ist in der Regel als einseitige Schenkung unter Auflagen zu qualifizieren.⁵⁹

Führt der Sammlungsträger die Sammlung nicht selbst durch, sondern bedient er sich zum Zwecke der Sammlung der Dienste einer professionellen Fundraisingagentur, so wird die Agentur gegen Entgelt tätig. Das Entgelt ist nicht die Spende, sondern eine vom Spendenträger veranlasste Zahlung an die Fundraisingagentur als Gegenleistung für die erbrachte Sammlungsleistung. Der Entgeltanspruch der Fundraisingagentur mag auch bewirkt werden durch Verrechnung mit dem Anspruch des Spendenträgers auf Auskehrung der gesammelten Spenden. Die Tätigkeit der Fundraisingagentur mag deshalb vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie erfasst sein. Allerdings unterwerfen die Sammlungsgesetze auch gar nicht die Tätigkeit der Fundraisingagentur einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Nach den Sammlungsgesetzen bedarf der „Veranstalter“ der Sammlung einer Erlaubnis.⁶⁰ Veranstalter der Sammlung ist aber nur der eigentliche Sammlungsträger.

50 DZI (Hrsg.) (Fn. 37).

51 Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 51. Aufl. 2008, § 152 Rn. 4.

52 Vgl. für die Rechtslage in Schleswig-Holstein §§ 174, 176 LVwG SH.

53 Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 2. Aufl. 2000, S. 447.

54 Vgl. zu diesem Ziel Gesetzentwurf zur Aufhebung des Bayerischen Sammlungsgesetzes (Fn. 16), S. 1; Mitteilung der Senatspressestelle Bremen – Der Senator für Inneres und Sport – v. 29.4.2005 (Fn. 21); Begründung des Gesetzentwurfs zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes, des Lebenspartnerschaftsausführungsgesetzes und der Landesverordnung über die zuständige Behörde zur Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (Fn. 19), S. 2, 6.

55 Redebeitrag des Landtagsabgeordneten Günther Hildebrand (FDP) in der 69. Sitzung v. 10.10.2007, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/69, S. 5001.

56 Kreutz, Das Aus für Landessammlungsgesetze durch die Richtlinie 2006/123/EG, GewArch 2010, 241, 242 ff.

57 17. Erwägungsgrund DLR.

58 A.A. offenbar Kreutz (Fn. 56), S. 242 f.

59 Rawert, Zivilrechtsfragen des Spendens, Non Profit Law Yearbook 2005, 2006, S. 175.

60 Vgl. etwa den Wortlaut in § 1 Abs. 1 des Rheinland-Pfälzischen Sammlungsgesetzes.

ger, nicht die von ihm mit der Durchführung der Sammlung beauftragte Fundraisingagentur. Das ergibt sich schon aus dem Schutzzweck der Sammlungsgesetze. Die Sammlungsgesetze sollen etwa davor schützen,

- dass durch die Verwendung des Sammlungsertrages die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gestört wird,
- dass der Sammlungsertrag nicht zweckentsprechend verwendet wird oder
- dass die Unkosten der Sammlung in einem offensichtlichen Missverhältnis zu dem Reinertrag der Sammlung stehen.

Die Gewähr für diese Voraussetzung kann nur der eigentliche Sammlungsträger erbringen. Nur er kann gegenüber der zuständigen Behörde darlegen, auf welche Weise und in welchem Umfang der Ertrag dem Zweck der Sammlung zu Gute kommt, nicht aber die Fundraisingagentur. Soweit die Sammlungsgesetze auch davor schützen, dass von der Durchführung der Sammlung keine Gefahren ausgehen, betrifft dies zwar auch die Tätigkeit der Fundraisingagentur. Insoweit ist diese Tätigkeit aber dem eigentlichen Sammlungsträger zuzurechnen. Er veranlasst die letztlich in seinem Namen stattfindende Sammlung.

Die von Fundraisingagenturen erbrachte Dienstleistung wird also von den Sammlungsgesetzen nicht berührt. Der Umstand, dass auch die Fundraisingagenturen nicht tätig werden können, solange der Sammlungsträger nicht zuvor eine Genehmigung erhält, ist nur mittelbarer Reflex der Sammlungsgesetze und damit ohne Belang. Diese „Beeinträchtigung“ ist für Fundraisingagenturen Folge einer sich ungünstig entwickelnden wirtschaftlichen Rahmenbedingung. Vor solchen Folgen schützt die DLR ebenso wenig wie das von einem Bauherrn zu beachtende Baugenehmigungserfordernis in den Landesbauordnungen wegen des gegen Entgelt zu beauftragenden Maurers von der DLR erfasst wäre.

2. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 DLR

Unabhängig davon, dass sich der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht auf die Genehmigungsvorbehalte der Sammlungsgesetze erstreckt, würde jedenfalls das mit den Genehmigungsvorbehalten verfolgte öffentliche Interesse eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen und damit die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 DLR erfüllen. Gem. Art. 9 Abs. 1 DLR dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungen Genehmigungsregeln unterwerfen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- „a) die Genehmigungen sind für den betreffenden Dienstleister nicht diskriminierend;
- b) die Genehmigungsgründe sind durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt;
- c) das angestrebte Ziel kann nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein.“

a) Keine Diskriminierung von EU-Bürgern

Für eine Diskriminierung von ausländischen EU-Bürgern durch die Regelungen der Sammlungsgesetze bestehen schon deshalb keine Anhaltspunkte, weil die Sammlungsgesetze nicht zwischen Bundes- und sonstigen EU-Bürgern unterscheiden.⁶¹

b) Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses

Nach Art. 4 Nr. 8 der Dienstleistungsrichtlinie sind „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ Gründe, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt

hat, einschließlich folgender Gründe: öffentliche Ordnung; öffentliche Sicherheit; Sicherheit der Bevölkerung; [...] Schutz der Verbraucher, der Dienstleistungsempfänger und der Arbeitnehmer; [...] [und] Betrugsbekämpfung [...]“. Das Merkmal „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ entspricht damit dem von der Rechtsprechung zu Art. 46, 55 EGV (a.F.) entwickelten Begriff.⁶² Dieses Merkmal wird durch den hier verfolgten Schutzzweck erfüllt: Die Genehmigungserfordernisse in den Sammlungsgesetzen dienen dem Schutz der „Dienstleistungsempfänger“, als die man die Spender konsequenterweise ansehen müsste, wenn man das Sammeln als Dienstleistung begreifen wollte. Die Spender sollen davor geschützt werden, durch unseriöse Sammlungspraktiken bedrängt, getäuscht oder belästigt zu werden. Die Sammlungsgesetze mit ihren präventiven Erlaubnisvorbehalten sind also durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt.⁶³

c) Verhältnismäßigkeit präventiver Regelungen

Schließlich trägt die Genehmigungsbedürftigkeit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung, der durch Art. 9 Abs. 1 lit. c) der Dienstleistungsrichtlinie eine besondere Ausgestaltung erfährt. Voraussetzung ist danach, dass „das angestrebte Ziel (...) nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden (kann), insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein“. Art. 9 Abs. 1 c) Dienstleistungsrichtlinie wertet eine nachträgliche Kontrolle – jedenfalls solange sie wirksam ist – grundsätzlich als milderes Mittel gegenüber präventiven Genehmigungsvorbehalten. Die Genehmigungsvorbehalte in den Sammlungsgesetzen können aber nicht wirksam durch nachträgliche Maßnahmen der Verwaltungs- oder Strafverfolgungsbehörden kompensiert werden. Hauptgrund hierfür ist, dass gerade Haustür- und Straßensammlungen „flüchtige“ Sammlungsformen sind, deren Spuren sich nach Abschluss der Sammlung schwer verfolgen lassen. Der Träger einer zuvor nicht registrierten Straßensammlung kann jederzeit „spurlos“ verschwinden. Gelangt die Behörde an Informationen, die ein repressives Einschreiten rechtfertigen würden, ist das Dingfestmachen der Organisation, wenn diese es darauf anlegt, kaum mehr möglich. Bei der nächsten Gelegenheit mag dieselbe Organisation unter neuem Namen an einem anderen Ort auftreten, ohne dass behördlicherseits die Möglichkeit bestünde, dies im Vorwege festzustellen. Kommt nachträglich heraus, dass auch hier durch dieselbe Organisation unseriös gesammelt wurde, wird es abermals zu spät sein, sie wirksam zu verfolgen und ihren erneuten Auftritt in wiederum neuer Gestalt zu verhindern. Dabei ist es sachgerecht, gerade die Straßen- und Haustürsammlungen, nicht aber medial gestützte Sammlungen präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt zu unterwerfen. Die Flüchtigkeit der sich medialer Spendenwerbung bedienender Organisationen ist nicht im selben Maße zu befürchten wie bei Straßen- und Haustürsammlungen. Das jeweilige Medium hinterlässt in der Regel verfolgbare Spuren. Auftraggeber von Anzeigen, Inhaber von Bankkonten oder Absender von E-Mails hinterlassen Daten in Schriftform, anders als eine anonyme Person mit Sammelbüchse in der Straße oder an der Haustür. Mithin sind es gerade die Straßen- und Haustürsammlungen, die der präventiven Kontrolle bedürfen. Repressive Mittel sind

61 Vgl. § 1 Abs. 1, § 2 SammlG Ba-Wü; § 1 Abs. 1, § 2 SammlG MV; § 1 Abs. 1, § 2 SammlG Rheinl.-Pfalz; § 1 Abs. 1, § 2 SammlG Saarl.; § 1 Abs. 1, § 2 SammlG Thüringen.

62 Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2006/123/EG.

63 Im Ergebnis ebenso: *Kreutz* (Fn. 56), S. 241, 243.

hingegen bei diesen Formen der Sammlung nicht gleich geeignet, weil sie eine nachträgliche „Verfolgung“ erfordern, die gerade bei Haus- und Straßensammlungen oft versagt.

Steht fest, dass repressive Mittel ungeeignet sind, um die mit der Prävention der Sammlungsgesetze verfolgten Ziele zu erreichen, stellt sich die weitere Frage, ob anstelle eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt nicht auch eine Anzeigepflicht als milderer Mittel geeignet wäre. Eine Organisation, die ihre Sammlung zuvor anzeigt, lässt sich notfalls später verfolgen, falls sich Unregelmäßigkeiten herausstellen sollten. Die Gefahr der Flüchtigkeit könnte hierdurch in ausreichendem Maße gebannt sein. Allerdings ist zu bedenken, dass nicht nur ein wichtiges Bedürfnis daran besteht, unseriöse Machenschaften nachträglich aufdecken zu können. Insbesondere um den Verbraucherschutz zu gewährleisten wäre eine Anzeigepflicht nicht im selben Maße geeignet wie ein präventives Genehmigungserfordernis. Eine bloße Anzeigepflicht schließt eine Sammlung ohne vorherige Prüfung nicht aus. Hegt die Behörde aufgrund der Anzeige Zweifel an der Seriosität einer Sammlung, hat sie aber keine ausreichenden Erkenntnisse, um die Sammlung mit den Mitteln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zu untersagen, bleibt ihr nur die Möglichkeit, weitere Nachforschungen anzustellen. Der Sammlungsträger hat seiner Anzeigepflicht aber gleichwohl genügt und kann mit der Sammlung inzwischen beginnen. Ein Schutz des Spenders kann hierdurch nicht in ebenso geeigneter Weise gewährleistet werden wie im Falle eines präventiven Genehmigungsvorbehaltes. Präventive Sammlungsverbote mit Erlaubnisvorbehalt sind deshalb verhältnismäßig im Sinne des Art. 9 Abs. 1 lit. c) der Dienstleistungsrichtlinie.

VII. Mögliche Formen einer zeitgemäßen Neubelebung

1. Berücksichtigung des technischen Fortschritts und des Spendenwandels

Eine zeitgemäße Neubelebung der Sammlungsgesetze sollte den aktuellen Entwicklungen und der bestehenden Struktur des Spendensektors Rechnung tragen. Der technische Fortschritt hat neben dem Fernsehen und Telefon in den letzten zehn Jahren das Internet als Massenmedium hervorgebracht, welches sowohl das Ansprechen möglicher Spender durch Websites und Mailings, als auch die Abwicklung von Spendenvorgängen ermöglicht. Erhebliche Teile des Spendenaufkommens werden inzwischen durch Fernsehen, Telefon und Internet eingeworben.

Viele der bisherigen Sammlungsgesetze erfassten auch Sammlungen durch Spendenbriefe oder durch öffentliche Aufrufe und sahen diesbezüglich vor: ein Auskunftsrecht der zuständigen Behörde, die Möglichkeit eines Sammlungsverbots bei einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung beziehungsweise bei fehlender Gewähr für die zweckentsprechende Erlösverwendung und schließlich die Möglichkeit der Behörde, im Falle eines Sammlungsverbots die Erlösverwendung zu bestimmen.⁶⁴ Entsprechende Regelungen sollten wegen der zunehmenden Bedeutung dieser Teile des Spendewesens in die Sammlungsgesetze aufgenommen werden.

Spendenaufrufe und -sammlungen über Fernsehen, Telefon und Internet einer präventiven Kontrolle zu unterwerfen dürfte hingegen auf Schwierigkeiten stoßen. Die sammelnden Organisationen können ihren Sitz nahezu überall auf der Welt haben. Diese Medien sind wegen ihres globalen Charakters einer auf den Sammlungsbereich abzielenden vorgelagerten Kontrolle kaum zugänglich. Hier werden die Sammlungsbehörden für ein Tätigwerden auf Hinweise der Bürger angewiesen bleiben.

2. Mögliche Rechtsformen einer Neuregelung

Sammlungsgesetze müssten in Form von materiellen Gesetzen erlassen werden. Hingegen dürfte es unzulässig sein, die Regelungen des Sammlungsrechts in der Gestalt einer Verordnung zu erlassen. Insbesondere wäre eine solche Regelung als Verordnung zur Gefahrenabwehr aufgrund der landesrechtlichen polizeigesetzlichen Verordnungsermächtigungen wohl nicht möglich. Da die Sammlungsgesetze als Rechtsgrundlage für Eingriffe in Grundrechte dienen bzw. grundrechtlich relevante Gemengelagen ausgestalten, dürfte nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁵ vom Gesetzgeber zu erwarten sein, die Ausgestaltung dieses Regelungsbereiches mit seinen vorhersehbaren Interessenkonflikten nicht dem Ordnungsgeber zu überlassen, sondern selbst Normen mit hinreichender Regeledichte zu schaffen.

3. Sachliche Zuständigkeit

Die Effizienz des Gesetzesvollzugs hängt ab von der Zuweisung der sachlichen Zuständigkeit an die richtige Verwaltungsebene. Die Verwaltungsebene muss so gewählt sein, dass der Umfang der örtlichen Zuständigkeit eine hinreichende Fallzahl gewährleistet. Nur so gelingt es, bei der zuständigen Behörde hinreichende Sachkenntnisse und fachliche Kompetenz zu gewährleisten. Gemessen an der Anzahl von Sammlungen wird es sich meist empfehlen, die sachliche Zuständigkeit für die Vollzugsaufgabe der Landesebene, in den kleineren Flächenländern mindestens einer oberen Landesbehörde zuzuschreiben. In Hessen etwa obliegt die Aufgabe gemäß § 10 Abs. 1 des Hessischen Sammlungsgesetzes der kommunalen Ebene. Die hiervon betroffenen Gemeinde- oder Kreisverwaltungen verfügen oftmals über eine viel zu geringe Fallzahl, um den für eine effiziente Aufgabenerfüllung notwendigen Grad an Spezialisierung und Routine zu erwerben.

4. Zweckmäßigkeit des Instrumentariums

Als Eingriffsinstrumentarium kommen ein Anzeigevorbehalt und ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unter genauer Regelung der Sammlungs Voraussetzungen, namentlich der Regelung von Sammlungsterminen mit angeschlossenem Bußgeldkatalog für den Fall des Verstoßes gegen die Erlaubnispflicht in Betracht. Als weitere Bausteine bieten sich Regelungen zum Erlass eines Sammlungsverbots an, weiter Rücknahme- und Widerrufsvorschriften sowie Ermächtigungen der Sammlungsbehörden, im Falle der nachträglichen Entziehung der Erlaubnis den bereits gesammelten Spendenerlös im Sinne der Spender zu dirigieren.

Bislang enthalten die Sammlungsgesetze keinen dem Wettbewerbsrecht vergleichbaren subjektiven Rechtsschutz in Form von gegenseitigen Abwehr- und Unterlassungsansprüchen. Solche Regelungen würden zwar die Selbstkontrolle des Sektors stärken und die Behörden entlasten. Andererseits wäre zu diskutieren, ob solche wettbewerblichen Elemente dem Charakter des Sektors angemessen wären. Das Wettbewerbsrecht schützt das Funktionieren des Marktes außerhalb des dritten Sektors. Dieser Markt hat eine andere volkswirtschaftliche Bedeutung als der Spendenmarkt.

⁶⁴ Vgl. § 9 des Sammlungsgesetzes für Baden-Württemberg in der Fassung v. 19.3.1996.

⁶⁵ Zuletzt BVerfG, Urt. v. 3.3.2009 – 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, BVerfGE 123, 39, 78.

5. Einheitliche Standards

Erstrebenswert wäre ein möglichst einheitlicher länderübergreifender Überwachungsstandard. Unterschiedliche Standards führen zu „Sammlungstourismus“ in Bundesländern mit einem niedrigeren Überwachungsdruck. So war zu beobachten, dass mit einem Sammlungsverbot belegte Sammlungsträger ihre Tätigkeit jenseits der Landesgrenze fortsetzten.⁶⁶ Es würde sich anbieten, dem länderübergreifenden Handeln der Sammlungsträger mit länderübergreifender Zusammenarbeit zu beugen.

In diesem Zusammenhang fragt es sich, ob die bestehenden Regelungen über Amtshilfe eine taugliche Rechtsgrundlage für die Zusammenarbeit der Sammlungsbehörden sind oder ob weitergehende Regelungen ein höheres Maß an länderübergreifender Zusammenarbeit ermöglichen sollten.

66 *Pressemitteilung v. 17.12.2008*, „Die Weihnachts-Falle“: WISO-Dokumentation über das Geschäft mit Spenden, Positives Beispiel Rheinland-Pfalz.

Praxisforum

Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA)*

Wehret den Anfängen! – Der Angriff auf die Stiftungswelt

I. Schöne heile Stiftungswelt

Die Stiftungslandschaft blüht. Jahr für Jahr kann der Bundesverband Deutscher Stiftungen neue Rekordzahlen vermelden. Rund 1.000 rechtsfähige Stiftungen werden jedes Jahr neu gegründet. Die Zahl der Veranstaltungen, die sich an Stifter und Stiftungen und an die zahlreichen Dienstleister richten, die Stiftungen als interessante Klientel für sich erkannt haben, wächst unaufhörlich. Jede Stadt, die etwas auf sich hält, richtet mittlerweile ihren eigenen „Stiftungstag“ aus. Auch die Wissenschaft trägt maßgeblich zum Wachstum des deutschen Stiftungswesens bei: Institute für Stiftungs- und Nonprofitrecht – noch vor 10 Jahren waren diese Fachrichtungen kaum bekannt – verschaffen sich zusehends Respekt an den Hochschulen.

Nicht einmal die jüngsten Steuerhinterziehungsaffären rund um die Liechtensteinische Stiftung haben dem positiven Image deutscher Stiftungen etwas anhaben können. Im Gegenteil: Dem deutschen Stiftungswesen ist es bislang stets gelungen, sich als saubere Alternative zu den Stiftungsjurisdiktionen im nahen Ausland zu profilieren.

II. Stiftungen fest im Blick von Finanzberatern

Die hohen Summen, die in Stiftungen fließen, wecken allerdings zunehmend Begehlichkeiten einiger Finanz-, Anlage- und Unternehmensberater, die sich als selbsternannte Stiftungsexperten am Rande des seriösen Stiftungsmarktes erfolgreich eingerichtet haben.¹ Die Berater wittern das schnelle Geld – ihre Provision bemisst sich unter anderem nach dem Betrag, der auf die Stiftung übertragen wird – und verkaufen Anlegern halbseidene Stiftungsmodelle von der Stange.

III. Opfer Treuhandstiftung

Spielwiese der geschäftstüchtigen Berater ist vor allem die Treuhandstiftung.² Das kommt nicht von ungefähr: Wo keine (Stiftungs-) Aufsicht existiert, droht dem Berater keine Gefahr von staatlicher Seite und kein das Geschäft verzögerndes und überdies beratungsintensives Anerkennungsverfahren. Die Treuhandstiftung macht es möglich, dass auch der „kleine Mann“ mit dem kleinen Geldbeutel an der großen weiten Welt des Stiftens teilhaben kann. Das Massengeschäft wiederum ist attraktiv und lukrativ für gute Stiftungsverkäufer.

IV. Teufelspakt zwischen Treuhändern und Vertrieben

Die Treuhandstiftung bietet sich nicht zuletzt deswegen als ideales Vertriebsprodukt an, weil sie eine Kooperation mit einem Treuhänder voraussetzt – eine klassische Win-Win-Situation: Der Verkäufer erhält sämtliche notwendigen Vertragsunterlagen vom Treuhänder, auf dessen Expertise und Erfahrung er sich gerne verlässt. Im Gegenzug beliefert der Verkäufer den Treuhänder mit einer Vielzahl neuer Kunden.

Einfacher gelingt der Verkauf von Stiftungen natürlich im Team. Vertriebsmitarbeiter werden händeringend gesucht. Bei Durchsicht der einschlägigen Stellenausschreibungen kann man sich nur verwundert die Augen reiben:

„Im Auftrag eines renommierten, deutschen Stiftungshauses suchen wir mehrere Stiftungsbeauftragte. Sie sollten mitbringen: Einen guten Leumund, keine Negativeinträge Schufa/Führungszeugnis, eine kaufmännisch fundierte Ausbildung und Fleiß in einem engagierten Team. Ältere Kolleginnen und Kollegen sind herzlich willkommen! Wir bieten Ihnen: Sehr gute Verdienstmöglichkeiten, ein höchst interessantes und ausbaubares Geschäftsfeld. Mandantenschutz.“³

* Der Autor ist Fachanwalt für Steuerrecht und geschäftsführender Partner der Kanzlei WINHELLER Rechtsanwälte (www.winheller.com).

1 Schon 2006 ist vor Stiftungsmodellen gewarnt worden, die ob ihrer kaum haltbaren Versprechen „Unbehagen“ und „Erstaunen“ hervorriefen, so *Ohlmann*, *Stiftung & Sponsoring* 06/2006, 14 f. Anzumerken bleibt, dass es in jeder Branche schwarze Schafe gibt. Die weißen Schafe unter den Finanz-, Anlage- und Unternehmensberatern werden sich durch den vorliegenden Beitrag nicht angesprochen fühlen. Auf eine namentliche Nennung der schwarzen Schafe wurde übrigens weitestgehend verzichtet. Entsprechende Hinweise gibt der Autor gerne auf persönliche Nachfrage.

2 Freilich existieren auch einige halbseidene Zustiftungsmodelle unter Rückgriff auf selbständige Stiftungen. Im Unterschied zu den Treuhandstiftungsmodellen wird der Stifter dann nicht als Stifter „seiner“ Stiftung geworben, sondern als einer von vielen Zustiftern zu einer bereits bestehenden rechtsfähigen Stiftung. Vorteil für den Verkäufer: Die Anerkennungsurkunde der Stiftungsaufsichtsbehörde lässt sich als vermeintlicher Nachweis für die Seriosität des Vorhabens bestens in das Verkaufsgespräch integrieren.

3 <http://www.der-finanzstrategie.de/aktuell/572.html> [Stand: 30.5.2011].

Nicht besser:

„Wir suchen erfahrene Unternehmensberater und Vertriebsprofis für die Akquisition von gemeinnützigen Treuhandstiftungen in ganz Deutschland. Bei Interesse bitte unten stehende Fragen [Anm. des Autors: Außer den Adress- und Kontaktdaten wird noch die „aktuelle Tätigkeit“ abgefragt] beantworten. Wir melden uns umgehend bei Ihnen. Ihre Vorteile: Exklusivpartnerschaften; topaktuelle Lösungen; keine Haftung; kein Produktverkauf, sondern qualifizierte Beratung; keine Kaltakquise; Kundenschutz; Gebietsschutz.“⁴

Das bisschen Stiftungsrecht und Steuerrecht wird sich dem neuen Kollegen mit gutem Leumund sicher schnell vor dem ersten Kundentermin beibringen lassen. Der Stiftungsberater-Strukturvertrieb – landläufig auch „Drückerkolonne“ genannt – scheint nicht mehr weit.

V. Falschberatung als Programm

Von Verkäufern ohne Fachkenntnisse im Stiftungs- und Steuerrecht ist gute Stiftungsberatung schwerlich zu erwarten. So verwundert es nicht, dass im Vertrieb unverdrossen mit Steuersparargumenten um Kunden geworben wird, obwohl sich seit langem herumgesprochen hat, dass Stiftungen fast alles sind – nur eines nicht: Steuersparmodelle. Dass Vermögen, das auf eine Treuhandstiftung übertragen wird, ohne steuerliche Nachteile nicht wieder herausgelöst werden kann, wird kaum oder gar nicht thematisiert. Im Gegenteil werden die ewige Sicherung des Vermögens versprochen und die typischen – freilich verkaufsschädigenden – Risiken, die gerade Treuhandstiftungen immanent sind (möglicher Widerruf durch Erben, Insolvenz, etc.),⁵ schlicht ausgeblendet. Markige Worte und hier und da ein paar bunte Schaubilder und Grafiken suggerieren dem geeigneten Stifter, seine Treuhandstiftung löse auf wundersame Weise all seine Probleme auf einen Schlag, während er ganz nebenbei noch ein guter Mensch werde. Ein vorbehaltener Nießbrauch, die Auszahlung einer Leibrente oder die Gewährung günstiger Darlehen aus „seiner“ Stiftung machen es möglich.

Die so unters Volk gebrachte Wunderallzwecklösung Treuhandstiftung kann allerdings in vielen Fällen nicht das halten, was der freundliche Berater vollmundig verspricht. So endet die als Lösung aller Liquiditätsprobleme angebotene Darlehensaufnahme bei der Stiftung für den Stifter möglicherweise eher im Fiasko als dass sie ihm hilft. Nur allzu schnell wird eine Stiftung, die Darlehen vergibt, nämlich wirtschaftlich tätig und riskiert damit sowohl – zumindest teilweise – ihre Steuerbegünstigung als auch einen Verstoß gegen die strafbewehrten Vorschriften des Kreditwesengesetzes.⁶ Eine Stiftung ist nun einmal keine Bank. In der „Beratung“, die ihm der Verkäufer hat angedeihen lassen, hat der Stifter dies freilich nicht erfahren.

Von den rechtlichen Problemen einmal abgesehen, sollte sich der Stifter natürlich auch über die mit dem angepriesenen Stiftungsmodell einhergehenden Kosten informieren. Es finden sich Treuhandverträge und Vertriebsvereinbarungen, wonach sich die Einrichtungskosten für den Treuhänder zuzüglich der Vertriebskosten auf über 5% des Zustiftungsbetrags belaufen, was bei einer mit 1 Mio. EUR ausgestatteten Stiftung bereits über 50.000 EUR ausmacht – ein völlig überzogener Betrag.⁷

Damit aber nicht genug. Vollends zufrieden ist der Vermittler erst dann, wenn es ihm gelingt, nicht nur die Provision für die Vermittlung des Stifters an den Treuhänder zu verdienen, sondern zusätzlich noch die beim Stifter qua Spendenbescheinigung erzielten Steuerersparnisse in alternative Anlagen zu investieren – für die selbstverständlich erneut Provisionen fließen. Anleitung zum Glücksspiel statt seriöse Vermögensberatung bietet schließlich derjenige Verkäufer, der den Stifter

davon überzeugt, zusätzlich noch Darlehen aus der Stiftung in eben diese weitere Anlage – meist hoch verprovisionierte des grauen Kapitalmarkts – umzuschichten. Der Stifter erhält so eine zweifelhafte Stiftungskonstruktion, gepaart mit einem risikanten Zinsdifferenzgeschäft.⁸ Wenn das Finanzamt dem Stifter mangels Gutgläubigkeit schließlich gar den Sonderausgabenabzug, der vom Vermittler im Verkaufsgespräch entsprechend in den Vordergrund gerückt wurde, streicht,⁹ ist das finanzielle Fiasko für den Stifter perfekt.

VI. Unrühmliche Rolle von Anwälten und Steuerberatern

Eine entscheidende Rolle im Angriff auf das Stiftungswesen spielen neben den Vertrieben und Treuhändern auch einige Berufskollegen und Steuerberater. Auch als Anwalt oder Steuerberater lässt sich durch Kooperationen mit Vertrieben gutes Geld verdienen. Wer als Organ der Rechtspflege mit provisionsgetriebenen Vertriebsmannschaften kooperiert, um so an lukrative Stiftungsmandate zu gelangen, versündigt sich am Stiftungswesen und erweist dem eigenen Berufsstand einen Bärendienst. Dabei geht es in erster Linie gar nicht darum, ob der Anwalt oder Steuerberater in Fällen, in denen der Vertrieb den Stifter durch Falschberatung schädigt, selbst schadensersatzpflichtig wird¹⁰ und durch Gewährenlassen der Vertriebsmannschaften berufsrechtswidrig handelt.¹¹ Wo kein Kläger, da kein Richter. Es geht schlicht und ergreifend um das Ansehen des Berufsstandes, der trotz sinnvoller Liberalisierungstendenzen gewisse Grenzen nicht überschreiten darf, will er sich nicht unglaubwürdig machen.

Welches Schicksal Kollegen erleiden können, die sich zweifelhafter Akquisemethoden bedienen, ist im Bereich des Anlegerschutzes seit geraumer Zeit zu beobachten. Anwälte, die unter Zuhilfenahme von mehr oder weniger seriösen Anleger-

4 <http://www.konzept-strategie.de/0000009a510b15a01/index.html> [Stand: 30.5.2011].

5 Vgl. z.B. Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 36 Rn. 43 und 79 ff.; Schwake, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 3. Aufl. 2009, § 83 Rn. 7; Richter, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, a.a.O., § 116 Rn. 79 und 85 ff.; Henß, Stiftung & Sponsoring 06/2006, 22 f.

6 Kein Verstoß gegen das KWG liegt allerdings bei der Wertpapierleihe vor, vgl. Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 44.

7 Eine Übersicht über die Bedingungen der Stiftungsverwalter – allerdings aus 2006 – bieten Mecking/Weger, ROTE SEITEN zum Magazin Stiftung & Sponsoring 06/2006, S. 22 ff. Nicht alle Stiftungsverwalter haben sich freilich in die Karten schauen lassen. Auch die Kosten für den Vertrieb wurden nicht abgefragt – vermutlich, weil das Problem damals noch nicht akut war und die ganz überwiegende Zahl der Verwalter glücklicherweise ohne Vertriebskooperationspartner auskommt.

8 Zweifelhaft z.B. FBW Finanzberatungs- & Beteiligungsgesellschaft West mbH, Bundesregierung Deutschland stiftet zum Stiften an!, S. 6 („Multiple Stiftung Forum Romanum“), online unter: http://fbw-finanz.org/mediapool/56/561209/data/Liste_2/1.8-FBW-Arbeitsunterlage-mit_Einlege-1-10.12.2010.pdf [Stand: 30.5.2011]. Das Deckblatt zeigt übrigens Bundesfinanzminister Dr. Wolfgang Schäuble. Darin dürfte eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Bundesministers liegen.

9 Siehe allgemein zum Wegfall des Schutzes des Vertrauens in die Richtigkeit der Zuwendungsbescheinigung Lindberg, in: Frotscher, EStG, Stand 13.1.2010, § 10b Rn. 102 m.z.w.N.

10 Gutachten von Steuerberater- und Anwaltskanzleien, die dem Käufer/Stifter vom Vertrieb vorgelegt werden, dürften in der Regel Schutzwirkung zugunsten Dritter entfalten.

11 Vgl. z.B. § 6 Abs. 3 BORA, der es dem Rechtsanwalt untersagt, daran mitzuwirken, dass Dritte für ihn Werbung betreiben, die ihm selbst verboten ist.

schutzvereinen Mandate akquirieren, werden von den Medien aus gutem Grund öffentlich zur Schau gestellt: Beiträge wie „Falschberatung bei Anlegeranwälten“,¹² „Nieten in schwarzen Roben auf Mandantenfang“¹³ oder „Geschlossene Fonds – Piraten in Anwaltsroben“¹⁴ sind nur einige aktuelle Beispiele. Wer als Anwalt oder Steuerberater sein Glück in Kooperationen mit Stiftungsvertrieben sucht, wird seinen Namen eines Tages womöglich ebenfalls – an wenig ehrenvoller Stelle – in den Medien wiederfinden.

VIII. Fazit

Noch hat der graue Kapitalmarkt das Stiftungswesen nicht im Griff – das mit allen Mitteln zu verhindern und die zwielichtige Beraterzunft schleunigst vom Markt zu verdrängen, muss unter seriösen Beratern, nicht zuletzt Anwälten und Steuerberatern, höchste Priorität haben. Gemeinsame Sache mit provisiionsgetriebenen Finanzvertrieben darf auf keinen Fall gemacht werden. Die Beratung im Stiftungsrecht gehört ausschließlich in die Hände spezialisierter Anwälte, Notare und Steuerberater – nicht in die von Vertriebsmannschaften. Nur wenn das deutsche Stiftungswesen seine weiße Weste behält, wird es weiter-

hin hohes Vertrauen unter Stiftern und Beratern genießen und erfolgreich sein können – gerade auch zum Vorteil der seriösen Berater. Nur wenn das deutsche Stiftungswesen das in sich gesetzte Vertrauen rechtfertigt, kann es übrigens auch weiterhin mit staatlicher Förderung rechnen. Das Beispiel USA sollte Warnung genug sein: Nachdem der Gesetzgeber erkannt hatte, dass gemeinnützige Stiftungen zunehmend den privaten Interessen der Stifter statt dem Gemeinwohl dienen, reduzierte er bereits 1969 die steuerlichen Begünstigungen für Stiftungen in erheblichem Umfang. Stiftungen sind seitdem in den USA – anders als in Deutschland – gegenüber anderen gemeinnützigen Körperschaften nicht etwa begünstigt, sondern benachteiligt. Eine solche Entwicklung wäre dem deutschen Stiftungswesen nicht zu wünschen.

12 Wirtschaftswoche v. 27.1.2009, online unter: <http://www.wiwo.de/finanzen/falschberatung-bei-anlegeranwaeltten-384710/> [Stand: 30.5.2011].

13 Online-Portal „Gomopa“ v. 20.5.2009, online unter: <http://www.gomopa.net/Pressemitteilungen.html?id=232> [Stand: 30.05.2011].

14 Magazin „Euro“ v. 1.9.2010, S. 124.

npOR-Report

Julian Albrecht, LL.B./Esther Kindler (dipl. iur.)**/Christian Süß, LL.B.**

Vereinsrecht

Irreführende Jahreszahl im Namen eines Vereins

Das OLG Brandenburg hatte im streitgegenständlichen Verfahren über die Beanstandung einer Vereinsnamensänderung zu entscheiden. Ein am 27.3.1992 gegründeter Verein hatte die Eintragung der Änderung des Vereinsnamens in „SV ... 1921 e.V.“ ins Vereinsregister begehrt. Hierin sah das Gericht keinen Verstoß gegen § 57 BGB, wohl aber gegen den Grundsatz der Namenswahrheit, der in entsprechender Anwendung aus § 18 Abs. 2 HGB hergeleitet wird. Mit der Neuregelung des Firmenrechts durch das Handelsreformgesetz sind auch für das Vereinsrecht die Anforderungen an die Namenswahrheit herabgesenkt worden. So ist im registerrechtlichen Verfahren ein Vereinsname nur noch dann zu beanstanden, wenn er Angaben enthält, die geeignet sind, über die Verhältnisse des Vereins, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen und diese Irreführung ersichtlich ist. Eine in den Namen eines Vereins als Bestandteil aufgenommene Jahreszahl wird in aller Regel als ein Hinweis auf das Gründungsjahr des Vereins aufgefasst. Stimmt die als Bestandteil des Namens eingefügte Jahreszahl nicht mit dem Gründungsjahr überein, bedeutet dies aber eine besonders schwerwiegende Irreführung des Rechtsverkehrs über die Verhältnisse des Vereins, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind. Das OLG Brandenburg hielt dementsprechend die dahingehende Namensänderung für unzulässig.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.2.2011 – 7 Wx 26/10

Praktische Auswirkungen von Kennemer Golf & Country Club

Das Urteil des EuGH v. 21.3.2001 – C-174/00, *Kennemer Golf & Country Club*, EuZW 2002, 305, stellte die Umsatzsteuerpflicht von Mitgliedsbeiträgen eines Sportvereins fest und wi-

dersprach somit der Auffassung, derartige Beiträge seien dem satzungsmäßigen Zweck und dem nichtunternehmerischen Bereich zugeordnet und als solche nicht von der Umsatzsteuer umfasst. Literatur und internationale wie nationale Rechtsprechung gehen mittlerweile ebenfalls von einem umsatzsteuerpflichtigen Leistungsaustausch aus, die Finanzverwaltung hingegen hält an der alten Rechtslage fest. Gotthardt und Schütze legen in ihrem Beitrag zunächst die relevanten gesetzlichen Normen sowie die genannten Auffassungen der Verwaltung, des EuGH und einiger nationaler Gerichtsentscheidungen dar. Anschließend erläutern sie die praktischen Auswirkungen dieser Auffassungen, wobei sie nicht wie die Verwaltung zwischen „echten“ (zur Erfüllung des Satzungszweckes) und „unechten“ (zur Deckung von Leistungen für Sonderbelange einzelner Mitglieder) Beiträgen differenzieren, sondern zwischen verschiedenen Vereinsformen (Sportverein, Förderverein, Wirtschaftsverband, Berufsverband, Interessenvereinigung). Bei einer ggf. bestehenden Umsatzsteuerpflicht stellen sich sodann Fragen der Rechtsfolgen. Die Verfasser denken hier insbesondere an Umsatzsteuerbefreiungen (bei Sportvereinen z.B. gem. § 4 Nr. 22 lit. b UStG), Möglichkeiten des Vorsteuerabzugs und die bislang noch völlig ungeklärte Frage der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes gem. § 12 Abs. 2 Nr. 8 lit. a UStG, die die Verfasser bejahen.

Jens Eric Gotthardt/Alexandra Schütze, Die umsatzsteuerliche Behandlung von Vereinsmitgliedsbeiträgen in Deutschland, NZG 2011, S. 1406-1411.

* Die Autoren sind Doktoranden und wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Steuerrecht der Bucerius Law School, Hamburg.

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

Stiftungsrecht

Verlegung des Sitzes einer Stiftung

Im Streitfall wendet sich eine privatnützige Stiftung gegen die Versagung der Genehmigung der Stiftungsbehörde zur Änderung ihrer Stiftungssatzung, mit der sie die Verlegung ihres Stiftungssitzes aus dem Saarland nach Nordrhein-Westfalen anstrebt. Die Stiftung wendet sich gegen die Nichterteilung der Genehmigung und beruft sich darauf, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben der durch Art. 11 GG garantierten Freizügigkeit bei der Versagung der Genehmigung nicht gebührend berücksichtigt wurden. Nach § 7 Abs. 3 S. 2 SaarlStiftG ist für Satzungsänderungen eine Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde erforderlich. Dieses Genehmigungserfordernis gilt aufgrund des öffentlichen Interesses an der Verwirklichung des Stiftungszwecks und der Wahrung des konstitutiven Stifterwillens für alle Arten rechtsfähiger Stiftungen gleichermaßen, also auch für überwiegend privatnützige Stiftungen. Das OVG Saarlouis verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das festgestellt hat, dass die Stiftung die einzige juristische Person sei, die nicht durch natürliche Personen kontrolliert werde, die korporations- oder vermögensrechtlich an ihr beteiligt sind. Es bestehe daher ein überwiegendes öffentliches – von der Stiftungsaufsicht zu wahrendes – Interesse daran, dass die Stiftungsorgane ihre Handlungsfreiheit nicht entgegen dem in der Stiftungssatzung niedergelegten Willen des Stifters ausnützen. Das Gericht bejaht die Anwendbarkeit der durch Art. 11 GG garantierten Freizügigkeit auf privatnützige Stiftungen, indem eine Stiftung bürgerlichen Rechts nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtsträgerin sein kann. Letztlich verneint es aber eine Verletzung der Klägerin in ihrem Grundrecht aus Art. 11 GG durch die Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 7 SaarlStiftG und die durch die in Anwendung dieser Vorschrift erfolgte Versagung der Genehmigung zur Verlegung ihres Sitzes. Die Verletzung eines Grundrechts erfordert einen Eingriff in seinen Schutzbereich. Das staatliche Handeln muss gerade auf eine Einschränkung dieses Schutzbereiches abzielen. Eine solche zielgerichtete Einschränkung verneint das OVG, da die Genehmigungsversagung keine auf die Beschränkung der Freizügigkeit der Klägerin gerichtete Maßnahme sei, sondern auf die Wahrung des Stifterwillens abziele, für die die Stiftungsaufsicht kraft Gesetzes Sorge zu tragen habe. Die fehlende Verlegungsmöglichkeit hinsichtlich des Sitzungssitzes ist nach Auffassung des Gerichts nur eine Begleiterscheinung der gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 SaarlStiftG gebotenen Berücksichtigung des Stifterwillens. Diese Auswirkung auf ihre rechtlichen und tatsächlichen Gestaltungsmöglichkeiten ist aber nicht Ziel der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 2 S. 1 GG, sondern alleinige Folge des Umstands, dass der für die Genehmigungsfähigkeit maßgebliche Wille des Stifters der Verlegung entgegensteht. Der für die Genehmigungsfähigkeit maßgebliche Wille des Stifters, so wie er im Stiftungsgeschäft und der Satzung der Klägerin seinen Niederschlag gefunden hat, lasse im vorliegenden Fall jedoch keinen Zweifel daran, dass der Stifter mit einer Verlegung des Stiftungssitzes an einen Ort, der keinen räumlichen Bezug zu dem ehemaligen Lebensumfeld des Stifters und seiner Familie sowie seiner letzten Ruhestätte aufweist, nicht einverstanden gewesen wäre.

OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.12.2010 – 1 A 168/10

Legitimationswirkung einer Vertretungsbescheinigung der Stiftungsaufsichtsbehörde

Im Rahmen einer Grundschuldeintragung in das Grundbuch hatte ein rheinland-pfälzisches Grundbuchamt die Wirksamkeit der von der beteiligten Stiftung erteilten Vollmacht zu prüfen. Eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Eintragung in das Grundbuch ist unter anderem, dass die Stiftung zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung wirksam vertreten wurde. Der förmliche Nachweis gem. § 29 GBO kann für juristische Personen und Personenverbände gemäß § 32 GBO erleichtert mit Hilfe der Eintragungen im Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- oder Vereinsregister eingetragenen Vertretungsberechtigungen erbracht werden. Stiftungen steht der Nachweis der Vertretungsberechtigung über § 32 GBO jedoch nicht offen, denn die in den Bundesländern geführten Stiftungsverzeichnisse stellen keine Register im Rechtssinne dar und genießen keinen Vertrauensschutz. Für Rheinland-Pfalz folgt dies aus § 5 Abs. 4 RhPfStiftG, wonach Eintragungen im Stiftungsverzeichnis nicht die Vermutung der Richtigkeit begründen. Für den förmlichen Nachweis der Vertretungsberechtigung bleibt es für Stiftungen daher bei § 29 GBO. Das Gericht bestätigte die langjährige Rechtspraxis, nach der eine sogenannte Vertretungsbescheinigung den Nachweisanforderungen des § 29 GBO gerecht wird, da die Vertretungsbescheinigung eine öffentliche Urkunde ist, die auf Antrag der Stiftung von der Stiftungsaufsichtsbehörde ausgestellt wird und nach Maßgabe der Satzung und den von der Stiftung mitgeteilten Angaben die zur Vertretung der Stiftung berechtigten Personen ausweist.

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 30.10.2010 – 3 W 177/10

Wirksamkeit der Bevollmächtigung eines Dritten durch den Stiftungsvorstand

Eine Stiftung hatte in einer Grundbuchsache eine notarielle Vollmachtsurkunde erteilt, die eine Bevollmächtigung des Herrn C. enthält, die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten und zur Finanzierung von Baumaßnahmen der Stiftung je Einzelfall Darlehensverbindlichkeiten bis zu einem Betrag in Höhe von 1 Mio. DM einzugehen und bis zu diesem Betrag Schuldanerkenntnisse oder Schuldversprechen abzugeben sowie einzelne Grundstücksangelegenheiten wahrzunehmen. Das Grundbuchamt wandte sich mittels einer Zwischenverfügung gegen die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärungen des Vertreters C. Es beanstandete, dass die notarielle Vollmachtsurkunde zugunsten des Herrn C. aufgrund der in der Satzung der Stiftung vorgesehenen Gesamtvertretung durch ein aus drei Mitgliedern bestehendes Kuratorium nicht wirksam erteilt und daher von dem zuständigen Vertretungsorgan der Stiftung in grundbuchrechtlicher Form zu genehmigen sei. Dieser Auffassung ist das OLG nicht gefolgt. Die Wirksamkeit der Vollmacht, die für juristische Personen des Privatrechts durch deren Organe erteilt wird, ist an den Grundsätzen der gefestigten Rechtsprechung des BGH zu messen. Hiernach kann eine juristische Person des Privatrechts und damit auch eine Stiftung ihre Aufgaben durch Dritte wahrnehmen lassen und diese umfassend rechtsgeschäftlich bevollmächtigen, sofern die Vollmacht nicht zu einer Übertragung der organschaftlichen Befugnisse führt. Mit letztgenannter Einschränkung soll verhindert werden, dass der Bevollmächtigte die wesentlichen Funktionen des Vertretungsorgans wahrnehmen und damit anstelle des Vertretungsorgans nach außen wie ein solches auftreten kann. Denn die organschaftliche Willensbildung und Willensbetätigung und die damit verbundene Verantwortung des Vertretungsorgans einer Stiftung sind nicht übertragbar, weshalb es auch dem Ku-

ratorium verwehrt ist, die organschaftliche Vertretungsmacht im Ganzen durch einen Bevollmächtigten ausüben zu lassen. Das OLG bejaht im Fall die Wirksamkeit der Vollmachtserklärung und damit auch die Wirksamkeit der Erklärung des Herrn C. gegenüber dem Grundbuchamt. Der Vorstand besteht im vorliegenden Fall aus einem Kuratorium, dem drei ordentliche Mitglieder und drei Stellvertreter angehören. Von diesem zuständigen Vertretungsorgan der beteiligten Stiftung ist die Vollmacht in der notariellen Urkunde erteilt worden. Die Vollmachtserklärung enthalte zwar eine im Außenverhältnis weit gefasste Bevollmächtigung, indes aber keine unzulässige Übertragung organschaftlicher Befugnisse, denn die Erklärung ist auf eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung gerichtet, wofür die Bezugnahme auf einzelne Rechtsgeschäfte und konkrete Grundstücksangelegenheiten spricht. Auch die betragsmäßige Begrenzung der Vollmachtbefugnis stellt sicher, dass gewichtige Angelegenheiten der Beteiligung der Vertretungsorgane der Stiftung vorbehalten sind.

OLG Hamm, Beschl. v. 12.10.2010 – I-15 W 98/10, 15 W 98/10

Die Stiftung im Konzern

Das LG Dortmund gab in seinem „Edeka-Beschluss“ vom 25.3.2010 Hinweise zur Rechtsform der Stiftung & Co. KG, zur Qualifikation von Kommanditisten als herrschende Unternehmen und zu paritätischen Unternehmensbeteiligungen. Diesen Sachverhalt nimmt *Seibt* zum Anlass, die Entscheidung und deren Hinweise zu analysieren. Nach allgemeinen Einführungsgedanken zur paritätischen Unternehmensmitbestimmung im Konzern und Wiedergabe des Sachverhalts der Entscheidung widmet er sich der in den letzten Jahren stets bedeutender werdenden Rechtsform der Stiftung & Co. KG. Der Fokus liegt dabei auf der Frage, ob eine solche Rechtsform tauglicher Träger der Unternehmensmitbestimmung sein kann. Dies wird im Hinblick auf § 1 Abs. 1 MitbestG, der die Rechtsform gerade nicht erfasst, ebenso verneint, wie die Stellung eines Kommanditisten als herrschendes Unternehmen (§ 5 MitbestG) und damit die Zurechnung der Arbeitnehmer von Konzernunternehmen. Ein Kommanditist ist nämlich im Regelfall (§§ 164 S. 1 HS 1, 170 HGB) von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen, so dass es an der Voraussetzung der Ausübung einer einheitlichen Leitung mangelt. Anschließend diskutiert der Verfasser die Zurechnung von in sog. Gemeinschaftsunternehmen angestellten Arbeitnehmern zu Muttergesellschaften, die paritätisch, also mit einem 50:50-Patt am Unternehmen beteiligt sind. Ob hier eine einheitliche Leitung vorliegen kann, ist sowohl nach der „Edeka-Entscheidung“ als auch nach Meinung *Seibts* zweifelhaft. Schließlich wird betont, dass sich eine Konzernzurechnung auch durch tatsächliche Leitung aufgrund faktischer Umstände ergeben kann. Hieran sind jedoch strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Eine Teilidentität der Geschäftsführer kann dabei nicht genügen, gesellschaftsrechtlich vermittelte Einflussmöglichkeiten (Stimm-, Bestellungen-, Weisungsrechte) hingegen schon. Der Beitrag endet mit prozessualen Anmerkungen zu Aufklärungspflichten der Parteien und dem Amtsermittlungsgrundsatz im aktienrechtlichen Statusverfahren.

Christoph H. Seibt, Unternehmensmitbestimmungsrechtliche Konzernzurechnung bei Einschaltung von Stiftung & Co. KG und paritätischen Beteiligungsunternehmen – zugleich Besprechung LG Dortmund v. 25.3.2010 – 19 O 95/09 AktE, ZIP 2010, 2152 – Edeka, ZIP 2011, S. 249-256.

Steuerrecht

Gemeinnützigkeit durch Unterstützung einer anderen steuerbegünstigten Organisation

Am 17.2.2010 entschied der BFH (I R 2/08), dass eine gemeinnützige Körperschaft einen Zweckbetrieb unterhalten kann, wenn sie eine andere steuerbefreite Körperschaft selbstständig und eigenverantwortlich unterstützt und dabei gleichzeitig eigene satzungsmäßige Ziele verfolgt. *Holland* begrüßt dieses Urteil in seinem Beitrag, da es die in der Praxis häufig auftretenden Kooperationen zwischen gemeinnützigen Körperschaften erleichtert. Der Verfasser beginnt seine Reflexion des Themas mit der Analyse des Unmittelbarkeitsgrundsatzes des § 57 S. 1 AO, denn die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Tätigkeit zieht die Zuordnung der Aktivität zum Zweckbetrieb oder zum steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nach sich. Dabei wird die Ratio des § 57 S. 1 AO – Eindämmung der Vervielfältigung der Steuerbegünstigung beteiligter Körperschaften – ebenso erläutert wie die Frage, wann eine Person im gemeinnützigkeitsrechtlichen Sinne unmittelbar tätig wird. Fraglich ist hier insbesondere, ob einer zivilrechtlichen Beurteilung nach dem Auftragsverhältnis oder einer tatsächlichen „physischen“ Unmittelbarkeit des Handelns Vorrang einzuräumen ist. Als Zwischenergebnis hält der Verfasser fest, dass der ergänzte AEAO Nr. 2 Satz 11 zu § 57 nach Auffassung des BFH lediglich klarstellt, dass die Durchführung einer Tätigkeit im Auftrag einer gemeinnützigen Körperschaft (als Hilfsperson) zwar nicht zu einer eigenen Steuerbegünstigung führt, jedoch dem gemeinnützigen Handeln der Hilfsperson im Rahmen ihrer eigenen Satzungszwecke nicht entgegen steht. Sodann widmet sich *Holland* der steuerlichen Behandlung des Auftraggebers, wobei sich hier keine Auswirkungen auf dessen Steuerbegünstigung ergeben. Schließlich werden, angelehnt an das Urteil des BFH, vier Fallkonstellationen typisiert dargestellt. Diese unterscheiden sich in Gegenstand und Parteien der Auftragsverhältnisse und tatsächlichen Beziehungen. Dabei wird die z.T. unterschiedliche Beurteilung der Unmittelbarkeit und somit des Vorliegens eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes aufgezeigt.

Ludger Holland, Kooperationen zwischen gemeinnützigen Organisationen – Neues zur Hilfsperson, DStR 2010, S. 2057-2060.

Rechtsprechung

Vereinsrecht

Betrieb einer Kindertagesstätte als wirtschaftliche Betätigung, der die Eintragung als e.V. ausschließt

BGB § 21 BGB

Leitsatz

1. Zur Bejahung eines Idealvereins (§ 21 BGB) reicht es nicht aus, dass ein Zweck verfolgt wird, der ideeller Natur ist. Durch die Inanspruchnahme von staatlichen Subventionen oder Fördermitteln sowie der entgeltlichen Anbietetung von Leistungen kann ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb entstehen.

2. Ein planmäßiger, auf Dauer angelegter Betrieb von Kindergärten/Kindertagesstätten gegen Entgelt ist unternehmerische Betätigung, selbst wenn nur ein kostendeckender Betrieb gewollt ist.

3. Ob der Betrieb unter das sog. Nebenzweckprivileg fällt hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere ob diese Tätigkeit hinter die übrigen nichtwirtschaftlichen Aktivitäten des Vereins wesentlich zurücktritt.

KG, Beschl. v. 18.1.2011 – 25 W 14/10

Gründe

A.

[1] Im Mai 2010 meldet der Beteiligte die Eintragung seiner Gründungssatzung beim Amtsgericht Charlottenburg an. Nach § 2 1. der Satzung ist Vereinszweck die Kinder-, Jugend- und Familienhilfe. Der Zweck soll u.a. durch Gründung oder den Betrieb von Einrichtungen zur Tagesbetreuung von Kindern, Jugend- und Familienzentren erreicht werden. Mit Zwischenverfügung vom 09.06.2010 rügte das Amtsgericht Charlottenburg, der Verein sei wegen des geplanten Betriebs von Betreuungszentren kein ideeller Verein. Darauf wurde § 2 1. der Satzung geändert. Dieser lautet nun dahin, dass der Satzungszweck insbesondere verwirklicht werden soll durch Unterhaltung von Kindergärten, Jugend- und Familienzentren sowie die Durchführung von Veranstaltungen zur Jugendbildung, Familienberatung und von Sportveranstaltungen.

[2] Das Amtsgericht Charlottenburg hat die geänderte Anmeldung mit Beschluss vom 26.07.2010 zurückgewiesen. Das Amtsgericht geht immer noch von einem wirtschaftlichen Verein aus.

[3] Gegen den Beschluss hat der Beteiligte mit am 19.08.2010 eingegangenem Schreiben Beschwerde eingelegt. Zur Begründung wird ausgeführt, man sei ein Trägerverein u.a. für Kindertagesstätten. In Berlin gebe es auch andere solcher Träger in der Rechtsverfassung eines eingetragenen Vereins. Der Umstand, dass die Leistungen der Kinderbetreuung nicht unentgeltlich erbracht werden, läge daran, dass dies nach § 1 Tagesbetreuungskostenbeteiligungsgesetz so vorgesehen sei. Die staatlichen Fördergelder seien gleichfalls gesetzlich vorgesehen. Auch ein ehrenamtlicher Betrieb müsse wirtschaftlich arbeiten. Gewinnerzielung sei nicht geplant. Man dürfe schließlich nicht außer Acht lassen, dass der Betrieb von Kindergärten nur ein Teil der geplanten Vereinstätigkeit sei.

[4] Das Amtsgericht Charlottenburg hat der Beschwerde durch Beschluss vom 24.08.2010 nicht abgeholfen.

B.

[5] Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg [...]

[7] Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

[8] Die Anmeldung war entsprechend § 60 BGB zurückzuweisen, weil davon auszugehen ist, dass kein Idealverein (§ 21 BGB), sondern ein wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB) vorliegt (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2008, 141/142 m.w.N.). Maßstab für die Beurteilung ist dabei nicht nur der Wortlaut der Satzung, sondern die tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit (allg. Ansicht; vgl. nur KG, NJW-RR 2005, 339/340, OLG Hamm, a.a.O., jeweils m.w.N.). Die Annahme eines Idealvereins ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Verein irgend eine wirtschaftliche Betätigung vornimmt. Gemäß dem sog. Nebenzweckprivileg darf der Verein auch unternehmerische Tätigkeiten entfalten, soweit diese dem idealen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (BGH, NJW 1983, 569/571; KG, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O., m.w.N.).

[9] Ob aber ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, ist typologisch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB zu ermitteln. Der Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ist es, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des so genannten Nebenzweckprivilegs überschreitet (vgl. BGH NJW 1986, 3201 [3202]). Eine wirtschaftliche Betätigung i.S. des § 22 BGB liegt dabei vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt.

[10] Ist zweifelhaft, ob die Eintragungsvoraussetzungen nach § 21 BGB gegeben sind, hat der anmeldende Vorstand gegenüber dem Registergericht eine Pflicht zur Darlegung aller Umstände, welche die insgesamt nichtwirtschaftliche Betätigung des Vereins begründen sollen, da nur dieser Aussagen dazu treffen kann, was der Verein in Zukunft tun wird (BayObLGZ 1989, 126/131; OLG Düsseldorf, NJW 1996, 989/990; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl., Rn. 124).

[11] Nach diesen Grundsätzen kann nicht ausreichend festgestellt werden, dass es sich beim Beteiligten um einen Idealverein handelt.

[12] Zur Bejahung eines Idealvereins reicht es nicht aus, dass ein Zweck verfolgt wird, der ideeller Natur ist. Dass der hier verfolgte Zweck laut Satzung ideeller Natur ist (vgl. etwa Reichert, a.a.O., Rn. 125) und obendrein gesellschaftlich begrüßenswert ist, ist daher unerheblich. Solche Zwecke können ebenso wie nicht ideelle Zwecke kommerzialisiert werden. Durch die Inanspruchnahme von staatlichen Subventionen oder Fördermitteln sowie der entgeltlichen Anbietetung von Leistungen kann ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb entstehen, weshalb es auch gerade im Bereich von Kindergärten/-tagesstätten zahlreiche gewerbliche Betreiber

gibt (z.B. St. Augustinus Kindergarten GmbH, LebensWelt Kita Neukölln-Donaustr. GmbH, Kinder im Kiez GmbH Kita Lichtenzwerge; vgl. auch Susanne Amann, Gute Geschäfte mit der Kita-GmbH, Spiegel-Online vom 05.05.2007). Es ist deshalb zu fragen, in welcher Art und Weise der Zweck verfolgt wird.

[13] Der beabsichtigte planmäßige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich, wie das Amtsgericht Charlottenburg zutreffend annimmt, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung, was nicht zuletzt die vielen Kindergärten in Form einer GmbH zeigen. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst kommt es dabei nicht an (vgl. BGH, a.a.O.; Reichert, a.a.O., Rn. 143; LG Hamburg, ZIP 1986, 228). Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschließlich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungs-träger. Es kommt auch nicht darauf an, ob gesetzlich Ansprüche auf Fördermittel vorgesehen sind, ob ein kostendeckender Betrieb etwa durch die Landeshaushaltsordnung vorgeschrieben ist, ob Mitglieder des Vereins ehrenhalber ihre Arbeitsleistung anbieten. Denn maßgeblich ist allein, dass nicht als Verein eingetragen werden soll, wer entgeltlich, auf Dauer und planmäßig Leistungen an Dritte erbringen will, die eine unternehmerische Betätigung darstellen. Dass die Personen, die für den Verein diese unternehmerische Leistung ausführen, dafür selbst kein Entgelt erhalten, nimmt der ausgeübten Tätigkeit nicht das Unternehmerische. Eine unternehmerische Betätigung entfällt auch nicht dadurch, dass kommunale Einrichtungen ebenfalls Kindergärten betreiben. Ob sich eine Kommune entschließt, bestimmte Aufgaben wahrzunehmen oder nicht und - wenn ja - in welcher Rechtsform, betrifft nicht die Frage, ob es sich um eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 22 BGB handelt.

[14] Soweit der Beteiligte ausführt, er sei ein Träger von Kindertagesstätten, so läge auch kein ideeller Verein vor. Wäre der Beteiligte auf die bloße Trägerschaft reduziert, würde sich seine Funktion erst Recht als auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet zeigen. Er würde dann nämlich bloßer Dienstleister für die Einzelkindertagesstätten.

[15] Die hier in Rede stehende wirtschaftliche Betätigung fällt nicht unter das sog. Nebenzweckprivileg. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins funktional untergeordnet ist (vgl. KG, Beschluss vom 08.04.2008, 1 W 338/07; OLG Hamm, Rpfleger 2008, 141/142). Der Beteiligte hat trotz Hinweises auf die rechtlichen Voraussetzungen für die Annahme des Nebenzweckprivilegs nichts dazu ausgeführt, in welcher Form die Unterhaltung der Kindergärten, die in der Satzung an erster Stelle genannt ist, hinter den übrigen geplanten Aktivitäten zurück bleibt.

[16] Ob es zutrifft, dass für einen Verein, der nach seiner Satzung (hier § 3) ausschließlich steuerbegünstigte (gemeinnützige) Zwecke i.S.v. §§ 51 ff. AO verfolgt, bei entsprechender Anerkennung durch die Finanzverwaltung regelmäßig anzunehmen ist, dass das Nebenzweckprivileg nicht überschritten wird (KG, NZG 2005, 360, 361), bedarf hier keiner Klärung. Eine solche Anerkennung ist noch nicht erfolgt.

[17] Der Beteiligte kann sich auch nicht mit Erfolg unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 GG darauf berufen, dass entsprechende Vereine anderswo im Register eingetragen sind. Zum Einen ist hier nicht nachprüfbar, ob es sich tatsächlich um einen gleichgelagerten Fall handelt, zum Anderen gibt es nicht die sog. Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. nur BVerwGE 34, 278/283; Heun in Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 3, Rn. 60 m.w.N.). [...]

Stiftungsrecht

Zur Gewerbeanmeldung einer unselbstständigen Stiftung

BGB §§ 80ff.; GewO § 15

Einer unselbstständigen Stiftung kann keine Empfangsbescheinigung nach § 15 GewO erteilt werden.

VG Karlsruhe, Urt. v. 23.9.2010 – 6 K 59/09

Tatbestand

Die Klägerinnen begehren die Verpflichtung der Beklagten ihnen, der Klägerin zu 2) für die Klägerin zu 1), eine Gewerbeausweis (Empfangsbescheinigung nach § 15 GewO) zu erteilen. Unter dem 17.03.2008 meldete die Klägerin zu 1) (X-Stiftung) ein Gewerbe mit der Tätigkeit „Vertrieb von Insektiziden“ an.

Mit Schreiben vom 20.05.2008 und vom 06.06.2008 wurde für die Klägerinnen mitgeteilt, dass es sich bei der Klägerin zu 1) um eine Treuhandstiftung handle, die in keinem Register oder Verzeichnis eingetragen sei. Vertreten werde die Stiftung durch die Klägerin zu 2), die B-GmbH. Die Stiftung besitze keine eigene Rechtsfähigkeit. Sie sei auch keine juristische Person im rechtlichen Sinne. Die Klägerin zu 2) trete als Treuhänder auf. Gesellschafter gebe es bei der Stiftung nicht.

Mit Bescheid vom 11.06.2008 lehnte die Beklagte nach Anhörung die für die Klägerin zu 1) begehrte Gewerbeanmeldung und die Ausstellung einer Empfangsbescheinigung ab. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt: Ein Gewerbe könne nur eine ein Gewerbe ausübende natürliche oder juristische Person anzeigen, weil nur diese als selbständige Gewerbetreibende anzeigepflichtig sei. Stiftungen seien zwar juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, ihre Entstehung setze aber einen entsprechenden Stiftungsakt voraus. Zwar sei nach §§ 80 f. BGB nur noch eine Anerkennung nötig, aber ohne diese entstehe keine rechtsfähige Stiftung. Ohne Anerkennung handle es sich bei der Treuhandstiftung daher nicht um eine rechtsfähige Stiftung. Nicht rechtsfähige Stiftungen könnten keine Gewerbeanzeige abgeben, da sie weder eine natürliche noch eine juristische Person seien.

Am 04.07.2008 legte der Prozessbevollmächtigte der Klägerinnen Widerspruch ein. Zur Begründung wurde u.a. geltend gemacht: Die Auffassung der Beklagten, bei der Klägerin zu 1) handle es sich um eine nicht rechtsfähige Stiftung sei nicht zutreffend. Richtig sei, dass es sich bei der X-Stiftung um eine fiduziarische Stiftung handle, die nicht unter staatliche Aufsicht gestellt werden solle. Richtig sei auch, dass nach § 80 Abs. 1 BGB zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes, in dem die Stiftung ihren Sitz haben solle, erforderlich sei. Diese Regelung beziehe sich aber nur auf Stiftungen, die unter Staatsaufsicht gestellt werden sollten. Der Stifter, Herr X, habe zur Gründung der Stiftung von seinem Grundrecht auf Stiftung Gebrauch gemacht. Dieses Grundrecht beziehe sich auf alle Arten von Stiftungen, also auch auf fiduziarische Stiftungen. Ein solches Grundrecht dürfe sich auch aus der europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ergeben. Ausweislich der beigefügten Unterlagen (Stiftungsgeschäft über die Errichtung vom 18.10.2007, Satzung der Stiftung vom 27.10.2007, Stiftungstreuhandvertrag vom 27.10.2007) lägen die Voraussetzungen der §§ 80 f. BGB vor. Mit der Stiftungs-Novelle 2002 habe der Gesetzgeber klargestellt, dass jeder eine Stiftung gründen könne. Einer Konzession bedürfe es hierfür nicht. Es gelte für die Stiftungsgründung das Normativsystem. Dementsprechend sei auch nirgendwo bestimmt, dass nur

der aufsichtspflichtigen Stiftung Rechtsfähigkeit zukomme. Es sei letztlich Sache des Stifters, unter welche Kontrolle er die Erfüllung des Stiftungszwecks stelle. Die Treuhandstiftungen seien nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und § 34 Abs. 1 S. 1 AO als Steuersubjekte anerkannt. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der einheitlichen Gestaltung der Rechtsverhältnisse gebiete es, die Treuhandstiftung als Rechtsperson unabhängig davon zu akzeptieren, ob sie unter Staatsaufsicht gestellt werde oder nicht. Eine einheitliche Betrachtung fordere letztlich auch Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Weimarer Reichsverfassung, wonach den Religionsgesellschaften und religiösen Vereinigungen das Eigentum an ihren Stiftungen zu gewährleisten sei. Das Bundesverfassungsgericht habe festgestellt, dass diese Garantie sowohl für rechtsfähige Stiftungen als auch für Treuhandstiftungen der Kirchen gelte. Im Kirchenrecht wurden Treuhandstiftungen somit Rechtsfähigkeit zukommen bzw. sie wurden so behandelt, als seien sie rechtsfähig. Es könne aber einer juristischen Person nicht die Anerkennung versagt werden, die ihr nach Kirchenrecht zugestanden werde. §§ 80 f. BGB würden nicht abschließend das Gebiet der Stiftungen regeln. Auch lasse sich die fiduziarische Stiftung nicht aus dem numerus clausus der Rechtsformen ausschließen. Unabhängig davon könne der numerus clausus in engen Grenzen durch Rechtsfortbildung korrigiert werden. Dies sei im Bereich der Vorgesellschaften im Aktien- und GmbH-Recht geschehen. AG und GmbH bestanden nach Aktien-Gesetz und GmbH-Gesetz vor Eintrag in das Handelsregister als solche nicht. Heute könne als geklärt gelten, dass die Körperschaften zwischen ihrer Errichtung und ihrer Eintragung, ebenso Vereine und Genossenschaften, bereits existierten, ein eigenes Vermögen hätten, haften würden und durch ihre Organe handeln könnten. Auch die Fortbildung im Recht der BGB-Gesellschaft durch den Bundesgerichtshof laufe auf eine solche Korrektur hinaus. Die Außengesellschaft sei vom Gesamthandvermögen zur Rechts-trägerin aufgestiegen. Gleiches gelte für den nicht rechtsfähigen Verein. Beiden komme auch Parteifähigkeit im Zivilprozess zu. Gleiche Entwicklung habe das Recht der Wohnungseigentümergeinschaft genommen. Für die fiduziarische Stiftung könne nichts anderes gelten. Es werde nicht verkannt, dass in der Kommentarliteratur durchweg und unreflektiert die Auffassung vertreten werde, bei der fiduziarischen Stiftung handle es sich nicht um eine rechtsfähige Person. Diese Auffassung werde regelmäßig nicht begründet. Keiner der bisherigen Erklärungsansätze, die die Rechtsfähigkeit der fiduziarischen Stiftungen in Abrede stellten, vermöge das Wesen der fiduziarischen Stiftung überzeugend zu begründen. Vertreten werde einerseits eine Auftrags- bzw. Treuhandlösung, andererseits eine Lösung über das Schenkungsrecht. Die Stiftungsidee verlange ein größeres Maß an rechtlicher Eigenständigkeit, als es das Schuld- und ggf. auch das Erbrecht hergebe. Der Lösungsweg könne nur so aussehen, dass auch der fiduziarischen Stiftung Rechtspersönlichkeit zuerkannt werde. Wie dies im Einzelnen auszusehen habe, z. B. im Wege einer Art Vorstiftung, müsse einer gründlichen Analyse vorbehalten bleiben. Im Ergebnis sei der Klägerin zu 1), die alle Voraussetzungen für eine Stiftung als juristische Person erfülle, der Status als Rechtsperson nicht zu versagen. Sie dürfe damit ein Gewerbe ausüben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 08.12.2008 wies das Regierungspräsidium Karlsruhe den Widerspruch zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt: Bei der Klägerin zu 1) handle es sich um eine nicht rechtsfähige Stiftung, die auch als unselbständige, treuhänderische, fiduziarische Stiftung bezeichnet werde. Die Voraussetzung der staatlichen Anerkennung i.S.v. § 80 Abs. 1 BGB fehle bei ihr. Selbst wenn der fiduziarischen Stif-

tung eine gewisse Rechtsfähigkeit nicht abgesprochen werden könne, würde dies nicht bedeuten, dass ihr damit bereits der Status einer juristischen Person zukäme. Juristische Personen könnten ohne weiteres Gewerbetreibende sein. Dies beruhe darauf, dass sie eine eigene Rechtspersönlichkeit hatten. Die für sie handelnden natürlichen Personen würden im Rahmen der zivilrechtlichen Gegebenheiten im Namen der juristischen Person und für deren Rechnung tätig. Dementsprechend würden in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und nicht ihre Geschäftsführer oder Gesellschafter als Gewerbetreibende angesehen. Eine unselbständige Treuhandstiftung habe demgegenüber keine eigene Rechtspersönlichkeit. Rechtsprechung und Verwaltungspraxis hätten aber von jeher die eigene Rechtspersönlichkeit eines gewerblichen Unternehmens als das gewerberechtlich maßgebende Kriterium verstanden und nicht etwa seine Rechtsfähigkeit. Gegen eine Annahme der Gewerbebeanzeige und eine Empfangsbescheinigung spreche auch das Treuhandverhältnis zwischen der Stiftung und Klägerin zu 2) als Stiftungsträgerin. Das Bundesverwaltungsgericht habe einen Rechtsanwalt, der als Treuhänder einer Gesellschaft Anteil an einer Vorgesellschaft halte, als Gewerbetreibenden angesehen mit der Begründung, dass die Rechtsstellung des Treuhänders lediglich im Innenverhältnis gebunden sei, er jedoch im Außenverhältnis gerade tätig werde. Deshalb müsse der Treuhänder in solchen Fällen im Interesse der Allgemeinheit, insbesondere des Verbraucherschutzes und des lautereren Geschäftslebens gewerberechtlich erfasst werden. Diese Grundsätze seien auch im vorliegenden Fall anwendbar. Die Klägerin zu 2), die nach der Satzung die Stiftung im Rechts- und Geschäftsverkehr vertrete, sei als die eigentliche Gewerbetreibende anzusehen. Dass Treuhandstiftungen nach Steuerrecht als Steuersubjekte mit eigenem Klagerecht anerkannt würden und nach Kirchenrecht so behandelt würden, als seien sie rechtsfähig, könne nicht dazu führen, nicht rechtsfähige Stiftungen als Gewerbetreibende anzusehen. Kirchenrecht sei das von Religionsgemeinschaften selbst gesetzte interne Recht. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Gewerberecht (= öffentliches Recht) lasse sich daraus nicht ableiten. Ebenso hätten Steuerrecht und Gewerberecht unterschiedliche Regelungszwecke und unterschiedliche Aufgaben. Steuergesetze dienten der Deckung des Finanzbedarfs der öffentlichen Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Das Gewerberecht sei dagegen besonderes Ordnungsrecht und zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bestimmt. Auch der Verweis auf die Rechtslage bei Vorgesellschaften im Aktien- und GmbH-Recht führe nicht zum gewünschten Ergebnis. Im Falle einer im Gründungsstadium befindlichen, noch nicht im Handelsregister eingetragenen und daher nicht rechtsfähigen GmbH (sog. Vorgesellschaft) schreibe das Bundesverwaltungsgericht die Rolle des Gewerbetreibenden nicht der Gesellschaft als solcher, sondern den Gründungsgesellschaftern, jedenfalls soweit sie unternehmerisch tätig seien, zu [...]

Entscheidungsgründe

Die Klage hat keinen Erfolg.

Der Bescheid der Beklagten vom 11.06.2008 und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 08.12.2008, mit welchen die Gewerbebeantragung der Klägerin zu 1) zurückgewiesen und die Bestätigung der Gewerbebeanzeige verweigert wurden, sind rechtmäßig und verletzen die Klägerinnen nicht in ihren Rechten. Die Klägerinnen haben keinen Anspruch, auf Ausstellung einer Empfangsbescheinigung nach § 15 GewO für die Klägerin zu 1). Denn die Klägerin zu 1) ist keine Gewerbetreibende im gewerberechtlichen Sinne.

Dass und warum dies der Fall ist, haben die Beklagte und das Regierungspräsidium Karlsruhe in ihren Bescheiden ausführlich und zutreffend festgestellt, auf deren Gründe daher zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird (§ 117 Abs. 5 VwGO).

Ergänzend weist die Kammer auf Folgendes hin:

Wer den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle anfängt, muss dies der zuständigen Behörde gem. § 14 Abs. 1 S. 1 GewO anzeigen. Gem. § 15 Abs. 1 GewO bescheinigt die Behörde innerhalb dreier Tage den Empfang der Anzeige. Demnach ist zur Anzeige nach § 14 Abs. 1 S. 1 GewO der selbständige Gewerbetreibende verpflichtet. Als Gewerbetreibende sind die natürlichen Personen und die juristischen Personen anzusehen. Nach der Rechtsprechung ist nämlich das gewerberechtlich maßgebende Kriterium für die Beurteilung, ob ein Unternehmen Gewerbetreibender ist, die eigene Rechtspersönlichkeit des Unternehmens und nicht allein seine Rechtsfähigkeit (vgl. BayVGH, Beschl. v. 05.08.2004 – 22 ZB 04.1853 – m.w.N.; <juris>). So ist in der Rechtsprechung geklärt, dass bei Personengesellschaften nur die einzelnen Gesellschafter, nicht dagegen die Gesellschaften selbst Gewerbetreibende sein können, während juristische Personen die Fähigkeit zugesprochen wurde, ein Gewerbe zu betreiben (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.12.1992 – 1 B 162.92 –, Urt. v. 30.09.1976 – 1 C 32.74 –, Urt. v. 24.11.1992 – 1 C 9/91 –, Urt. v. 21.07.1964 – 1 C 102.61 – u. Urt. v. 05.08.1965 – 1 C 69.62 –; <juris>). Die mit der Betreiber-eigenschaft korrespondierende Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 GewO erfasst somit nur Gesellschaften oder Unternehmen, die als juristische Personen konstituiert sind. Denn nur juristische Personen haben wie natürliche Personen eine eigene Rechtspersönlichkeit, die, wie ausgeführt, gewerberechtlich allein maßgebend ist.

Die Klägerin zu 1) ist mangels Anerkennung nach § 80 Abs. 1 BGB keine juristische Person und hat damit keine eigene Rechtspersönlichkeit. Das privatrechtliche Stiftungsgeschäft und die staatliche Anerkennung begründen nur zusammen die Rechtspersönlichkeit einer Stiftung und damit ihre Eigenschaft einer juristischen Person. Die staatliche Anerkennung stellt dabei einen privatrechtsgestaltenden, konstitutiv wirkenden Verwaltungsakt dar (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.04.1968 – VII C 103.66 –; OLG Köln, Urt. v. 30.04.1999 – 6 U 62/98 –; <juris>; Schwarz/Backert, Beck'scher Online-Kommentar, § 80, Rdnrn. 41 bis 42, a; Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl., § 80, Rdnr. 2).

Die Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Klägerinnen im Widerspruchsverfahren und im Klageverfahren führen auch nach Auffassung der Kammer zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Insbesondere lässt sich diesen Ausführungen in keiner Weise entnehmen, wie der Klägerin zu 1) ohne die im Gesetz vorgesehene staatliche Anerkennung nach § 80 Abs. 1 BGB der Status einer juristischen Person zukommen könnte. Selbst wenn man der Auffassung des Prozessbevollmächtigten folgt und der Klägerin zu 1) als fiduziarische Stiftung auf gesellschaftsrechtlicher Basis eine eigene Rechtsfähigkeit („Rechtssubjektivität“) nicht abspricht, hat dies nicht zur Folge, dass der Klägerin zu 1) auch eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommen muss. Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit sind nicht gleichbedeutend (vgl. BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00 –, <juris>). Rechtsfähigkeit bedeutet nämlich nicht die rechtliche Verselbständigung einer Organisation/Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern, wie dies aber der Status einer juristischen Person voraussetzt. Wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urt. v. 29.01.2001, a.a.O.) zeigt, können Personengesellschaften Träger von Rechten und Pflichten und damit

rechtsfähig sein, ohne dass ihnen als Personengesellschaften der Status einer juristischen Person und damit eine eigene Rechtspersönlichkeit zukäme.

Eine juristische Person ist die rechtstechnische Zusammenfassung von Personen und Sachen zu einer rechtlich geregelten und zweckgebundenen Organisation, der die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit verliehen hat. Die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit bedeutet die rechtliche Verselbständigung der Organisation als Träger eigener Rechte und Pflichten und damit die Entstehung als selbständige Rechtsperson (vgl. Jauernig, BGB, 13. Aufl., Vor § 21 f. 8GB, Rdnr. 1; Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl., Einf. § 21, Rdnr. 1; Reuter, MünchenerKomm., BGB, 5. Aufl., Vor. § 21, Rdnr. 2). Solange daher die Rechtsordnung einer fiduziarischen Stiftung nicht die Rechtsfähigkeit als juristische Person verliehen hat, besitzt sie unabhängig von ihrer Rechtsfähigkeit im weiteren Sinne keine eigene Rechtspersönlichkeit. Die eigene Rechtspersönlichkeit eines gewerblichen Unternehmens ist aber, wie bereits ausgeführt, das gewerberechtlich allein maßgebende Kriterium.

Die Kammer sieht auch keinen Anlass, gerade auf einem Rechtsgebiet wie der Gewerbeordnung, in dem es um persönliche Eigenschaften wie Eignung und Zuverlässigkeit und damit um Eigenschaften geht, die letztlich nur handelnden natürlichen Personen zukommen, eine bisher von der Rechtsordnung nicht anerkannte juristische Person als eine solche zu behandeln. Auch seitens der Klägerinnen wurden hierfür keine Gründe dargelegt. Gegen eine solche Notwendigkeit spricht zudem der Umstand, dass Stiftungen in ihrer überwiegenden Anzahl nicht darauf angelegt sind, ein Gewerbe zu betreiben. Sollte dies dennoch der Fall sein, so können sie sich entweder nach § 80 Abs. 1 BGB anerkennen lassen und damit als juristische Person selbst Gewerbetreibende sein oder im Falle des Verzichts auf die staatliche Anerkennung die natürliche oder die juristische Person, die die Stiftung im Rechts- und Geschäftsverkehr vertritt als die eigentliche Gewerbetreibende anzeigen. Allein der Wunsch des Stifters, keiner staatlichen Bevormundung unterliegen zu wollen – so der Prozessbevollmächtigte in der mündlichen Verhandlung –, rechtfertigt schon angesichts des eindeutigen Willens des Gesetzgebers, der in der Stiftungsnovelle vom 15.07.2002 (vgl. BT-Drucks. 14/8765, S. 7f.) gerade an der staatlichen Anerkennung (bisher: Genehmigung) festgehalten hat, keine andere rechtliche Beurteilung [...]

Anmerkung 1:

Dem Urteil ist zuzustimmen. Die Frage ist offenbar nicht, ob für die angemeldete Tätigkeit („Vertrieb von Insektiziden“) eine Gewerbeerlaubnis (Empfangsbescheinigung nach § 15 GewO) erteilt werden kann oder muss. Sie besteht vielmehr darin, ob diese Erlaubnis „der Klägerin zu 1“ oder „der Klägerin zu 2 für die Klägerin zu 1“ erteilt werden solle. Daran ist aber nicht ernsthaft zu denken.

1. Sonderbar sind zwar aus unternehmensrechtlicher Sicht die Ausführungen des Verwaltungsgerichts über die fehlende Eignung einer Personengesellschaft zur Betreibereigenschaft. Die Annahme der Verwaltungsgerichte, bei einer Personengesellschaft seien deren geschäftsführende Gesellschafter die Gewerbetreibenden, nicht dagegen – mangels Rechtspersönlichkeit – die Gesellschaft selbst,¹ erscheint aus unternehmensrechtlicher Sicht antiquiert. Eine Außen-Personengesellschaft – oHG, KG oder Außen-GbR – kann ohne weiteres Trägerin eines Unternehmens sein (die Vorstellung, nur die geschäftsführenden Gesellschafter seien Kaufleute, ist überholt).² Aber was soll das im konkreten Fall bringen? Für die Klägerin zu 1 war zwar vorgetragen worden, sie sei „auf gesellschaftsrechtlicher Basis“ gegründet „und somit nichts anderes als eine

Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder ein nicht rechtsfähiger Verein". Doch um dies darzutun, hätten die Klägerinnen mindestens zwei Gesellschafter benennen müssen,³ und vor allem hätte für die Betreibereigenschaft nicht eine Innengesellschaft genügt, sondern es wäre eine Außengesellschaft notwendig gewesen. Deren Gesellschafter aber hätten analog § 128 HGB für alle Unternehmensverbindlichkeiten gehaftet.⁴ Für einen nichtrechtsfähigen Wirtschaftsverein, der ein Unternehmen betreibt, gilt nichts Anderes.⁵ Dass dies alles von den Beteiligten hier nicht gewollt war, liegt auf der Hand. Diese Hinweise sollen denn auch nur belegen, was an der von der Klägerseite vorgezauberten, angeblich als Gesellschaft organisierten „der staatlichen Stiftungsaufsicht entkleideten selbständigen Stiftung“ dran ist: nämlich nichts.

2. Auch die Treuhandkonstruktion des Gebildes konnte nicht für eine Gewerbeerlaubnis für die Klägerin zu 1 sprechen. Auf einen solchen Tatbestand weiß das Unternehmensrecht eine ganz einfache Antwort: Wird ein Unternehmen treuhänderisch betrieben, so ist nicht der Treugeber, sondern der Treuhänder Unternehmensträger,⁶ also doch wohl auch gewerberechtlicher Betreiber.⁷ Er allein kann eine Handelsregistereintragung bewirken, und zwar nur für sich. Warum soll dies bei den angeblichen Stiftungsunternehmen anders sein? Überträgt man dies auf die Betreiberfrage, so zeigt sich: Es mag sein, dass die Klägerin zu 2 eine Gewerbeerlaubnis beanspruchen konnte, dann aber nicht „für die Klägerin zu 1“, sondern für sich selbst als Betreiberin. Da sie dies offenkundig nicht wollte, konnte ihr

Prof. Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt, Hamburg

auch mit einer Umstellung des Klagantrags i.S. einer Gewerbeerlaubnis für die Klägerin zu 2 selbst wenig gedient sein. Bedauern muss man sie hierfür nicht. Ihr Experiment lag einfach zu weit vom gesunden Menschenverstand und von den Grundlagen des Unternehmensrechts entfernt.

- 1 BVerwG, Urt. v. 21.7.1964 – I C 102.61, GewArch 1965, 7; VGH München, Urt. v. 26.11.1991 – 22 B 90.440, NJW 1992, 1644; OVG Lüneburg, Urt. v. 31.7.2008 – 7 LA 53/08, GewArch 2009, 32; Heß, in: Friauf, GewO, Stand 2006, Vorbem. vor § 14, Rn. 39; Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand 2010, § 35 Rn. 64; vgl. ausführlich zur aktuellen Diskussion im Gewerberecht Marcks, a.a.O. § 14 Rn. 55; im Handwerksrecht sind auch Personengesellschaften Gewerbetreibende, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 HwO.
- 2 K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 5 I 3 a; ders., MüKo-HGB, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 45.
- 3 Vgl. statt vieler Ulmer, MüKo-BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 60.
- 4 BGHZ 154, 88; 154, 370; BGH, NJW-RR 2008, 1486; std. Rspr.; ebenso die heute h.M.; vgl. nur Ulmer/Schäfer, MüKo-BGB, § 714 Rn. 5; krit. allerdings Beuthien, Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht?, NZG 2011, 481, 487.
- 5 Reuter, MüKo-BGB, 5. Aufl. 2006, § 54 Rn. 51.
- 6 Vgl. RGZ 99, 158, 159; OLG Hamm, DNotZ 1964, 421, 423; OLG Koblenz, BB 1999, 2599; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 1 Rn. 30 f.; K. Schmidt, MüKo-HGB, § 1 Rn. 54.
- 7 Zum Treuhänder als Gewerbetreibendem vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.1992 – 1 B 162/92, NJW 1993, 1346; Heß, in: Friauf, GewO, Vorbem. vor § 14 Rn. 21.

Anmerkung 2:

Aus der Sicht des Stiftungsrechts verdient die Entscheidung des VG Karlsruhe uneingeschränkte Zustimmung. Der merkwürdige Fall nötigt jedoch zu einigen Anmerkungen.

1. Die fiduziarische (oder unselbstständige) Stiftung ist historisch die Grundform der Stiftung.¹ Im BGB hat sie gleichwohl keine eigenständige Regelung erfahren. Der Gesetzgeber hat die Schaffung von Sondertatbeständen bewusst vermieden.² Die entsprechende Anwendung der §§ 80 bis 88 BGB auf die fiduziarische Stiftung ist nach herrschender Meinung nicht zulässig.³ Ein von der FDP im Rahmen der zu Beginn des vergangenen Jahrzehnts geführten Debatte um die Reform des Stiftungsprivatrechts in den Bundestag eingebrachter Antrag,⁴ die fiduziarische Stiftung der Stiftung i.S.d. §§ 80 bis 88 BGB gleichzustellen, fand keine parlamentarische Mehrheit.

2. Indes: Auch die fiduziarische Stiftung ist Stiftung im Sinne des vor allem von der Rechtsvergleichung entwickelten funktionalen (weiten) Stiftungsbegriffs.⁵ Nach ihm ist „Stiftung“ jedes Vermögen, das aufgrund eines freiwilligen und endgültigen Übertragungsaktes auf einen vom Stifter verschiedenen Rechtsträger beliebiger Art übergeht und von diesem nach Maßgabe bestimmter Zwecke dauerhaft zu verwalten ist. Der Begriff setzt nicht das Entstehen einer juristischen Person voraus. „Stiftung“ ist vielmehr in erster Linie die aus einem Stiftungsakt hervorgehende Vermögensmasse, die einer eigenen, dauerhaften Zweckbestimmung unterworfen wird. Lediglich im Sonderfall der §§ 80 bis 88 BGB ist sie kraft ausdrücklicher und nicht analogiefähiger gesetzlicher Anordnung zugleich die aus dem Errichtungsakt hervorgehende juristische Person namens Stiftung, welche das Zuordnungssubjekt aller Rechte und Pflichten der gestifteten Vermögensmasse bildet.⁶

3. Im Unterschied zur Stiftung der §§ 80 bis 88 BGB beruht die Existenz einer fiduziarischen Stiftung nicht auf einem einseitigen Organisationsakt. Sie ist vielmehr das Ergebnis einer schuldvertraglichen oder erbrechtlichen Beziehung zwischen dem Stifter und dem von ihm ausgewählten Träger des Stiftungsvermögens.⁷ In diesem Rechtsverhältnis wird der gesetzliche Stiftungstypus gleichsam simuliert. In

- 1 Vgl. Westebbe, Die Stiftungstreuhand, 1993, S. 23 f., 39; Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 221 ff.; Hof, Unselbstständige Stiftung, in: Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 36 Rn 1; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.2.1964 – 8 W 229/63, NJW 1964, 1231.
- 2 Vgl. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band (1899), S. 754 ff., sowie Bund-Länder Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, Bericht v. 19.10.2001, S. 52 f.
- 3 Grundlegend z.B. RG, Urt. v. 8.11.1922 – IV 74/22, RGZ 105, 305, 306 f.; Beuthien, MünchHdbGesR, Bd V, 3. Aufl. 2009, § 77 Rn. 9; Pues/Scheerbarth, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl. 2008, S. 81, 90; differenzierend dagegen z.B. Reuter, MüKo-BGB, 5. Aufl. 2006, Vorbem. 99 zu § 80 (Fn. 380); Hof (Fn. 1), § 36 Rn. 11, 66, 153; kritisch dazu z.B. Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 57 f.
- 4 BT-Drs. 14/3043.
- 5 Eingehend dazu Schlüter (Fn. 3), S. 56 ff., 200 ff., 220 ff.; vgl. auch OLG Stuttgart (Fn. 1), NJW 1964, 1231; OVG Münster, Urt. v. 23.3.1984 – 15 A 1620/81, DÖV 1985, 983 m. Anm. Neuhoff.
- 6 Zum Ganzen eingehend bereits Rawert, Die staatsfreie Stiftung, in: FS Hopt, 2010, S. 171, 181 f.
- 7 Dazu Hüttemann/Rawert, Staudinger-BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. 239 zu §§ 80 ff. m.w.N.; a.A. aber neuerdings Koos, Fiduziarische Person und Widmung, 2004, S. 287 ff.; detaillierte Kritik am Standpunkt von Koos bei Rawert, Karsten Schmidt und das Stiftungsrecht, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1323, 1335 f.; ders., Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht, in: Hager (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht, 2008, S. 18, S. 26 Fn. 28.3.

einer grundlegenden Untersuchung zu den Ersatzformen der rechtsfähigen Stiftung hat *K. Schmidt* schon vor Jahren zutreffend darauf hingewiesen, dass dies geschieht, indem die Vertragsbeziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger um das Modell einer gedachten, also fiktiven (!) juristischen Person als Treugeberin des Stiftungsvermögens ergänzt wird.⁸ Auf der Grundlage dieser Simulation erhalten die Vereinbarungen zwischen Stifter und Stiftungsträger den Charakter einer „virtuellen“ Satzung und der Stiftungsträger die Stellung eines „virtuellen“ Stiftungsvorstands. Wenn man es philosophisch ausdrücken wollte, könnte man sagen: *Hans Vaihingers* „Philosophie des Als Ob“ (1911) wird auf das Stiftungsrecht übertragen. Es geht um nützliche Fiktionen auf der Grundlage bewusst falscher Annahmen. Das Verfahren findet seine Legitimation in den guten Diensten, dass es der Praxis als Erklärungsmuster leistet.

4. Außenwirkungen hat das Modell der „virtuellen“ Stiftung allerdings nicht.⁹ Weil sie losgelöst vom konkreten Stiftungsträger zwar gedacht werden, nicht jedoch real in Erscheinung treten kann, fehlt ihr die selbstständige Handlungsfähigkeit. Mehr noch: Auch an der zum Kern des Rechtsinstituts der juristischen Person gehörenden Haftungskonzentration auf ihr Eigenvermögen¹⁰ mangelt es bei der fiduziarischen Stiftung. Mit dem Akt des Stiftens erfolgt organisationsrechtlich keine nach außen zuverlässig wahrnehmbare Trennung des Vermögens von Stiftung und Stiftungsträger. Eine solche kann nämlich im Interesse der Rechtssicherheit nur dort stattfinden, wo sie auf einem staatlichen Konstitutivakt wie beispielsweise einer behördlichen Anerkennung und deren für jedermann erkennbaren Publizitätswirkung beruht. Der Grundsatz des *numerus clausus* der Rechtsformen im Privatrecht verbietet die auf Parteivereinbarung beruhende Schaffung von Fantasiegebilden, die sich gegenüber Dritten auf Haftungsbeschränkungen berufen können.¹¹

5. In casu liegt der Verdacht nahe, dass das Verfahren vor dem Karlsruher Gericht einen Versuchsballon darstellt. Was sonst auch sollte dieser „Prinzipien“-Streit auf der Grundlage eines beinahe lachhaft anmutenden Sachverhaltes. Vorbereitet wurde der Start des Luftschiffes durch einen Zeitschriftenbeitrag, den der anwaltliche Vertreter der Kläger unlängst in der *Juristenzeitung* veröffentlicht hat.¹² Stiftungsträger ist eine Wirtschaftsberatungs- und Treuhandgesellschaft, die im Internet mit der „Übernahme von Verwaltungsaufgaben für alle Arten von Stiftungen“ wirbt. Die Stiftung, in deren Namen geklagt wird, verfolgt offenbar einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, in dem es um den „Vertrieb von Insektiziden“ geht. Für den unbefangenen Beobachter ist das eine Tätigkeit, die gemessen am üblichen Erscheinungsbild des deutschen Stiftungswesens eher ungewöhnlich ist. Aber steckt dahinter womöglich ein Geschäftsmodell?

6. Immerhin: Der VGH Baden-Württemberg hat auf Antrag der Kläger die Berufung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage, ob eine fiduziarische Stiftung Gewerbetreibende i.S.d. GewO sein kann, zugelassen.¹³ Man kann nur hoffen, dass er das Urteil der ersten Instanz bestätigt. Denn: Unterstellt man einen für die Kläger günstigen Ausgang des Verfahrens, könnte dies nachhaltig schädliche Auswirkungen auf den Ruf des deutschen Stiftungswesens haben. Es wäre gewiss nur noch eine Frage der Zeit, bis von „Strukturvertrieben“ vergleichbare Hybride angepriesen und verkauft würden.¹⁴ Motto: Errichtet mit geringem Einsatz und ohne Einhaltung der Normativbestimmungen des Stiftungs- oder

Kapitalgesellschaftsrechts staatsfreie fiduziarische Stiftungen mit den Privilegien einer juristischen Person. Stiftungsträger und damit „Organe“ solcher „Stiftungen“ könnten auch natürliche Personen werden.¹⁵ Ohne Eigenhaftung für die Verbindlichkeiten ihrer „Stiftung“ wären sie vor persönlichen Risiken unternehmerischer Tätigkeit durch ihre „Stiftungen“ geschützt. Den Qualifikationsanforderungen des GmbHG und AktG an Geschäftsleiter¹⁶ müssten sie mangels entsprechender stiftungsrechtlicher Normen nicht entsprechen. Selbst verurteilte Insolvenzstraftäter könnten auf diese Weise haftungsbeschränkte Unternehmen ohne Kontrolle durch einen Gesellschafter bzw. Aktionär und überdies befreit von jeder Stiftungsaufsicht führen. Das alles – wohl gemerkt – unter dem nach guten Werken klingenden Namen „Stiftung“! Wenn das kein Renner wird.

7. Die Kläger haben sich vor dem Verwaltungsgericht vorsorglich schon einmal darauf berufen, dass ihr Stifter bei Erfindung des Konstrukts von seinem „Grundrecht auf Stiftung“ Gebrauch gemacht habe. Verfassungsrechtliches Geschütz aufzufahren empfiehlt sich gewöhnlich, wenn die Luft bei der Reise durch die Wolken der Dogmatik dünn zu werden droht. Aber was soll das eigentlich heißen? Etwa, dass jemand, der bewusst unter Vermeidung staatlicher Aufsicht stiftet, gleichwohl die Fortbildung der fiduziarischen Stiftung zur juristischen Person verlangen kann? Und das, obschon der Gesetzgeber dies erst vor ein paar Jahren ausdrücklich abgelehnt hat (s.o. 1)? Es lohnt sich wieder einmal darauf hinzuweisen, dass das „Grundrecht auf Stiftung“ eine rechtlich konstituierte Freiheit ist.¹⁷ Der Gesetzgeber hat einen weiten Spielraum bei der Festlegung von Normativbestimmungen für die Anerkennung einer Stiftung als juristische Person. Tut er dies, indem er dafür im öffentlichen Interesse die dauerhafte Unterwerfung dieses mitgliederlosen Rechtsträgers unter eine staatliche Aufsicht vorschreibt, ist dies verfassungsrechtlich – entgegen der Ansicht der Kläger – gewiss nicht zu beanstanden. Zu beanstanden sind hingegen Tendenzen, mit denen solche Normativbestimmungen im Individualinteresse unterlaufen werden sollen – z.B. zum Zwecke des Vertriebs von toxischen Produkten.

Notar Prof. Dr. Peter Rawert, LL.M. (Exeter), Hamburg

8 *K. Schmidt*, Ersatzformen der Stiftung, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 175, 177 ff.

9 Eingehend dazu *Hüttemann/Rawert* (Fn. 7), Vorbem. 254 ff. zu §§ 80 ff. m.w.N.

10 Siehe *Wiedemann*, Gedanken zum Inhalt der juristischen Person im Zivilrecht, in: FS Hüffer, 2011, S. 1091 ff., 1097 ff.

11 So zutreffend *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 96.

12 *Bruns*, Fiduziarische Stiftung als Rechtsperson, JZ 2009, 840 ff.

13 *Beschl. v. 28.3.2011 – 6 S 2563/10*.

14 Zu solchen Tendenzen trefflich *Winheller*, Wehret den Anfängen! Angriff auf die Stiftungswelt und seriöse Berater, npOR 2011, S. 48 ff.

15 Das ist im Grundsatz unstrittig; vgl. *Hüttemann/Rawert* (Fn. 7), Vorbem. 231 zu §§ 80 ff.

16 Vgl. § 76 Abs. 3 AktG, § 6 Abs. 2 GmbHG.

17 Eingehend *Rawert*, Grundrecht auf Stiftung?, in: FS Reuter, 2010, S. 1323 ff.; vgl. auch *Hüttemann/Rawert* (Fn. 7), Vorbem. 20 ff., 32 ff. zu §§ 80 ff. m.umf.N.

Steuerrecht

Zuwendungen in den Vermögensstock einer durch Erbeinsetzung von Todes wegen errichteten Stiftung keine Sonderausgabe des Erblassers – Zuwendungen im Sinne des § 10b Abs. 1a Satz 2 EStG – Abfluss einer Ausgabe des Erblassers – Fiktion des § 84 BGB

EStG §§ 10b Abs. 1a Satz 2, 11; BGB §§ 84, 1922

Leitsätze

1. Zuwendungen in den Vermögensstock einer durch Erbeinsetzung von Todes wegen errichteten Stiftung sind keine Sonderausgaben des Erblassers, da sie erst mit dem Tod abfließen.

2. § 84 BGB berührt den Abflusszeitpunkt von Stiftungsgründungsspenden nicht.

BFH, Urt. v. 16.2.2011 – X R 46/09

Tatbestand

[1] I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine gemeinnützige Stiftung des privaten Rechts und Alleinerbin der im Jahre 2006 verstorbenen R. (Erblasserin). Die Erblasserin hatte im Jahre 1995 mit ihrem Ehemann ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in welchem sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben eingesetzt hatten. Ferner hatten sie bestimmt, dass nach dem Tode des Nachversterbenden den Nachlass eine gemeinnützige auf ihrer beider Namen lautende Stiftung erhalten sollte. Nach dem Tode des Ehemannes hatte die Erblasserin erwogen, einen anderen gemeinnützigen Verein zu begünstigen. Ihre juristischen Ratgeber rieten jedoch davon ab, da dies gegen die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments verstoße.

[2] Nach dem Tode der Erblasserin errichtete ein Nachlasspfleger die Stiftungssatzung. Im Jahre 2007 wurde die Klägerin von der Aufsichtsbehörde genehmigt. Das Nachlassgericht erteilte darauf einen Erbschein, nach dem die Klägerin Alleinerbin sei. Der Wert des Nachlasses übersteigt 1,4 Mio. EUR.

[3] In der Einkommensteuererklärung für das Todesjahr 2006 der Erblasserin machte die Klägerin Aufwendungen in Höhe von 500.000 EUR als Zuwendungen in den Vermögensstock einer Stiftung anlässlich deren Neugründung nach § 10b Abs. 1a des Einkommensteuergesetzes in der für 2006 gültigen Fassung (EStG) geltend. In der Folgezeit legte die Klägerin eine Spendenbescheinigung vor, nach der die Erblasserin an ihrem Todestage der Klägerin 1 Mio. EUR zugewendet habe. In der Spendenbescheinigung heißt es unter anderem, die Zuwendung sei aufgrund des Testaments der Erblasserin anlässlich der Neugründung der Klägerin innerhalb eines Jahres in ihren Vermögensstock erfolgt.

[4] Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt –FA–) ließ in dem Einkommensteuerbescheid 2006 die geltend gemachten Aufwendungen unberücksichtigt. Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg. Das Finanzgericht (FG), dessen Urteil in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 431 veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Aufwendungen seien nicht als Sonderausgaben der Erblasserin abziehbar, da sie selbst keine Ausgaben geleistet habe. Für den Abfluss von Sonderausgaben gelte § 11 EStG. Das Vermögen der Erblasserin sei erst mit deren Tod kraft Gesamtrechtsnachfolge auf die Klägerin übergegangen und deshalb nicht mehr zu Lebzeiten der Erblasserin abgeflossen. Die Rückwirkungsfiktion in § 84 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bezwecke nur, der

zum Todeszeitpunkt noch nicht genehmigten und damit noch nicht rechtsfähigen Stiftung den Vermögenserwerb durch Erbgang zu ermöglichen.

[5] Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 10b Abs. 1a EStG. Die Bezugnahme des FG auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zu Vermächtnissen (Senatsurteil vom 23. Oktober 1996 X R 75/94, BFHE 181, 472, BStBl II 1997, 239) hinsichtlich des Abflusszeitpunkts der Aufwendungen sei unzulässig. Die Erfüllung eines Vermächtnisses sei eine Leistung des Erben. Die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen sei jedoch eine vom Erblasser zu Lebzeiten freiwillig veranlasste Zuwendung aus seinem Vermögen. Außerdem bedeute bei der Gesamtrechtsnachfolge „mit dem Tode“ unmittelbar, d.h. ohne zeitlichen Zwischenraum zwischen Erbanfall und Erbschaftserwerb –nicht einmal für eine juristische Sekunde–, so dass es nie zu einer ruhenden oder herrenlosen Erbschaft komme (vgl. Palandt/Weidlich, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., § 1922 Rz 6).

[6] Entgegen der Auffassung des FG sei die Erblasserin auch nicht bis zum Zeitpunkt ihres Todes in der Verfügung über ihr Vermögen frei gewesen. Vielmehr bestehe nach dem Tode des ersten Ehegatten eine Bindung an wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments. Es fehle auch nicht an der wirtschaftlichen Belastung der Erblasserin; diese falle mit dem Zeitpunkt des Abflusses der Aufwendungen zusammen, welcher zu Lebzeiten der Erblasserin stattgefunden habe. Der Abfluss der Zuwendungen sei in zeitlicher Hinsicht der Sphäre der Erblasserin zuzuordnen. Die Erblasserin habe Konsumverzicht geleistet und ihr Vermögen erhalten, um es einer gemeinnützigen Stiftung zuzuführen; hierdurch sei die Erblasserin wirtschaftlich belastet gewesen.

[7] Außerdem werde für den Fall der Stiftungsgründung der Abflusszeitpunkt bei der Erblasserin durch die Zuordnungsvorschrift des § 84 BGB konkretisiert. Diese Vorschrift sei im Hinblick auf den Erbanfall in das Gesetz aufgenommen worden. Sie bewirke, dass das betreffende Vermögen zu einem Zeitpunkt vor dem Tode des Erblassers als zugeflossen gelte. Da es sich bei dem Zeitpunkt des Zu- und des Abflusses i.S. des § 11 EStG um einen einheitlichen Zeitpunkt handele, folge aus § 84 BGB, dass die Zuwendung noch vor dem Tod der Erblasserin aus ihrem Vermögen abgeflossen sei.

[8] Die Nichtzulassung des Sonderausgabenabzugs widerspreche zudem dem Zweck des § 10b EStG. Der Sonderausgabenabzug solle zu förderungswürdigen Tätigkeiten im sozialen, kulturellen und wissenschaftlichen Bereich anregen. Durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. Oktober 2007 (BGBl I 2007, 2332) seien rückwirkend zum 1. Januar 2007 die steuerlichen Abzugsmöglichkeiten für Zuwendungen an Stiftungen verbessert worden. Deshalb sei eine restriktive Auslegung der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Gesetzesnorm verfehlt. [...]

Entscheidungsgründe

[11] II. Die Revision ist unbegründet und wird zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung –FGO–). Zu Recht hat das FA die Zuwendungen der Erblasserin an die Klägerin nicht zum Sonderausgabenabzug nach § 10b Abs. 1a EStG zugelassen.

[12] Nach § 10b Abs. 1a Satz 1 EStG in der im Streitjahr 2006 geltenden Fassung können Zuwendungen zur Förderung bestimmter als gemeinnützig anerkannter Zwecke, die anlässlich der Neugründung in den Vermögensstock einer Stiftung des öffentlichen Rechts oder einer nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes steuerbefreiten Stiftung des privaten Rechts geleistet werden, bis zu einem Betrag von 307.000 EUR

neben laufenden Zuwendungen als Sonderausgaben abgezogen werden. Nach § 10b Abs. 1a Satz 2 EStG gelten als anlässlich der Neugründung geleistete Zuwendungen bis zum Ablauf eines Jahres nach Gründung der Stiftung. Unter Zuwendungen im Sinne dieser Regelung sind alle Wertabgaben zu verstehen, die aus dem geldwerten Vermögen des Spenders zur Förderung des begünstigten Zwecks abfließen und bei dem Spender zu einer endgültigen wirtschaftlichen Belastung führen (Senatsurteil vom 20. Februar 1991 X R 191/87, BFHE 164, 235, BStBl II 1991, 690, unter 3.). Hieran fehlt es im Streitfall.

[13] 1. Die Einkommensteuer ist eine Jahressteuer (§ 2 Abs. 7 Satz 1 EStG). Die Grundlagen für ihre Festsetzung sind jeweils für ein Kalenderjahr zu ermitteln (§ 2 Abs. 7 Satz 2 EStG). Die persönliche Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 EStG erlischt mit dem Tode. Der Verstorbene als Steuerpflichtiger ist daher für das Sterbejahr mit den bis zum Todeszeitpunkt erzielten Einkünften zu veranlagern. Das sind alle Einkünfte, die zu Lebzeiten zu versteuern gewesen wären (Schmidt/Heinicke, EStG, 29. Aufl., § 1 Rz 14). Für die Ermittlung der jeweiligen Besteuerungsgrundlagen gelten die allgemeinen Einkommensermittlungsgrundsätze. Für die Abziehbarkeit von Sonderausgaben ist gemäß § 11 Abs. 2 EStG der Zeitpunkt maßgebend, zu dem sie geleistet wurden (Schmidt/Heinicke, a.a.O., § 10 Rz 12; vgl. zum Sonderausgabenabzug im Falle des Übergangs von der unbeschränkten zur beschränkten Steuerpflicht BFH-Urteil vom 22. Januar 1992 I R 55/90, BFHE 167, 58, BStBl II 1992, 550). Sonderausgaben können deshalb nur bei der Veranlagung der Erblasserin berücksichtigt werden, wenn sie bis zum Todeszeitpunkt geleistet wurden.

[14] 2. Bis zum Tode der Erblasserin sind keine Spenden i.S. von § 10b Abs. 1a i.V.m. § 11 Abs. 2 EStG abgeflossen, da sie bis dahin keine Zuwendungen an die Klägerin geleistet hatte.

[15] Eine Ausgabe ist in dem Zeitpunkt abgeflossen, in dem der Steuerpflichtige die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Geld bzw. das geldwerte Gut verliert (z.B. BFH-Urteil vom 8. Oktober 1985 VIII R 284/83, BFHE 146, 108, BStBl II 1986, 481, unter 2.b, m.w.N.). Hieran fehlt es für den Zeitraum der persönlichen Steuerpflicht der Erblasserin, denn sie hat zu Lebzeiten keine Ausgabe geleistet.

[16] a) Bei der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 Abs. 1 BGB geht das Vermögen mit dem Tod als Erbfall unmittelbar und von selbst kraft Gesetzes auf den Erben über (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 1922 Rz 2 und 6). Auslösendes Moment für den Übergang der Erbschaft ist daher der Tod des Erblassers. Erst mit dem Tod fließt das Erbe ab; mithin ist ein Abfluss noch zu Lebzeiten des Erblassers nicht gegeben. Dass es sich bei Erbeinsetzungen --worauf die Klägerin abstellt-- um eine freiwillige Entscheidung des Erblassers zu dessen Lebzeiten handelt, hat keine Auswirkung auf den Abflusszeitpunkt. Denn die freiwillige Entscheidung, wem der Erblasser sein Vermögen nach seinem Tod zuwenden möchte, bildet nur den ersten Schritt des Vermögensübergangs. Der tatsächliche Abfluss des Vermögens findet aber erst mit dem Tod statt.

[17] b) Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt eine Zurechnung der Ausgaben zur Sphäre der Erblasserin auch nicht daraus, dass die Erblasserin durch die Zuwendungen wirtschaftlich belastet gewesen sei, insbesondere aufgrund der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments. Diese Bindungswirkung bezieht sich nicht auf die zu vererbende Vermögensmasse als solche. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) haben die Eheleute im Streitfall die Voll- und Schlusserbfolge nach § 2269 Abs. 1 BGB gewählt. Sie haben sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und nach dem Tode des Letztversterbenden die Klägerin als Er-

bin bestimmt. Hierdurch wurde die Erblasserin nach dem Tode ihres Ehemannes dessen alleinige Vollerbin; der Nachlass ihres Ehemannes vereinigte sich mit ihrem Vermögen in ihrer Hand zu einem einheitlichen Vermögen. Was davon bei ihrem Tod noch vorhanden war, ging dann auf die Klägerin als Schlusserin über (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2269 Rz 3); nur dies zu ändern, untersagt § 2271 BGB. Zu Lebzeiten konnte die Erblasserin über das Vermögen frei verfügen; sie hätte es beispielsweise für sich verbrauchen können. Die persönliche Entscheidung der Erblasserin, mit dem Vermögen so zu wirtschaften, dass nach ihrem Tode ein beträchtlicher Betrag der Klägerin zufließen konnte, war ungeachtet ihrer sozialen Komponente eine freiwillige Entscheidung, die ihr nicht durch die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments auferlegt war.

[18] c) Auch eine einschränkende Auslegung des § 11 Abs. 2 EStG i.V.m. § 10b Abs. 1a EStG dahingehend, dass der Normzweck des § 10b Abs. 1a EStG eine Zuordnung der Zuwendungen zu der Sphäre der Erblasserin geböte, kommt nicht in Betracht. Es ist zwar richtig, dass durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements die steuerlichen Abzugsmöglichkeiten für Zuwendungen an Stiftungen verbessert wurden. Diese Entscheidung lässt aber keine teleologische Reduktion des § 11 Abs. 2 EStG dahingehend zu, den nicht mehr zu Lebzeiten der Erblasserin stattfindenden Abfluss der Zuwendungen ungeachtet des Endes ihrer persönlichen Steuerpflicht ihr zuzurechnen, wenn anderenfalls eine Zuwendung an eine gemeinnützige Einrichtung i.S. des § 10b EStG sich nicht steuermindernd auswirken würde. Durch die einkommensteuerliche Berücksichtigung von Spenden nach § 10b EStG soll zwar zu privatem uneigennützigem Handeln zugunsten bestimmter, als besonders förderungswürdig anerkannter gemeinnütziger Zwecke angeregt werden (Senatsurteil vom 22. September 1993 X R 107/91, BFHE 172, 362, BStBl II 1993, 874, m.w.N.). Der Senat hat aber bereits ausgeführt, dass § 10b EStG keine Abweichung von dem Abflussprinzip nach § 11 Abs. 2 EStG gebietet (Einzelheiten vgl. Senatsurteil in BFHE 181, 472, BStBl II 1997, 239, unter 3.b bb). An dieser Auffassung hält der Senat auch für den Streitfall fest.

[19] Eine ausdrückliche Abweichung vom Abflussprinzip nach § 11 Abs. 2 EStG enthält § 10b Abs. 1a Satz 1 EStG insoweit, als die Vorschrift zulässt, Stiftungsgründungsspenden auf Antrag wahlweise im Jahr der Zuwendung oder in beliebiger Verteilung auf dieses oder die nachfolgenden neun Jahre als Sonderausgaben abzuziehen. Anhaltspunkte für eine weitere, nicht ausdrücklich normierte Einschränkung des § 11 Abs. 2 EStG dahingehend, dass die Zuwendungen bereits für vor dem Abflusszeitpunkt liegende Zeiträume als Sonderausgaben geltend gemacht werden können, sind nicht erkennbar.

[20] d) Schließlich enthält die zivilrechtliche Sonderregelung des § 84 BGB keine Konkretisierung des Abflusszeitpunkts von Stiftungsgründungsspenden.

[21] Zwar kann diese Vorschrift, wonach eine Stiftung, die erst nach dem Tode des Stifters genehmigt wird, für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden gilt, auch im Steuerrecht Anwendung finden (vgl. BFH-Urteil vom 17. September 2003 I R 85/02, BFHE 204, 72, BStBl II 2005, 149, unter II.1.). § 84 BGB bewirkt aber keine Vorverlegung des Abflusszeitpunkts von Zuwendungen, sondern fingiert lediglich die Existenz der sowohl von Todes wegen als auch unter Lebenden errichteten Stiftung, wenn der Stifter vor der Genehmigung der Stiftung verstorben ist (Senatsurteil in BFHE 181, 472, BStBl II 1997, 239, unter 3.b cc; Geserich, in: Kirchhof/ Söhn/ Mellinghoff, EStG, § 10b Rz Ba 131). Die Vorschrift ermöglicht

dem Stifter die Erbeinsetzung der Stiftung, was ohne diese Regelung nach § 1923 Abs. 1 BGB unzulässig wäre (Münch-KommBGB/Reuter, 5. Aufl., § 84 Rz 1).

Andere Rechtsgebiete

Unterscheidung zwischen ‚öffentlichem Dienstleistungsauftrag‘ und ‚Dienstleistungskonzession‘ – Qualifikation eines Vertrages über Rettungsdienstleistungen als vertragliche „Dienstleistungskonzession“

Urteil

[1] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d sowie Abs. 4 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 (ABl. L 134, S. 114).

[2] Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Privaten Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (im Folgenden: Rettungsdienst Stadler) und dem Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (im Folgenden: Zweckverband Passau) über die Vergabe von Dienstleistungsverträgen im Bereich des Rettungsdienstes. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob diese Verträge als „Dienstleistungsaufträge“ oder als „Dienstleistungskonzessionen“ einzuordnen sind.

EuGH, Urt. v. 10.3.2011 – C-274/09

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

[3] Art. 1 der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„...
(2) a) ‚Öffentliche Aufträge‘ sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

...
d) ‚Öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.

...
(4) ‚Dienstleistungskonzessionen‘ sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

...“

Nationales Recht

[4] Das Bayerische Rettungsdienstgesetz (im Folgenden: BayRDG) ist am 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Folgende Bestimmungen sind in der vorliegenden Rechtssache einschlägig.
„Art. 1 Gegenstand und Zielsetzung

Dieses Gesetz regelt Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport, Krankentransport, Berg- und Höhlenrettung sowie Wasserrettung (Rettungsdienst). Die flächendeckende

Versorgung mit rettungsdienstlichen Leistungen ist eine öffentliche Aufgabe und durch einen öffentlichen Rettungsdienst sicherzustellen. ...

...

Art. 4 Aufgabenträger

(1) Die Landkreise und kreisfreien Gemeinden haben die Aufgabe, den öffentlichen Rettungsdienst nach Maßgabe dieses Gesetzes innerhalb von Rettungsdienstbereichen sicherzustellen ...

(2) Die oberste Rettungsdienstbehörde setzt nach Anhörung der beteiligten kommunalen Spitzenverbände durch Rechtsverordnung die Rettungsdienstbereiche so fest, dass der Rettungsdienst effektiv und wirtschaftlich durchgeführt werden kann.

(3) Die im selben Rettungsdienstbereich liegenden Landkreise und kreisfreien Gemeinden erledigen die ihnen nach diesem Gesetz obliegenden Aufgaben im Zusammenschluss zu einem Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung.

...

Art. 13 Beauftragung mit Notfallrettung, arztbegleitetem Patiententransport und Krankentransport

(1) Der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung beauftragt mit der bodengebundenen Durchführung von Notfallrettung, arztbegleitetem Patiententransport und Krankentransport

1. das Bayerische Rote Kreuz,
2. den Arbeiter-Samariter-Bund,
3. den Malteser-Hilfsdienst,
4. die Johanniter-Unfall-Hilfe oder
5. vergleichbare Hilfsorganisationen.

...

(2) Soweit die Hilfsorganisationen zur Übernahme des Auftrags nicht bereit oder in der Lage sind, beauftragt der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Dritte mit der bodengebundenen Durchführung rettungsdienstlicher Leistungen oder führt sie selbst oder durch seine Verbandsmitglieder durch.

(3) Der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung entscheidet über die Auswahl des Durchführenden und über den Umfang der Beauftragung nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Auswahlentscheidung ist transparent und nach objektiven Kriterien vorzunehmen. Der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung hat die anstehende Auswahlentscheidung in geeigneter Weise bekannt zu machen, damit sich interessierte Leistungserbringer bewerben können.

(4) Das Rechtsverhältnis zwischen dem Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung und den mit der Durchführung des Rettungsdienstes Beauftragten wird durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt.

...

Art. 21 Genehmigungspflicht

(1) Wer Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport oder Krankentransport betreibt, bedarf der Genehmigung.

...

Art. 24 Voraussetzungen der Genehmigung

...

(2) Die Genehmigung für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport oder Krankentransport im öffentlichen Rettungsdienst ist zu erteilen, wenn ... ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gemäß Art. 13 Abs. 4 ... vorgelegt wird.

...

(4) Die Genehmigung für Krankentransport außerhalb des öffentlichen Rettungsdienstes ist zu versagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihren Gebrauch das öffentliche Interesse an einem funktionsfähigen Rettungsdienst ... beeinträchtigt wird.

...

Art. 32 Erhebung und Grundlage von Benutzungsentgelten

Für rettungsdienstliche Leistungen einschließlich der Mitwirkung von Ärzten werden Benutzungsentgelte erhoben. Den Benutzungsentgelten sind die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten zugrunde zu legen, die einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung, einer wirtschaftlichen und sparsamen Betriebsführung sowie einer leistungsfähigen Organisation entsprechen ...

...

Art. 34 Benutzungsentgelte der Durchführenden für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport

...

(2) Die Sozialversicherungsträger vereinbaren die von ihnen zu bezahlenden Benutzungsentgelte für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport einheitlich mit den Durchführenden des Rettungsdienstes oder ihren Landesverbänden.

(3) Die Benutzungsentgeltvereinbarung wird jährlich im Voraus abgeschlossen. ...

(4) Die Kosten für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport sind nach einheitlichen Maßstäben auf die Benutzer zu verteilen. Die mit den Sozialversicherungsträgern vereinbarten Benutzungsentgelte sind von den Durchführenden auch gegenüber allen anderen Personen und Einrichtungen, die Leistungen des öffentlichen Rettungsdienstes in Anspruch nehmen, abzurechnen.

(5) Den Benutzungsentgelten liegen jeweils die nach Art. 32 Satz 2 berücksichtigungsfähigen voraussichtlichen Kosten der Leistungserbringung in den Leistungsbereichen Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport sowie die voraussichtlichen Einsatzzahlen im Einsatzzeitraum zugrunde. Zu den Kosten der Leistungserbringung zählen insbesondere auch die Kosten der ärztlichen Mitwirkung im Rettungsdienst ... sowie die Kosten für die Tätigkeit der Zentralen Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern nach Abs. 8. Die Sozialversicherungsträger vereinbaren jeweils gesondert mit den einzelnen Durchführenden, den Betreibern der Integrierten Leitstellen sowie mit der Zentralen Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern deren voraussichtliche Kosten im Entgeltzeitraum. Die Kosten können als Budget vereinbart werden. ...

(6) Kommt eine Benutzungsentgeltvereinbarung gemäß Abs. 2 oder eine Vereinbarung nach Abs. 5 nicht bis 30. November des vor dem Entgeltzeitraum liegenden Wirtschaftsjahres zustande, findet über die Höhe der voraussichtlichen Kosten und der Benutzungsentgelte ein Schiedsverfahren vor der Entgeltschiedsstelle ... statt. ... Eine rückwärtige Anpassung von Benutzungsentgelten erfolgt nicht.

(7) Aus den für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und im Krankentransport vereinnahmten Entgelten werden die mit den Sozialversicherungsträgern vereinbarten oder rechtskräftig festgesetzten voraussichtlichen Kosten beglichen (Einnahmeausgleich). Nach Ablauf eines Entgeltzeitraums sind von jedem Durchführenden und Betreiber einer Integrierten Leitstelle sowie der Zentralen Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern die tatsächlich entstandenen Kosten in einer Schlussrechnung nachzuweisen und gegenüber der Kostenvereinbarung abzurechnen (Rechnungsle-

gung). Ergibt sich eine Differenz zwischen den tatsächlichen und den für die Kostenvereinbarung von den Sozialversicherungsträgern anerkannten voraussichtlichen Kosten, ist das Ergebnis der Rechnungslegung zum Gegenstand der nächstmöglichen Entgeltverhandlungen zu machen; dieser Ergebnisvortrag ist ausgeschlossen, wenn die Kosten des Durchführenden ... oder der Zentralen Abrechnungsstelle ... als Budget vereinbart wurden.

(8) In den Vollzug der Abs. 2 bis 7 und des Art. 35 wird eine Zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern eingeschaltet, die insbesondere

1. bei der Vereinbarung der Benutzungsentgelte gemäß Abs. 2 und bei den Vereinbarungen nach Abs. 5 beratend mitwirkt,

2. auf der Grundlage der voraussichtlichen Kosten der Beteiligten und der zu erwartenden Einsatzzahlen des öffentlichen Rettungsdienstes die notwendigen Benutzungsentgelte kalkuliert und diese den Beteiligten zur Vereinbarung vorschlägt; dies gilt auch für die notwendige Anpassung von Benutzungsentgelten während des laufenden Wirtschaftsjahres,

3. die Benutzungsentgelte für die Leistungen des öffentlichen Rettungsdienstes ... bei den Kostenpflichtigen einzieht,

4. den Einnahmenausgleich durchführt,

5. Auszahlungen auf die ... Kosten der Leistungserbringung an die Durchführenden des Rettungsdienstes ... vornimmt,

6. die Rechnungslegung der Durchführenden ... auf Plausibilität und rechnerische Richtigkeit prüft und

7. eine geprüfte Gesamtschlussrechnung für den öffentlichen Rettungsdienst erstellt.

Die zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern erbringt ihre Leistungen insoweit ohne Gewinnerzielungsabsicht. Alle Beteiligten sind verpflichtet, die zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern bei der Durchführung ihrer Aufgaben zu unterstützen und ihr die hierzu erforderlichen Informationen und schriftlichen Unterlagen zu geben.

...

Art. 48 Schiedsstellen

...

(3) Die Entgeltschiedsstelle besteht neben dem Vorsitzenden

1. in Streitigkeiten über Benutzungsentgelte der Landrettung aus drei Mitgliedern für die Durchführenden der Landrettung und drei Mitgliedern für die Sozialversicherungsträger ...

...

(5) ... Der Vorsitzende der Entgeltschiedsstelle und seine Stellvertretung werden gemeinsam von den Durchführenden des öffentlichen Rettungsdienstes, von der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns, von den mit der Sicherstellung der Mitwirkung von Verlegungsärzten Beauftragten und von den Sozialversicherungsträgern bestellt.

Art. 49 Rettungsdienstbehörden

(1) Behörden für den Vollzug dieses Gesetzes ... sind

1. das Staatsministerium des Innern als oberste Rettungsdienstbehörde ...

...

Art. 53 Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften

(1) Die oberste Rettungsdienstbehörde kann durch Rechtsverordnung

...

11. die Zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern bestimmen ...

..."

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

[5] Der Rettungsdienst Stadler führte für den Zweckverband Passau in Bayern bis zum 31. Dezember 2008, dem Datum des Wirksamwerdens der Kündigung der zwischen ihnen bestehenden Verträge, Rettungsdienstleistungen durch. Gegen diese Kündigung wandte sich der Rettungsdienst Stadler mit einer vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klage und beantragte zusätzlich den Erlass einer einstweiligen Anordnung, das Vertragsverhältnis bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren fortzuführen. Beides blieb ohne Erfolg.

[6] Im Zuge dieser Verfahren teilte der Zweckverband Passau mit, dass er ohne vorherige Ausschreibung andere Unternehmen zunächst aufgrund von Interimsverträgen mit der Durchführung von Rettungsdienstleistungen beauftragen und anschließend den endgültigen Auftrag im Rahmen eines Auswahlverfahrens nach Art. 13 Abs. 3 BayRDG vergeben wolle.

[7] Der Zweckverband Passau schloss mit dem Malteser Hilfsdienst e. V. und dem Bayerischen Roten Kreuz Interimsaufträge.

[8] Der Rettungsdienst Stadler rügte das Vorgehen des Zweckverbands Passau mit Schreiben vom 17. Dezember 2008 und stellte bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag, der als unzulässig verworfen wurde.

[9] Gegen diese Entscheidung legte der Rettungsdienst Stadler sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht München ein.

[10] Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens die Frage, ob die streitgegenständlichen Rettungsdienstleistungen in Bayern als „Dienstleistungskonzession“ oder als „Dienstleistungsauftrag“ einzuordnen sind und welche rechtlichen Folgen sich aus der Einordnung ergeben. Die Einordnung hänge von der Auslegung des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 ab, der den Begriff „Dienstleistungskonzession“ definiere.

[11] Verträge über die Versorgung der Bevölkerung mit Rettungsdienstleistungen würden für das Stadtgebiet von Passau im sogenannten Konzessionsmodell zwischen einem öffentlichen Auftraggeber, dem Zweckverband Passau, und einem Dienstleistungserbringer geschlossen.

[12] Die Höhe der für diese Rettungsdienstleistungen vorgesehenen Benutzungsentgelte werde zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem ausgewählten Dienstleistungserbringer vereinbart. Nach Art. 32 Satz 2 BayRDG seien die Benutzungsentgelte anhand der nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten zu berechnen, die einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung, einer wirtschaftlichen und sparsamen Betriebsführung sowie einer leistungsfähigen Organisation der Dienstleistung entsprächen. Die voraussichtlichen Kosten würden aus den für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und im Krankentransport vereinnahmten Entgelten beglichen. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem Leistungserbringer über die Höhe dieser Entgelte könne eine Entgeltschiedsstelle angerufen werden, gegen deren Entscheidungen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei.

[13] Der ausgewählte Dienstleistungserbringer erhalte sein Entgelt von einer vom Bayerischen Staatsministerium des Innern bestimmten Zentralen Abrechnungsstelle, deren Leistungen er sich zwingend bedienen müsse. Diese Zentrale Abrechnungsstelle überweise dem Dienstleistungserbringer unabhängig von den tatsächlich gefahrenen Einsätzen eine Vergütung in Form von im Voraus berechneten wöchentlichen oder monatlichen Abschlagszahlungen auf ein vorher errech-

netes Gesamtentgelt pro Jahr. Stelle sich am Ende des Jahres eine Unterdeckung heraus, werde diese Gegenstand der folgenden Entgeltvereinbarung.

[14] Privatversicherte und Nichtversicherte, die nach Angaben des vorlegenden Gerichts 10 % der Schuldner ausmachen, hätten dasselbe Benutzungsentgelt wie gesetzlich Versicherte zu zahlen.

[15] Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass es in Deutschland noch ein weiteres Modell für Rettungsdienstleistungen gebe, nämlich das sogenannte „Submissionsmodell“. In einigen Bundesländern, wie z. B. Sachsen, erhalte der Dienstleistungserbringer seine Vergütung unmittelbar von dem für den Rettungsdienst zuständigen öffentlichen Auftraggeber. Die für den Rettungsdienst zuständigen öffentlichen Stellen vereinbarten diese Vergütung in Verhandlungen mit den Sozialversicherungsträgern und zahlten sie dann den Rettungsdienstleistern. Dieses Modell habe der Bundesgerichtshof bereits als Dienstleistungsauftrag qualifiziert.

[16] Die Unterschiede zwischen dem Submissionsmodell in Sachsen und anderen Bundesländern und dem Konzessionsmodell in Bayern und anderen Bundesländern bestünden darin, dass im ersten Fall die gesetzlich vorgesehenen Benutzungsentgelte zwischen dem für den Rettungsdienst zuständigen öffentlichen Auftraggeber und einem anderen öffentlichen Auftraggeber (dem Sozialversicherungsträger) ausgehandelt würden und der Dienstleistungserbringer daran gebunden sei, während im zweiten Fall der Dienstleistungserbringer die Höhe des Benutzungsentgelts mit einem anderen öffentlichen Auftragnehmer (dem Sozialversicherungsträger) vereinbare.

[17] Das vorlegende Gericht fragt sich daher, ob allein die Wahl eines anderen Verhandlungswegs dazu führen könne, dass die Rettungsdienstleistung im einen Fall als Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18 ausgeschrieben werden müsse und im anderen Fall die Anwendung der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit der Begründung verworfen werden könne, es handle sich bei dem Vertrag um eine Dienstleistungskonzession.

[18] Zudem sei eine öffentliche Dienstleistungskonzession bei Bezahlung durch Dritte nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch das Erfordernis gekennzeichnet, dass der Auftragnehmer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernehme. Gehe man somit davon aus, dass das eigentlich entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen einer Dienstleistungskonzession und einem Dienstleistungsauftrag in der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos durch den Auftragnehmer liege, stelle sich die Frage, ob die Übernahme eines wie auch immer gearteten Risikos genüge, wenn nur das gesamte sonst den Auftraggeber treffende Risiko übernommen werde.

[19] Diese Abgrenzung sei umso heikler, als der Dienstleistungserbringer beim Konzessionsmodell nur ein begrenztes wirtschaftliches Risiko zu tragen habe.

[20] Unter diesen Umständen hat das Oberlandesgericht München das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist ein Vertrag über Dienstleistungen (hier: Rettungsdienstleistungen), nach dessen Inhalt eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern

a) im Wege von Verhandlungen zwischen dem Auftragnehmer und Dritten, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind (hier: Sozialversicherungsträger), das Benutzungsentgelt für die zu erbringenden Leistungen festgesetzt wird,

b) im Fall einer Nichteinigung die Entscheidung einer hierfür vorgesehenen Schiedsstelle vorgesehen ist, deren Entscheidung zur Überprüfung durch staatliche Gerichte gestellt wird, und

c) das Entgelt nicht unmittelbar von den Nutzern, sondern von einer Zentralen Abrechnungsstelle, deren Dienste der Auftragnehmer nach dem Gesetz in Anspruch nehmen muss, in regelmäßigen Abschlagszahlungen an den Auftragnehmer ausgezahlt wird,

allein aus diesem Grund als Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 – in Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d der Richtlinie 2004/18 – anzusehen?

2. Falls die erste Vorlagefrage mit Nein zu beantworten ist, liegt eine Dienstleistungskonzession dann vor, wenn das mit der öffentlichen Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko eingeschränkt ist, weil

a) nach einer gesetzlichen Regelung den Benutzungsentgelten für die Leistungserbringung die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten zugrunde zu legen sind, die einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung, einer wirtschaftlichen und sparsamen Betriebsführung sowie einer leistungsfähigen Organisation entsprechen, und

b) die Benutzungsentgelte von solventen Sozialversicherungsträgern geschuldet werden,

c) eine gewisse Exklusivität der Nutzung in dem vertraglich festgelegten Bereich gesichert ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko vollständig übernimmt?

Zu den Vorlagefragen

[21] Da die beiden Fragen des vorlegenden Gerichts miteinander in Zusammenhang stehen, sind sie gemeinsam zu prüfen.

[22] Zunächst ist festzustellen, dass vom Zweckverband Passau vergebene Verträge über die Versorgung der Bevölkerung mit Rettungsdienstleistungen im sogenannten „Konzessionsmodell“ geschlossen werden. Dieses Vergabemodell unterscheidet sich vom sogenannten „Submissionsmodell“, das eine Art der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. April 2010, Kommission/Deutschland, C-160/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 131), dadurch, dass die Vergütung beim Konzessionsmodell nicht durch den öffentlichen Auftraggeber sichergestellt wird, sondern durch die Beträge, die bei den Nutzern der Dienstleistung durch eine Zentrale Abrechnungsstelle erhoben werden. Die Benutzungsentgelte für diese Dienstleistungen werden zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem vom Zweckverband Passau ausgewählten Leistungserbringer vereinbart.

[23] Insoweit ist sogleich darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob ein Vorgang als Dienstleistungskonzession oder als öffentlicher Dienstleistungsauftrag einzustufen ist, ausschließlich anhand des Unionsrechts zu beurteilen ist (vgl. u. a. Urteile vom 18. Juli 2007, Kommission/Italien, C-382/05, Slg. 2007, I-6657, Randnr. 31, und vom 15. Oktober 2009, Acoset, C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Randnr. 38).

[24] Aus dem Vergleich der Definitionen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d bzw. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die, wenn sie auch nicht die einzige Gegenleistung darstellt, vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an

den Dienstleistungserbringer gezahlt wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 39, und Kommission/Italien, Randnrn. 33 und 40), während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. September 2009, Eurawasser, C-206/08, Slg. 2009, I-8377, Randnr. 51).

[25] Im Fall eines Vertrags über Dienstleistungen genügt der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, dem in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Erfordernis einer Gegenleistung (vgl. Urteil Eurawasser, Randnr. 57).

[26] Auch wenn die Art der Vergütung somit eines der ausschlaggebenden Kriterien für die Einordnung als Dienstleistungskonzession darstellt, ergibt sich aus der Rechtsprechung darüber hinaus, dass bei einer Dienstleistungskonzession der Konzessionär das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt und dass die fehlende Übertragung des mit der Erbringung der Dienstleistungen verbundenen Risikos auf den Dienstleistungserbringer darauf hinweist, dass es sich bei dem betreffenden Vorgang um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt und nicht um eine Dienstleistungskonzession (Urteil Eurawasser, Randnrn. 59 und 68 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

[27] Wie sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt, erfolgt im Ausgangsverfahren die Vergütung des Rettungsdienstleisters nicht durch den öffentlichen Auftraggeber, der den fraglichen Vertrag vergeben hat, sondern durch die Benutzungsentgelte, die er nach dem BayRDG bei den Sozialversicherungsträgern, deren Versicherte die Rettungsdienste in Anspruch genommen haben, oder bei Privatversicherten und Nichtversicherten, denen solche Dienstleistungen zuteil geworden sind, erheben darf.

[28] Die Tatsache, dass die Höhe der Benutzungsentgelte nicht einseitig vom Rettungsdienstleister, sondern im Wege der Vereinbarung mit den Sozialversicherungsträgern festgelegt wird, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Slg. 2009, I-4779, Randnrn. 40 bis 59), und dass diese Entgelte nicht unmittelbar von den Nutzern dieser Dienstleistungen an den ausgewählten Dienstleister gezahlt werden, sondern durch eine Zentrale Abrechnungsstelle, die mit der Einziehung und Auszahlung dieser Entgelte in regelmäßigen Abschlagszahlungen beauftragt ist, hat keine Auswirkung auf diese Feststellung. Dies ändert nämlich nichts daran, dass sämtliche Entgelte, die an den Dienstleistungserbringer gezahlt werden, von Personen stammen, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag an ihn vergeben hat, verschieden sind.

[29] In einem Verfahren wie dem Ausgangsverfahren ist für die Annahme einer Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 noch zu prüfen, ob die vereinbarte Art der Vergütung im Recht des Leistungserbringers besteht, die Dienstleistung zu verwerten, und die Übernahme des mit den fraglichen Dienstleistungen verbundenen Betriebsrisikos durch den Leistungserbringer zur Folge hat. Dieses Risiko kann zwar von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist allerdings erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das volle von

ihm getragene Risiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt (vgl. in diesem Sinne Urteile Eurawasser, Randnrn. 77 und 80).

[30] Im Ausgangsverfahren hat der Zweckverband Passau den ausgewählten Dienstleistungserbringern für mehrere Jahre vollumfänglich die ihm nach Art. 4 Abs. 1 BayRDG obliegende technische, verwaltungsmäßige und finanzielle Durchführung rettungsdienstlicher Leistungen übertragen.

[31] Die ausgewählten Leistungserbringer sind also damit betraut, gemäß den vertraglich und im BayRDG festgelegten Bedingungen den Rettungsdienst im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Zweckverbands Passau zu gewährleisten.

[32] Der Rettungsdienst Stadler tritt der Behauptung entgegen, wonach der Zweckverband Passau damit auch ein Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen auf die ausgewählten Leistungserbringer übertragen habe.

[33] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass dann, wenn der Dienstleistungserbringer ausschließlich von Dritten vergütet wird, die Übertragung eines „erheblich eingeschränkten“ Betriebsrisikos durch den öffentlichen Auftraggeber für die Annahme einer Dienstleistungskonzession genügt (vgl. Urteil Eurawasser, Randnr. 77).

[34] Es ist nämlich üblich, dass für bestimmte Tätigkeitsbereiche, insbesondere Bereiche, die wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende die öffentliche Daseinsvorsorge betreffen, Regelungen gelten, die eine Begrenzung der wirtschaftlichen Risiken bewirken können. Insbesondere muss es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden Gemeinwohldienstleistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar auch dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist (Urteil Eurawasser, Randnrn. 72 und 74).

[35] In diesen Bereichen haben die öffentlichen Auftraggeber keinen Einfluss auf die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Dienstleistung und damit auf die Größe des zu übertragenden Risikos, und außerdem wäre es nicht sachgerecht, von einer Behörde, die eine Konzession vergibt, zu verlangen, dass sie für einen schärferen Wettbewerb und ein höheres wirtschaftliches Risiko sorgt, als sie in dem betreffenden Bereich aufgrund der für ihn geltenden Regelungen existieren (vgl. Urteil Eurawasser, Randnrn. 75 und 76).

[36] Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es nicht Sache des Gerichtshofs ist, den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vorgang konkret zu beurteilen. Die Aufgabe des Gerichtshofs ist darauf beschränkt, dem nationalen Gericht eine Auslegung des Unionsrechts zu geben, die für die von ihm zu treffende Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits sachdienlich ist (vgl. Urteil Parking Brixen, Randnr. 32). Die konkrete Einordnung des Vertrags fällt in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts, das zu prüfen hat, ob die festgestellten Umstände die vom Gerichtshof aufgestellten allgemeinen Kriterien erfüllen.

[37] Insoweit ist zu beachten, dass das wirtschaftliche Betriebsrisiko der Dienstleistung als das Risiko zu verstehen ist, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein (vgl. in diesem Sinne Urteil Eurawasser, Randnrn. 66 und 67), das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der

Erbringung der Dienstleistung äußern kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. Oktober 2005, Contse u. a., C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Randnr. 22, und Hans & Christophorus Oymanns, Randnr. 74).

[38] Hingegen sind Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, für die Einordnung eines Vertrags als öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession nicht entscheidend, da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind, ob es sich dabei um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt.

[39] Im Ausgangsverfahren ist erstens zu bemerken, dass die Benutzungsentgelte nicht einseitig vom Rettungsdienstleister, sondern im Wege der Vereinbarung mit den Sozialversicherungsträgern auf der Grundlage von Verhandlungen, die jährlich stattfinden müssen, festgelegt werden. Diese Verhandlungen, deren Ergebnisse nur zum Teil vorhersehbar sind, bergen das Risiko, dass der Dienstleistungserbringer möglicherweise Zwängen Rechnung tragen muss, die ihm während der Vertragslaufzeit auferlegt werden. Diese Zwänge können sich insbesondere aus der Notwendigkeit ergeben, bei den Verhandlungen oder im Schiedsverfahren bezüglich der Höhe der Benutzungsentgelte Kompromisse einzugehen.

[40] In Anbetracht der Tatsache, auf die das vorliegende Gericht selbst hinweist, dass die Sozialversicherungsträger, mit denen der ausgewählte Leistungserbringer diese Verhandlungen zu führen hat, im Hinblick auf ihre gesetzlichen Pflichten Wert darauf legen, dass die Benutzungsentgelte möglichst niedrig festgelegt werden, läuft der Dienstleistungserbringer Gefahr, dass diese Entgelte nicht ausreichen, um seine gesamten Betriebsausgaben zu decken.

[41] Der Dienstleistungserbringer kann sich gegen derartige Eventualitäten nicht schützen, indem er auf die Fortführung seiner Tätigkeit verzichtet, da zum einen die von ihm getätigten Investitionen nicht amortisiert wären und er zum anderen mit den rechtlichen Folgen seiner Entscheidung, den Vertrag vorzeitig zu kündigen, konfrontiert werden könnte. In jedem Fall besitzt ein auf Rettungsdienste spezialisiertes Unternehmen auf dem Transportmarkt nur eine beschränkte Flexibilität.

[42] Zweitens ergibt sich aus dem BayRDG, dass es nicht die vollständige Deckung der Kosten des Wirtschaftsteilnehmers gewährleistet.

[43] Übersteigen die tatsächlichen Kosten des Wirtschaftsteilnehmers in einem bestimmten Zeitraum die voraussichtlichen, der Berechnung der Benutzungsentgelte zugrunde liegenden Kosten, kann dieser Wirtschaftsteilnehmer in eine Verlustsituation geraten, die er durch eine Vorfinanzierung aus eigenen Mitteln bewältigen muss. Es steht fest, dass die Nachfrage nach Rettungsdienstleistungen Schwankungen unterliegen kann.

[44] Zudem wird bei einer Differenz zwischen den tatsächlichen und den von den Sozialversicherungsträgern anerkannten voraussichtlichen Kosten das Ergebnis der Rechnungslegung lediglich zum Gegenstand der nächsten Verhandlungen gemacht, was die Sozialversicherungsträger nicht verpflichtet, ein mögliches Defizit im Folgejahr auszugleichen, und somit keine Garantie für einen vollständigen Ausgleich bedeutet.

[45] Hinzu kommt, dass, wenn die Kosten als Budget vorgeesehen sind, ein Vortrag des positiven oder negativen Unternehmensergebnisses auf das Folgejahr nicht möglich ist.

[46] Drittens ist der ausgewählte Leistungserbringer in einem bestimmten Maß dem Risiko des Ausfalls der Schuldner der Benutzungsentgelte ausgesetzt. Zwar ist die überwiegende Mehr-

zahl der Dienstleistungsnutzer über die Sozialversicherungsträger versichert, aber ein nicht unerheblicher Teil der Nutzer sind Nichtversicherte oder Privatversicherte. Zwar übernimmt die Zentrale Abrechnungsstelle es in technischer Hinsicht, die Forderungen bei den Letztgenannten einzuziehen, sie übernimmt aber weder die Verbindlichkeiten Nichtversicherter oder Privatversicherter, noch garantiert sie, dass diese die Benutzungsentgelte auch tatsächlich zahlen. Aus den dem Gerichtshof mitgeteilten Informationen geht hervor, dass die Zentrale Abrechnungsstelle nicht über die Befugnisse einer öffentlichen Stelle verfügt.

[47] Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das BayRDG nach den Angaben des vorlegenden Gerichts nicht ausschließt, dass es mehreren Wirtschaftsteilnehmern gestattet wird, ihre Dienstleistungen innerhalb ein und desselben Gebiets zu erbringen. Infolgedessen hat der Zweckverband Passau im Ausgangsverfahren Verträge mit zwei Dienstleistungserbringern geschlossen.

[48] Auf die vorgelegten Fragen ist daher zu antworten, dass ein Vertrag über Rettungsdienstleistungen, bei dem die Vergütung des ausgewählten Wirtschaftsteilnehmers vollumfänglich durch Personen sichergestellt wird, die von dem öffentlichen Auftraggeber, der den Vertrag vergeben hat, verschieden sind, und dieser Wirtschaftsteilnehmer insbesondere aufgrund des Umstands, dass die Höhe der Benutzungsentgelte für die betreffenden Dienstleistungen vom Ergebnis jährlicher Verhandlungen mit Dritten abhängt und er keine Gewähr für die vollständige Deckung der im Rahmen seiner nach den Grundsätzen des nationalen Rechts durchgeführten Tätigkeiten angefallenen Kosten hat, einem, wenn auch nur erheblich eingeschränkten, Betriebsrisiko ausgesetzt ist, als vertragliche „Dienstleistungskonzession“ im Sinne von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 zu qualifizieren ist.

[49] Es ist hinzuzufügen, dass Verträge über Dienstleistungskonzessionen beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts zwar von keiner der Richtlinien erfasst werden, mit denen der Unionsgesetzgeber das öffentliche Auftragswesen geregelt hat, die öffentlichen Stellen, die solche Verträge schließen, aber gleichwohl verpflichtet sind, die Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere die Art. 49 AEUV und 56 AEUV, sowie die daraus fließende Transparenzpflicht zu beachten, wenn – was das vorlegende Gericht zu prüfen hat – an dem betreffenden Vertrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. April 2010, Wall, C-91/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 33 und 34 sowie die dort angeführte Rechtsprechung) [...]

Anmerkung

Die Vergabepflicht von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell¹

Im Jahr 2010 bestätigte der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden kurz: „Gerichtshof“ oder „EuGH“) die Anwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinie 2004/18, wenn Rettungsdienstleistungen in den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt oder im Freistaat Sachsen („Submissionsmodell“) vergeben werden.² Seit seinem Urteil vom 10.3.2011 steht fest, unter welchen Umständen der Gerichtshof in den Ländern, in denen Rettungsdienste nach dem Konzessionsmodell vergeben werden (z.B. in Baden-Württemberg, im Freistaat Bayern, in der Freien und Hansestadt Hamburg, in Hessen und in Rheinland-Pfalz), die EU-Vergaberichtlinie für unanwendbar hält, weil die benötigten Dienstleistungen in Rahmen einer Dienstleistungskonzession und

nicht im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags erbracht werden sollen.³ Im rechtsfreien Raum bewegt sich die Konzessionsvergabe aber auch dann nicht; der Gerichtshof erinnert im Urteil vom 10.3.2011 an die europarechtlichen Grundfreiheiten und den Grundsatz der Transparenz, denen das Verfahren zur Konzessionsvergabe genügen muss, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse an ihr besteht.

1. Rettungsdienstleistungen in Deutschland

Rettungsdienstleistungen werden in den meisten Ländern der Bundesrepublik Deutschland nach dem „dualen System“ erbracht (auch „Trennungsmodell“ genannt). 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 Notfalltransportleistungen und qualifizierte Krankentransportleistungen.

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“.⁴

Im Konzessionsmodell wird die Vergütung der Rettungsdienstleistungen durch die Beträge sichergestellt, die bei den Nutzern der Dienstleistung durch eine Zentrale Abrechnungsstelle erhoben werden. Die Benutzungsentgelte für diese Dienstleistungen werden zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem vom Konzessionsgeber ausgewählten Leistungserbringer vereinbart.⁵

2. Gegenstand des EuGH-Urteils vom 10.3.2011

Gegenstand des EuGH-Urteils vom 10.3.2011 ist ausschließlich die Vergabepflichtigkeit von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell, und zwar speziell im Freistaat Bayern.⁶ Im Rahmen eines Ersuchens um Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) hatte der Vergabesenaat beim Oberlandesgericht München den Gerichtshof angerufen, um die Kriterien zur Abgrenzung der europarechtlichen Begriffe „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ und „Dienstleistungskonzession“ klären zu lassen.⁷

3. Praktische Bedeutung des EuGH-Urteils vom 10.3.2011

Die praktische Bedeutung der Unterscheidung liegt darin, dass Rettungsdienstleistungen, die als Dienstleistungsauftrag vergeben werden, die vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach Maßgabe der EU-Vergaberichtlinien bzw. des deutschen Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB)

1 EuGH, Urt. v. 10.3.2011 – C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, in diesem Heft S. 61 ff.

2 EuGH, Urt. v. 29.4.2010 – C-160/08 (*Kommission ./. Deutschland*), npOR 2010, 57, m. Anm. Hübner.

3 EuGH (Fn. 1).

4 EuGH (Fn. 2), Tz. 20-23.

5 EuGH (Fn. 1), S. 64, Tz. 22.

6 EuGH (Fn. 1), S. 64, Tz. 22.

7 OLG München, EuGH-Vorlage v. 2.7.2009 – Verg 05/09, Vergaber 2009, 781.

8 BGH, Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, NZBau 2011, 175, 179, Tz. 29

erforderlich machen, während ihre Vergabe in Gestalt einer Dienstleistungskonzession nicht den EU-Vergaberichtlinien und damit auch nicht dem deutschen Vergaberecht unterfällt.

Nicht nur das in seinen konkreten Anforderungen bislang völlig ungeklärte Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession lässt es aus der Sicht des Auftraggebers attraktiv erscheinen, den Verfahrensaufwand zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags zu vermeiden und das Heil in einer Gestaltung als Konzessionsvergabe zu suchen. Auch mit Blick auf etwaigen Bieterrechtsschutz gegen Vergabeverstöße wird der öffentliche Auftraggeber sorgfältig prüfen, ob er den Dienstleistungsvertrag nicht als Dienstleistungskonzession vergeben kann. Denn die Dienstleistungskonzession kann nicht im Wege des vergleichsweise effektiven Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 102 ff. GWB vor den Vergabekammern und den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte überprüft werden wie ein Dienstleistungsauftrag.⁸

Eröffnet ist stattdessen nach umstrittener Ansicht der Verwaltungsrechtsweg.⁹ Der Rechtsschutz suchende Konzessionär kommt dort, also außerhalb des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens, jedoch nicht in den Genuss des vergaberechtlichen Anspruchs auf Einsicht in die Vergabeakten des Auftraggebers (§ 111 GWB). Auch löst sein Rechtsmittel dann nicht automatisch das Zuschlagsverbot für den Auftraggeber aus, das im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren von Gesetzes wegen ab dem Zeitpunkt gilt, in dem die Vergabekammer den Auftraggeber über den Antrag auf Nachprüfung informiert (§ 115 Abs. 1 GWB). Da mit der Zuschlagserteilung nach überkommener Rechtsauffassung kein Primärrechtsschutz mehr eröffnet ist (§ 114 Abs. 2 S. 1 GWB), droht der Rechtsschutz suchende Interessent an der Konzession somit typischerweise an der Schaffung vollendeter Tatsachen (der Zuschlagserteilung) zu scheitern.

Die Abgrenzung von Dienstleistungsauftrag und -konzession ist daher in der Vergabepaxis überaus bedeutsam.

4. Kriterien zur Abgrenzung von Dienstleistungsauftrag und -konzession

Die Kriterien zur Abgrenzung von Dienstleistungsauftrag und -konzession entnimmt der EuGH im Urteil *Krankentransport Stadler* seiner Leitentscheidung „*Eurawasser*“ vom 10.9.2009.¹⁰ Der EuGH setzt damit seine Rechtsprechung fort, dass die Abgrenzungskriterien ausschließlich anhand des Unionsrechts (und somit allein durch den Gerichtshof) zu bestimmen sind.¹¹ Gleichzeitig hält der EuGH auch im Urteil *Krankentransport Stadler* daran fest, dass die Bewertung des konkreten Sachverhalts anhand der europarechtlich präformierten Abgrenzungskriterien in die Zuständigkeit des nationalen (hier: deutschen) Gerichts fällt.¹² Die für die Überprüfung zuständigen deutschen Verwaltungsgerichte sind mithin unmittelbar an die Abgrenzung durch den Gerichtshof gebunden und können nicht autonom die Rechtsbegriffe definieren.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt der Unterschied zwischen Dienstleistungsauftrag und -konzession zum einen in der Art der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen. Ein Dienstleistungsauftrag liegt vor, wenn die Gegenleistung (ausschließlich oder jedenfalls zum wesentlichen Teil) vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird. Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises.¹³

Zum anderen ist entscheidend, wer das Betriebsrisiko der Dienstleistung trägt – der Auftraggeber oder der Auftragnehmer bzw. Konzessionär: Bei einer Dienstleistungskonzession übernimmt der Konzessionär das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen. Demgegenüber weist die fehlende Übertragung des mit der Erbringung der Dienstleistungen verbundenen Risikos auf den Dienstleistungserbringer darauf hin, dass es sich bei dem betreffenden Vorgang um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt.¹⁴

In Anwendung dieser Kriterien gelangt der EuGH zutreffend zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Freistaat Bayern um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handelt:

Zunächst stellt der Gerichtshof auf den Umstand ab, dass der Rettungsdienstleister im Freistaat Bayern keine Vergütung vom öffentlichen (kommunalen) Auftraggeber erhält, der die Rettungsdienstleistungen ausgeschrieben hat. Denn sowohl bei den Sozialversicherungsträgern, mit denen der Rettungsdienstleister die Höhe der Dienstleistungsentgelte vereinbart, als auch bei der Zentralen Abrechnungsstelle, die die Einziehung und Auszahlung der Entgelte besorgt, handelt es sich um Personen, die von der ausschreibenden Stelle verschieden sind.¹⁵ Das spricht nach Maßgabe des ersten Abgrenzungskriteriums gegen einen vergabepflichtigen Dienstleistungsauftrag.

5. Speziell: Übernahme des mit der Dienstleistung verbundenen Betriebsrisikos?

Minutiös prüft der Gerichtshof sodann das zweite Abgrenzungskriterium, wer nämlich das Betriebsrisiko bei der Erbringung der Rettungsdienstleistungen trägt.¹⁶ In diesen Ausführungen liegt für den Vergabepraktiker das entscheidend Neue des Urteils *Krankentransport Stadler*. Denn erstmals erläutert der EuGH, was genau er unter „Betriebsrisiko“ versteht bzw. welche Umstände nicht zu einer Übernahme des Betriebsrisikos führen.

Unter Betriebsrisiko versteht der Gerichtshof das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein. Das Betriebsrisiko könne sich äußern

- im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer;
- im Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage;
- im Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden;
- im Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen; und

(zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen); OLG München (Fn. 7), VergabeR 2009, 781, 790; a.A. (analoge Anwendbarkeit der §§ 102 ff. GWB auf Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.2011 – Verg 48/10, zitiert nach www.ibr-online.de.

9 OLG München (Fn. 7), VergabeR 2009, 781, 791, m.w.N. in Fn. 12; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 7.2.2011 – 15 E 1485/10, zitiert nach www.ibr-online.de; a.A. möglicherweise BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, VergabeR 2007, 337; Zivilrechtsweg für Unterschwellenvergaben.

10 EuGH, UrT. v. 10.9.2009 – C-206/08, *Eurawasser*, EuZW 2009, 810 m. Anm. *Hübner*.

11 EuGH (Fn. 1), S. 64, Tz. 23.

12 EuGH (Fn. 1), S. 65, Tz. 36.

13 EuGH (Fn. 1), S. 64, Tz. 24 m.v.w.N.

14 EuGH (Fn. 1), S. 64, Tz. 26.

15 EuGH (Fn. 1), S. 64, Tz. 27, 28.

16 EuGH (Fn. 1), S. 66, Tz. 37 ff.

17 EuGH (Fn. 1), S. 66, Tz. 37.

- im Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung.¹⁷

Hingegen hält der Gerichtshof Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, für die Einordnung eines Vertrags als öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession nicht für entscheidend, da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind.¹⁸

Diese Definition des „Betriebsrisikos“ vermag im Ergebnis zu überzeugen.

- Konkurrenzrisiko

Anders als bei einem Dienstleistungsauftrag, bei dem der Auftragnehmer im Umfang des Dienstleistungsauftrags der einzige Leistungserbringer ist und somit zumindest faktisch Exklusivität genießt, kann es sein – wie z.B. im Freistaat Bayern¹⁹ –, dass konkurrierende Anbieter von Rettungsdienstleistungen in unvorhersehbarer Zahl im selben Gebiet wie der Konzessionär zugelassen werden und es somit völlig offen bleibt, ob eine vollständige Deckung der Betriebsausgaben und Investitionen des Konzessionärs erreicht werden wird.

- Nachfragerisiko

Auch das Risiko des Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage unterscheidet die Dienstleistungskonzession maßgeblich vom Dienstleistungsauftrag: Anders als beim Dienstleistungsauftrag übernimmt der Konzessionär das Risiko, Dienstleistungen in bestimmtem Mindestumfang anbieten zu müssen, ohne aber ein eigenes Recht auf Inanspruchnahme der Dienstleistung gegen eine vorher bestimmte Vergütung zu haben.²⁰ Wenn feststeht, dass die Nachfrage nach einer Dienstleistung unvorhersehbaren Schwankungen unterliegt (wie der EuGH für Rettungsdienstleistungen feststellt²¹) und der Dienstleistungserbringer das Schwankungsrisiko nicht vom Auftraggeber abgenommen bekommt, z.B. indem der Auftraggeber ein pauschales Dienstleistungsvolumen kauft und dem Dienstleistungserbringer bezahlt oder ausgebliebene Inanspruchnahmen ausgleicht, verbleibt das Betriebsrisiko beim Dienstleistungserbringer und liegt mithin eine Dienstleistungskonzession vor.

- Insolvenzrisiko

Das Insolvenzrisiko seines Auftraggebers trägt zwar auch der Auftragnehmer eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Im Unterschied zu diesem kennt der Konzessionär aber seine Entgeltschuldner nicht im Vorhinein und kann daher deren Insolvenzgefahr nicht im Vorhinein abschätzen. Zutreffend berücksichtigt der EuGH daher das so verstandene Insolvenzrisiko als Teilaspekt des abgrenzungsrelevanten „Betriebsrisikos“.

- Risiko unvollständiger Ausgabendeckung

Erst auf den zweiten Blick nachvollziehbar ist das vom Gerichtshof benannte Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen. Denn auf den ersten Blick ist auch der Auftragnehmer eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dem Risiko ausgesetzt, dass seine Betriebsausgaben aufgrund fehlerhafter Kalkulation nicht vollständig durch die vereinbarten Einnahmen gedeckt werden. In diesem Zusammenhang ist jedoch der Hinweis des Gerichtshofes von Bedeutung, dass das Risiko des Dienstleistungserbringers, Beurteilungsfehler bei der Ausgaben-/Kostendeckungskalkulation zu begehen, kein Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstleistungsauftrag und -konzession darstellt.²²

Das „Risiko unvollständiger Ausgabendeckung“ meint deshalb bei richtigem Verständnis das Risiko des Dienstleistungserbringers, selbst bei beurteilungsfreier Ausgaben-/Kostende-

ckungskalkulation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sicher sein zu können, dass die Einnahmen die Ausgaben vollständig decken werden. Dieses Risiko besteht nach der zutreffenden Beurteilung des EuGH im entschiedenen Fall: Denn weder das Bayerische Rettungsdienstgesetz noch die systemimmanent erst nach Vertragsschluss durchgeführte Verhandlung des Leistungserbringers mit den Sozialversicherungsträgern über die Benutzungsentgelte gewährleistet vollständige Kostendeckung in jedem Fall.²³

Der EuGH gelangt somit im Ergebnis zutreffend zu der Beurteilung, dass es sich bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Freistaat Bayern um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handelt, die daher nicht in den Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinie 2004/18 fällt, weil dem Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko übertragen wird.

6. Keine Vergabefreiheit trotz Unanwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinien

Jenseits der Vorlagefragen des OLG München ruft der Gerichtshof abschließend in Erinnerung, dass die Unanwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinie 2004/18 (und damit die Unanwendbarkeit des deutschen Vergaberechts gemäß den §§ 97 ff. GWB) bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell nicht zu der Fehlannahme verleiten darf, die Konzessionsvergabe finde im rechtsfreien Raum statt.

In Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung hält der Gerichtshof fest, dass öffentliche Stellen, die Konzessionsverträge schließen, verpflichtet sind, die Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, sowie die daraus fließende Transparenzpflicht zu beachten, wenn – was das nationale (hier: deutsche) Gericht zu prüfen hat – an dem betreffenden Vertrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.²⁴ Das ist dann der Fall, wenn ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat (EU-Ausland) als dem, in dem die betreffende Dienstleistungskonzession erteilt wird (Deutschland), ansässig ist, an dieser interessiert sein kann.²⁵

Es ist naheliegend im Fall *Krankentransport Stadler* anzunehmen, dass zumindest Unternehmen aus der Tschechischen Republik und Österreich, die sich auf Krankentransporte spezialisiert haben, Interesse an einer Dienstleistungskonzession haben können, die im benachbarten Deutschland von dem an der Staatsgrenze zu diesen Mitgliedstaaten gelegenen Zweckverband Passau vergeben werden.

7. Ergebnis

Bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungsverträgen im Freistaat Bayern ist die EU-Vergaberichtlinie 2004/18 und folglich auch die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar.

18 EuGH (Fn. 1), S. 65, Tz. 38.

19 EuGH (Fn. 1), S. 66, Tz. 47.

20 Hübner, Anm. zu EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 – *Eurawasser*, EuZW 2009, 810, 815.

21 EuGH (Fn. 1), S. 66, Tz. 43.

22 EuGH (Fn. 1), S. 65, Tz. 38.

23 EuGH (Fn. 1), S. 65, Tz. 39-42.

24 EuGH (Fn. 1), S. 66, Tz. 49.

25 EuGH, Urt. v. 13.4.2010 – C-91/08, *Wall*, VergabeR 2010, 643, 648 Rn. 33 f.

Dasselbe gilt in Ländern, in denen Rettungsdienste ebenfalls nach dem Konzessionsmodell vergeben werden (z.B. in Baden-Württemberg, in der Freien und Hansestadt Hamburg, in Hessen und in Rheinland-Pfalz), wenn der gesetzliche und tatsächliche Rahmen der Konzessionsvergabe (z.B. Rettungsdienstegesetz und Zeitpunkt sowie Art und Weise der Verhandlung der Benutzungsentgelte) den bayerischen Verhältnissen gleicht.

Stets sind jedoch bei der Konzessionsvergabe die europarechtlichen und somit auch in Deutschland geltenden Grundsätze der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, der Bietergleichbehandlung, der EU-Grundfreiheiten und der Transparenz zu beachten, wenn Unternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, an der Konzessionsvergabe interessiert sein können.

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

Verwaltungsanweisungen

Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Opfer der Erd- und Seebebenkatastrophe in Japan im März 2011

BMF, Schr. v. 24.3.2011 – IV C 4 - S 2223/07/0015 :005 (DOK 2011/0219607)

Durch die Naturkatastrophen und die daraus resultierenden weitergehenden Folgen, insbesondere die Nuklearkatastrophen, sind in großen Teilen Japans erhebliche Schäden zu verzeichnen. Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder werden die zur Unterstützung der Opfer getroffenen Verwaltungsregelungen in diesem Schreiben zusammengefasst. Sie gelten vom 11. März bis zum 31. Dezember 2011.

I. Steuerliche Behandlung von Zuwendungen aus dem Betriebsvermögen

1. Zuwendung als Sponsoring-Maßnahme

Die Aufwendungen des Unternehmers sind nach den im BMF-Schreiben - IV B 2 - S 2144 - 40/98 -/ - IV B 7 - S 0183 - 62/98 - vom 18. Februar 1998 (BStBl I Seite 212) dargestellten Grundsätzen zum Betriebsausgabenabzug zuzulassen. Aufwendungen des sponsernden Unternehmers sind danach Betriebsausgaben, wenn der Sponsor wirtschaftliche Vorteile, die in der Sicherung oder Erhöhung seines unternehmerischen Ansehens liegen können, für sein Unternehmen erstrebt. Diese wirtschaftlichen Vorteile sind u. a. dadurch erreichbar, dass der Sponsor öffentlichkeitswirksam (z. B. durch Berichterstattung in Zeitungen, Rundfunk, Fernsehen usw.) auf seine Leistungen aufmerksam macht.

2. Zuwendungen an Geschäftspartner

Wendet der Unternehmer seinen durch die Naturkatastrophen und die daraus resultierenden anderweitigen Folgen (insbesondere Nuklearkatastrophen) geschädigten Geschäftspartnern zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen unentgeltlich Leistungen aus seinem Betriebsvermögen zu, sind die Aufwendungen in voller Höhe als Betriebsausgaben abziehbar. § 4 Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 EStG ist insoweit aus Billigkeitsgründen nicht anzuwenden.

3. Sonstige Zuwendungen

Erfüllt die Zuwendung des Unternehmers unter diesen Gesichtspunkten nicht die Voraussetzungen für den Betriebsausgabenabzug, so ist aus allgemeinen Billigkeitserwägungen die Zuwendung von Wirtschaftsgütern oder sonstigen betrieblichen Nutzungen und Leistungen (nicht hingegen Geld) des Unternehmers aus einem inländischen Betriebsvermögen an durch die Naturkatastrophen und die weitergehenden Folgen (insbesondere Nuklearkatastrophen) geschädigte

Unternehmen als Betriebsausgabe zu behandeln, die ohne Rücksicht auf § 4 Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 EStG abgezogen werden darf.

II. Lohnsteuer

Aus Billigkeits- und Vereinfachungsgründen gilt Folgendes:

1. Unterstützung an Arbeitnehmer

Beihilfen und Unterstützungen des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer können nach R 3.11 LStR 2011 steuerfrei sein. R 3.11 Absatz 2 LStR 2011 ist auf Unterstützungen, die von den Naturkatastrophen und den Folgeschäden betroffene Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber erhalten, mit folgender Maßgabe anzuwenden:

- Die in R 3.11 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis 3 LStR 2011 genannten Voraussetzungen brauchen nicht vorzuliegen,
- die Unterstützungen sind bis zu einem Betrag von 600 Euro je Kalenderjahr steuerfrei. Der 600 Euro übersteigende Betrag gehört nicht zum steuerpflichtigen Arbeitslohn, wenn unter Berücksichtigung der Einkommens- und Familienverhältnisse des Arbeitnehmers ein besonderer Notfall vorliegt. Im Allgemeinen kann bei von den Naturkatastrophen und den Folgeschäden betroffenen Arbeitnehmern von einem besonderen Notfall ausgegangen werden.

Auf Unterstützungen, die in Form von sonst steuerpflichtigen Zinsvorteilen (BMF-Schreiben vom 1. Oktober 2008, BStBl I Seite 892) oder in Form von Zinszuschüssen gewährt werden, ist die vorstehende Regelung ebenfalls anzuwenden. Zinszuschüsse und Zinsvorteile bei Darlehen, die zur Beseitigung von Schäden durch die Naturkatastrophen und deren weitergehende Folgen aufgenommen worden sind, sind deshalb ebenfalls nach R 3.11 Absatz 2 LStR 2011 steuerfrei, und zwar während der gesamten Laufzeit des Darlehens. Voraussetzung hierfür ist, dass das Darlehen die Schadenshöhe nicht übersteigt. Bei längerfristigen Darlehen sind Zinszuschüsse und Zinsvorteile insgesamt nur bis zu einem Betrag in Höhe des Schadens steuerfrei.

Die steuerfreien Leistungen sind im Lohnkonto aufzuzeichnen (§ 4 Absatz 2 Nummer 4 Satz 1 LStDV); dabei ist auch zu dokumentieren, dass der die Leistung empfangende Arbeitnehmer durch die Naturkatastrophen und deren weitergehende Folgen zu Schaden gekommen ist.

2. Arbeitslohnspende

Verzichten Arbeitnehmer auf die Auszahlung von Teilen des Arbeitslohns oder auf Teile eines angesammelten Wertguthabens

a) zugunsten einer Beihilfe des Arbeitgebers an von den Naturkatastrophen und den Folgeschäden betroffene Arbeitnehmer des Unternehmens (Nummer 1),

b) zugunsten einer Beihilfe des Arbeitgebers an von den Naturkatastrophen und den Folgeschäden betroffene Arbeitnehmer eines zu demselben Konzern – wie das Unternehmen des Arbeitgebers - gehörenden Unternehmens oder

c) zugunsten einer Zahlung des Arbeitgebers auf ein Spendenkonto einer spendenempfangsberechtigten Einrichtung im Sinne des § 10b Absatz 1 Satz 2 EStG

bleiben diese Lohnanteile bei der Feststellung des steuerpflichtigen Arbeitslohns außer Ansatz, wenn der Arbeitgeber die Verwendungsvoraussetzungen erfüllt und dies dokumentiert.

Der außer Ansatz bleibende Arbeitslohn ist im Lohnkonto aufzuzeichnen (§ 4 Absatz 2 Nummer 4 Satz 1 LStDV). Auf die Aufzeichnung kann verzichtet werden, wenn stattdessen der Arbeitnehmer seinen Verzicht schriftlich erklärt hat und diese Erklärung zum Lohnkonto genommen worden ist.

Der außer Ansatz bleibende Arbeitslohn ist nicht in der Lohnsteuerbescheinigung (§ 41b Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 EStG) anzugeben.

Die steuerfrei belassenen Lohnanteile dürfen im Rahmen der Einkommensteueranmeldung nicht als Spende berücksichtigt werden.

Für Zwecke des Kindergeldes handelt es sich bei dem außer Ansatz bleibenden Arbeitslohn eines Kindes weder um einen Verzicht auf Arbeitslohn im Sinne des § 32 Absatz 4 Satz 9 EStG noch um einen Bezug.

Das Sozialversicherungsrecht sieht nach der geltenden Rechtslage für Arbeitslohnspenden ins Ausland keine Freistellung von der Beitragspflicht vor.

III. Spenden

Vereinfachter Zuwendungsnachweis

Für alle Sonderkonten, die von inländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, inländischen öffentlichen Dienststellen oder von den amtlich anerkannten Verbänden der freien Wohlfahrtspflege eingerichtet wurden, gilt ohne betragsmäßige Beschränkung der vereinfachte Zuwendungsnachweis. Nach § 50 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EStDV genügt in diesen Fällen als Nachweis der Bareinzahlungsbeleg oder die Buchungsbestätigung (z. B. Kontoauszug) eines Kreditinstitutes oder der PC-Ausdruck bei Online-Banking. Soweit bis zum 30. März 2011 im Hinblick auf ergangene Verwaltungsanweisungen Zuwendungen nicht auf ein Sonderkonto, sondern auf ein Konto der o. a. Spendenempfänger geleistet wurden, gilt auch hier der vereinfachte Zuwendungsnachweis.

Haben nicht steuerbegünstigte Spendensammler Spendenkonten eingerichtet und zu Spenden aufgerufen, sind diese Zuwendungen steuerlich abziehbar, wenn das Spendenkonto als Treuhandkonto geführt wird und die Zuwendungen anschließend entweder an eine gemeinnützige Körperschaft oder an eine inländische juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. eine inländische öffentliche Dienststelle weitergeleitet werden. Zur Erstellung von Zuwendungsbestätigungen muss dem Zuwendungsempfänger auch eine Liste mit den einzelnen Spendern und dem jeweiligen Anteil an der Gesamtsumme übergeben werden.

Unter folgenden Voraussetzungen ist auch ein vereinfachter Zuwendungsnachweis möglich: Die gesammelten Spenden werden auf ein Sonderkonto einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines amtlich anerkannten Verbandes der freien Wohlfahrtspflege überwiesen. Die einzelnen Spender erhalten eine Ablichtung der Buchungsbestätigung des Kreditinstitutes sowie eine Liste über alle beteiligten Spender einschließlich der jeweils geleisteten Beträge. Es ist auch möglich, dass statt der Liste eine (Einzel-) Bescheinigung für jeden Spender erstellt wird.

IV. Spendenaktionen von gemeinnützigen Körperschaften für durch die Naturkatastrophen und die weitergehenden Folgen geschädigte Personen

Einer gemeinnützigen Körperschaft ist es grundsätzlich nicht erlaubt, Mittel für steuerbegünstigte Zwecke zu verwenden, die sie nach ihrer Satzung nicht fördert (§ 55 Absatz 1 Nummer 1 AO). Ruft eine gemeinnützige Körperschaft, die nach ihrer Satzung keine hier in Betracht kommende Zwecke - wie insbesondere mildtätige Zwecke - verfolgt (z. B. Sportverein, Bildungsverein, Kleingartenverein oder Brauchtumsverein), zu Spenden zur Hilfe für die Opfer der Naturkatastrophen und der Folgeschäden auf und kann sie die Spenden nicht zu Zwecken, die sie nach ihrer Satzung fördert, verwenden, gilt Folgendes:

Es ist unschädlich für die Steuerbegünstigung einer Körperschaft, die nach ihrer Satzung keine zum Beispiel mildtätigen Zwecke fördert oder regional gebunden ist, wenn sie Mittel, die sie im Rahmen einer Sonderaktion für die Hilfe für Opfer der Naturkatastrophen und der Folgeschäden erhalten hat, ohne entsprechende Änderung ihrer Satzung für den angegebenen Zweck verwendet. Hierzu reicht es aus, wenn die Spenden entweder an eine gemeinnützige Körperschaft, die zum Beispiel mildtätige Zwecke verfolgt, oder an eine inländische juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. eine inländische öffentliche Dienststelle zu diesem Zweck weitergeleitet werden. Die gemeinnützige Einrichtung, die die Spenden gesammelt hat, muss entsprechende Zuwendungsbestätigungen für Spenden, die sie für die Hilfe für Opfer der Naturkatastrophen und der Folgeschäden erhält und verwendet, bescheinigen. Auf die Sonderaktion ist in der Zuwendungsbestätigung hinzuweisen.

V. Umsatzsteuer

Das Umsatzsteuerrecht ist in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union insbesondere durch die Vorschriften der Richtlinie 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem vom 28. November 2006 (Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie) weitgehend harmonisiert. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die dort getroffenen Regelungen in nationales Recht umzusetzen. Die Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie kennt keine Möglichkeit, die es einem Mitgliedstaat zur Bewältigung von Naturkatastrophen, wenn auch nur zeitlich und sachlich begrenzt, gestatten würde, von den verbindlichen Richtlinienvorschriften abzuweichen.

Sachliche Billigkeitsmaßnahmen bei unentgeltlichen Zuwendungen aus einem Unternehmen nach § 3 Absatz 1b UStG sind daher ebenso wenig möglich wie eine Ausweitung der Steuervergütung nach § 4a UStG. Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht und steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern - Veröffentlichungen zu Steuerarten - Einkommensteuer - (<http://www.bundesfinanzministerium.de/Einkommensteuer-.479.htm>) zur Ansicht und zum Abruf bereit.

Steuerlicher Spendenabzug (§ 10b EStG); Verwendung der verbindlichen Muster für Zuwendungsbestätigungen nach dem BMF-Schreiben vom 13. Dezember 2007

BMF, Schr. v. 4.5.2011 – IV C 4 - S 2223/07/0018 :004 (DOK 2011/0352871)

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt für die Verwendung der verbindlichen Muster für Zuwendungsbestätigungen im Sinne des § 50 Absatz 1 der Einkommensteuerrichtlinien - EStDV - Folgendes:

1. Die im Bundessteuerblatt 2008 Teil I Seite 4 veröffentlichten neuen Muster für Zuwendungsbestätigungen sind verbindliche Muster (vgl. § 50 Absatz 1 EStDV). Die Zuwendungsbestätigungen sind vom jeweiligen Zuwendungsempfänger anhand dieser Muster selbst herzustellen. In einer auf einen bestimmten Zuwendungsempfänger zugeschnittenen Zuwendungsbestätigung müssen nur die Angaben aus den veröffentlichten Mustern übernommen werden, die im Einzelfall einschlägig sind.

2. Die Wortwahl und die Reihenfolge der vorgeschriebenen Textpassagen in den vorgenannten Mustern sind beizubehalten, Umformulierungen sind unzulässig. Zusätze sind nur in den nachfolgend genannten Ausnahmefällen (vgl. Randnummer 6) zulässig.

3. Hinsichtlich der optischen Gestaltung der Zuwendungsbestätigung ist es dem Zuwendungsempfänger – unter Berücksichtigung der entsprechenden Vorgaben dieses Schreibens – grundsätzlich freigestellt, ob er eine optische Hervorhebung von Textpassagen beispielsweise durch Einrahmungen und/oder vorangestellte Ankreuzkästchen wählt. Es bestehen auch keine Bedenken, den Namen des Zuwendenden und dessen Adresse untereinander anzuordnen, um dies gegebenenfalls gleichzeitig als Anschriftenfeld zu nutzen. Die Zuwendungsbestätigung darf die Größe einer DIN A 4-Seite nicht überschreiten.

4. Auf der Zuwendungsbestätigung dürfen weder Danksagungen an den Zuwendenden noch Werbung für die Ziele der begünstigten Einrichtung angebracht werden. Entsprechende Texte sind jedoch auf der Rückseite zulässig.

5. Es bestehen keine Bedenken, wenn der Zuwendungsempfänger auf seinem Mustervordruck alle ihn betreffenden steuerbegünstigten Zwecke nennt. Aus steuerlichen Gründen bedarf es keiner Kenntlichmachung, für welchen konkreten steuerbegünstigten Zweck gespendet bzw. die Spende verwendet wurde.

6. Gegen die Erstellung einer Bestätigung mehrerer Geldzuwendungen (Mitgliedsbeiträge und/oder Geldspenden) in einer förmlichen Zuwendungsbestätigung, einer so genannten Sammelbestätigung, bestehen unter folgenden Voraussetzungen keine Bedenken:

- Anstelle des Wortes „Bestätigung“ ist das Wort „Sammelbestätigung“ zu verwenden.
- In dieser Sammelbestätigung ist die Gesamtsumme zu nennen.
- Nach der Bestätigung, dass die Zuwendungen zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke verwendet werden, ist folgende Bestätigung auf der Sammelbestätigung zu ergänzen:
- „Es wird bestätigt, dass über die in der Gesamtsumme enthaltenen Zuwendungen keine weiteren Bestätigungen, weder formelle Zuwendungsbestätigungen noch Beitragsquittungen oder ähnliches ausgestellt wurden und wer-

den.“

- Auf der Rückseite der Sammelbestätigung oder in der dazugehörigen Anlage ist jede einzelne Zuwendung mit Datum, Betrag und Art (Mitgliedsbeitrag, Geldspende) aufzulisten. Diese Auflistung muss ebenfalls eine Gesamtsumme enthalten, die derjenigen der Sammelbestätigung entspricht, und als „Anlage zur Sammelbestätigung vom ...“ gekennzeichnet sein.
- Zu jeder einzelnen in der Sammelbestätigung enthaltenen Geldspende ist anzugeben, ob es sich hierbei um den Verzicht auf die Erstattung von Aufwendungen handelt oder nicht (vergleiche Randnummer 9). Handelt es sich um direkte Geldspenden oder um Geldspenden im Wege des Verzichts auf die Erstattung von Aufwendungen, sind die entsprechenden Angaben dazu entweder auf der Rückseite der Sammelbestätigung oder in der Anlage zu machen.
- In der Sammelbestätigung ist anzugeben, auf welchen Zeitraum sich diese erstreckt. Die Sammelbestätigung kann auch für nur einen Teil des Kalenderjahrs ausgestellt werden.

7. Der zugewendete Betrag ist sowohl in Ziffern als auch in Buchstaben zu benennen. Für die Benennung in Buchstaben ist es nicht zwingend erforderlich, dass der zugewendete Betrag in einem Wort genannt wird; ausreichend ist die Buchstabenbenennung der jeweiligen Ziffern. So kann z. B. ein Betrag in Höhe von 1.246 Euro als „eintausendzweihundertsechszwanzig“ oder „eins - zwei - vier - sechs“ bezeichnet werden. In diesen Fällen sind allerdings die Leerräume vor der Nennung der ersten Ziffer und hinter der letzten Ziffer in geeigneter Weise (z. B. durch „X“) zu entwerfen.

8. Handelt es sich um eine Sachspende, so sind in die Zuwendungsbestätigung genaue Angaben über den zugewendeten Gegenstand aufzunehmen (z. B. Alter, Zustand, historischer Kaufpreis, usw.). Die im Folgenden für die Sachspende zutreffenden Sätze in den entsprechenden Mustern sind anzukreuzen.

Sachspende aus einem Betriebsvermögen:

Stammt die Sachzuwendung nach den Angaben des Zuwendenden aus dessen Betriebsvermögen, ist die Sachzuwendung mit dem Entnahmewert (zuzüglich der bei der Entnahme angefallenen Umsatzsteuer; vgl. R 10b.1 Absatz 1 Satz 4 EStR 2008) anzusetzen. In diesen Fällen braucht der Zuwendungsempfänger keine zusätzlichen Unterlagen in seine Buchführung aufzunehmen, ebenso sind Angaben über die Unterlagen, die zur Wertermittlung gedient haben, nicht erforderlich. Der Entnahmewert ist grundsätzlich der Teilwert. Der Entnahmewert kann auch der Buchwert sein, wenn das Wirtschaftsgut unmittelbar nach der Entnahme für steuerbegünstigte Zwecke gespendet wird (sog. Buchwertprivileg § 6 Absatz 1 Nummer 4 Satz 4 und 5 EStG). Der auf der Zuwendungsbestätigung ausgewiesene Betrag darf den bei der Entnahme angesetzten Wert nicht überschreiten.

Sachspende aus dem Privatvermögen:

Handelt es sich um eine Sachspende aus dem Privatvermögen des Zuwendenden, ist der gemeine Wert des gespendeten Wirtschaftsguts maßgebend, wenn dessen Veräußerung im Zeitpunkt der Zuwendung keinen Besteuerungstatbestand erfüllen würde (§ 10b Absatz 3 Satz 3 EStG). Ansonsten sind die fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten als Wert der Zuwendung auszuweisen. Dies gilt insbesondere bei Veräußerungstatbeständen, die unter § 17 oder § 23 EStG fallen (z. B. Zuwendung einer mindestens 1%igen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (§ 17 EStG), einer Immobilie, die sich weniger als zehn Jahre im Eigentum des Spenders be-

findet (§ 23 Absatz 1 Nummer 1 EStG), eines anderen Wirtschaftsguts im Sinne des § 23 Absatz 1 Nummer 2 EStG mit einer Eigentumsdauer von nicht mehr als einem Jahr). Der Zuwendungsempfänger hat anzugeben, welche Unterlagen er zur Ermittlung des angesetzten Wertes herangezogen hat. In Betracht kommt in diesem Zusammenhang z. B. ein Gutachten über den aktuellen Wert der zugewendeten Sache oder der sich aus der ursprünglichen Rechnung ergebende historische Kaufpreis unter Berücksichtigung einer Absetzung für Abnutzung. Diese Unterlagen hat der Zuwendungsempfänger zusammen mit der Zuwendungsbestätigung in seine Buchführung aufzunehmen.

9. Die Zeile:

„Es handelt sich um den Verzicht auf die Erstattung von Aufwendungen Ja Nein “ auf den Mustern für Zuwendungsbestätigungen von Körperschaften, Personenvereinigungen Seite 4 oder Vermögensmassen im Sinne des § 5 Absatz 1 Nummer 9 KStG, von politischen Parteien im Sinne des Parteiengesetzes, von unabhängigen Wählervereinigungen und von Stiftungen des privaten Rechts, ist immer zu übernehmen und entsprechend anzukreuzen. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Zuwendungsempfänger grundsätzlich keine Zuwendungsbestätigungen für die Erstattung von Aufwendungen ausstellt.

10. Mitgliedsbeiträge an steuerbegünstigte Körperschaften im Sinne des § 5 Absatz 1 Nummer 9 KStG sind steuerlich als Sonderausgabe abziehbar, es sei denn, es handelt sich um Mitgliedsbeiträge an Körperschaften, die den Sport oder kulturelle Betätigungen fördern, die in erster Linie der Freizeitgestaltung dienen oder die Heimatpflege und Heimatkunde oder Zwecke im Sinne des § 52 Absatz 2 Satz 1 Nummer 23 AO verfolgen. Im Jahressteuergesetz 2009 vom 19. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2794) wurde § 10b Absatz 1 Satz 2 EStG zunächst zu § 10b Absatz 1 Satz 3 EStG und durch das Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 8. April 2010 (BGBl. I S. 386) zu § 10b Absatz 1 Satz 8 EStG. Die entsprechende Zitierung in dem Muster für eine „Bestätigung über Geldzuwendungen/Mitgliedsbeitrag im Sinne des § 10b des Einkommensteuergesetzes an eine der in § 5 Absatz 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes bezeichneten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen“ ist daher nicht mehr korrekt. Für diese Zuwendungsbestätigungen ist künftig anstelle der Formulierung: „Es wird bestätigt, dass es sich nicht um einen Mitgliedsbeitrag i. S. v. § 10b Absatz 1 Satz 2 Einkommensteuergesetz handelt.“ Folgende Formulierung: „Es wird bestätigt, dass es sich um einen der Art nach abziehbaren Mitgliedsbeitrag i. S. v. § 10b Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes handelt.“ zu verwenden. Soweit noch Zuwendungsbestätigungen erstellt wurden oder werden, wird unterstellt, dass es sich bei der Zitierung in den Mustern um § 10b Absatz 1 Satz 2 EStG in der Fassung des Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2332) handelt.

11. Werden Zuwendungen an juristische Personen des öffentlichen Rechts von diesen an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts weitergeleitet und werden von Letzteren die steuerbegünstigten Zwecke verwirklicht, so hat der „Erstempfänger“ die in den amtlichen Vordrucken enthaltene Bestätigung wie folgt zu fassen:

„Die Zuwendung wird entsprechend den Angaben des Zuwendenden an die[Name des Letztempfängers verbunden mit dem Hinweis auf dessen öffentlich-rechtliche Organisationsform] weitergeleitet.“

12. Für maschinell erstellte Zuwendungsbestätigungen sind zudem die Festlegungen in den Einkommensteuer-Richtlinien zu beachten (R 10b.1 Absatz 4 EStR 2008).

13. Die in den Mustern für Zuwendungsbestätigungen vorgesehenen Hinweise zu den haftungsrechtlichen Folgen der Ausstellung einer unrichtigen Zuwendungsbestätigung und zu der steuerlichen Anerkennung der Zuwendungsbestätigung sind bei den jeweiligen Zuwendungsbestätigungen zu übernehmen.

14. Nach § 50 Absatz 4 EStDV hat die steuerbegünstigte Körperschaft ein Doppel der Zuwendungsbestätigung aufzubewahren. Es ist in diesem Zusammenhang zulässig, das Doppel in elektronischer Form zu speichern. Die Grundsätze ordnungsmäßiger DV-gestützter Buchführungssysteme (BMF-Schreiben vom 7. November 1995, BStBl I Seite 738) gelten entsprechend.

15. Für Zuwendungen nach dem 31. Dezember 1999 ist das Durchlaufspendenverfahren keine zwingende Voraussetzung mehr für die steuerliche Begünstigung von Spenden. Ab 1. Januar 2000 sind alle steuerbegünstigten Körperschaften im Sinne des § 5 Absatz 1 Nummer 9 KStG zum unmittelbaren Empfang und zur Bestätigung von Zuwendungen berechtigt. Dennoch dürfen juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Dienststellen auch weiterhin als Durchlaufstelle auftreten und Zuwendungsbestätigungen ausstellen (vgl. R 10b.1 Absatz 2 EStR 2008). Sie unterliegen dann aber auch - wie bisher - der Haftung nach § 10b Absatz 4 EStG. Dach- und Spitzenorganisationen können für die ihnen angeschlossenen Vereine dagegen nicht mehr als Durchlaufstelle fungieren.

Das BMF-Schreiben vom 2. Juni 2000 - IV C 4 - S 2223 - 568/00 - (BStBl I Seite 592) zur Verwendung der verbindlichen Muster für Zuwendungsbestätigungen einschließlich der Änderungen durch die BMF-Schreiben vom 10. April 2003 - IV C 4 - S 2223 - 48/03 - (Änderung der Randnummer 7) und vom 24. Februar 2004 - IV C 4 - S 2223 - 19/04 wird hiermit aufgehoben.

II. Themenblock – NPOs als Sozialunternehmer im Wettbewerb

Diskussionsleitung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

- 14.15 – 15.00 Uhr **Vergaberecht nach der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie und die Berücksichtigung sozialer/ökologischer Faktoren**
Prof. Dr. Martin Burgi, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht, Ruhr-Universität Bochum
- 15.00 – 15.30 Uhr **Diskussion**
- 15.30 – 16.00 Uhr **Leverage Philanthropy – Social Venture Capital**
Dr. Sebastian Käpplinger, LL.M., P + P Pöllath + Partners, Berlin
- 16.00 – 16.30 Uhr **Das Jonglieren mit den Rechtsformen in der Praxis von Social Entrepreneurs**
Rainer Höll, Ashoka Deutschland gGmbH, München
- 16.30 – 17.00 Uhr **Diskussion**
- 17.00 – 17.30 Uhr **Kaffeepause**
- 17.30 – 18.30 Uhr **Podiumsdiskussion: Das Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrecht – notwendiges Regelungswerk oder unnötige Behinderung des Dritten Sektors?**
Diskussion mit Steuerexperten der Fraktionen: Sabine Bätzing-Lichtenthäler, MdB, Mitglied der SPD-Bundestagsfraktion, Prof. Dr. Hans Fleisch, Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V., Berlin; N.N., Mitglied der CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Diskussionsleitung: Dr. Stephan Schauhoff, Flick Gocke Schaumburg, Bonn
- 20.00 – 24.00 Uhr **Gemeinsames Abendessen im Hotel Atlantic Kempinski Hamburg**
Verleihung des W. Rainer Walz – Preises 2010

2.TAG: SAMSTAG, DEN 05.11.2011

08.30 – 09.00 Uhr **Begrüßungskaffee**

III. Themenblock – Aktuelles Gemeinnützigkeitsrecht

Diskussionsleitung: Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl. Volkswirt, Universität Bonn

- 09.00 – 09.30 Uhr **Bilanzierung für eine Erfolgsrechnung spendensammelnder Organisationen nach dem neuen IDW-Standard**
Prof. Dr. Reiner-Peter Doll, Mitglied des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (IDW), Betriebswirtschaftslehre, Hochschule Heilbronn
- 09.30 – 10.00 Uhr **Diskussion**
- 10.00 – 10.45 Uhr **Aktuelle Entwicklungen des Gemeinnützigkeitsrechts aus der Sicht der Finanzverwaltung**
Ingo Graffe, Ministerialrat, Referatsleiter Körperschaftsteuer, Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mainz
- 10.45 – 11.30 Uhr **Kaffeepause**
- 11.30 – 12.15 Uhr **Aktuelle Rechtsprechung des BFH zum Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht**
Dr. Markus Märten, Richter am Bundesfinanzhof, München
- 12.15 – 12.45 Uhr **Diskussion**
- 12.45 – 13.30 Uhr **Deutsche und Europäische Umsatzsteuer für NPOs (Rechtsprobleme der Freiwilligendienste, Reformüberlegungen der EU)**
Prof. Dr. Thomas Küffner, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Küffner Maunz Langer Zugmaier, München
- 13.30 – 14.00 Uhr **Diskussion**
- 14.00 Uhr **Verabschiedung der Teilnehmer, Fingerfood**



11. HAMBURGER TAGE DES STIFTUNGS- UND NON-PROFIT-RECHTS

ANTWORT – FAX
(040) 30 70 6 – 275

Termine

Freitag, 04. November 2011
08.30 – 18.30 Uhr
Samstag, 05. November 2011
08.30 – 14.00 Uhr

Veranstaltungsort

Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Tel.: (040) 3 07 06 – 270
www.law-school.de

Partner der Hamburger Tage:



Die Veranstaltung wird gefördert durch:



Anmeldung und Information

Bucerius Law School
Institut für Stiftungsrecht und das
Recht der Non-Profit-Organisationen
Frau Julia Theele
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg
E-Mail: julia.theele@law-school.de, Tel: (040) 30 70 6 – 270
www.hamburger-tage.org

Veranstaltungshinweis: Anmeldungen sind verbindlich. Nach Eingang Ihrer Anmeldung erhalten Sie mit der Bestätigung eine Rechnung. Die Seminargebühr wird mit Rechnungsstellung fällig. Bei Stornierung bis zwei Wochen vor der Veranstaltung wird die volle Seminargebühr erstattet. Die Teilnahmeberechtigung kann jederzeit auf einen zu benennenden Ersatzteilnehmer übertragen werden. Programmänderungen behält sich der Veranstalter vor.

Fotos: Thies Ibold, www.ibold.com; Anke Müllerklein

Tagungspreis: € 790,- (USt.-frei).

- Ja, ich melde mich verbindlich für die o.g. Tagung vom 04. – 05. November 2011 an.** Den Tagungspreis in Höhe von € 790,- (USt.-frei) werde ich nach Rechnungseingang überweisen. Frühbucherrabatt: 10%. Bei Buchung bis zum 09.10.2011 spare ich € 79,- und zahle € 711,-.
- Ja, ich melde mich verbindlich für die o.g. Tagung an zum Vorzugspreis für Mitglieder des Dritten Sektors** (€ 650,- [USt.-frei] gegen Nachweis; Frühbucherrabatt: 10% bis 09.10.2011: € 585,-).
- Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege
 - Deutscher Kulturrat
 - Bundesverband Deutscher Stiftungen
 - Deutscher Olympischer Sportbund
 - Deutscher Naturschutzring
 - Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft
 - VENRO - Verband Entwicklungspolitik deutscher Nichtregierungsorganisationen

Die Tagungsgebühren schließen ausführliche Tagungsunterlagen, Mittag-/Abendessen, Pausengetränke sowie die Abendveranstaltung ein. USt. wird lediglich auf die Verpflegungspauschale erhoben. Mit der Rechnung erhalten Sie weitere Informationen.

Name/Vorname

Beruf/Position

Tätigkeitsschwerpunkt

Institution/Firma

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort

Telefon

E-Mail

Datum/Unterschrift

dass Botschaften bei den politischen Entscheidern ankommen müssen, um eine positive Änderung der Entwicklung zu bewirken.

Den Abschluss der Veranstaltung bildete eine Diskussionsrunde mit Prof. Dr. *Karl-Heinz Paqué*, Universität Magdeburg, und Dr. *Thomas Mayer*, dem Chefvolkswirt der Deutsche Bank AG, zum Thema „Nachhaltigkeit versus Wachstum? – Die Zukunft des globalen Kapitalismus“. *Paqués* Vortrag basierte auf seinem kürzlich erschienenen Buch „Wachstum! Die Zukunft des globalen Kapitalismus“. Er verdeutlichte anhand von Statistiken, dass sich die globale Produktion seit dem Jahr 1000 n. Chr. ungefähr versechzigfach, die globale Produktion pro Kopf sich allerdings nur verneunfach hat. Wachstum in den Industrienationen sei nämlich nicht mehr quantitativ zu begreifen – inzwischen seien die meisten Haushalte gesättigt – sondern vor allem qualitativ. Plastisch wurde dies durch die Frage, wer im Raum seine Waschmaschine gegen eine aus den 1950er Jahren tauschen würde. Es gehe nicht mehr darum, jeden Haushalt mit einer Waschmaschine zu versorgen, sondern möglichst viele Haushalte mit immer besseren Waschmaschinen zu versorgen. Anders sei dies noch in den Entwicklungs- und Schwellenländern, in denen die Wirtschaft noch quantitativ wachse. Anhand von Zahlenmaterial zum Wachstum der Weltbevölkerung belegte *Paqué* seine These, dass mit der Steigerung des Lebensstandards ein Rückgang des Bevölkerungswachstums einhergehe. Am stärksten wuchs die Weltbevölkerung in den Jahren 1951-1970 (um knapp zwei Prozent), in den Jahren 2031-2050 werde das Wachstum voraussichtlich nur noch bei ca. 0,4% liegen. Bei hohem Lebensstandard müssten Kinder nicht mehr der Altersvorsorge dienen. All dies belege die Aussage, dass weltwirtschaftliches Wachstum nicht nur nicht schädlich, sondern geradezu notwendig sei.

Im Anschluss ergänzte *Mayer* provokante Thesen: Zunächst vertrat er, dass an der Finanz- und Wirtschaftskrise nicht die Banken schuld seien, denn immerhin seien diese im Gegensatz zu anderen Institutionen und Konstrukten (z.B. Hedgefonds) stark reguliert. Verantwortlich machen könne man nur die Tatsache, dass die Banken schlecht reguliert waren. Weiterhin vertrat *Mayer* die Ansicht, dass die sogenannten BRIC-Staaten (Brasilien, Russland, Indien und China, auch als Schwellenländer bezeichnet), mit ihrem zwischen fünf und zehn Prozent liegenden Wirtschaftswachstum die USA und Europa überholen werden.

Nach einem abschließenden Imbiss und der Verabschiedung der über 120 Teilnehmer hatten die angereisten Mitarbeiter der Bucerius Law School das Privileg, bei einer Führung von *Funken* unter anderem die Büros des Bereichs Philanthropical Wealth zu besichtigen, die Aussicht aus dem 24. Stock zu bewundern und den neu gestalteten BrandSpace (Markenraum) zu besuchen.

Esther Kindler und Janne Seelig

Symposium „Einfach Gerech – ein Mehrwertsteuersatz – Meilensteine zu einem einfachen und transparenten Steuersystem“

Am 11. April 2011 fand in Kiel ein Symposium des Finanzministeriums des Landes Schleswig-Holstein und des Instituts für Weltwirtschaft an der Universität Kiel unter dem Titel „Einfach Gerech – ein Mehrwertsteuersatz – Meilensteine zu einem einfachen und transparenten Steuersystem“ statt. *Rainer Wiegard*, Finanzminister des Landes Schleswig-Holstein, stellte seinen Vorschlag zur Reform und Vereinfachung der Mehrwertsteuer vor. Zentraler Gedanke des Konzepts ist die Abschaffung des ermäßigten Steuersatzes. Dadurch würden

jährlich rund 24 Milliarden EUR zusätzliche Mehreinnahmen generiert. So könne der allgemeine Mehrwertsteuersatz von aktuell 19% auf 16% abgesenkt werden. Zur Vermeidung möglicherweise entstehender sozialer Härten seien zudem direkte Transferzahlungen an die Betroffenen denkbar. Es sei jedoch ohnehin zu beachten, dass diese Gruppe – die ursprüngliche Zielgruppe des ermäßigten Tarifs – nur für 13% der Umsätze von Gütern mit ermäßigtem Tarif verantwortlich sei. Die übrigen 87% dieser Umsätze entfielen auf nicht förderungswürdige Mittel- und Gutverdiener. Dieser Vorschlag bot Anlass zu vier Impulsvorträgen und einer daran anschließenden lebhaften Diskussion.

Dr. *Alfred Boss* vom Institut für Weltwirtschaft stimmte im Grundsatz zu und bekräftigte gleichzeitig seinen Ansatz, nach dem Konsumsteuern den Einkommensteuern sogar auch aus sozialen Gesichtspunkten vorzuziehen seien.

Auch *Christoph Leicht*, Präsident der Industrie- und Handelskammer Schleswig-Holstein, plädierte für eine radikale Vereinfachung des Steuersystems, da der Staat die Steuern nur als Einnahmequelle, nicht aber als Lenkungsmittel nutzen solle.

Demgegenüber sprach sich Prof. Dr. *Ashok Kaul* von der Universität des Saarlandes zumindest für die Beibehaltung eines ermäßigten Steuersatzes nur für Lebensmittel aus. Denn diese Vergünstigung sei eine zielgenaue Maßnahme zur Unterstützung von einkommensschwachen Personen. Dies gehe aus einem von ihm miterstellten Gutachten für das Bundesfinanzministerium zu diesem Thema hervor.

Als Vertreter des dritten Sektors nahm *Günter Ernst-Basten*, hauptamtlicher Vorstand des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes Schleswig-Holstein e.V., teil. Er wies zunächst darauf hin, dass die Mehrwertsteuer als Konsumsteuer einkommensschwache Personen relativ gesehen stärker belastet. Zugleich mahnte er an, dass die Steuerbefreiung für gemeinnützige Körperschaften auf jeden Fall beibehalten werden müsste. Ebenso sei es wichtig, Zweckbetrieben begünstigte Umsatzsteuersätze zuzubilligen. Dies begründete er am Beispiel der Werkstätten für Menschen mit Behinderung. Dort dürfe keine marktfähige Effizienz erwartet werden, so dass der ermäßigte Umsatzsteuersatz diesen Nachteil ausgleichen müsse. Mögliche Wettbewerbsverzerrungen seien nicht zu erwarten. Den Einwand, den gleichen Effekt könne man durch höhere Betreuungsgelder erreichen, wies er auf Grund seiner Erfahrung als wenig glaubhaft zurück.

Daran schloss sich eine von Prof. Dr. *Henning Klodt* geleitete ausgiebige Diskussion zwischen Gästen und Podium an.

Julian Albrecht und Christian Süß

Deutscher Stiftungstag 2011

Unter dem Generalthema „Stiftungen: kreativ, unternehmerisch, sozial“ trafen sich auf Einladung des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen vom 11. bis zum 13. Mai 2011 fast 1.600 Stifter, Stifterinnen und Stiftungsinteressierte zur 67. Jahrestagung Deutscher Stiftungen in Stuttgart. Auftakt für den Stiftungstag war am Mittwoch das „Deutsche Forum Stiftungswesen“. Bei Workshops, Podiumsdiskussionen und in kleinen Arbeitsgruppen wurde die bunte Vielfalt stiftungsspezifischer Themen erörtert und diskutiert. Den erlebnis- und erkenntnisreichen Tag beendete am Abend die offizielle Eröffnungsveranstaltung, auf der Dr. *Wilhelm Krull*, Vorsitzender des Vorstandes des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen, die Teilnehmer herzlich willkommen hieß. Der Donnerstag stand ebenso wie der Mittwoch ganz im Zeichen intensiven Informations- und Erfahrungsaustausches.

Bei den traditionellen Lunchmeetings konnten die Teilnehmer Einblick in die Wahrnehmung gesellschaftlicher Verantwortung durch deutsche Großunternehmen nehmen, über die Integration, Migration und die demografische Entwick-



lung, Mütter, Manager, Mäzene oder das „Ashoka Prinzip“ diskutieren. Am Nachmittag tauschten sich die Teilnehmer in

kleinen Arbeitsgruppen zu den unterschiedlichsten Themen aus. Festlicher Höhepunkt war am Freitag die Verleihung des Deutschen Stifterpreises 2011 an den Unternehmer und Gründer der Deutschen Wildtierstiftung *Haymo G. Rethwisch*. In seiner Laudatio würdigte *Krull* das langjährige Engagement *Rethwischs* für den Schutz deutscher Wildtiere. Ebenso dankte *Winfried Kretschmann* bei seinem ersten offiziellen Termin als Ministerpräsident von Baden-Württemberg dem Preisträger und allen anderen Menschen, die Verantwortung für eine Stiftung tragen. Die Bitte *Rethwischs* an *Kretschmann*, dem bedrohten Rotwild in Baden-Württemberg eine größere Fläche als die bisherigen 4% einzuräumen, führte angesichts der aktuellen Landtagswahlergebnisse zu Heiterkeit im Publikum. Im Anschluss an die Festveranstaltung lud Ministerpräsident *Kretschmann* zum Empfang im Neuen Schloss ein.

Dr. Gregor Roth

npoR-Dokumentation

Vereinsrecht

BFH, Urt. v. 7.10.2010 – V R 12/10, Umsatzsteuer auf Fortbildungsangebote von Berufsverbänden, BFH/NV 2011, 540

BGH, Urt. v. 9.9.2010 – I ZR 157/08, Verstoß gegen Verhaltenskodex eines Berufsverbandes bleibt folgenlos, DB 2011, 649

OLG Celle, Beschl. v. 9.7.2010 – 20 W 9/10, Bestimmtheit der Ankündigung einer Mitgliederversammlung durch Aushang

OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.2.2011 – 7 Wx 26/10, Irreführende Jahreszahl im Namen eines Vereins

VG Mainz, Urt. v. 22.3.2010 – 6 K 1135/08, Kein Onlineverkauf von Losen durch „Aktion Mensch“

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 28.10.2010 – 20 W 254/10, Nebenzweckprivileg; Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb bei Betrieb einer Kletterhalle im Hinblick auf eine Löschung des Vereins aus dem Vereinsregister

OLG Hamm, Beschl. v. 30.11.2010 – I 15 W 286/10, Verkleinerung eines Vereinsvorstands ohne entsprechende Satzungsänderung

FG Niedersachsen, Urt. v. 2.9.2010 – 5 K 95/06, Steuerbarkeit von Provisionserlösen aus einer Mitgliederwerbung

VG Aachen, Urt. v. 3.3.2010 – 8 K 152/08, Rundfunkgebührenpflicht gemeinnütziger Einrichtungen

AG Charlottenburg, Beschl. v. 18.1.2011 – 25 W 14/10, Zurückweisung der Registeranmeldung wegen unternehmerischer Betätigung eines Vereins, npoR 2011, 53

AG Charlottenburg, Beschl. v. 28.2.2011 – 95 AR 141/11 B, Zurückweisung der Registeranmeldung wegen unternehmerischer Betätigung eines Vereins

SG Dortmund, Urt. v. 25.2.2011 – S 34 R 321/08, Gemeinnütziger Verein muss Künstlersozialabgabe für Öffentlichkeitsarbeit zahlen

Kerschner, Ferdinand, Haftungsminde rung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht?, in: Barta/Radner/Rainer/Scharnreitner (Hrsg.), Festschrift Martin Binder, 2010, 91

Gotthardt, Jens Eric/Schütze, Alexandra, Vereine und Umsatzsteuer – Die umsatzsteuerliche Behandlung von Vereinsmitgliedsbeiträgen in Deutschland, NZG 2010, 1406

Holland, Ludger, Kooperationen zwischen gemeinnützigen Organisationen – Neues zur Hilfsperson, DStR 2010, 2057

Jacobsen, Kay/Menke, Johan-Michel, Brisante Einordnung eines Rennsportvereins als „Wirtschaftsbetrieb“, Causa Sport 2010, 317

Kindler, Cornelia, Möglichkeiten und Grenzen der Umwandlung eines gemeinnützigen Vereins in einen „steuerpflichtigen Gewerbebetrieb“, FR 2011, 411

Musil, Andreas, Reformbedarf bei der wirtschaftlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften, DStR 2009, 2453

Pauls, Alexandra, Gemeinnützige Stiftungen und Vereine im Umsatzsteuerrecht, ZStV 2011, 17

Stiftungsrecht

EuGH, Urt. v. 10.2.2011 – C-25/10, Einschränkung der Erbschaftsteuerermäßigung für Organisationen ohne Gewinnzweck durch Geschäftssitzerfordernis

BFH, Urt. v. 22.12.2010 – I R 84/09, Zurechnung des Einkommens nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG a.F. bei Liechtensteinischer Stiftung

BFH, Urt. v. 26.2.2011 – X R 46/09, Zuwendung in Vermögensstock Sonderausgabe der Erblasserin?

BFH, Urt. v. 14.7.2010 – X R 62/08, Besteuerung von Destinatanzahlungen

VwGH, Entsch. v. 29.9.2010 – 2005/13/0079, Einkünftezurechnung aus stiftungsnaher Veräußerung von Anteilen (Österreich)

OGH, Entsch. v. 17.12.2010 – 6 Ob 244/10s, Begünstigtenstellung laut Stiftungsurkunde und Gesetz (Österreich)

OGH, Entsch. v. 17.12.2010 – 6 Ob 166/10w, Pflicht zur Vorlage nach § 39 Abs. 3 PSG (Österreich)

FL OGH, Entsch. v. 5.11.2010 - HG 2009.287, Kuratorenbestellung im Provisorialverfahren (Liechtenstein)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 30.11.2010 – 3 W 177/10, Legitimationswirkung einer Vertretungsbescheinigung der Stiftungsaufsichtsbehörde

OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.12.2010 – 8 ME 276/10, Rechtsweg bei Maßnahmen der kirchlichen Stiftungsaufsicht

OLG Hamm, Beschl. v. 12.10.2010 – I-15 W 98/10, 15 W 98/10, Wirksamkeit der Vollmachterteilung durch den Vorstand einer privatrechtlichen Stiftung

OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.12.2010 – 1 A 168/10, Zur Verlegung des Sitzes einer Stiftung – grundgesetzlich garantierte Freizügigkeit

FG Münster, Urt. v. 10.7.2010 – 9 K 3143/09 K,G, Gemeinnützigkeit einer Stiftung bei Mitunternehmerschaft

FG Schleswig-Holstein, Urt. v. 1.10.2010 – 1 K 29/08, Gesellschafter- bzw. mitgliedschaftliches Verhältnis zwischen Stiftung und Destinatär

VG Oldenburg, Beschl. v. 27.9.2010 – 1 B 1384/10, Abberufung eines Stiftungsvorstands

VGH München, Beschl. v. 19.1.2010 – 5 ZB 09.504, Stiftungsaufsicht; Organteil; abgewähltes Vorstandsmitglied

Alders, Cornelius, Die Doppelstiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge - Von Philanthropie und steuerbegünstigter Planung, BLJ 2011, 3

Andrick, Bernd, Reform des nordrhein-westfälischen Stiftungsgesetzes vor dem Hintergrund der Reform in anderen Bundesländern, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang Frankfurt am Main u.a. 2010, 21

Briem, Robert, Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz, PSR 2011, 6

Deutscher Verein, Stellungnahme des Deutschen Vereins als Beitrag zur öffentlichen Anhörung der Europäischen Kommission zu staatlichen Beihilfen: Vorschriften für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge 2010, 417

Cupal, Anja/Bovencamp, Helene, „Steuerlicher Durchgriff“ bei liechtensteinischen Familienstiftungen, ÖStZ 2010, Teil 1: S. 336; Teil 2: S. 369

Dinglreiter, Ulrike, Strategiebenchmarking für Umweltstiftungen (Teil 1), ZStV 2011, 12

Eiselsberg, Maximilian/Halswanger, Florian, Die Pflicht zur Offenlegung der Begünstigten, PSR 2011, 16

Feick, Martin, Die Verbrauchsstiftung im Zivil- und Steuerrecht, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 121

Jakob, Dominique, Entwicklungen im Vereins und Stiftungsrecht – Le point sur le droit des associations et fondations, SJZ 2010, 517

Janitzki, Axel, Unverfügbarkeit des Stiftungsvermögens oder Gestaltungsfreiheit?, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 111

Kessler, Wolfgang/Müller, Matthias, Zahlungen einer Familienstiftung an Familienangehörige als Einkünfte aus Kapitalvermögen – Schuldner der Kapitalertragsteuer, DStR 2011, 614

Klumpen-Neusel, Claudia, Grenzüberschreitende Leistungen: So werden sie bei gemeinnützigen Stiftungen besteuert, Stiftungsbrief 2011, 47

Lieber, Bettina, Anmerkung zu FG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.10.2009, Az. 11 K 4308/08, IWB 2010, 154

Löbe, Kerstin, Anmerkung zu FG Münster, Urt. v. 31.08.2010 – 9 K 3466/09 – (Dauernde Wertminderung bei Aktien im Anlagevermögen), NWB 2010, 3857

Lorenz, Reinhard, Die Stiftung als eine (mögliche) Rechtsform für (öffentliche) Kultureinrichtungen – Beispiel Eisenach, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 101

Marschner, Ernst/Puchinger, Martin, Der Ministerialentwurf zum Budgetbegleitgesetz 2011-2014, FJ 2010, 343

Mecking, Christoph/Zink, Susanne, Personal und Stiftungen – Zur erfolgreichen Führung von Nonprofit-Organisationen in herausfordernden Zeiten, ROTE SEITEN zum Magazin Stiftung&Sponsoring 2/2011

Moshammer, Harald, Sonderfragen zur Substanzauszahlung bei (Privat-)Stiftungen – Problembereiche im „maßgeblichen Wert“ und im „Substanz-Evidenzkonto“ aufgedeckt, PSR 2011, 30

Müller, Katharina/Saurer, René, Der Minderjährige als Stifter – Die minderjährigen Nachkommen als Teil der Familienstiftung, EF-Z 2011, 9

Nienaber, Ann-Marie/Tietmeyer, Jan, Wie sollten Non-Profit Organisationen ihre Mitarbeiter vertrauensvoll motivieren? Eine vergleichende Analyse bei gemeinnützigen und renditeorientierten Unternehmen, ZögU 2010, 333

Növer, Dorothea, Erfahrungen der Stiftungsaufsicht mit dem nordrhein-westfälischen Stiftungsgesetz von 2005, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 45

Nowotny, Christian, Privatstiftungen – weiterhin „in troubles“?, Österreichisches Recht der Wirtschaft 2010, 747

Pauls, Alexandra, Gemeinnützige Stiftungen und Vereine im Umsatzsteuerrecht, ZStV 2011, 17

Petutschnig, Matthias, (K)eine Durchgriffsbesteuerung bei liechtensteinischen Familienstiftungen, JEV 2010, 114

Pfannkuche, Werner, Die Philosophie des Stiftens und Schenkens, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 9

Reuter, Dieter, Die Änderung der Stiftungssatzung, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 49

Richter, Andreas/Steinmüller, Jens/Gollan, Anna Katharina, Stiftungen als Investoren, in: Jesch/Striegel/Boxberger, Rechts-handbuch Private Equity, 2010, 1

Rick, Marcus, Die Stiftungsrechtsrevision und die Krux mit den „Quasi-Stifterrechten“, LJZ 2010, 89

Scheibe, Birgit, Auswirkungen des Kontopfändungsschutzgesetzes auf die Auszahlung von Stiftungsmitteln, Sozialrecht aktuell 2010, 217

Schewe, Markus/Wixmerten, Gunnar, Haftungsbeschränkung für Stiftungsvorstände, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 79

Schiffer, K. Jan/Pruns, Matthias, Die Verbrauchsstiftung – ein Widerspruch in sich?, Stiftungsbrief 2011, 28

Schurr, Francesco A., Die Rechtsstellung der Begünstigten im liechtensteinischen Trustrecht, PSR 2011, 21

Schurr, Francesco A., Auskunftsansprüche der Begünstigten im liechtensteinischen Stiftungsrecht nach der Totalrevision, in: Barta/Radner/Rainer/Scharnreitner (Hrsg.), Festschrift Martin Binder, 2010, 857

Seibt, Christoph H., Unternehmensmitbestimmungsrechtliche Konzernzurechnung bei Einschaltung von Stiftung & Co. KG und paritätischen Teilnehmungsunternehmen – Zugleich Anmerkung zu LG Dortmund v. 25.03.2010 – 18 O 95/9 AktE – (Edeka), ZIP 2011, 249

Strachwitz, Rupert Graf, Stiftungen sind populär – sind sie auch legitim?, ZStV 2011, 1

Theuffel-Werhahn, Berthold, Effektiver Vermögensschutz durch Umstrukturierung operativ tätiger Stiftungen, Stiftungs-Brief 2011, 52

Trappe, Sebastian, Die Zweckverfolgung und unentgeltliche Zuwendung von Stiftungserträgen, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen, 4. Jahrgang, 2010, 69

Varro, Daniel, Die Stiftungsbesteuerung nach dem BBG 2011, PSR 2011, 25

Zentrum für Stiftungsrecht, Das neue Stiftungsrecht nach dem Ministerialentwurf 2010 und anliegende Fragen, GesRZ 2010, 342

Zollner, Johannes, Anfechtung im Stiftungs- und Körperrechtsrecht, GesRZ 2010, 210

Steuerrecht

BMF, Schr. v. 25.11.2010 – IV C 3 - S 2303/09/10002, Steuerabzug bei ausländischen Sportlern und Künstlern

BMF, Verf. v. 4.5.2011 – IV C 4 - S 2223/07/0018:004, Steuerlicher Spendenabzug (§ 10b EStG); Verwendung der verbindlichen Muster für Zuwendungsbestätigungen nach dem BMF-Schreiben vom 13. Dezember 2007 – IV C 4-S 2223/07/0015

BMF, Schr. v. 1.12.2010 – IV D 3 - S 7179/09/10003, Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 UStG

BMF, Schr. v. 3.3.2011 – IV D 3 - S 7180/10/10001, Umsatzsteuerliche Behandlung von Integrationskursen nach § 43 AufenthG

BMF, Verf. v. 24.3.2011 – IV C 4 - S 2223/07/0015:005, Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Opfer der Erd- und Seebebenkatastrophe in Japan im März 2011

BMF, Verf. v. 7.4.2011 – IV D 3 - S 7174/10/10002, Umsatzsteuerbefreiung nach § Nr. 17 Buchst. b UStG; Beförderung von kranken und verletzten Personen; Änderung des UStAE

Bayerisches Landesamt für Steuern, Verf. v. 8.4.2011 – S 2223.2.1-40/4 St31, Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Opfer der Erd- und Seebebenkatastrophe und der weitergehenden Schäden in Japan im März 2011

OFD Magdeburg, Verf. v. 12.8.2010 – S 7185 - 8 - St 243, Steuerbefreiung für ehrenamtliche Aufsichtsratsstätigkeit

OFD Magdeburg, Verf. v. 18.8.2010 – S 7181 – 12 – St 243, Steuerfreie Umsätze von sogenannten Gruppenhäusern

OFD Münster, Kurzinformation v. 7.1.2011 – Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 001/2011, Steuerliche Behandlung der Verpflegung von Schülerinnen und Schülern durch Schulfördervereine

OFD Niedersachsen, Verf. v. 5.10.2010 – S 7181 - 22 - St 181, Umsatzsteuerbefreiung für die Beherbergung und Beköstigung von Kindern und Jugendlichen

OFD Rheinland, Verf. v. 14.2.2011 – S 0171 - 2011/0004, Gemeinnützigkeitsrechtliche Behandlung der Bürgerbusvereine

EuGH, Urt. v. 1.7.2010 – T-568/08 und T-573/08, Beihilfen; Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

EuGH, Urt. v. 10.2.2011 – C-25/10, Ermäßigter Erbschaftsteuersatz für Organisationen ohne Gewinnzweck i.V.m. Art. 63 AEUV

EuGH, Urt. v. 10.3.2011 – C-274/09, Konzession für Gemeinwohldienstleistungen – Rettungsdienste; Unterscheidung zwischen „öffentlichem Dienstleistungsauftrag“ und „Dienstleistungskonzession“

BFH, Urt. v. 7.10.2010 – V R 12/10, Umsatzsteuer auf Fortbildungsangebote von Berufsverbänden

BFH, Urt. v. 1.12.2010 – IV R 18/09, Keine Gewerbesteuerfreiheit eines nicht staatlichen Lotterieveranstalters

BFH, Urt. v. 22.12.2010 – I R 84/09, Zurechnung des Einkommens nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG a.F. bei Liechtensteinischer Stiftung

BFH, Urt. v. 13.1.2011 – V R 65/09, Keine Durchschnittssatzbesteuerung für Pensionspferdehaltung

BFH, Beschl. v. 25.1.2011 – V B 144/09, Steuerbefreiung für ehrenamtliche Tätigkeiten – Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung

BFH, Urt. v. 26.2.2011 – X R 46/09, Zuwendung in Vermögenstock einer Stiftung als Sonderausgabe der Erblasserin?

BFH, Entscheidung v. 2.3.2011 – XI R 47/07, EuGH-Vorlage zu den Voraussetzungen der Steuerfreiheit der Umsätze eines ambulanten Pflegedienstes

BFH, Urt. v. 22.12.2010 – I R 86/09, Kapitalverkehrsfreiheit; § 15 AStG; Stiftung Liechtenstein

BFH, Beschl. v. 10.12.2010 – V R 60/09, Mitgliedsbeiträge Genossenschaft

FG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2010 – 1 K 1914/10 U, Umsatzsteuerpflicht der Einkünfte von Berufsbetreuern

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 28.10.2010 – 20 W 254/10, Zur Frage der Abgrenzung zwischen nicht wirtschaftlichem und wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb im Hinblick auf eine Lösung des Vereins aus dem Vereinsregister

VGH Kassel, Beschl. v. 19.8.2010 – 6 B 818/10, Erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei Erwerb von Vermögensanlagen unter Einschaltung eines zur Kündigung der Anlagen berechtigten Treuhänders

FG Münster, Urt. v. 10.7.2010 – 9 K 3143/09 K,G, Gemeinnützigkeit einer Stiftung bei Mitunternehmerschaft

FG Münster, Urt. v. 9.11.2010 – 15 K 4439/06 U, Umsatzsteuerbefreiung Reithherapie

FG Münster, Urt. v. 7.12.2010 – 15 K 3614/07 U, Auskunftsrecht eines Unternehmens über Umsatzbesteuerung eines gemeinnützigen Konkurrenten

FG Münster, Urt. v. 7.12.2010 – 15 K 3110/06 U, Anwendung des ermäßigten USt-Satzes nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a UStG auf Forschungsleistungen, die unselbständige Wissenschaftseinrichtungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegen Entgelt erbringen, EFG 2011, 843

FG Münster, Urt. v. 13.12.2010 – 14 K 1789/08 E, 14 K 1792 E, Spendenabzug – Spendenbescheinigung und Vertrauensschutz

FG Münster, Urt. v. 15.3.2011 – 15 K 3840/08 U, Kein ermäßigter Steuersatz für Beherbergungs- und Verpflegungsumsätze eines gemeinnützigen Zweckbetriebs

FG Köln, Urt. v. 21.8.2008 – 7 K 3380/06, Umsatzsteuerbefreiung eines Orchestermusikers

FG Köln, Urt. v. 11.6.2010 – 15 K 1571/07, Leistungsaustausch zwischen einem Verein und seinen Mitgliedern

FG Niedersachsen, Urt. v. 19.8.2010 – 16 K 259/09, Umsatzsteuerliche Leistungen gegenüber Mietern einer Seniorenwohngemeinschaft

FG Nürnberg, Urt. v. 30.3.2010 – 2 K 1743/2008, Steuerfreie Umsätze einer Seniorenresidenz unter Berücksichtigung von Bewohnern mit der Pflegestufe 0

FG Schleswig-Holstein, Urt. v. 18.5.2009 – 4 K 173/06, Tauschähnliche Umsätze einer Gesellschaft gegenüber ihrer (gemeinnützigen) Alleingesellschafterin,

AG Charlottenburg, Beschl. v. 28.2.2011 – 95 AR 141/11 B, Zurückweisung der Registeranmeldung wegen unternehmerischer Betätigung eines Vereins

Auer, Ludwig v./Kalusche, Andreas, Steuerliche Spendenanreize: ein Reformvorschlag, Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften 2010, 241

Cupal, Anja/Bovencamp, Helene, „Steuerlicher Durchgriff“ bei liechtensteinischen Familienstiftungen, ÖStZ 2010, Teil 1: S. 336; Teil 2: S. 369

Eggers, Winfried, Umsatzbesteuerung von Seminaren, Verbändereport 2011, 34

Feick, Martin, Die Verbrauchsstiftung im Zivil- und Steuerrecht, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hrsg.), Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen. 4. Jahrgang, 2010, 121

Förster, Jutta, Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit – Spenden schwer gemacht?, BB 2011, 663

Goetze, Ulrich, Gemeinnützige Organisationen im Fokus der Umsatzsteuer-Rechtsprechung, SteuerConsultant 2010, 28

Gruber, Martina/Marchgraber, Christoph, Zuwendungen einer Privatstiftung an spendenbegünstigte Begünstigte, PSR 2010, 192

Holland, Ludger, Kooperationen zwischen gemeinnützigen Organisationen – Neues zur Hilfsperson, DStR 2010, 2057

Hüttemann, Rainer/Schauhoff, Stephan, Der BFH als Wettbewerbshüter – Neue Rechtsprechung zum steuerbegünstigten Zweckbetrieb, DB 2011, 319

Ismer, Roland/Keyser, Anna-Katharina, Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand – Aktuelle Entwicklungen und gesetzgeberische Handlungsoptionen, UR 2011, 81

Jachmann, Monika, Zivilgesellschaft und Steuerrecht, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe, Die Stiftung. Jahreshefte zum Stiftungswesen. 4. Jahrgang, 2010, 131

Kessler, Wolfgang/Müller, Matthias, Zahlungen einer Familienstiftung an Familienangehörige als Einkünfte aus Kapitalvermögen – Schuldner der Kapitalertragsteuer, DStR 2011, 614

Klaßmann, Ralf, Aktuelle Steuerfragen für frei-gemeinnützige Krankenhäuser, Sonderdruck, Auszug aus Management-Handbuch Krankenhaus, April 2011

Koller, Thomas/Sennhauser, Norbert, Das EuGH-Urteil PERSCHE aus der Sicht von Drittstaaten, insbesondere der Schweiz, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), Festschrift Dieter Reuter, 2010, 1061

König, Christian/Paul, Julia, State Aid Screening of Hospital Funding Exemplified by the German Case, EStAL 2010, 755

Kronawitter, Martin, Die Unternehmereigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – BFH bestätigt die gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsauslegung im Bereich der Vermögensverwaltung (BFH v. 15.4.2010, V R 10/09), KStZ 2010, 181

Pauli, Rudolf, Die Ehrenamtpauschale als Vergütung für Mitglieder von Vereinsvorständen, ZStV 2011, 8

Pauls, Alexandra, Gemeinnützige Stiftungen und Vereine im Umsatzsteuerrecht, ZStV 2011, 17

Petutschnig, Matthias, (K)eine Durchgriffsbesteuerung bei liechtensteinischen Familienstiftungen, JEV 2010, 114

Ritter, Gabriele, Verlust der Gemeinnützigkeit und ihre Folgen, StiftungsBrief 2011, 43

Scherhag, Christian/Boenigk, Silke, Relationship Fundraising: Stand der empirischen Forschung, theoretischer Bezugsrahmen und zukünftige Forschungsfelder, ZögU 2010, 354

Varro, Daniel, Die Stiftungsbesteuerung nach dem BBG 2011, PSR 2011, 25

Wallenhorst, Rolf, Die Nachversteuerung in § 61 Abs. 3 AO bei Verstößen gegen die Vermögensbindung durch die tatsächliche Geschäftsführung – Konsequenzen aus dem Urteil des BFH vom 12.10.2010, I R 59/09, DStR 2011, 698

Sonstige Rechtsgebiete

BFH, Urt. v. 1.12.2010 – V R 17/09, Treuhandverhältnis bei einem Lotteriedeienstleistungsunternehmen

Beuthien, Volker/Dirksen, Julian, Gibt es Genossenschaftsmäntel?, AG 2011, 21

Decher, Christian, Die gerichtliche Prüfung der Entlastung durch die Hauptversammlung, in: Grundmann/Haar/Merkt et al. (Hrsg.), Festschrift Klaus J. Hopt 2010, 499

Rolf, Christian/Hautkappe, Andreas/Schmidt-Ehemann, Stephanie, Entscheidung über Vorstandsvergütung in der Genossenschaft nur noch im Aufsichtsratsplenum?, NZG 2011, 129

Schnurbein, Georg v./Schönenberg, Daniela, Legal Forms of Civil Society Organizations as a Governance Problem: The Case of Switzerland, IJNL 2010, 90

Fachliteratur

Zusammenlegung und Zulegung rechtsfähiger Stiftungen des bürgerlichen Rechts. Von Jakob Hoffmann. Frankfurt am Main, Peter Lang Verlagsgruppe 2011. 282 S., 54,80 EUR, ISBN 978-3-631-61717-5.

Im Umwandlungsgesetz ist die Verschmelzung von Stiftungen nicht vorgesehen. An ihrer Stelle haben sich in den Landesstiftungsgesetzen Gestaltungen – Zusammenlegung und Zulegung – etabliert, die eine Vereinigung von Stiftungen durch Organbeschluss oder Hoheitsakt zulassen. Verfassungsmäßigkeit sowie einfachrechtliche Vorgaben sind jedoch weiterhin unklar. Hoffmann hat den Themenkomplex untersucht und – gegliedert nach Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen – aufbereitet. Die relevanten Rechtsfragen werden beantwortet, wobei zugleich Lösungen für allgemeine Probleme von Grundlagenänderungen in der Stiftung erarbeitet werden. Die Arbeit schließt mit einem Vorschlag für eine umwandlungsgesetzliche Regelung.

Das Recht der Freien Wohlfahrtspflege. Grundlagen und Perspektiven. Von Heinrich Griep und Heribert Renn. Freiburg im Breisgau, Lambertus-Verlag 2011. 276 S., 19,- EUR, ISBN 978-3-7841-1990-8.

Wie frei ist die „Freie Wohlfahrtspflege“ wirklich? Diese Frage stellten sich die Autoren in ihrer Praxis immer wieder. Sie versuchen mit diesem Band, nicht nur darauf eine Antwort aus rechtlicher Sicht zu geben, sondern auch die Gefahren und Chancen aufzuzeigen, die sich aus der gegenwärtigen Rechtslage für die Verbände der Freien Wohlfahrtspflege ergeben oder ableiten lassen.

o|s
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Hüttemann/Richter/Weitemeyer

Landesstiftungsrecht

Gemeinsamkeit

Seit 2002 haben alle Bundesländer ihr Landesstiftungsrecht an das modernisierte BGB-Stiftungsrecht angepasst. Dieser Prozess ist 2011 mit dem neuen Stiftungsgesetz Sachsen-Anhalt abgeschlossen worden.



Die Reform der Landesstiftungsgesetze hat zwar zu einer deutlichen Annäherung der Strukturen und Regelungsinhalte geführt, gleichwohl bestehen zwischen den Ländern noch gewisse Unterschiede.

Besonderheit

Erstmals werden alle reformierten Landesstiftungsrechte

in einer Gemeinschaftskommentierung aufbereitet, die dem Anwender einen detaillierten Einblick in das reformierte Landesstiftungsrecht gibt und so die tägliche Arbeit erleichtert. Jedes Kapitel beginnt mit der abstrakten Darstellung des Rechtsproblems und möglichen Lösungsansätzen, gefolgt von Erläuterungen der inhaltlich vergleichbaren Regelungen der Landesstiftungsgesetze und der Herausarbeitung einheitlicher Normaussagen. Im Anschluss werden dann die länderspezifischen Besonderheiten erläutert.

Vergleich

In einem „Landesrechtsvergleich“ werden inhaltliche Gemeinsamkeiten, aber auch Sonderentwicklungen aufgezeigt, kommentiert und kritisch bewertet. Zahlreiche Querverweise, detaillierte Gliederungen und die praxisgerechte Aufbereitung der Materie führen den Stiftungspraktiker schnell zur gesuchten Lösung.

Landesstiftungsrecht Herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Hüttemann, RA Dr. Andreas Richter, LL.M., und Prof. Dr. Birgit Weitemeyer. 2011, ca. 1.100 Seiten Lexikonformat, gbd. 129,- €. ISBN 978-3-504-49945-7.

Aus dem Inhalt

- Entwicklung des Stiftungsrechts im Bund und in den Ländern
- Regelungsgegenstand und allgemeine Bestimmungen
- Anerkennungsverfahren

Stiftet Wissen.

- Stiftungsverzeichnisse und Vertretungsbescheinigungen
- Verwaltung der Stiftung
- Rechnungslegung
- Satzungs- und Strukturänderung
- Stiftungsaufsicht
- Besondere Stiftungsformen
- Anhang: BGB-Stiftungsrecht, Stiftungsgesetze der Länder

Autoren

Herausgeber und Mitautoren sind ausgewiesene Kenner des Stiftungsrechts und kommen aus Beraterschaft, Verwaltung und Wissenschaft. Überzeugen Sie sich selbst mit einer Leseprobe: www.otto-schmidt.de



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 2/2011

ISSN 1868-3762

Impressum

Herausgeber:

Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen
Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft gemeinnützige GmbH
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Geschäftsführer: Dr. Hariolf Wenzler, Benedikt Landgrebe (Stellvertreter)
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), Julian Albrecht, Dr. Christine Franzius, Esther Kindler, 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 (ISSN 1868-3762) 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 (ISSN 1868-3770) kostenpflichtig beziehen. Der Bezug erfolgt ausschließlich über den Buchhandel. Der Preis für die Printausgabe beträgt 12,50 EUR je Heft zzgl. Versandkosten.

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

Urheber- und Verlagsrecht:

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Eine Vervielfältigung, Weiterverbreitung oder Speicherung ist gestattet, wenn dies nicht zu kommerziellen Zwecken erfolgt und das Institut für Stiftungsrecht und das Recht für Non-Profit-Organisationen als Herausgeber unter Verweis auf die Internetpräsenz www.npoR.de gut sichtbar als Quelle 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

Fotos:

Marc Darchinger und Dr. Gregor Roth

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 2/2011 – ISSN 1868-3762